

Information Society and Law

Review

FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

Volume 1
2019

ANAIS
I CONGRESSO INTERNACIONAL INFORMATION SOCIETY AND LAW
26 e 27 de Novembro de 2018
CASA METROPOLITANA DO DIREITO FMU
SÃO PAULO – SP
informationsocietyandlaw.wordpress.com

Copyright © 2019 Information Society and Law Review. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados, sem prévia autorização dos editores.

Comissão Organizadora – Roberto Senise Lisboa, Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti, Irineu Francisco Barreto Júnior e Flávio Alberto Gonçalves Galvão

Realização – Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU

APRESENTAÇÃO

O Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, que possui por área de concentração a pesquisa sobre o Direito da Sociedade da Informação, realizou o I Congresso Internacional *Information Society and Law*, cujo tema central foi a Proteção de Dados, razão pela qual a palestra de abertura foi proferida por uma das maiores autoridades mundiais sobre o assunto em questão, o Professor Doutor Dennis Hirsch, Diretor do *Program on Data and Governance* da *Ohio State University, Moritz College of Law*.

O Congresso Internacional, realizado nos dias 26 e 27.11.2018, contou com a presença de mais de quatrocentos ouvintes, que puderam assistir, ainda, a outros 97 palestrantes, oriundos de diversas procedências do território brasileiro, assim como de outros países: Argentina, México, Estados Unidos, Inglaterra, Portugal, Espanha, França, Itália e República Tcheca.

Além disso, dezenas de artigos foram previamente encaminhados aos avaliadores que, pelo sistema *double blind*, selecionaram os aprovados em conformidade com o edital do evento, que integram o primeiro volume da revista eletrônica que ora se apresenta.

Os alunos de graduação e de iniciação científica puderam, ainda, participar mediante a submissão e apresentação de pôsteres sobre os mais diversos temas da sociedade da informação. Referidos pôsteres foram exibidos, ainda, por ocasião do XI Congresso do Instituto jurídico Intedisciplinar, da Unviersidade do Porto, Portugal, também realizado no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, no dia 1.4.2019.

Meus profundos agradecimentos ao Magnífico Reitor Professor Manuel Nabais da Furriela, à comissão organizadora do evento, aos docentes que lideram os grupos de pesquisa e aos professores e alunos que se empenharam totalmente na realização do congresso, assim como aos colaboradores técnico-administrativos e, por fim, aos autores dos artigos a seguir apresentados.

São Paulo, 6 de maio de 2019.
Roberto Senise Lisboa

SUMÁRIO

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL	9
<i>Jeferson Pedro da Costa e Roberto Senise Lisboa</i>	
A GLOBALIZAÇÃO DA ECONOMIA E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO	20
<i>Cristiano de Oliveira e Jeferson Sousa Oliveira</i>	
A LEI 13.146/2015 E AS CONSEQUÊNCIAS DA NOVA CONCEPÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	35
<i>Adriana Ribeiro Dias e Ricardo Serpe Duarte</i>	
A NOVA EMPRESARIALIDADE NA ERA DA INFORMAÇÃO	60
<i>Rafael Rizzi e Eduardo Salgueiro Coelho</i>	
A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A IMIGRAÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE A ASCENSÃO DO SENTIMENTO ANTI-IMIGRATÓRIO NOS PAÍSES NÓRDICOS E O IMPACTO NA POLÍTICA PROMOTORA DE DIREITOS HUMANOS	70
<i>Ana Letícia Palacio Hortolani, Matheus Vittor e Kaue Oliveira</i>	
A PROPRIEDADE PÚBLICA COMO FUNÇÃO: SE O REGIME JURÍDICO NÃO AJUDA, TÃO POUCO A GESTÃO	82
<i>Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho e Alexandra Fuchs de Araújo</i>	
A RELEVÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NA POLÍTICA EXTERNA – DO GOVERNO FHC AO PLEITO ELEITORAL DE 2018	98
<i>Yasmin de Marins Malta</i>	
A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE SERVIÇOS DE INTERNET E DESAFIOS DE APLICAÇÃO DA NEUTRALIDADE DA REDE	121
<i>Bárbara Ferreira de Bonis</i>	
A TETRALOGIA MULTINÍVEL DE UMA SOLUÇÃO PROPORCIONAL: DIREITOS DA PERSONALIDADE X EFICIÊNCIA ENERGÉTICA	148
<i>Racquel Nagem Daier Nogueira e Márcia Leite Borges</i>	
BREVE RELATO SOBRE A LEI MODELO PARA CONTRATOS ELETRÔNICOS INTERNACIONAIS.....	167
<i>Henrique Andrade de Souza e Ricardo Antunes Silva</i>	

COMPLIANCE DIGITAL E A CERTIFICAÇÃO ISO 38500.....	178
<i>Ezequiel Anderson Júnior e Gabriela Amorim Paviani</i>	
CRIMES DIGITAIS EM ESPÉCIE	199
<i>Daniela Chyn Hua Chiao e Ligia Maria Marini</i>	
DESIGUALDADE NO ALCANCE DA PLENA CIDADANIA HOMOAFETIVA E A LIBERDADE POLÍTICO-RELIGIOSA: LAICIDADE DEMOCRÁTICA OU MONARQUIA (IN) CONSTITUCIONAL RELIGIOSA.....	208
<i>Jefferson Sant'Anna da Mota e Jorge Shiguemitsu Fujita</i>	
DIREITO À INFORMAÇÃO E À PROTEÇÃO DA MEMÓRIA COLETIVA E O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	227
<i>Eduardo Salgueiro Coelho e Vinícius Garcia Ribeiro Sampaio</i>	
EVOLUÇÃO NACIONAL DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA INCLUSÃO NO CPC/15.....	245
<i>Pietro Diniz Vergueiro de Sampaio e Fabrizio Matteucci Vicente</i>	
FAKE NEWS: O BRASIL PRECISA DE UMA LEI	262
<i>Wewerton Gabriel Gomes Flumignan</i>	
GOVERNANÇA AMBIENTAL, SUSTENTABILIDADE URBANA E TECNOLOGIA: A ESTRATÉGIA DE SUCESSO DAS SOCIEDADES DIGITAIS NO COMBATE E PREVENÇÃO DO COLAPSO URBANO.....	279
<i>Marilene Afonso Carneiro e Rafael Tocantins Maltez</i>	
INCLUSÃO, VIGILÂNCIA E PRIVACIDADE EM AMBIENTES DIGITAIS: DILEMAS ATUAIS E FUTUROS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	302
<i>Ronny Max Machado e Greice Patrícia Fuller</i>	
INCLUSION COMPLIANCE	319
<i>César Eduardo Lavoura Romão e Claudia Cristina Tazitu</i>	
INFIDELIDADE VIRTUAL NA ATUAL SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E SEUS EFEITOS.....	338
<i>Yves Alessandro Russo Zamataro e Jorge Shiguemitsu Fujita</i>	
INTERNET DAS COISAS E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS	349
<i>Osmar Barreto e Magali Souza</i>	
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA INTERNET	369
<i>Pamela Guimarães de Almeida e Ana Carolina Gonçalves Xavier</i>	

MULTIPARENTALIDADE: A ADEQUAÇÃO DO JUDICIÁRIO AOS NOVOS PARADIGMAS FAMILIARES NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	390
<i>Adriano de Salles Oliveira Barcha e Bárbara Flor de Maio Caldas Bueno</i>	
NOVAS PERSPECTIVAS PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO BRASILEIRO: CONTRIBUIÇÕES DA SUSTENTABILIDADE	410
<i>Luiz Henrique Santos da Cruz e Sandra Mara Lima Maciel</i>	
O COMMON LAW E A FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	426
<i>Lucas Ramos Guimarães e Aline Souza Camargo</i>	
O COMPROMETIMENTO DA EUROPA SETENTRIONAL COM OS DIREITOS HUMANOS: ASCENSÃO OU DECLÍNIO	443
<i>Ana Letícia Palácio Hortolani</i>	
O FIM DA FILOSOFIA NA ERA DA TÉCNICA E A FORMAÇÃO DO PROFISSIONAL DO DIREITO	477
<i>Márcia Aparecida de Freitas</i>	
O PAPEL DO ESTADO CONTEMPORÂNEO NA PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS	493
<i>Roberto Montanari Custódio e Ricardo Cotrim Chacur</i>	
O PODER DA FORMAÇÃO DE REDES	508
<i>Thais Jurema Silva e Rubico Petroni Cardozo Peres</i>	
OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA BAIROS DO TAMANDUATEÍ – ASPECTOS GERAIS E GESTÃO PELA EMPRESA BAIROS DO TAMANDUATEÍ S.A. – BTSA	521
<i>Alexandre Levin e José Antonio Aparecido Junio</i>	
OS DIREITOS SOCIAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: TRABALHO E EDUCAÇÃO.....	541
<i>Eloiza Maria do Sacramento e Luiz Henrique Santos da Cruz</i>	
PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O AMBIENTE DE TRABALHO	561
<i>Márcia Cristina Bittencourt Faria e César Eduardo Lavoura Romão</i>	
POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: UM BREVE RELATO HISTÓRICO DE SUA EVOLUÇÃO.....	577
<i>Luciana Adália Sottili e Márcia Leite Borges</i>	
PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA MODERNO A PARTIR DO CONCEITO DE RELAÇÕES DIALÓGICAS PROPOSTO POR BAKHTIN E SEU CÍRCULO: ANÁLISE JURÍDICO-DIALÓGICA DOS PRESSUPOSTOS	

PRESENTES NO PROJETO DE LEI Nº 6583/2013 (ESTATUTO DA FAMÍLIA).....	604
<i>Carlos Luiz Alves</i>	
PROVA PERICIAL NA FOTOGRAFIA DIGITAL COMO MEIO HÁBIL À IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO DO AUTOR	624
<i>Lorena Pretti Serraglio e Bruna Evellyn Pereira Bigas</i>	
REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO: UM ESTUDO SOBRE AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS À LUZ DO ESTATUTO DE ROMA.....	642
<i>Emilly Nascimento Magnavita e Adriana Deuner Mullet</i>	
REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO: UM ESTUDO SOBRE AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS À LUZ DO ESTATUTO DE ROMA.....	651
<i>Adriana Muller Emilly Magnavita Vanessa Bunk</i>	
TEORIA DA APARÊNCIA SOBRE A AÇÃO DE ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS.....	665
<i>Douglas Marques Pereira e Priscila de Oliveira Leite Nascimento</i>	

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL

Jeferson Pedro da Costa¹ e Roberto Senise Lisboa²

Resumo

Trata-se de artigo elaborado, visando, de forma sintética, analisar a atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio público e social, com o seu conceito e sua atuação no Brasil. Serão explanadas a atuação administrativa do MP, dentre as quais destacamos o Inquérito Civil e o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, bem como sua atuação judicial, onde serão abordados temas como sua Legitimidade, e as ações, como a Ação Civil Pública e Ação Civil de Improbidade Administrativa. Serão apresentados números do combate à corrupção, exemplificando com os resultados da Operação Lava Jato no Paraná, e no Rio de Janeiro.

Palavras-chave: Ministério Público; Patrimônio Público; Fiscalização.

THE ACTION OF THE PUBLIC MINISTRY IN THE DEFENSE OF PUBLIC AND SOCIAL HERITAGE

Abstract

It is an elaborate article, aiming, in a synthetic way, to analyze the Public Prosecutor's action in the defense of the public and social patrimony, with its concept and its action in Brazil. It will be explained the administrative performance of the MP, among which we highlight the Civil Inquiry and the Term of Adjustment of Conduct - TAC, as well as its judicial action, which will address issues such as its Legitimacy, and actions such as Public Civil Action and Action Civil of Administrative Improbability. Anti-corruption numbers will be presented, exemplifying the results of Operation Lava Jato in Paraná, and in Rio de Janeiro.

Keywords: Public Prosecutor; Public Patrimony; Supervision.

¹ Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU.

² Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP. Promotor de Justiça. Professor do programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU.

1. Ministério Público

1.1. Conceito

A Constituição Federal, no seu artigo 127, conceitua Ministério Público como “[...] instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”³

Nas palavras de Hugo Nigro Mazzili:

“O Ministério Público é um órgão do Estado (não do governo, nem do Poder Executivo), dotado de especiais garantias, ao qual a Constituição e as leis cometem algumas funções ativas ou interventivas, em juízo ou fora dele, para a defesa de interesses da coletividade, principalmente os indisponíveis e os de larga abrangência social”.⁴

Fato é que a adjetivação não tem eficácia para comprometer a substância.⁵⁶

1.2. Ministério Público no Brasil

Marcus Paulo Queiroz Macêdo e Anderson de Castro Ogrizio em sua obra “Manual do Promotor de Justiça” trazem dados que posicionam o Ministério Público no Brasil com uma origem bem longínqua, fazendo menção à época em que nem mesmo havia sido “descoberto”, tendo por período objeto de análise, a legislação portuguesa, mais precisamente de 1289, quando o reinado era de D. Afonso III, com a existência do cargo de Procurador da Coroa. Cargo este que tinha por ofício peticionar perante os tribunais civis em defesa dos interesses do Reino.⁷

Em que pese a maestria dos Autores supracitados, procuramos atermo-nos com a origem mais precisa, qual seja, a do Código Criminal de 1832.

³ Constituição Federal, Art. 127.

⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro Mazzilli. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3536.

⁵ Martins Junior, Wallace Paiva. **Ministério Público: A Constituição e as Leis Orgânicas**. Editora Atlas, 2015, p.

⁶ .

⁷ Macêdo, Marcus Paulo Queiroz.; Ogrizio, Anderson de Castro. **Manual do Promotor de Justiça** – Editora JusPodivim 2ª Ed. 2015, p. 40.

Origem esta, que parece ser uma espécie de consenso entre aqueles que se debruçam a estudar o *Parquet*.⁸

Antes de adentrarmos ao constante no código supracitado, uma observação far-se-á de suma importância. Nossa primeira Constituição Federal, outorgada em 1824 em nada tratava sobre o Ministério Público, permanecendo-a silente quanto a Ele.

Feito o devido apontamento, retomamos ao Código Criminal de 1832.

Nas palavras de Marcelo Pedrosa Goulart, em sua obra “Ministério Público e democracia: teoria e práxis” a referida legislação “sistematizou o Ministério Público, consolidando-o como acusador criminal”.⁹

As demais Constituições não se quedaram inertes quanto ao MP, dedicando em seu corpo constitucional espaço de relevância à Instituição.

Contudo, a título de delimitação do campo de pesquisa, faremos uma análise do MP na nossa atual Constituição.

Com uma quantidade maior de atribuições e prerrogativas, o Ministério Público ganhou status que até outrora não detinha na República Federativa do Brasil.

Encontra-se inserido nas Funções Essenciais à Justiça.

Hugo Nigro Mazzili assim define sua natureza jurídica: “A natureza jurídica do Ministério Público é a de órgão do Estado, não de órgão do Poder Executivo ou de governo”¹⁰ e continua: “O Ministério Público não foi erigido formalmente à condição de quarto poder de Estado, mas alcançou efetivamente as garantias de Poder”.¹¹

Não raras são as vezes em que movimentos políticos tentam mitigar a atuação do MP, caracterizando quase que uma espécie de retaliação por sua atuação cada vez mais enfática nos mais diversos ramos do direito.

Recentemente, o Ministério Público Federal liderou junto aos movimentos sociais a chamada “10 medidas contra a corrupção”, lei de iniciativa popular que previa regras mais duras no combate à corrupção.

⁸ *Parquet*, palavra de origem francesa, usualmente utilizada para se referir ao Ministério Público, que significa “assoalho” ou conjunto de tábuas que formam o chão.

⁹ Goulart, Marcelo Pedrosa. **Ministério Público e democracia: teoria e práxis**. Leme: LED, 1998, p. 77.

¹⁰ Mazzilli, Hugo Nigro. **Ministério Público** – Editora Malheiros 4ª Ed. 2016. p. 37.

¹¹ Mazzilli, Hugo Nigro. **Ministério Público** – Editora Malheiros 4ª Ed. 2016. p.38. ¹¹ Art.1º § 1º, Lei 4.717/65.

Tal projeto foi amplamente apoiado pela população que o endossou com mais de 2 milhões de assinaturas.

Ocorre que, quando chegou na Câmara dos Deputados, o projeto foi amplamente desfigurado e aprovado quase que sem nenhuma parte do texto original, atualmente aguarda votação no Senado Federal.

2. Patrimônio Público

Em mais uma oportunidade o conceito é extraído da própria legislação, neste caso, a Lei 4.717/65, que disciplina a Ação Popular, em seu Art.1º §1º, assim define patrimônio público: “Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.¹¹

3. A atuação administrativa do MP

3.1. INQUÉRITO CIVIL

Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente.¹²¹³

Está previsto no Art. 129, III, da Constituição da República, bem como no Art. 8º, § 1º da Lei 7347/85, a saber:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...]

III – promover o inquérito civil [...]¹⁴

Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.¹⁵

¹² GARCIA, Emerson. **Ministério Público**, 6ª edição, Ed. Saraiva Jur, 2017, p. 453. *Apud* Hely Lopes Meirelles, **Mandado de Seguranca, Ação Popular e Ação Civil Publica**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 118, nota

¹³ .

¹⁴ Art. 129, III, Constituição da República.

¹⁵ Art. 8º, § 1º da Lei 7347/85.

Nas palavras de Hugo Nigro Mazzili “inquérito civil é uma investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada basicamente a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública”.¹⁶ Carlos Vinícius Alves Ribeiro acrescenta:

Como o inquérito civil tem por objeto principal apenas colher os elementos de convicção para a formação da opinião jurídica do membro do Ministério Público, não gerando a aplicação de qualquer sanção ao investigado, a ele não devem ser aplicados os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, os quais serão plenamente exercitados, se for o caso, durante o trâmite do processo subsequente.¹⁷

Ele é, em última análise um procedimento inquisitivo, caracterizado por uma função investigativa do Ministério Público, e quanto à publicidade, via de regra, será público, salvo se nele constarem informações de caráter sigilosas.

A Lei da Ação Civil Pública não estipula expressamente prazo para sua conclusão, competindo às outras normas a sua regulamentação. Temos como exemplo, o art. 9º da Res. Nº 23/07-CNMP que preconiza ser o prazo de 01 (um) ano prorrogável pelo mesmo período, quantas vezes forem necessárias, desde que devidamente fundamentada por seu presidente.

Portanto, é uníssono de que se trata de um instrumento investigativo que o Ministério Público detém a prerrogativa para instaurá-lo e dar a ele, prosseguimento.

Mauro Roberto Gomes de Mattos, contudo, traz uma importante ressalva quanto à sua instauração e prosseguimento por parte de um Membro do MP “O Ministério Público é dotado de poderes jurídicos necessariamente limitados pela própria ordem jurídica, a fim de equilibrá-los quando ele atua.” e prossegue, dizendo: “não existe liberdade absoluta para o Ministério Público na instauração de inquérito civil público de forma genérica, por puro e insindicável arbítrio de qualquer de seus membros. [...] O inquérito civil público deve ser instaurado com uma finalidade específica (fato definido), sem ser desviado para outro foco”.¹⁸

¹⁶ Mazzilli, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo** – Saraiva 28ª Ed. 2015. p. 511.

¹⁷ RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais**, Ed. Atlas, 2010, p. 324.

¹⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito Civil e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa** - Limites à sua Instauração, Editora Forense, 2014, Capítulo III, 3.1..

3.2. Termo de Ajustamento de Conduta – TAC

Wallace Paiva Martins Júnior, em sua obra ‘Ministério Público: A Constituição e as Leis Orgânicas’ o define como “instrumento de solução negociada para atendimento ou cumprimento de exigências legais (prestação de atividade nociva ou cessação de atividade devida), mediante cominações, e portador de eficácia de título executivo extrajudicial.”¹⁹

A Procuradora da República Geisa Assis Rodrigues acrescenta que o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC é “instituto de proteção extrajudicial de direitos metaindividuais, ampliando o sistema de garantia desses direitos.”²⁰

Em outras palavras, o termo de ajustamento de conduta é uma espécie de acordo que o Ministério Público realiza com aquele que violou determinado direito coletivo. Tal instituto foi idealizado a fim de cessar a ilegalidade, reparar o dano e evitar uma ação judicial.

4. Atuação judicial do MP

“Não basta conceder direitos na Constituição se não são dados ao povo os meios para usufruí-los, desfrutá-los”²¹

4.1. Legitimidade

Quando falamos de ações coletivas, o Ministério Público terá uma legitimidade extraordinária, ou seja, atuará em nome próprio pleiteando direito alheio.

Tal situação se dá pela indivisibilidade do direito, o que quer dizer que este não pode ser dividido para fins de aproveitamento individual, o seu uso será sempre coletivo. Citamos como exemplo clássico, o Meio Ambiente.

O MP pode ajuizar somente ações que versarem sobre direitos indisponíveis. É pelo pedido que é possível identificar se o interesse é de fato difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo, e neste último caso se são disponíveis ou não.

¹⁹ Martins Júnior, Wallace Paiva. **Ministério Público: A Constituição e as Leis Orgânicas**, Editora Atlas, 2015, p. 126.

²⁰ RODRIGUES, Geisa Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta - Teoria e Prática**, 3ª edição. Editora Forense, 2011, p. 86.

²¹ Guasque, Denise Freitas Fabião. - Guasque, Luiz Fabião. **O Ministério Público e a Sociedade** - Freitas Bastos Editor. p. 101.

Para tanto, é necessário que sejam feitas algumas perguntas, quais sejam, “quem pede?”; “o que pede?”; “para quem pede?”.

4.2. Ação Civil Pública

Trata-se da principal ação coletiva existente no ordenamento jurídico pátrio, o MP está legitimado para propô-la como expressamente previsto no Art. 5º, I, da Lei 7.347/85, também conhecida como Lei da Ação Civil Pública.

Existem doutrinadores que dizem que Ação Civil Pública é sinônima de Ação Coletiva, entretanto, a corrente majoritária entende que Ação Coletiva é gênero pelo qual Ação Civil Pública é espécie.

O Promotor de Justiça, Emerson Garcia, explana:

Por imperativo constitucional, a funcionalidade do Ministério Público, enquanto estrutura orgânica, é promover a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. [...] Não é por outra razão que a Constituição de 1988, em seu art. 129, III, outorgou ao Ministério Público a função institucional de ajuizar a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social [...] ²²

4.3. Ação Civil de Improbidade Administrativa

Preconizada na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu Art. 37, § 4º e na Lei 8.429/92, a Ação Civil de Improbidade Administrativa, visa combater os atos ímprobos praticados por aqueles que atentam contra o bem público, seja ele agente público ou não.

Arnaldo Rizzardo, em sua obra “Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa” assim nos ensina:

Os atos de improbidade são aqueles que atentam contra o erário, o patrimônio público e os princípios e parâmetros da ordem moral e constitucional, praticados pelos agentes públicos e por aqueles que lidam com o erário e os bens do Estado, isto é, pelas pessoas ligadas a atividades que interessam ou são executadas em favor dos entes públicos.²³

²² GARCIA, Emerson. **Ministério Público**, 6ª edição, Ed. Saraiva Jur, 2017, p. 463.

²³ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**, 3ª edição.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes define atos de improbidade administrativa:

Atos de Improbidade Administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e definidamente tipificada em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público.²⁴

O embasamento normativo, encontra-se previsto nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8429/92 que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Nessa toada, a Ação de Improbidade administrativa “é aquela em que se pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa. Sem dúvida, cuida-se de poderoso instrumento de controle judicial sobre atos que a lei caracteriza como de improbidade.”²⁵

Como supracitado, referida ação é importante instrumento de proteção ao patrimônio público, que vem, cada vez mais sendo aplicada.

5. Números do combate à corrupção

É eminentemente incontroverso que o sistema nefasto da corrupção, retira dos cofres públicos um dinheiro que pode ser classificado como imensurável.

Na tentativa de quantificar um valor aproximado do que efetivamente se vai pelos ralos da corrupção, o Ministério Público Federal estimou que anualmente perde-se 200 bilhões de reais com corrupção, segundo notícia veiculada pelo portal “Istoé”.²⁶

Não é possível afirmar categoricamente que este é um valor fidedigno, não pela instituição que o fez, já que esta goza de credibilidade pública e notória

²⁴ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 2.610.

²⁵ FILHO, CARVALHO, José Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 31ª edição. Editora Atlas, 2017, p. 1139.

²⁶ ISTOÉ. *Brasil perde cerca de R\$ 200 bilhões por ano com corrupção, diz MPF*. [Internet]. Disponível em: <<https://istoe.com.br/brasil-perde-cerca-de-r-200-bilhoes-por-ano-com-corrupcao-diz-mpf/>>. Acesso em 01.10.2018.

reputação, mas sim pela insofismável dificuldade em saber exatamente o valor que se perde.

Contudo, a básica noção de realidade, aponta no sentido de que, se não for este o valor exato, pode ser mais considerável ainda, afinal de contas, em todas as esferas de Poder, a chaga da corrupção parece estar enraizada.

5.1. Resultados da Operação Lava Jato

Na história recente da República Federativa do Brasil, se há uma ação que entrou no cerne da corrupção para combatê-la, sem dúvidas foi a operação “Lava Jato”.

A origem do nome da operação se deu pelo uso de uma rede de postos de combustíveis para movimentar valores de origem ilícita que pertenciam a uma das organizações criminosas, que estava sendo investigada. Tal situação acarretou na deflagração da primeira fase da operação, na qual o doleiro Alberto Youssef foi preso.

5.1.1. No Paraná

Capitaneada pelo Ministério Público Federal de Curitiba/PR, possui números impressionantes, dentre os quais destacamos: (i) 2.476 procedimentos instaurados; (ii) 962 mandados de buscas e apreensões; (iii) 115 mandados de prisões preventivas; (iv) 121 mandados de prisões temporárias e 6 prisões em flagrante.

Até o momento ocorreram 211 condenações contra 139 pessoas, contabilizando 2.013 anos, 8 meses e 20 dias de pena. R\$ 12,3 bilhões são alvo de recuperação por acordos de colaboração, sendo R\$ 846,2 milhões objeto de repatriação R\$ 3,2 bilhões em bens dos réus já bloqueados.²⁷

5.1.2. No Rio De Janeiro

No estado fluminense, outro núcleo duro da operação, os números também trazem a magnitude dos trabalhos feitos pelo Ministério Público, Polícia Federal e Justiça, destacamos: 153 denunciados; 73 prisões preventivas; 28 prisões temporárias; 281 buscas e apreensões; 20 operações em conjunto com polícia

²⁷ MPF. **A Lava Jato em números no Paraná**. [Internet]. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-ocidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em 03.10.2018. ²⁷ MPF. **A Lava Jato em números no Rio de Janeiro**. [Internet]. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-ocidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/rio-de-janeiro/resultados/resultados-no-rj>>. Acesso em 03.10.2018.

federal e receita federal; Solicitação de reparação de danos no valor de R\$ 2,34 bilhões; Valores ressarcidos e pagos em multas compensatórias decorrentes de acordos de colaboração: R\$ 452,2 milhões; 16 acordos de colaboração homologados; 6 sentenças; 37 condenados; Penas somadas: 523 anos e 8 meses de reclusão.²⁷

6. Conclusão

Por sua própria natureza, o Ministério Público brasileiro ganhou grande “status” na atualidade. Tal situação se deu, em sua predominância, por sua atuação em casos que repercutem na mídia

Até outrora, o campo conhecido da atuação do MP, era o criminal, mais especificamente, o tribunal do júri, afinal de contas, muitos foram os casos em nosso país que causaram comoção nacional, a ponto do país parar para acompanhar os julgamentos com os sempre acalorados debates entre acusação e defesa.

Contudo, obtivemos uma evolução, e outras áreas até então sem muita repercussão, foram objeto de firme exercício das suas funções.

Mais precisamente, e aqui tema do trabalho, a sua intervenção no campo do patrimônio público, em suas mais variadas vertentes.

É notório que uma das nossas maiores máculas enquanto nação, é a corrupção, que assola todos as esferas de poder (e até fora dele) acarretando no que vimos hoje, desvios nos mais diversos órgãos, saúde precária, educação com índices vergonhosos e uma (in)segurança pública que se encontra na situação do caos hoje.

Buscando mitigar esse atual cenário, o Ministério Público tem atuado firmemente visando fazer cessar as ilegalidades perpetradas por aqueles que insistem, sistematicamente, em aplicar fim diverso ao erário.

Bibliografia

FILHO, CARVALHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 31^a edição. Editora Atlas, 2017.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público**, 6^a edição, Ed. Saraiva Jur, 2017.

Goulart, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia: teoria e prática**. Leme.

Guasque, Denise Freitas Fabião. Guasque, Luiz Fabião. **O Ministério Público e a Sociedade - Freitas Bastos Editora.**

ISTOÉ. **Brasil perde cerca de R\$ 200 bilhões por ano com corrupção, diz MPF.** [Internet]. Disponível em: <<https://istoe.com.br/brasil-perde-cerca-de-r-200-bilhoespor-ano-com-corrupcao-diz-mpf/>>. Acesso em 01.10.2018.

Macêdo, Marcus Paulo Queiroz. – Ogrizio, Anderson de Castro. **Manual do Promotor de Justiça** – Editora JusPodivim, 2ª ed. 2015.

Martins Júnior, Wallace Paiva. **Ministério Público: A Constituição e as Leis Orgânicas**, Editora Atlas, 2015.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito Civil e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa - Limites à sua Instauração**, Editora Forense, 2014.

Mazzilli, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo** – Saraiva 28ª Ed. 2015.

Mazzilli, Hugo Nigro. **Ministério Público** – Editora Malheiros 4ª Ed. 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro Mazzilli. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MPF. **A Lava Jato em números no Paraná.** [Internet]. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1ainstancia/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em 03.10.2018.

MPF. **A Lava Jato em números no Rio de Janeiro.** [Internet]. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/riode-janeiro/resultados/resultados-no-rj>>. Acesso em 03.10.2018.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais**, Ed. Atlas, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**, 3ª edição, Editora Forense, 2014.

RODRIGUES, Geisa Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta - Teoria e Prática**, 3ª edição. Editora Forense, 2011.

A GLOBALIZAÇÃO DA ECONOMIA E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Cristiano de Oliveira¹ e Jeferson Sousa Oliveira²

Resumo

O presente trabalho trata do fenômeno da globalização da economia e seus reflexos nas relações trabalhistas. Para tanto, faz-se uma análise crítica da globalização econômica, suas principais características e impactos sociais atribuídos pela doutrina clássica. Analisando especialmente os aspectos negativos evidenciados pelos países que lançam mão da prática conhecida como dumping social para atrair investimentos de companhias transnacionais, e dessa forma flexibilizam as relações de trabalho, mitigando direitos trabalhistas. Desse modo, almeja-se contribuir com as discussões sobre o tema, abordando a necessidade de os países adotarem medidas para que a ordem econômica globalizada, busque um modelo de desenvolvimento que abarque interesses econômicos e sociais, sem retroagir as conquistas já alcançadas pelos trabalhadores. Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, a partir de estudos bibliográficos sobre o tema proposto. Por fim, do desenvolvimento da problemática, pôde-se verificar que o fenômeno da globalização econômica, em certa medida, gerou benefícios aos países em desenvolvimento. Contudo, em que pese os benefícios evidenciados, há também muitos malefícios que afetam diretamente a vida dos trabalhadores, de modo que, há que se buscar no contexto da globalização econômica, um meio de desenvolvimento sustentável, acomodando interesses econômicos e proteção dos trabalhadores.

Palavras-chave: Globalização; Desenvolvimento Incluyente; Direito do Trabalho.

THE GLOBALIZATION OF THE ECONOMY AND THE FLEXIBILIZATION OF LABOR RELATIONS

Abstract

The present study deals with the phenomenon of globalization of the economy and its reflexes in the labor relations of contemporary society. Therefore, it makes a critical analysis of the economic globalization, its main characteristics and social impacts attributed by the classic doctrine. Analyzing especially the negative

¹ Acadêmico de Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Pesquisador bolsista PIBIC/CNPq.

² Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Pesquisador bolsista da CAPES

aspects evidenced by countries that to attract investments from transnational companies use the practice known as social dumping, and so flexibilize labor relations, mitigating labor rights. In this way, it aims to contribute with discussions about the theme, addressing the countries necessity about taking actions in order to the globalized economic order quests a development model that embraces economic and social interests, without reducing benefits already achieved by workers. For this, the hypothetical-deductive method is used, based on bibliographic studies about the proposed theme. Finally, it could verify that the phenomenon of economic globalization somehow generated benefits for developing countries. However, despite the benefits presented, there are also many harms that directly affect the lives of workers, so that we must seek in the context of economic globalization, means of sustainable development, attending economic interests and protection of workers.

Keywords: Globalization; Sustainable development; Right of labor.

1 A GLOBALIZAÇÃO DA ECONOMIA

A globalização não é fenômeno recente, desde as primeiras trocas comerciais entre países e continentes, já havia globalização.³ Para Alexandre de Freitas Barbosa, a globalização caracteriza-se:

[...] pela expansão dos fluxos de informações – que atingem todos os países, afetando empresas, indivíduos e movimentos sociais –, pela aceleração das transações econômicas – envolvendo mercadorias, capitais e aplicações financeiras que ultrapassam as fronteiras nacionais – e pela crescente difusão de valores políticos e morais em escala universal.⁴

Em linhas gerais, “a globalização é um constante processo de integração econômica, social, política e cultural que se destacou a partir de meados da década de 1990.”⁵

Em sentido econômico, a globalização significa “uma rede cada vez mais densa de entrelaçamentos de economias nacionais, uma crescente internacionalização

³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**: história e teoria geral do Direito do Trabalho.

⁴ BARBOSA, Alexandre de Freitas. **O mundo globalizado**. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2017, p. 12-13

⁵ RIBEIRO, Daniela Menengoti; OLIVEIRA, Jose Sebastiao de. Promoção e tutela dos direitos da personalidade pelas empresas transnacionais. In: BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e direitos humanos**. Curitiba: CRV, 2016, p. 39.

da produção, no sentido de que um produto final possa ser manufaturado em diferentes países”.⁶

Diferencia-se ainda a globalização econômica em quatro esferas: (i) globalização comercial; (ii) globalização produtiva; (iii) globalização financeira; (iii) globalização tecnológica.

O fenômeno da globalização econômica, tornou os mercados mais abertos e impôs às empresas adaptações em seus custos para que possam competir no mercado global.

Destarte, esclarece Stiglitz, “[...] a globalização econômica foi mais rápida do que a globalização política.”⁷ À vista disso, a comunidade internacional não conseguiu controlar os rumos da globalização, resultando em uma desordem mundial.

O resultado desse movimento foi um aumento da concorrência no mercado, o que em certa medida gera benefícios à sociedade dado que em virtude da competitividade há redução no preço de produtos e serviços. Todavia, para manter seus preços competitivos, às empresas necessitam reduzir custos de produção.

Para tanto, utilizaram-se de ferramentas e recursos tecnológicos para reduzir o custo de produção. Além disso, substituíram grande parcela da mão de obra por maquinários de produção em massa e, conseqüentemente, extinguindo diversos postos de trabalho.

Assim, pode-se dizer, que a globalização da economia impactou diretamente nas relações de trabalho.

A reengenharia do processo produtivo, a informática e globalização levaram as empresas a reestruturar os serviços transferidos para unidades menores e a dispensar por motivos econômicos, tecnológicos ou estruturais, aumentando a produção com um número menor de empregados.⁸

⁶ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Globalização e Estado contemporâneo**. São Paulo: Memória Jurídica, 2007, p. 48.

⁷ STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: como dar certo**. Trad. Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 85.

⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do Direito do Trabalho – relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73.

Arion Sayão Romita, analisando os efeitos da globalização econômica, acrescenta que “A globalização da economia não é uma ideologia, é apenas um fato, um novo cenário na história da humanidade. Não é boa nem má, em si mesma; produz efeitos benéficos por um lado e maléficos, por outro, segundo a óptica pela qual é encarada”.⁹ Na mesma linha é o pensamento de Ives Gandra da Silva Martins Filho:

[...] a globalização da economia como fenômeno atual, crescente e irreversível deve levar à busca de soluções realistas no campo das relações de trabalho, como um dos fatores da produção, soluções que passam pela redução dos encargos sociais indiretos, remuneração por participação nos lucros, aperfeiçoamento do fator humano, autogestão. etc., pois os moldes tradicionais de excessivo protecionismo do direito do trabalho podem acabar conduzindo a dicotomia: maiores salários e maior desemprego.¹⁰

No entanto, Nelson Nazar pensa de forma diversa, visto que a submissão do direito do trabalho ao capital, propagada em certa medida pelo pensamento liberal, não é positiva, pois não é dado ao homem o direito de dirigir seu próprio caminho, este estará sempre sob controle do capital e “se assim fosse, a globalização seria a pior das ditaduras a ser imposta ao ser humano”.¹¹

Fato é que a globalização econômica consolidou o individualismo em detrimento da coletividade, que pode ser entendido como fruto da competição predatória incentivada pela lógica neoliberal.

Portanto, pode-se dizer que o mundo do trabalho vem passando por inúmeras transformações que tiveram início com o advento da globalização econômica, gerando impactos estruturais e profundos nas relações de trabalho.

Dentre os inúmeros efeitos da globalização, destaca-se a divisão do mundo em países globalizadores e países globalizados.

Essas diferenças entre países, é certo, não surgiram com a globalização, mas foram aprofundadas recentemente como no caso da maioria dos países africanos, ou atenuadas, como no caso de alguns países asiáticos, como Coreia do Sul e Taiwan, que se tornaram exportadores de

⁹ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 5. ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2014, p. 255.

¹⁰ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito processo do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 7.

¹¹ NAZAR, Nelson. **Direito econômico e o contrato de trabalho: com análise do contrato internacional do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 250.

produtos eletrônicos e automóveis (hoje, a capital de Taiwan, Taipé, exporta mouses e monitores de computador e cinescópios para televisão, para o mundo inteiro). Nesse cenário, os vários Estados Nacionais procuraram amenizar os riscos e aumentar as potencialidades de inserção no mercado internacional. Mas essa tarefa não é fácil, nem existe um só modelo a seguir. Pelo contrário, são várias as portas de entrada na globalização, já que as economias, os sistemas políticos e os valores culturais variam significativamente de país para país.¹²

Portanto, não se pode analisar isoladamente o fenômeno da globalização, faz-se necessário analisar o conjunto de fatores políticos, sociais e econômicos que afetam todos os países do globo. Todavia, tal análise não deve ocorrer de maneira distinta, já que alguns países exercem um poder maior de intervenção no cenário internacional.

Isso quer dizer que a o mundo contemporâneo no contexto da globalização, é mais complexo a distinção sugerida entre países globalizadores e globalizados. Além disso, há o fator do poder exercido por grandes investidores sobre países em desenvolvimento como é o caso do Brasil. Esses investidores, tem o potencial de ditar políticas públicas e dirigir os caminhos à serem tomados na esfera econômica.¹³

2 A DIMENSÃO SOCIAL DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

O processo de globalização da economia vem afetando os mais diversos setores da sociedade, com consequências profundas no direito do trabalho e, especialmente, em países em desenvolvimento.

Daí a importância de uma análise crítica do direito do trabalho, levando em consideração o contexto sociopolítico e econômico em que está inserido. Além disso, faz-se necessário averiguar a problemática face ao desequilíbrio entre capital e trabalho e, principalmente, diante da investidura de grandes investidores e empresas transnacionais em países em desenvolvimento.

¹² BARBOSA, Alexandre de Freitas. **O mundo globalizado**. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2017, p. 16-17.

¹³ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do Trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas**. São Paulo: LTr, 2005, p. 120.

Vale alertar que os efeitos negativos da globalização, não devem servir de justificativa para o isolamento econômico. Isso porque, “a liberdade de participar do intercâmbio econômico tem um papel básico na vida social”.¹⁴

Não obstante, conforme alerta Alexandre de Freitas Barbosa:

Em todos os países, o processo de abertura de mercados, de incentivo ao investimento financeiro e de redução do papel do Estado – ainda que essas tendências possuam ritmos e resultados distintos, dependendo dos países – tem levado ao aumento da desigualdade, ampliando a distância entre ricos e pobres e gerado um contingente de trabalhadores desempregados e excluídos dos serviços sociais.

No tocante aos benefícios da globalização e sua dimensão social, é importante destacar o relatório elaborado em 2005 pela Comissão Mundial sobre a Dimensão Social da Globalização, criada pela OIT:

Os benefícios que se podem obter são imensos. A crescente possibilidade de interconexão entre as pessoas do mundo todo está favorecendo a constatação de que todos pertencemos a uma mesma comunidade global. Esse novo senso de interdependência, de compromisso com valores universais compartilhados e de solidariedade entre os habitantes de todo o planeta pode ser aproveitado para cimentar uma governança global aberta e democrática que beneficie a todos. A economia de mercado global deu a conhecer uma grande capacidade produtiva. Gerida com acerto, pode dar lugar a progressos substanciais e sem precedentes, criar postos de trabalho mais produtivos e melhores para todos e contribuir de forma importante para a luta contra a pobreza no mundo.¹⁵

Muito embora o relatório tenha apresentado benefícios gerados pela globalização, também destacou o problema da desigualdade e a ausência de divisão de riquezas:

Mas, temos também consciência do muito que nos resta fazer para que essa possibilidade se torne realidade. O atual processo de globalização está produzindo resultados desiguais entre os países e dentre eles. Está se criando riqueza, mas são muitos os países e pessoas que não participam de seus benefícios e têm pouca ou nenhuma participação do desenrolar do processo. Para uma grande maioria de mulheres e de homens, a globalização não tem sido capaz de satisfazer suas aspirações

¹⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta; revisão técnica de Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 21.

¹⁵ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA GLOBALIZAÇÃO, 2005, p. 10-11.

simples e legítimas de conseguir trabalho decente e um futuro melhor para seus filhos. Muitos deles vivem no limbo da economia informal, sem direitos reconhecidos e em países que subsistem de forma precária e à margem da economia global. Até mesmo em países com bons resultados econômicos, há trabalhadores e comunidades que foram prejudicados pela globalização. Enquanto isso, a revolução das comunicações globais acentua a consciência de que essas disparidades existem.¹⁶

Pode-se dizer com isso que o mundo globalizado ampliou contrastes e desigualdades. Nesse contexto, verifica-se que os avanços tecnológicos gerados pela globalização em nada contribuem para a redução das desigualdades e o pleno emprego.

Todavia, não é admissível que o intercâmbio cultural, econômico e tecnológico gerado pela globalização, sejam utilizados para provocar desigualdade, exclusão social e desemprego.¹⁷

Há que se encontrar um caminho para que o desenvolvimento por meio da globalização que também alcance os países em desenvolvimento, de maneira que todos possam experimentar os benefícios da economia globalizada.

Para Joseph Stiglitz:

Há três maneiras de os países industriais avançados reagirem a esses desafios. Uma é ignorar o problema e aceitar o crescimento da desigualdade. Aqueles que assumem essa posição (muitos deles proponentes da agora desacreditada teoria do gotejamento, que sustenta que enquanto houver crescimento, *todos* se beneficiarão) enfatizam as forças subjacentes da economia de mercado e sua capacidade de reagir às mudanças: podemos não saber onde serão criados os novos empregos, dizem eles, mas, enquanto permitirmos que os mercados façam sua magia, novos empregos serão criados. Somente quando um governo, como na Europa, é que surgem problemas de desemprego.

Mas tanto na Europa como nos Estados Unidos, esse método não está funcionando. Ao mesmo tempo em que há vencedores da globalização, há numerosos perdedores. Está claro que a globalização é apenas uma das muitas forças que afetam nossas sociedades e economias. Mesmo sem ela, haveria aumento da desigualdade. As mudanças tecnológicas aumentaram a bonificação que o mercado atribui a certas competências, de tal modo que os vencedores na economia de hoje são aqueles que têm ou adquiriram essas competências. No fim das contas, essas

¹⁶ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE A DIMENSÃO SOCIAL DA GLOBALIZAÇÃO, 2005, p. 10-11.

¹⁷ SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento**: incluyente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

mudanças tecnológicas podem ser mais importantes do que a globalização na determinação do aumento da desigualdade, e até no declínio dos salários dos não especializados.¹⁸

Como se pôde observar, hoje, mais do que nunca, com o advento da globalização econômica, faz-se necessário analisar os problemas sociais, especialmente o desemprego, a partir de um olhar do contexto sociológico e econômico em que os países estão envolvidos.

2.1 A GLOBALIZAÇÃO DO DESEMPREGO E PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

Embora ainda existam países que defendem uma política de isolamento econômico. Não se pode negar que a globalização alcança todos os países do globo e, como já abordado anteriormente, o capital das grandes corporações passou a ditar a política econômica dos países em desenvolvimento, especialmente no que diz respeito à concessão de benefícios fiscais, flexibilização de direitos trabalhistas, e concessões salariais por parte dos trabalhadores, resultando em empobrecimento e desemprego da população.¹⁹

Como bem observado por Joseph Stiglitz “o dinheiro fala alto em todos os países, mas fala especialmente mais alto em países em desenvolvimento”.²⁰

Nesse sentido, István Mészáros alerta para o surgimento de um novo padrão de desemprego que emerge nos países capitalistas, restringindo-se em grande parte aos “‘bolsões de subdesenvolvimento’; e as milhões de pessoas afetadas por ele costumavam ser otimistamente ignoradas, no grande estilo de autocomplacência neocapitalista, como representando os ‘custos inevitáveis da modernização’”.²¹

Inicialmente, poder-se-ia afirmar que os integrantes mais pobres e não qualificados da classe operária ficam em desvantagem na competição postos de trabalho e, conseqüentemente, estão em maior número nas estatísticas de desemprego. Contudo, conforme salienta István Mészáros, o desemprego:

¹⁸ STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: como dar certo**. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 416-417.

¹⁹ COLLER, Xavier. *La empresa flexible: Estudio sociológico Del impacto de la flexibilidad em el proceso de trabajo*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1997.

²⁰ STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: como dar certo**. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 315.

²¹ MÉSZÁROS, István. **A crise estrutural do capital**. Trad. Francisco Raul Cornejo [et al.]. 2ª. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Bomtempo, 2011. p. 67.

[...] não mais se restringe à difícil situações dos trabalhadores não qualificados, mas atinge também um grande número de trabalhadores “altamente qualificados”, que agora disputam, somando-se ao estoque anterior de desempregados, os escassos – e cada vez mais raros – empregos disponíveis. Da mesma forma, a tendência da amputação “racionalizadora” não está mais limitada aos “ramos periféricos de uma indústria obsoleta”, mas abarca alguns dos mais “desenvolvidos” e modernizados setores da produção da indústria naval à aeronáutica, e da indústria mecânica à tecnologia espacial.²²

De acordo com Sayão Romita:

No Brasil, a globalização da economia produz efeitos correspondentes aos registrados no primeiro mundo, observadas as características de um país ainda em vias de desenvolvimento. Aqui, os problemas são agravados pela necessidade de integração econômica de consideráveis segmentos sociais marginalizados. O maior impacto localiza-se nos efeitos nocivos do desemprego. Na Europa, preocupa o desemprego aberto. No Brasil, além deste, há o subemprego e o crescimento do emprego informal, subprodutos da economia subterrânea, clandestina, marginal ou oculta.²³

Acrescenta-se a isso, a modernização do sistema de produção, bem como as ferramentas tecnológicas que aumentam a eficiência de empresas transnacionais. Jeremy Rifkin, acentua que esse aspecto a tecnologia teve um efeito devastador do mercado de trabalho, expondo o lado cruel e nefasto da tecnologia, que substituiu postos de trabalho através da engenharia robótica.²⁴

O desemprego decorrente da globalização da economia, alcançou os mais diversos países. “Segundo dados da OIT, de uma força de trabalho mundial de 3,1 bilhões de pessoas em 2003, 6, 3% encontravam-se desempregadas – totalizando mais de 190 milhões de trabalhadores desperdiçados”.²⁵

Número de desempregados no mundo e na América Latina, conforme dados da OIT:²⁶

	Mundo	América Latina
--	-------	----------------

²² MÉSZÁROS, István. **Para além do capital**. São Paulo: Boitempo, 2002. p. 1005.

²³ ROMITA, Arion Sayão. **Globalização da economia e Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997, p. 87.

²⁴ RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**. São Paulo: Makron Books, 1998.

²⁵ BARBOSA, Alexandre de Freitas. **O mundo globalizado**. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2017, p. 110.

²⁶ BARBOSA, Alexandre de Freitas. **O mundo globalizado**. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2017, p. 110.

Desempregados – totais (2006)	195, 2 milhões	-
Desempregados jovens (2005)	88, 2 milhões	9, 5 milhões

Em que pese a crise do desemprego estar presente em vários países do globo, países como o Brasil com dimensões continentais e alta taxa de crescimento populacional, tende a sofrer mais com o problema do desemprego.

É importante assinalar que analisar o elo existente entre globalização econômica e desemprego é da mais alta relevância. Isso porque, em 2003 conforme dados publicados pela OIT “quase 1,4 bilhões de pessoas ocupadas recebiam uma renda inferior a 2 dólares por dia. Pode-se dizer, portanto, que cerca de metade da mão de obra mundial, no início do século XXI, vivia sem emprego ou em péssimas condições de trabalho”.²⁷

Outrossim, países como o Brasil e outros países desenvolvidos e/ou em desenvolvimento, com o advento o surgimento da globalização econômica, experimentaram diferentes ciclos da escalada do capital e, em todos estes ciclos, observou-se algum reflexo nas relações trabalhistas.²⁸

Todavia, no Brasil, a Constituição Federal adotou no art. 170, VIII, da Constituição da República de 1988, a busca do pleno emprego com um dos princípios gerais da atividade econômica.

O princípio da busca do pleno emprego, significa “indiretamente, uma garantia para o trabalhador, na medida que está coligado ao princípio da valorização do trabalho humano e reflete efeitos em relação ao direito social ao trabalho (art. 6º, *caput*)”.²⁹

Contudo, essa garantia é somente simbólica, visto que sua concretização está longe de ser alcançada. Esse fenômeno do desemprego estrutural teve grande influência da Revolução Tecnológica, que deu origem à uma nova classe ainda mais vulnerável que à classe dos trabalhadores: a do desempregado.

²⁷ BARBOSA, Alexandre de Freitas. **O mundo globalizado**. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2017. p. 110.

²⁸ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do Trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas**. São Paulo: LTr, 2005.

²⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 258. ³⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p. 20.

Essa experiência do desemprego, traz uma série de consequências negativas na vida do ser humano, dentre elas à perda da autoestima e do propósito de vida, além da condição de redundante.

Ser “redundante” significa ser extranumerário, desnecessário, sem uso quaisquer que sejam os usos e necessidades responsáveis pelo estabelecimento dos padrões de utilidade e indispensabilidade. [...]. Ser declarado redundante significa ter sido dispensado pelo fato de ser dispensável [...]. “Redundância” compartilha espaço semântico de “rejeitos”, “dejetos”, “restos”, “lixo”, com refugio. O destino dos desempregados, do “exército de reserva da mão de obra”, era serem chamados de volta ao serviço ativo. O destino do refugio é o depósito de dejetos, o monte de lixo.³⁰

Isso ocorre porque, países que buscam reduzir o custo de produção para atrair investimentos de empresas internacionais, precarizam condições de trabalho através de “salários aviltantes, excessivos, jornadas de trabalho, exploração do trabalho infantil ou, em alguns casos, até mesmo de trabalho forçado ou em condições análogas à de escravo”.³⁰

Naturalmente, que isso resultará em desemprego, visto não se tratar de um modelo de desenvolvimento durável, já que os interesses industriais e do mercado financeiro estão em constante conflito com os interesses coletivos.

Assim, após explorar ao máximo os benefícios concedidos pelos países que ofertaram um custo menor de produção através do baixo salário mínimo e flexibilização de direitos trabalhistas, estas empresas encerram suas atividades e se estabelecem em outros países dispostos a atender as condições expostas, dessa forma, perpetua-se o ciclo de exploração e precarização do trabalho.

A esse movimento, a doutrina passou a utilizar o termo “*dumping social*”, isto é, a busca de benefícios e vantagens comerciais, através de condições desumanas de trabalho:

O *dumping social* exige, quase sempre, uma relação entre o que se faz em mais de um país a economia de uma país pode revitalizar-se com o *dumping social*, o que, além de ser indesejável na medida em que sejam

³⁰ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do Trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas**. São Paulo: LTr, 2005, p. 604.

sacrificados os direitos do trabalhador, gera concorrência desleal com os demais países no mercado internacional.³¹

Os países que aceitam as condições impostas pelas transnacionais, o fazem sob a justificativa do desenvolvimento do país.

No entanto, o desenvolvimento que se observa é somente econômico e, ainda, obtidos à custa de vidas humanas, por meio da exploração dos trabalhadores.

Muito se discute atualmente, em que medida países em desenvolvimento devem e podem adotar práticas agressivas e selvagens de captação de investimento estrangeiros, que quanto efetivados, implicação em violação de direitos humanos e precarização de direitos trabalhistas.

Evidentemente que enquanto alguns países se submeterem à essas condições, o ciclo de exploração e precarização do trabalho permanecerá e será renovado permanentemente, com a finalidade única de atender aos interesses do capital.

Assim, torna-se relevante que no processo de desenvolvimento os países adotem medidas que compatibilizam interesse do capital e, ao mesmo tempo, respeitem direitos trabalhistas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi demonstrado, com o advento da globalização da economia, àqueles que detêm o capital, passaram a pressionar governos locais para flexibilizar direitos trabalhistas com a justificativa de investir nestes países.

Os avanços tecnológicos decorrentes do intercâmbio econômico, ao mesmo tempo que aumentou a produtividade das indústrias, também deu origem à uma crise generalizada de desemprego, fato que aliado a outros fatores, desencadeou no fenômeno de mitigação de direitos trabalhistas, precarização das condições de trabalho e exploração dos trabalhadores.

Portanto, procurou-se analisar criticamente as causas do desemprego estrutural no mundo globalizado, a precarização das condições de trabalho, a dimensão social da globalização, bem como do fenômeno do *dumping* social.

³¹ ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho esquematizado**. 2. ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 604.

Abordou-se ainda, mesmo que sucintamente, como os países foram enfraquecidos no tocante ao planejamento econômico, como a ascensão das companhias transnacionais.

Terminando assim, através de algumas considerações sobre o desenvolvimento econômico através da Globalização e a sua relação com a direito do trabalho.

Ao final do estudo, pôde-se concluir que o fenômeno da globalização econômica, em certa medida, gerou benefícios aos países em desenvolvimento. Todavia, em que pese os benefícios evidenciados, há também muitos malefícios que afetam diretamente a vida dos trabalhadores, de modo que, há que se buscar no contexto da globalização econômica, um meio de desenvolvimento sustentável, acomodando interesses econômicos e proteção dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Globalização e Estado contemporâneo**. São Paulo: Memória Jurídica, 2007.

BARBOSA, Alexandre de Freitas. **O mundo globalizado**. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides. (coord.). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito**. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 15 nov. 2018.

COLLER, Xavier. **La empresa flexible: Estudio sociológico Del impacto de la flexibilidad em el proceso de trabajo**. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1997.

DELGADO, Maurício Godinho. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

GOMES, Dinaura *Godinho* Pimental. **Direito do Trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas**. São Paulo: LTr, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito processo do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

MÉSZÁROS, István. **Para além do capital**. São Paulo: Boitempo, 2002.

_____. MÉSZÁROS, István. **A crise estrutural do capital**. Trad. Francisco Raul Cornejo [et al.]. 2ª. ed. Ver. e ampliada. São Paulo: Bomtempo, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do Direito do Trabalho – relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NAZAR, Nelson. **Direito econômico e o contrato de trabalho: com análise do contrato internacional do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho esquematizado**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROMITA, Arion Sayão. **Globalização da economia e Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

_____. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 5. ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2014.

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**. São Paulo: Makron Books, 1998.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento:** includente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta; revisão técnica de Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: como dar certo.** Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

World of Work Report 2011: **Making Markets Work for Jobs.** 2011. Disponível em:

<http://www.ilo.org/global/publications/books/forthcomingpublications/WCMS_166021/lang--en/index.htm>. Acesso em 15. de nov. de 2018.

A LEI 13.146/2015 E AS CONSEQUÊNCIAS DA NOVA CONCEPÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Adriana Ribeiro Dias¹ e Ricardo Serpe Duarte²

Resumo

Ao longo da história, diversas foram as formas de tratamento dadas aos deficientes. Com a consolidação e desenvolvimento dos direitos humanos e as liberdades fundamentais, retificou-se o entendimento de que é dever não só social, mas também estatal assegurar, preservar e efetivar a proteção dos deficientes e prover meios que lhe viabilizem sua igualdade, não só formal, mas a material, isso viabilizando sua integração e inclusão no meio social. O objeto deste trabalho é analisar a o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a Lei nº 13.146/2015 como medida inclusiva e sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro. O Estatuto da Pessoa Deficiente tem como principal ponto a modificação dos regimes de incapacidade, estes que junto com o restante de seu texto possibilitou na liberdade de casar, conceber filhos, educação e novidades como a tomada de decisão assistida. Em suma, autonomia no plano existencial. Visa-se analisar o desenvolvimento da figura da pessoa com deficiência e sua participação na sociedade em função do instituto da capacidade. Indicando a viabilidade e necessidade do Estatuto como um mecanismo amplo que visa efetivar a inclusão e a proteção dessas pessoas.

Palavras-chave: Lei nº 13.146/2015. Direitos Fundamentais. Pessoas com Deficiência. Constituição Federal.

The disabled as holders of the civil personality and their autonomy as the realization of their

Abstract

Throughout history, various forms of treatment have been given to the disabled. With the consolidation and development of human rights and fundamental freedoms, it was rectified the understanding that it is a duty not only social but also state to ensure, preserve and make effective the protection of the disabled and provide means to enable their equality, not only formal, but the material, this

¹ Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Mestranda em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito do Centro Universitário FIEO – UNIFIEO. Professora de Direito Civil da Faculdade Metropolitanas Unidas – FMU. Advogada.

² Graduado em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Advogado.

making its integration and inclusion in the social environment viable. The purpose of this study is to analyze the

Statute of the Person with Disabilities, Law 13,146 / 2015 as an inclusive measure and its applicability in the Brazilian legal system. The Statute of the Disabled Person has as main point the modification of the incapacity regimes, which along with the rest of its text enabled in the freedom to marry, conceive children, education and novelties.

Keywords: Law No. 13,146 / 2015; Fundamental rights; Disabled people; Federal Constitution.

Introdução

No Estado brasileiro, a Convenção de Nova Iorque, também conhecida como Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e seu respectivo Protocolo Facultativo foram sancionados por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008, com quórum qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, conforme assentado no artigo 5º, § 3º, da Lei Maior de 1988, conferindo ao documento hierarquia de Emenda Constitucional. Em seguida, por meio do Decreto Executivo nº 6.949, o Presidente da República sancionou aquele documento legislativo.

A Lei nº 13.146/2015 é fruto da convenção realizada pela ONU em Nova Iorque no ano de 2008, esta que visava promover, proteger e assegurar o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais inerentes às pessoas com deficiência física, psíquica, intelectual ou sensorial. Objetivos estes que o legislador efetivou por intermédio da lei nº 13.146/2015 que alterou os institutos da incapacidade absoluta e relativa, respectivamente assinalados no art. 3º e art. 4º do Código Civil de 2002.

No primeiro capítulo iremos desenvolver o conceito personalidade, termo abrangente, adotado pelo direito civil brasileiro, comumente tratado como a possibilidade de uma pessoa ser sujeito de direitos e deveres. Em detrimento do objeto do trabalho, deve-se verificar se há possibilidade da pessoa com deficiência adquirir a personalidade e os efeitos em sua autonomia.

Após a compreensão do instituto da personalidade, perfaz necessário no segundo capítulo entender a capacidade e diferenciar os dois conceitos. Em detrimento da mudança trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência não modificar a personalidade, mas extinguir a atribuição automática que era

realizada à pessoa com deficiência como sujeito incapaz. Faz-se necessário entender a capacidade em sua amplitude; suas divisões; limitações; sua influencia na vida da pessoa com deficiência, como por exemplo, a possibilidade uma pessoa ficar submetida ao regime da tutela ou da curatela.

No terceiro capítulo, destaca-se o desenvolvimento da relação dos conceitos trabalhados nos dois primeiros capítulos em função das modificações decorrentes da Lei Brasileira de Inclusão, e se haveriam inconsistências entre eles, ou ainda, se o Estatuto trouxe alguma insegurança jurídica para a pessoa com deficiência.

Capítulo 1

1.1 Os Direitos da Personalidade e sua proteção em defesa da Dignidade da Pessoa Humana.

É evidente o avanço que a Lei nº 13.146/2015 efetivou para com a proteção da dignidade da pessoa humana da pessoa com deficiência e de suas liberdades fundamentais, estas que na perspectiva da “Teoria pura do direito³” de Kelsen, estavam restritas e estagnadas na esfera do dever ser. A lei altera e revoga vários artigos do Código Civil, causando mudanças funcionais e estruturais na teoria das incapacidades que vinham sendo adotadas pelo Direito Brasileiro. Repercute diretamente em institutos do Direito de Família, evidenciando sobre tudo no Art. 6^o da Lei nº 13.146 de 2015.

Outra modificação ocasionada pela Lei nº 13.146, considerada a principal novidade para o ordenamento jurídico brasileiro, foi a modificação da capacidade civil, em especial a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa. Estas consideradas como medidas da personalidade, porém, antes de adentrar

³ KELSEN. Hans. **Teoria Pura do Direito**, tradução francesa 2^a edição alemã, por Ch. Einsenmann, Paris Dalloz, 1962. p. 190.

⁴ Art. 6^o da Lei nº 13146 de 2015: . A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária;

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

no tema da capacidade civil e seus reflexos, é de vital importância abordar o instituto da personalidade.

Dentre os autores que adotaram a denominação: “direitos da personalidade”, pode-se destacar a doutrinadora Maria Helena Diniz, Paulo Nader, Carlos Alberto Bittar, Sílvio Venosa. Doutrinadores, que já trabalharam em uma ou em várias obras o determinado instituto, visto sua importância no direito privado.

O texto traz a ideia de que a personalidade pode se adaptar a certas necessidades sociais, havendo a possibilidade de expansão de abrangência. Uma vez compreendido com precisão qual o termo que deve ser utilizado, é devido indicar que ao longo do trabalho será utilizado o termo direitos da personalidade ou simplesmente, personalidade para designar tal instituto. Ressalva-se que a personalidade no âmbito jurídico em nada tem relação com a personalidade do âmbito psiquiátrico, tema que não possui relevância para o objeto desta pesquisa.

1.2. Os direitos da personalidade da pessoa natural. Os deficientes como detentores da personalidade civil e sua autonomia como efetivação de sua plena personalidade.

Sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 como fator de extrema relevância na análise e interpretação dos direitos da personalidade, Bittar instrui:

“Afim, a Declaração Universal encerra a ideia de que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, independentemente de quaisquer condicionantes sociais, econômicas, políticas, culturais, religiosas, étnico-raciais e civis. Assim, o pertencimento à humanidade é uma derivação da própria condição de ser humano, e, nesse sentido, é ínsito à condição humana a exigibilidade dos direitos humanos universais. [...] No processo de redemocratização do Brasil, com a edição da Constituição Federal de 1988, alberga-se entre nós a ideia da Declaração de 1948, e, com a redação a ela conferida, torna-se matriz do texto constitucional (art. 1º) a ideia de que a República Federativa do Brasil busca fundamentos na soberania (inc. I), na cidadania (inc. II), na dignidade da pessoa humana (inc. III), nos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (inc. IV) e no pluralismo político (inc. V). 5”

Salienta-se o caráter universal e abrangente dos direitos da personalidade, que tem como requisito para adquiri-los o nascimento com vida. Sendo a

⁵BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8 ed. São Paulo: Ed. Saraiva. 2014. Página 42.

personalidade o atributo que reconhecido a qualquer pessoa, como evidencia o professor Carlos Alberto Bittar:

“Consideram-se da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos⁶”.

Outro autor que apoia a concepção adotada pelo Código de Civil quanto fato gerador da personalidade ser o nascimento, e que dela advém outros direitos é o professor Roberto Rosas, sustentando a opinião de que:

“O direito da personalidade vai surgir em decorrência de um princípio constitucional do respeito à vida, a partir da concepção, protegendo, assim, o nascituro. Em consequência, derivam-se outros aspectos do Direito da Personalidade, como o direito ao nome, à imagem, à vida privada e à intimidade, proteções que a Constituição explicitamente traz e resguarda⁷”.

Na afirmativa de que os deficientes são sujeitos de personalidade jurídica, o professor Roberto Senise Lisboa demonstra que:

“Os direitos da personalidade são direitos inerentes à pessoa em razão da sua natureza. Todos os seres humanos são, pois, titulares desses direitos, que se relacionam com os efeitos fundamentais, as liberdades públicas e os direitos humanos.”⁸

Quanto à atribuição dos direitos da personalidade aos deficientes, cabe salientar alguns dos princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais que viabilizam tal possibilidade. Na fala de Luiz Nunes: “os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao edifício jurídico, deste modo, devem ser estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper.”⁹. Destaca-se a realização dos direitos das pessoas com deficiência exige ações do direito humano universal e a do direito de grupos específicos,

⁶ BITTAR, Carlos Alberto, **Os Direitos da Personalidade**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.. p. 29.

⁷ ROSAS, Roberto, **Direito, Civil e Constituição. Relação do Projeto com a Constituição**. Acesso em: 09/07/2018. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/232/394>>

⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil. 1 Teoria Geral do Direito Civil**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 204.

⁹ NUNES, Luiz Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana - Doutrina e Jurisprudência** - 3 ed. 2010. Saraiva, 2010. p. 51.

ambos, presentes na Constituição¹⁰, tendo sempre como objetivo principal minimizar ou eliminar a lacuna existente entre as condições das pessoas com deficiência e as das pessoas em deficiência.

Dentre os mais relevantes princípios constitucionais em geral, deve-se apontar dois, o da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Porém, destaca-se o da dignidade da pessoa humana, presente no Art 1º, inc, III da Constituição Federal. O princípio da dignidade da pessoa humana possui posição estratégica no texto constitucional, obviamente com intuito de evidenciar sua relevância. Fato que se deve as evoluções sociais e filosóficas ao longo do século XX, onde houve a intensificação da defesa à pessoa humana. O professor Luiz Nunes esclarece e relaciona os dois princípios supramencionados de forma precisa ao apontar:

“(...) a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém, visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.”¹¹

Porém, o desenvolvimento normativo deve ser acompanhado de políticas públicas, sobretudo, educacionais que tenham como enfoque instruir os cidadãos, principalmente aqueles que sejam deficientes ou que tenham algum parente ou relação com esse grupo. Ao realizar tal ação, confere aos cidadãos uma maior compreensão dos direitos que possuem e em contra partida, suas obrigações.

Da referência supracitada entende-se a necessidade em ensinar ao cidadão os direitos inerentes a ele como pessoa, não só para defesa de abusos, mas também como forma de integra-lo à coletividade, e mesmo respeitar a diversidade presentes na sociedade. Farias nesse sentido aponta o entendimento de Marques:

“uma sociedade, portanto, é menos excludente, e, conseqüentemente, mais inclusiva, quando reconhece a diversidade humana e as necessidades específicas dos vários segmentos sociais, incluindo as pessoas com deficiência, para promover ajustes razoáveis e correções que sejam imprescindíveis, para seu desenvolvimento pessoal e social, “assegurando-lhes as mesmas oportunidades que as demais pessoas para exercer todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”. É

¹⁰ OLIVEIRA, Luiza Maria Borges. **Cartilha do censo 2010: Pessoas com deficiência**. 1 ed. Brasília: Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2012. p. 4.

¹¹ Ibidem. p. 59.

dentro deste paradigma da inclusão social e dos direitos humanos que devemos inserir e tratar a questão da deficiência”¹²

Por muito tempo, a pessoa com deficiência ficou aquém do sistema jurídico, não possuindo direitos específicos que resguardassem a sua dignidade e os seus espaços de convivência social. Nesse aspecto a deficiência sempre foi vista como uma doença, da qual era necessária a cura ou a reabilitação para ocorrer a inclusão social. A constituição em seu texto traz princípios e normas para que estas unidas conduzam o estado democrático de direito a garantir a inclusão social da pessoa com deficiência.

O professor Carlos Bittar demonstra a importância da autonomia no direito civil ao indicar que: “Na esfera civil, perfaz-se a proteção por meio de instrumentos de preservação da pessoa no circuito privado, contra investidas de particulares e na salvaguarda de seus mais íntimos interesses, dentro da liberdade e da autonomia próprias de cada ser.”¹³

Nesse mesmo sentido, a professora Maria Helena Diniz assinala a relevância da personalidade e da autonomia no Direito Civil:

“Os princípios basilares que norteiam todo conteúdo do direito civil são: o da personalidade, ao aceitar a ideia de que todo ser humano e sujeito de direitos e obrigações, pelo simples fato de ser homem; o da autonomia da vontade, pelo reconhecimento de que a capacidade jurídica da pessoa humana lhe confere o poder de praticar ou abster-se de certos atos, conforme sua vontade (...)”¹⁴.

Capítulo 2

2. Código Civil de 2002: Da incapacidade como meio protetivo aos deficientes

Diante do exposto nos tópicos anteriores, o pode-se definir o conceito de capacidade como a possibilidade conferida ao sujeito de ser titular de direitos e exercê-los, em contrapartida, a incapacidade seria a impossibilidade de praticar pessoalmente atos da vida civil¹⁵, será considerado incapaz a medida de sua incapacidade, isto com objetivo de protegê-lo.

¹² MARQUES, Lilian Pinto, apud FARIAS, Cristiano Chaves De; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da pessoa com deficiência comentado: artigo por artigo. 1 ed. Salvador: Juspodvm, 2016. p.21.

¹³ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena; Curso de direito civil brasileiro, vol 1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 61.

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, v. 1. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 146-152.

O professor Maurício Requião trata do caráter protetivo atribuindo ao regime das incapacidades, isto presente no Direito Civil de diversas sociedades modernas. O autor ainda aponta a possibilidade de a incapacidade não desempenhar efetivamente tal papel para com as pessoas com deficiência:

“(…) toda teoria da incapacidade moderna é construída fundamentada na premissa de que o sujeito é tornado incapaz com o objetivo de protegê-lo. Desta feita, não traria a decretação de incapacidade qualquer prejuízo ao sujeito. [...] Há ao menos dois pontos que merecem ser discutidos quanto ao papel desempenhado pela ideia da incapacidade como instrumento de proteção. Um que visa questionar se a incapacidade tem necessariamente característica protetiva e outro que diz respeito a quais interesses a incapacidade visa resguardar¹⁶”.

Após o a Lei nº 13.146 de 2015, houve grande mudança do art. 3º do Código Civil, apenas os menores de 18 anos não emancipados são considerados absolutamente incapazes. O art. 4º do Código Civil também sofreu modificações.

O professor Tartuce aponta como principais mudanças à capacidade relativa:

“O seu inciso II não faz mais referência às pessoas com discernimento reduzido, que não são mais consideradas relativamente incapazes, como antes estava regulamentado. Apenas foram mantidas no diploma as menções aos ébrios habituais (entendidos como os alcoólatras) e aos viciados em tóxicos, que continuam dependendo de um processo de interdição relativa, com sentença judicial, para que sua incapacidade seja reconhecida. [...] Também foi alterado o inciso III do art. 4º do CC/2002, sem mencionar mais os excepcionais sem desenvolvimento completo. O inciso anterior tinha incidência para o portador de síndrome de Down, não considerado mais um incapaz. A nova redação dessa norma passa a enunciar as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir vontade, o que antes estava previsto no inciso III do art. 3º como situação típica de incapacidade absoluta. Agora a hipótese é de incapacidade relativa.¹⁷”

Ao ser constatada a deficiência, independentemente da categoria que pertença, caso em detrimento desta deficiência o indivíduo não tenha o discernimento necessário para a prática de atos da vida civil, sem que seja necessária a

¹⁶ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidade e Interdição**. 1 ed. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 162.

¹⁷ TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte I. 29 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>. Date de acesso: 22 de out. 2016.

intervenção de terceiros¹⁸, será ele considerado incapaz. Retirando do mesmo, a autonomia, termo já tratado neste trabalho e remete a possibilidade de tomar decisões por conta própria, interferindo na vida com dignidade.

Quanto a incapacidade como impedimento à autonomia, o professor Maurício Requião entende:

“O que se diz é que esta limitação da autonomia acontece porque não haveria outra opção, já que a recepção pelo ordenamento dos atos praticados por um sujeito que tenha prejudicado seu discernimento acabaria, inevitavelmente, lhe causando mais dano do que proveito.¹⁹”

Do trecho entende-se que em detrimento da incapacidade, perfaz a presença de terceiro contendo discernimento para praticar os atos que supostamente seriam de interesse do incapaz. Tal procedimento se atribui como matéria do Direito Assistencial. Sendo esta responsabilidade de zelar pela incapaz e seu patrimônio conferida por meio da curatela ou tutela. Sobre esses institutos, discorre Venosa:

“A tutela e a curatela são institutos que objetivam suprir incapacidades de fato e de direito de pessoas que não as têm e que necessitam de proteção. Para agir na vida civil, reclamam a presença de outrem que atue por elas.

Para assistência e proteção de menores que não estão sob autoridade dos pais, o ordenamento estrutura a tutela[...]A finalidade da curatela é principalmente conceder proteção aos incapazes no tocante a seus interesses e garantir a preservação dos negócios realizados por eles com relação a terceiros. Enquanto a tutela é sucedâneo do pátrio poder, a curatela constitui um poder assistencial ao incapaz maior, completando-lhe ou substituindo-lhe a vontade.²⁰”

Os menores ficam submetidos a tutela, porém, é notável que a Lei 13.146/15 tem enfoque na curatela. Ricardo Gama define a curatela como: “encargo atribuído a certas pessoas para cuidarem de interesses de alguns outros: declarados incapazes”²¹

Pode-se deduzir do conceito trazido pelo professor Venosa, sobre a curatela é que esta seria medida utilizada para zelar pelo deficiente que não tenha o

¹⁸ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidade e Interdição**. 1 ed. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 76.

¹⁹ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidade e Interdição**. 1 ed. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 76.

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família, vol. 1**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 467.

²¹ GAMA, Ricardo Rodrigues. **Dicionário Básico Jurídico**. 1 ed. Campinas: Editora Russel, 2006, p. 123.

discernimento necessário ou que de forma duradoura ou não, não possa exprimir sua vontade.

Na concepção de curatela como defesa do incapaz, há na doutrina quem entenda que esta se dá preponderantemente na esfera patrimonial, sendo de interesse público a proteção dos incapazes, tendo a natureza de um *múnus público*²², este sendo uma obrigação imposta por lei, em atendimento ao poder público, que beneficia a coletividade e não pode ser recusado, exceto nos casos previstos em lei²³.

Neste ponto abre-se a discussão quanto às mudanças advindas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, esta que, sobretudo, tem enfoque na efetiva inclusão, autonomia e direitos dos deficientes ao afastar a atribuição de incapaz e criar mecanismos para que gozem plenamente dos direitos da personalidade a eles atribuídos pelo simples fato de existirem como ser humanos.

Capítulo 3

3.1 As modificações e inovações da lei nº 13.146/2015: da exclusão ao reconhecimento como sujeito de direitos

Segundo dados do IBGE para o Censo-2000, cerca de 45,6 milhões de brasileiros têm algum tipo de deficiência, isso corresponde a 26,9%, população em geral.²⁴ Em detrimento deste fato, entende-se compreensível a preocupação do legislador em elaborar leis que zelem por esse grupo de indivíduos.

Sendo devido destacar as distintas formas de tratamentos a que foram submetidos nas diferentes sociedades ao longo da história. A Lei 13.146 de 2015, conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência é um marco na luta pelos direitos das pessoas com deficiência, visto que a luta desse grupo para serem inseridos na sociedade não é algo novo, mas perdura a séculos. Quanto a relevância da Lei Brasileira de Inclusão, Tartuce enseja: “Entre vários comandos que representam notável avanço para a proteção da dignidade da pessoa com deficiência, a nova legislação altera e revoga alguns artigos do Código Civil (arts. 114 a 116), trazendo grandes mudanças estruturais e funcionais na antiga *teoria*

²² VENOSA, Sílvio de Salvo . **Direito civil: direito de família**, V. 6, 14ª ed. Atlas. São Paulo. 2014. p. 496.

²³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Múnus Público**. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/munus-publico>>. Acesso em: 18 out. 2016.

²⁴ OLIVEIRA, Luiza Maria Borges. **Cartilha do Censo 2010: Pessoas com deficiência**. 1 ed. Brasília: Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2012. 4 p.

das incapacidades, o que repercute diretamente para institutos do Direito de Família, como o casamento, a interdição e a curatela²⁵.”

Perfaz necessário entender o desenvolvimento filosófico e científico da humanidade possibilitou a criação de convenções internacionais que possibilitariam a criação da Lei nº 13.146. Esta que realizou alterações nos art. 3º e 4º do Código Civil e no corpo de seu texto elencou mudanças que pudessem trazer ao deficiente, anteriormente incapaz, a possibilidade de exercer sua autonomia existencial. Visto que no plano patrimonial, não houve grande alteração no instituto da curatela ou da tutela, estes enraizados na Lei nº 10.406 de 2002, detinham o caráter de proteção ao patrimônio acima do sujeito de direitos que o detivesse.

Ao analisar o longo texto do Estatuto da Pessoa com Deficiência, é necessário apontar qual o objetivo principal desta lei, quais as principais modificações no ordenamento jurídico brasileiro, e se de fato tais alterações são benéficas aos deficientes.

É devido entender que no Brasil, ao longo do tempo, utilizaram-se diversos termos como: defeituoso, inválido, incapacitado, desvalido, aleijado na Constituição de 1934; excepcional na Constituição de 1937 e Emenda Constitucional n. 1 de 1969. O ultimo termo, este que ainda é utilizado é “pessoa deficiente”²⁶.

O Instituto Brasileiro dos Direitos da Pessoa com Deficiência aborda que há 300 anos vem se utilizando de maneira indevida a palavra “deficiência”, ao indicar que:

“De modo que a natureza humana e a singularidade individual não têm, a rigor, nenhum valor; o que vale é uma medida externa que mostra a quantidade de efeitos que uma pessoa, ou uma instituição, é capaz de produzir, e se ela não consegue produzir esses efeitos que

²⁵ TARTUCE, Flavio, **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte I.** Migalhas. Junho. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>> Acessado em: 22 out. 2016.> Acessado em: 22 out. 2016

²⁶ GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: -reserva de cargos e empregos públicos - administração pública direta e indireta -**. 1 ed. Goiânia: UCG, 2006. p. 20.

estão na média, é então chamada de deficiente, porque vivemos numa civilização da eficiência, que é a civilização industrial.” 27

Carece indicar a notória a importância dos dispositivos normativos nacionais, convenções e acordos internacionais assinados pelo Brasil, porém, há duas que devidamente destacam-se, a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 e a Convenção Sobre Direitos das Pessoas com Deficiência. O Estatuto da Pessoa com Deficiência é fruto da Convenção Nova York, que por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com o status de emenda constitucional, por força do que prevê o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal²⁸.

Dentre alguns dos pontos principais da Convenção de Nova York, os procuradores e sub-procuradores do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro indicam o novo significado do termo deficiente:

“Um ponto relevante do novo conceito é que ele reconhece a pessoa com transtorno mental como potencial pessoa com deficiência ao dissociar os impedimentos de natureza mental dos de natureza intelectual. Ou seja, tanto a pessoa com atraso cognitivo quanto aquela pessoa com confusão mental, por exemplo, podem se enquadrar no conceito de pessoa com deficiência, desde que se identifique a dificuldade na interação com as barreiras sociais”.²⁹

O elemento supra referido, entre outros elementos como o dever estatal em conferir a igualdade de oportunidades e assegurar um sistema educacional inclusivo, são alguns dos diversos pontos elencados na Convenção Sobre Direitos das Pessoas com Deficiência que serviram como norte para o texto do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

²⁷ Instituto Brasileiro dos Direitos da Pessoa com Deficiência. **Inclusão social da pessoa com deficiência: medidas que fazem a diferença** - Rio de Janeiro: IBDD, 2008. p. 27.

²⁸ Art. 5º da Constituição da República Federativa Do Brasil de 1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

²⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Roteiro de atuação na ação de interdição: uma releitura a partir da convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência**. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/112957/1520807/livro_v5_web.pdf>. Acesso em: 21 out. 2016. p 16.

3.2 A Lei Brasileira de Inclusão: O conceito de deficiência e o novo regime das incapacidades.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou também conhecida como Lei Brasileira de Inclusão, como o próprio nome indica, tem como objetivo possibilitar ao deficiente a inclusão ao meio social por meio de um aumento de sua autonomia existencial. Para tal aumento, perfaz necessário entender quem é o deficiente especificado no texto de lei.

O art. 1^º³⁰ da Lei designa que é destinada a promover e assegurar as condições de igualdade, dos exercícios de direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiências, visando sua inclusão social e cidadania. Esta determinação é reiteradamente presente em diversas convenções internacionais, como exemplo, a Declaração dos Direitos Humanos; Declaração Americana de Direitos Humanos e a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficientes.

O professor Paulo Lôbo, quanto às modificações nos regimes da capacidade aponta: “A Convenção considera pessoas com deficiência (e não “portadoras de deficiência”) as que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.³¹”

O art. 2 da Lei Brasileira de Inclusão em concordância com o art.1 traz quem seria a pessoa com deficiência, conceito em consonância àquele conferido pela Lei. 7.853/1890, regulamentada pelo Dec. 3.298/1999. Vide art. 2º da Lei 13.146/2015,

“Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

No parágrafo 1º do art. 2º determina que se necessária, a forma de avaliação da deficiência será biopsicossocial, devendo ser realizada por uma equipe multiprofissional e interdisciplinar. Ou seja, o procedimento para determinar se alguém é deficiente ou não, é opcional, visto que determinados casos dispensam, como por exemplo, alguém que não tenha um braço.

³¹ LÔBO, Paulo. PROCESSO FAMILIAR. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes> Acessado em: 23.out.2016

Quanto à avaliação psicossocial, Farias explica que a é: “aquela que considera aspectos sociais que circundam o deficiente, além, por óbvio, de dados médicos capazes de demonstrar sua incapacidade.”³². A adoção de exame ou perícia leve em consideração impedimentos físicos e sociais é são novidade no sistema brasileiro, estando presentes no art. 20º da Lei nº8.472/1993³³, que trata que tem traz um conceito de deficiência similar ao das duas leis acima mencionadas, porém, quanto a sua matéria, trata de forma da concessão do benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência.

A mudança no regime das incapacidades é tida como a principal modificação no sistema jurídico brasileiro realizado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. O instituto da incapacidade presente no art. 3 e 4 da Lei. 13.146 de 2002 confrontariam os objetivos e princípios elencados ao longo do Estatuto, como o da igualdade, fim da discriminação, hipossuficiência, autonomia e respeito à dignidade da pessoa humana, visto que traz limitações à pessoa incapaz³⁴.

O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; a não-discriminação; a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; a igualdade de oportunidades; a acessibilidade; a igualdade entre o homem e a mulher; o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

O artigo 6º³⁵ da Lei nº 13.146/2015 também trata de forma indireta da autonomia ao definir de forma expressa e taxativa que a deficiência não afeta a plena

³² Ibidem. p. 25.

³³ Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família:

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS.

³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves De; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado: artigo por artigo**. 1 ed. Salvador: JusPODVIM, 2016. p. 30-36.

³⁵ Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

capacidade civil da pessoa. Em seguida, elenca em seus incisos atos que estão intrinsecamente relacionados à autonomia existencial, como casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos.

Quanto ao art. 6º da lei e seus respectivos incisos, o professor Maurício Requião explica:

“(...) art.6º se determina de modo expreso que a existência da deficiência não afeta a plena capacidade civil. Mais do que isso, faz questão de enumerar de modo exemplificativo atos que o portador de deficiência poderá praticar sem qualquer restrição(...)”³⁶

O art.6º da Lei Brasileira de Inclusão tem fundamentos em diversos textos legislativos: o art. 226 da Constituição Federal, que define a família como base da sociedade, devendo ser resguardada pelo Estado, além de tratar da proteção da união estável e sua conversão em casamento; A Convenção de Nova York, que possui status de emenda constitucional, ao longo do seu art. 23 trata do dever do Estado em eliminar discriminação com a pessoa com deficiência, principalmente nos aspectos relativos a casamento, família, paternidades; e por ultimo, na Lei nº9278/96, no art1º que define de maneira exemplificativa o conceito de entidade familiar³⁷. No art. 7º, a lei especifica o dever que todos possuem em comunicar à autoridade qualquer ameaça ou violação os direitos.

Outro relevante artigo da Lei Brasileira de Inclusão é o 8º, Farias acertadamente retira do artigo consistem propiciar, ao deficiente, uma proteção quanto a seus bens mais fundamentais (vida, saúde, trabalho, previdência social, etc); à sua autodeterminação (sexualidade, paternidade e maternidade); à sua integração com a sociedade (cultura, desporto, turismo, lazer, etc). Esses três objetivos são

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

³⁶ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidade e Interdição**. 1ª ed. Salvador. Juspodivm. 2016. p. 163.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves De; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado: artigo por artigo**. 1 ed. Salvador: Juspodvm, 2016. p.45

configuram a concepção de autonomia existencial³⁸ adotada pelo Maurício Requião e outros autores.

3.3 A nova Curatela no Código Civil de 2002.

Os artigos da Lei Brasileira de Inclusão mencionados no capítulo anterior reiteradamente estimulam o entendimento de que a pessoa deficiente tem assegurado o direito de exercício de capacidade. Nesse sentido explica Farias: “O simples fato de uma pessoa humana ter algum tipo de deficiência (física, mental, intelectual), por si só, não é bastante para caracterizar uma incapacidade jurídica”³⁹. Ou seja, ele é detentor da plena capacidade, conceito explicado no capítulo 2, seria quando uma pessoa detêm a capacidade de exercício e a de direito.

Dentre os artigos do Estatuto da Pessoa com Deficiência que tratam da capacidade da pessoa com deficiência, destaca-se o art. 84, este que em seu caput traz a reiterada defesa a igualdade de condições e o exercício da capacidade, porém, o §1º, §3 e §4º do referido artigo prevê que em certos casos haverá a necessidade de submeter a pessoa com deficiência à curatela por meio da ação de curatela e não mais pelo processo de interdição, este cabível o caso de incapacidade relativa de causa transitória⁴⁰. A curatela da Lei Brasileira de Inclusão é medida protetiva extraordinária e devendo ser aplicada proporcionalmente as necessidades e circunstâncias de cada caso.

A capacidade jurídica é a regra, sendo a incapacidade excepcional e conseqüentemente, a curatela seria medida excepcional, extraordinária, por conta disto deve constar na sentença as razões e motivações da sua definição (art.85, §2º). A curatela em caráter excepcional depende de comprovação fática, em demanda judicial, submetida ao procedimento especial de jurisdição voluntária. A mudança de incapacidade como excepcional revogou diversos dispositivos do art. 1767 do Código Civil de 2002, que determinava expressamente que os portadores de transtorno mental estariam sujeitos à curatela⁴¹.

³⁸ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidade e Interdição**. 1ª ed. Salvador. Juspodivm. 2016. p. 32

³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves De; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado: artigo por artigo**. 1 ed. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 239.

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves De; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado: artigo por artigo**. 1 ed. Salvador: Juspodvm, 2016. p.239.

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves De; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado: artigo por artigo**. 1 ed. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 165.

Ao analisar esse caráter excepcional da curatela, Lôbo instrui:

“Assim, não há que se falar mais de “interdição”, que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos⁴².”

Entende-se que a curatela deve ser cuidadosamente empregada, seja quando da escolha do curador, visto seus efeitos na autonomia do curatelado, neste sentido Requião explica de forma didática:

“A fixação da curatela é de grande relevância para a questão da autonomia do sujeito que a ela estará submetido. Acreditando-se nisso por dois fatores: em primeiro lugar, pela óbvia questão de que, é a partir da fixação da curatela pelo processo de interdição serão fixados os limites da autonomia dos curatelados; em segundo, porque a determinação de quem será o curador é igualmente relevante, já que terá este sujeito grande participação na vida do curatelado.⁴³”

O próprio texto do Estatuto compreende que mesmo a pessoa deficiente submetida ao regime da curatela, este afetara somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. A limitação conferida ao regime da curatela foi uma opção garantista, somente afetara os atos patrimoniais, sendo os atos existências advém da personalidade do titular, intrínsecos à sua humanidade⁴⁴. Ou seja, atos como adoção, compra e venda, doação, poderão ser nulos ou anuláveis a depender do grau da incapacidade. Em contrapartida, atos relacionados ao voto, à sexualidade, ao casamento, à privacidade não sofreram limitações pela curatela.

Quanto às modificações ocasionadas pela Lei Brasileira de Inclusão, Lôbo ensina: “Essa específica curatela apenas afetará os negócios jurídicos relacionados aos direitos de natureza patrimonial. A curatela não alcança nem restringe os direitos de família (inclusive de se casar, de ter filhos e exercer os direitos da parentalidade), do trabalho, eleitoral (de votar e ser votado), de ser testemunha

⁴² LÔBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes> Acessado em: 12.set.2016

⁴³ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidade e Interdição**. 1ª ed. Salvador. Juspodivm. 2016. p.167.

⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves De; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado: artigo por artigo**. 1 ed. Salvador: Juspodvm, 2016. p.241.

e de obter documentos oficiais de interesse da pessoa com deficiência. O caráter de excepcionalidade, impõe ao juiz a obrigatoriedade de se fazer constar da sentença as razões e motivações para a curatela específica e seu tempo de duração⁴⁵.”

Duas inovações da Lei 13.146/2015: a curatela compartilhada e a tomada de decisão apoiada. Na primeira, a pessoa com deficiência poderá contar com mais de um curador, para incumbências específicas; pela segunda, é tema que será abordado.

A pessoa com deficiência poderá escolher pelo menos duas pessoas para apoiá-lo no exercício de sua capacidade. A segunda, dependente de decisão judicial, não se confunde com a curatela e tem por objetivo, principalmente, o apoio para celebração de determinados negócios jurídicos; se houver divergência entre os apoiadores e a pessoa apoiada, caberá ao juiz decidir.

3.4 Tomada de Decisão Apoiada

Dentre algumas das maiores novidades advindas com o Estatuto da Pessoa com Deficiência esta a Tomada de Decisão Apoiada (TDA), inovação relacionada ao subtópico anterior, a curatela. Com a modificação ocasionada pelo Estatuto, os deficientes deixaram de ser considerados incapazes, por força de modificação nos artigos 3º e 4º do Código Civil, o que não importou na exclusão de medidas protetivas vez que verificada a necessidade de algum auxílio para o exercício da sua capacidade⁴⁶.

O art. 115 combinado com art. 116 da Lei Brasileira Inclusão trazem ao sistema jurídico brasileiro de um novo regime de proteção, chamada Tomada de Decisão Apoiada, ao modificar o Título IV da Parte Especial da Lei nº 10.406 de 2002. Nas palavras de FARIAS: “A tomada de decisão apoiada como um novo modelo de proteção intermediário⁴⁷”. Tal modificação se dá com a criação do art.1.783-A no

⁴⁵ LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes> Acessado em: 12.set.2016

⁴⁶ REQUIÃO, Maurício. **Conheça a tomada de decisão apoiada, novo regime alternativo à curatela.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-14/direito-civil-atual-conheca-tomada-decisao-apoiada-regime-alternativo-curatela>> Acesso em: 3.nov.2015

⁴⁷ FARIAS, Cristiano Chaves De; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado: artigo por artigo.** 1 ed. Salvador: Juspodvm, 2016. p.334.

Código Civil vigente, sendo modelo alternativo a curatela, sendo de iniciativa da pessoa com deficiência, privilegiando seu espaço de escolha⁴⁸.

Quantos aos sujeitos passíveis a ficarem submetidos a TDA, Rizzardo especifica que: “é espécie destina-se aos relativamente incapazes, que revelem limitações mentais, físicas, intelectuais e sensoriais, abrangendo as psicossociais e as cognitivas⁴⁹”. Isto confere as pessoa com deficiência que são capazes de expressar sua vontade proteção diferenciada⁵⁰.

Assim como a curatela, a da Tomada de Decisão Apoiada se constituirá pela via judicial. De maneira sucinta e didática Requião explica o procedimento:

“O juiz, antes de decidir, deverá ouvir não apenas o requerente, como também os apoiadores, o Ministério Público e equipe multidisciplinar (artigo 1783-A, §3º). Note-se que a tomada de decisão apoiada é medida cuja legitimidade ativa cabe somente ao sujeito que dela fará uso (artigo 1783-A, §2º)⁵¹, o que reforça o papel da autonomia do portador de transtorno mental. Possuirá apoiadores não porque lhe foram designados, mas porque assim o quis. [...]Este respeito à autonomia do apoiado prossegue presente no próprio termo em que se faz o pedido do estabelecimento de tomada de decisão apoiada. Em tal termo, firmado pelo apoiado e pelos apoiadores, é necessário que “constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar” (artigo 1783-A, §1º).⁵²”

Quanto à funcionalidade do TDA, o professor Stolze explica magistralmente:

“A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os

⁴⁸ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidade e Interdição**. 1ª ed. Salvador. Juspodivm. 2016. p.183.

⁴⁹ RIZZARDO .Arnaldo. **Os deficientes e a tomada de decisão apoiada**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/21/os-deficientes-e-a-tomada-de-decisao-apoiada/>> Acesso em: 4. Nov. 2016

⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves De; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado: artigo por artigo**. 1 ed. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 335.

⁵¹ Art. 1.783-A. § 2º da Lei 10.406/2002: O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo.

⁵² REQUIÃO. Maurício. **Conheça a tomada de decisão apoiada, novo regime alternativo à curatela**. Disponível: em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-14/direito-civil-atual-conheca-tomada-decisao-apoiada-regime-alternativo-curatela>> Acesso em: 5.nov. 2015

elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade⁵³.”

Compreende-se que a TDA é medida extraordinária, pois, a capacidade de exercício é regra, portanto, esse regime devera ser aplicado em casos específicos e devidamente examinados, observando se a pessoa deficiente detém capacidade para ficar submetido a tal regime, para que possa participar no gerência dos atos de sua vida. O TDA somente priva a pessoa com deficiência da legitimidade para praticar alguns atos da vida civil, se não houver o acompanhamento dos apoiadores⁵⁴.

Destaca-se que a figura do juiz será presente quando determinado negócio houver controvérsia que possa trazer risco ou prejuízo relevante, sendo que caro o apoiador não aja num sentido positivo, a apoiar suas decisões por negligencia ou interesse pessoal, este poderá ser destituído pelo Ministério Público, como afere o at. 1783-A, §7^{o55} do Código Civil. Condiz com a estrutura do Estatuto, tendo como escopo a autonomia em maior amplitude possível, resguardando circunstâncias fáticas relacionadas à própria pessoa com deficiência.

CONCLUSÃO

A Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2016 é um marco no sistema jurídico brasileiro, pois modifica institutos basilares do direito privado. Esta Lei emerge historicamente do desenvolvimento do conceito do que é ser humano, e sua função como titular de direitos e deveres, dentre estes, destaca-se os princípios da igualdade e do respeito à dignidade da pessoa humana. Com o desenvolvimento político-social, principalmente após as Grandes Guerras, vê-se a necessidade de não só zelar pela vida do ser humano, mas pela vida digna, independentemente de sexo, raça, religião ou cor, havendo a intensificação da discussão da inclusão de segmentos antes excluídos ou segregados.

⁵³ STOLZE, Pablo. **Estatuto da Pessoa com Deficiência e sistema de incapacidade civil**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 2015, n. 4411, 30 jul.2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>> Acesso em: 5 out. 2016.

⁵⁴ RIZZARDO .Arnaldo. **Os deficientes e a tomada de decisão apoiada**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/21/os-deficientes-e-a-tomada-de-decisao-apoiada/>> Acesso em: 4. Nov. 2016

⁵⁵ Art. 1.783-A. § 7º da Lei 10.406/2002: Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

Tais reflexões fizeram com que os doutrinadores elencassem um rol de direitos que seriam imprescindíveis para a pessoa humana, os chamados direitos fundamentais, estes que podem estar presentes entres os direitos da personalidade, mas que não devem ser confundidos. É ultrapassado o entendimento de que o primeiro seria de Direito Público e o outro privado, visto que ambos interferem tanto nas relações privados como nas relações entre indivíduos e Estado.

O Direito por muito tempo distinguiu a possibilidade de a pessoa ser sujeitos de direitos e deveres da sua efetiva aptidão para exercê-los, neste sentido, destaca-se o instituto da capacidade. A capacidade se divide em capacidade de direitos e fato. Capacidade de direito se assemelha a personalidade, relaciona-se a possibilidade da pessoa ser sujeito de direitos, já a capacidade de fato estaria ligada ao exercício dos direitos por si só.

As pessoas com deficiência estavam inseridas dentro do regime da incapacidade, que de fato, conferia grande limitação a sua autonomia. A ausência da possibilidade de gerar por si mesmo os atos e direitos era suprido pela presença de terceiro. Os institutos de direito assistencial que visam a proteção de menores, relativamente incapazes, que não se encontrem sob o poder familiar por meio da tutela e dos maiores que, por si, não podem reger e defender sua pessoa, nem administrar os próprios bens ocorreria por meio da curatela.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência surge por força da Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes que tem como objetivo efetivar a inclusão da pessoa com deficiência à sociedade por meio do aumento de sua autonomia. A autonomia referida do Estatuto tem como enfoque o plano existencial, decisões que interfiram em questões pessoais, como a sexualidade, casamento, controle parental.

É asseverado diversas vezes na Lei Brasileira de Inclusão que a pessoa deficiente é igual em direitos e tem plena capacidade de exercício. É determinado que a capacidade será regra, porém, em casos especiais, a pessoa com deficiência poderá sim ser considerada incapaz e por conta disto ser sujeita a tutela, curatela, ou à novidade trazida pelo Estatuto, a Tomada de Decisão Assistida.

A Lei retira o suposto caráter protetivo da incapacidade, e traz mecanismos de avaliação biopsicossocial para averiguar se o mesmo deve ser colocado como incapaz. Sendo que realizar atos indevidos, poderá por meio judicial, considere-los nulos ou anuláveis. O Estatuto aufere nova perspectiva de vida aos anteriormente incapazes, devem-se compreender os conflitos causados pela

inovação são ínfimos se comparados ao dever de cada cidadão e do próprio Estado conferir aos deficientes sua autonomia por meio da mudança do instituto da capacidade civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 4.a ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8ª edição, Saraiva, 10/2014. VitalSource Bookshel Online.

COELHO. Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, volume I**. 5.a. ed. São Paulo: Editora : Saraiva, 2012.

CUPIS. Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. 2 ed.. São Paulo: Editora Quorum. 2008

DINIZ, Maria Helena; **Curso de direito civil brasileiro/volume 1**. São Paulo. ; 29. ed. Saraiva, 2012.

DÍEZ-PICASSO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Instituciones de derecho civil**. Vol. I. 2. ed., Madrid: Tecnos, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves De; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado: artigo por artigo**. 1 ed. Salvador: Juspodvm, 2016. p.243

FERNANDES, Milton. Os direitos da personalidade e o Estado de Direito. Belo Horizonte :Revista Brasileira de Estudos Políticos., n. 50, janeiro, 1980.

FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 47. GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público: -reserva de cargos e empregos públicos - - administração pública direta e indireta -**. 1 ed. Goiânia: UCG, 2006.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Dicionário Básico Jurídico**. 1 ed. Campinas: Editora Russel, 2006

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado, vol. 1**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil - Vol. 2 - Obrigações e Responsabilidade Civil - 7ª edição**. São Paulo: Ed.Saravia. 2013.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil - Vol. 1** – Teoria Geral do Direito Civil - 7ª edição. São Paulo: Ed.Saravia. 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Vol. 1 - Parte Geral**, 9ª edição. Forense, 04/2013.

OLIVEIRA, Luiza Maria Borges. Cartilha do censo 2010: **Pessoas com deficiência**. 1 ed. Brasília: Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2012.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidade e Interdição**. 1ª ed. Salvador. Juspodivm. 2016.

RAMOS, André Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. São Paulo: Ed. Livraria do Advogado.

SCHEREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. Atlas, 05/2013.

KRAEMER, Eduardo. **A Responsabilidade do Estado e do Magistrado em Decorrência da Deficiente Kelsen**. Hans. **Teoria Pura do Direito**, tradução francesa 2ª edição alemã, por Ch. Einsenmann, Paris Dalloz, 1962.

Referencias eletrônicas

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Guia de orientação ministerial: orientação sobre o direito das pessoas com deficiência à inclusão escolar**. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2015/12/03/13_44_45_169_o_que_muda_com_a_lei_brasileira_de_inclus%c3%a3o_apontamentos.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. **O que muda com a lei brasileira de inclusão**. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2015/12/03/13_44_45_169_o_que_muda_com_a_lei_brasileira_de_inclus%c3%a3o_apontamentos.pdf>. Acesso em: 30 out. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Roteiro de atuação na ação de interdição: uma releitura a partir da convenção sobre os direitos da**

peessoa com deficiência. Disponível em:
<http://www.mprj.mp.br/documents/112957/1520807/livro_v5_web.pdf>.

Acesso em: 21 out. 2018.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto, **Tutela da personalidade no atual direito brasileiro**, Revista de Informação Legislativa, jan./mar. 1995. Disponível em:
<<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176301>>. Acesso em 02.jan. 2018.

BEZERRA, Benilton. **A história da psicopatologia no Brasil**. Disponível em
<<youtube.com>> Acesso em: 02 de out. 2018.

STOLZE, Pablo. **Estatuto da Pessoa com Deficiência e sistema de incapacidade civil**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 2015, n. 4411, 30 jul.2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>> Acesso em: 5 de out. 2018.

LÔBO. Paulo. **Com Avanço Legal Pessoas com Deficiência Mental não são mais Incapazes**. Fonte: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>> Acessado em 29 de set. de 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Lei 13.146 Acrescenta Novo Conceito para Capacidade Civil**. Fonte: Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>> Acessado em: 29.set. 2018.

REQUIÃO. Maurício. **Conheça a tomada de decisão apoiada, novo regime alternativo à curatela**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-14/direito-civil-atual-conheca-tomada-decisao-apoiada-regime-alternativo-curatela>> Acessado em: 3.nov.2018

RIZZARDO .Arnaldo. **Os deficientes e a tomada de decisão apoiada**. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2015/10/21/os-deficientes-e-a-tomada-de-decisao-apoiada/>> Acesso em: 4. Nov. 2018

SIMÃO, José . **Estatuto da Pessoa com Deficiência Causa Perplexidade - Parte 01** ". Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>> Acessado em: 30.out. 2018.

TARTUCE. Flavio, **Alteração do Código Civil pela Lei 13.146(Lei do deficiente)**. Migalhas. Junho. 2015. Disponível em:
<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045->

Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>
Acesso em: 22 out. 2018.

TOMAZETTE, Marlon. Crítica à nova sistemática da incapacidade de fato segundo a Lei 13.146/15

Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/42271/critica-a-nova-sistematica-da-incapacidade-de-fato-segundo-a-lei-13-146-15>> Acessado em: 6.nov.2018 .

A NOVA EMPRESARIALIDADE NA ERA DA INFORMAÇÃO

Rafael Rizzi¹ e Eduardo Salgueiro Coelho²

Resumo

Este artigo analisa o papel da nova empresarialidade sob uma perspectiva crítica acerca do processo de globalização e as contradições geradas por ele no contexto da Sociedade da Informação. A metodologia do artigo é hipotética-dedutiva, vindo a concluir que deve ser adotada uma mudança de postura em relação ao lugar ocupado pelas empresas na sociedade, devendo estas, considerarem as diversas questões sociais envolvidas no desenvolvimento de suas atividades e sua a função ou responsabilidade na busca por soluções.

Palavras-chave: Sociedade da Informação, Empresarialidade, Função social.

NEW ENTREPRENEURSHIP IN THE INFORMATION SOCIETY: A GLOBAL AND SOLIDARY ANALYSIS

Abstract

This paper analyzes the role of new entrepreneurship in a critical perspective on the process of globalization and the contradictions generated by it in the context of the Information Society. The methodology of the article is hypothetical-deductive, concluding that a change of attitude should be adopted in relation to the place occupied by companies in society, considering these, to consider the various social issues involved in the development of their activities and their function or responsibility in the search for solutions.

Keywords: Information Society; Entrepreneurship; Social function.

INTRODUÇÃO

Com o término da Segunda Guerra Mundial e o desenvolvimento de novas tecnologias da informação e comunicação (TIC), impulsionadas pelo acesso de computadores pessoais à internet e suas redes interligadas, a humanidade conheceu uma nova forma de se viver, comunicar, pensar e agir, seja no tocante

¹ Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pela FMU. Pós-graduando em Direito Civil pela PUC Minas e graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Advogado.

² Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pela FMU, Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Advogado e Professor universitário.

as formas trabalho, educação, lazer, relações sociais, entre outros aspectos da vida cotidiana impactados pelo processo “Globalização”.

Na visão de Zygmunt Bauman, a “Globalização” surge como fenômeno que aproxima diferentes povos ao redor do mundo, tanto no campo econômico, como no social, no cultural e no político, sendo um dos temas mais falados e discutidos pelos homens na contemporaneidade e, muitas vezes empregado no contexto de algo positivo ou quase utópico.

Visando elucidar as complexas relações que se desenvolvem na contemporaneidade global, Zygmunt Bauman em sua obra “Globalização: as consequências humanas”, alicerça sua análise sobre o tema, identificando que são as grandes corporações as principais beneficiadas pela globalização, pois, atualmente, as grandes empresas transnacionais se apresentam muito mais desvinculadas de seus empregados, de seus fornecedores e dos demais participantes da comunidade que circunda suas plantas fabris ou mesmo seus escritórios: “A companhia pertence às pessoas que nela investem – não aos seus empregados, fornecedores ou à localidade em que se situa”³

Tal forma de exercer a atividade empresária deve ser analisado dentro do contexto da Sociedade da Informação, considerando o rápido desenvolvimento da informática em uma era pós-industrial, impactou de forma marcante a vida cotidiana dos grandes centros e, conseqüentemente, as estratégias empresárias.

Assistir à televisão, falar ao telefone, movimentar a conta no terminal bancário e, pela internet, verificar multas de trânsito, comprar discos, trocar mensagens com o outro lado do planeta, pesquisar e estudar são hoje atividades cotidianas, no mundo inteiro e no Brasil. Rapidamente nos adaptamos a essas novidades e passamos – em geral, sem uma percepção clara nem maiores questionamentos – a viver na Sociedade da Informação, uma nova era em que a informação flui a velocidades e em quantidades há apenas poucos anos inimagináveis, assumindo valores sociais e econômicos fundamentais.⁴

Manuel Castells identifica a transformação tecnológica e administrativa do trabalho e das relações produtivas dentro e em torno da empresa o principal fator

³ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p.13.

⁴ TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil: livro verde**. Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), 2000. p.3

capaz de influenciar a sociedade como um todo por meio da globalização⁵, afirmando que: “a tecnologia é a sociedade e a sociedade não pode ser entendida ou representada sem suas ferramentas tecnológicas” “desta forma, importante considerar a complexidade inerente ao surgimento de relações de inclusão-exclusão dotado quase de simultaneidade na Era da Informação, como destaca Pierre Levy:

Cada novo sistema de comunicação fabrica seus excluídos. Não havia iletrados antes da invenção da escrita. A impressão e a televisão introduziram a divisão entre aqueles que publicam ou estão na mídia e os outros. (...) Nenhum desses fatores constitui um argumento sério contra a escrita, a impressão, a televisão ou o telefone. O fato de que haja analfabetos ou pessoas sem telefone não nos leva a condenar a escrita ou as telecomunicações – pelo contrário, somos estimulados a desenvolver a educação primária e a estender as redes telefônicas⁶

Diante de tais considerações, justifica-se uma análise crítica do papel das empresas e do desenvolvimento tecnológico no contexto da Sociedade da Informação, levando em consideração a complexidade das relações humanas diante do processo de globalização.

Para tal feito, foi utilizada a metodologia hipotético-dedutivo através da técnica de revisão dos principais marcos teóricos relacionados a problematização do processo de globalização, principalmente, o pensamento do sociólogo Zygmunt Bauman e do geógrafo Milton Santos, já com relação ao desenvolvimento tecnológico o tema foi abordado sob o paradigma da Sociedade da Informação segundo as obras de Manuel Castells.

GLOBALIZAÇÃO: RIQUEZAS GLOBAIS E POBREZAS LOCAIS

Segundo Bauman a globalização é um conjunto heterogêneo de fenômenos impulsionados a partir do final dos anos 80, diante do fim do socialismo de Estado na ex-URSS e no Leste Europeu e o o crescimento da influência cultural norte-americana, no final da Guerra Fria, onde ocorreram movimentos como a expansão das empresas transnacionais, a internacionalização do capital financeiro e a descentralização dos processos produtivos, cenário que teria

⁵ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 265. ⁶ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 43.

⁶ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999, p.237.

delineado os contornos de uma efetiva 'sociedade mundial', segundo o autor, uma sociedade na qual os principais processos e acontecimentos históricos ocorrem e se desdobram em escala global".⁷

Segundo Bauman, o fato da internet facilitar a transmissão da informação e a comunicação, foi a capaz de colocar um fim à distância, ou pelo menos encurtá-la, entretanto, tal processo de avanço da rede de computadores por meio das TIC acaba por excluir, em diversos aspectos, as parcelas da população desprovidas desses dispositivos, pontuando que, a facilitação da mobilidade da informação pôde aumentar o grau de liberdade de alguns, porém se apresenta como cárcere para outros.

Para a parcela que obteve maior gama de possibilidades com o avanço das TIC, Bauman identifica que, na perspectiva destes, "a distância não parece importar muito (...) o espaço deixou de ser um obstáculo — basta uma fração de segundo para conquistá-lo. Não há mais "fronteiras naturais" nem lugares óbvios a ocupar".⁸

Neste contexto, a parcela mínima da sociedade global que, já desfrutando de direitos básicos como saúde, alimentação, saneamento básico, educação e etc, consegue, ainda, ter ao seu dispor as citadas tecnologias, podendo, desta forma, desfrutar de todos os benefícios da integração global, se tornando "cidadãos globais", cujo modo de vida é objeto de adoração universal em razão da insistente e excessiva exibição das aventuras extravagantes desfrutadas pelos mais ricos.⁹

De forma semelhante a tais "cidadãos globais", muitas empresas transnacionais, se fecham em bairros isolados, fortemente protegidos, dispendendo um tremendo esforço para isolar-se do seu entorno, que, na maioria das vezes, não desfruta do mesmo aparato tecnológico ou sequer das infraestruturas mais básicas para uma boa qualidade de vida¹¹, tornando, assim, mais visível, no âmbito local, a desigualdade, de escala global, entre pobreza e desenvolvimento.

Tais estas considerações apontam que o processo de globalização, fortemente impulsionado pelo avanço tecnológico das TIC, mostrou-se indiscutivelmente útil para o avanço tecnológico, trazendo mudanças revolucionárias para a economia, o trabalho, o comércio e as comunicações ao redor mundo, sendo um

⁷ ALVAREZ, Marcos César. **Cidadania e direitos num mundo globalizado**. Perspectivas, São Paulo, n. 22, 1999. p.97

⁸ Ibid. p.85

⁹ Ibid. p.103.

caminho praticamente sem volta, porém, trouxe consigo consequências nefastas, e muito significativas, para grande parte da população mundial, destacando-se que: “para o cidadão comum, a globalização, até o presente momento tem-se tornado apenas o motivo deflagrador do processo de aumento das contingências que determinam sua condição humana social”.¹⁰

A NOVA EMPRESARIALIDADE NA ERA DA INFORMAÇÃO

O cenário paradoxal de progressos e exclusões, riquezas e misérias, mobilidades e isolamentos que a globalização apresenta é produto de um processo histórico descrito pelo historiador Eric Hobsbawm da seguinte forma:

vivemos num mundo conquistado, desenraizado e transformado pelo titânico processo econômico e tecnocientífico do desenvolvimento do capitalismo, que dominou os dois ou três últimos séculos. Sabemos, ou pelo menos é razoável supor que ele não pode prosseguir ad infinitum. O futuro não pode ser continuação do passado, e há sinais, tanto externamente quanto internamente, de que chegamos a um ponto de crise histórica. (...). Contudo, uma coisa é clara. Se a humanidade quer ter um futuro reconhecível, não pode ser pelo prolongamento do passado ou do presente. Se tentarmos construir o terceiro milênio nessa base, vamos fracassar. E o preço do fracasso, ou seja, a alternativa para uma mudança da sociedade, é a escuridão.¹¹

A crença de que o avanço das condições técnicas e científicas por si só seria capaz de levar a humanidade a construção de um mundo mais digno, humano e socialmente justo não se mostrou verdadeira, pois são inúmeros os casos em que tais aparatos são praticamente expropriados por um punhado de empresas que os utilizam apenas para seus interesses egoísticos.¹²

Assim, para que a sociedade não entre num colapso social e humanitário, é preciso uma reformulação total, uma mudança nos caminhos, ou poderes, que conduzem o processo globalizatório, assim, no que se relaciona ao lugar das empresas neste novo mundo:

“a empresa é uma organização (...) e as organizações constituem o núcleo básico a partir do qual se organizam as sociedades nos países

¹⁰ BITTAR, Eduardo C. **O Direito na Pós-Modernidade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 328.

¹¹ Ibid. p. 110.

¹² HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 562.

pós-capitalistas. A chave de tais sociedades não é tanto a família ou o Estado-nação, mas as organizações. Uma ética das organizações é pois indispensável para reconstruir o tecido de uma sociedade, para (re)moralizá-la”¹³

A par das discussões filosóficas acerca da definição ou redefinição de uma ética atual, seja ela moderna, pós-moderna ou mesmo propriamente empresarial, nos parece suficiente o que diz Adalberto Simão Filho sobre o padrão de conduta a ser adotado pelos empresários: “Empresa na atualidade, em confronto com o antigo “standard” comportamental do bom pai de família, como premissa para a elaboração do “standard” correlato, de natureza jurídico- comportamental, consistente no bom homem de negócios ou, simplesmente, bom empresário do ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro, está previsto na Constituição Federal de 1988, como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), além do princípio da solidariedade social no artigo 3º, I e a previsão da função social da propriedade no artigo 5º, XXIII de forma geral e, mais especificadamente em relação a ordem econômica, no artigo 170, III. Tais disposições, embasam a afirmação de Santiago e Campello ao dizer que:

Instituto correlato à função social do contrato, e também à função social da propriedade, é o da função social da empresa, embora este último não tenha recebido menção no Código Civil. Na realidade, esses três princípios são aplicações do princípio da socialidade a áreas específicas do direito, daí a conexão entre eles”¹⁴

A função social da atividade empresária já a algum tempo vem sendo objeto de debate no meio acadêmico e jurisprudencial, deste modo surgiram algumas interpretações, Gladston Mamede diz que:

O princípio da função social da empresa é metanorma que tem essa matriz, demandando seja considerado o interesse da sociedade, organizada em Estado, sobre todas as atividades econômicas, mesmo sendo privadas e, destarte, submetida ao regime jurídico privado. Embora tenha finalidade imediata de remunerar o capital nela

¹³ CORTINA, Adela, *Ética de la Empresa*, 7ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005 .p. 82 *apud* CARRAÇA, Carmen Maria Nunes. **Ética da empresa uma responsabilidade social**. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de Lisboa.

¹⁴ SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. **Função solidária: a terceira dimensão dos contratos**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7283518d47a05a09>> Acesso em: 20 maio 2016. p. 121.

investido, atendendo ao interesse de seu titular ou dos sócios do ente (sociedade) que a titulariza, a atividade negocial atende igualmente ao restante da sociedade.¹⁵

Neste particular cabe, até para reforçar seus respectivos sentidos e importância, ressaltar a diferenciação entre a função social das empresas e o que se entende por responsabilidade social, ou ainda, “cidadania empresarial”, esta que pode ser entendida como a participação, valorização, apoio ou fomento de soluções para questões socialmente relevantes no decorrer do desenvolvimento da atividade empresária, realizadas de forma inteiramente voluntária, representando “um passo além” da função social da empresa, demonstrando, pela sua simples existência uma maior conscientização do empresariado no que diz respeito ao seu potencial papel na resolução de problemas sociais que, muitas vezes, o Estado se mostrou incapaz, ineficiente ou mesmo sem credibilidade para sua resolução.¹⁶

Assim, considerando a advertência feita por, Milton Santos para o fato de que “a globalização mata a noção de solidariedade, devolve o homem à condição primitiva do cada um por si e, como se voltássemos a ser animais da selva, reduz as noções de moralidade pública e particular a um quase nada.”¹⁷ A adoção, ou mesmo uma construção, de uma empresarialidade solidária e humana se faz necessária para que os efeitos prejudiciais da globalização possam ao menos serem minimizados por meio da atuação daqueles atores sociais que mais se beneficiaram neste processo.

CONCLUSÃO

Assim, a globalização entendida como fenômeno global capaz de encurtar distâncias sociais, econômicas, culturais e políticas por meio das novas tecnologias da informação e comunicação (TIC) ligadas a internet, ainda é, na visão de Bauman, uma realidade bastante distante de uma parcela significativa da população que, em verdade, sentiu muito mais os efeitos perversos de tal processo que, impactou de forma praticamente irreversível suas formas de viver, se comunicar, de trabalhar e até de pensar.

¹⁵ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. V. 1. 7. ed. São Paulo:Atlas. 2013. p. 47.

¹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLLO, Bruno Paiva. **Função social da empresa**. Revista dos Tribunais, v. 2, p. 101 - 124, dez. 2010. p. 106-107.

¹⁷ SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização do pensamento único a consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2000, p.32.

A globalização na forma como foi conduzida até então, beneficiou, principalmente as grandes corporações transnacionais que se tornaram empresas verdadeiramente globais e por vezes dotadas de um alto grau de desvinculação de seus empregados, de seus fornecedores e possivelmente até do país em se situam.

Por meio da análise de tal fenômeno social sob o paradigma da Sociedade da Informação, segundo Manuel Castells, o rápido desenvolvimento da informática em uma era pós-industrial, modificou de forma também bastante veloz o modo de se viver e de desenvolver a atividade empresária, tendo ocorrido uma transformação tecnológica e administrativa do trabalho e das relações produtivas dentro e em torno da empresa.

Diante deste quadro o papel das empresas no contexto de um mundo cada vez mais globalizado na Era da Informação, também deve se modificar, pois, a transnacionalidade das companhias fez com que tomassem o lugar de importantes instituições sociais sendo indispensável para a construção de uma sociedade mais justa, humana e solidária, a atuação desta nova empresarialidade, tendo como parâmetros norteadores de suas ações, primeiramente num nível mais elementar, o “standard” jurídico-comportamental do bom homem de negócios ou, simplesmente, bom empresário, como dito por Adalberto Simão Filho¹⁸, praticamente no mesmo nível, porém dotado de maior coercibilidade e até mesmo como metanorma¹⁹, o Princípio da função social da empresa e por fim, num patamar mais elevado, em questão de solidariedade, o paradigma da responsabilidade social.

Tal mudança de posicionamento se demonstra crucial, para que as tendências perversas do movimento globalizatório identificadas por Zygmunt Bauman e Milton Santos, possam ser superadas para que o caminho a ser trilhado pela humanidade, como comunidade cada vez mais global, possa realmente ser o da construção de uma empresarialidade solidária e humana, buscando, ao lado do Estado e da sociedade, a democratização dos benefícios proporcionados pelo desenvolvimento econômico e tecnológico.

¹⁸ FILHO, Adalberto Simão, A Nova Empresarialidade. Uma visão jurídica reflexa da ética na atividade empresarial no contexto da gestão e da sociedade da informação. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2002. Pág. 25.

¹⁹ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. V. 1. 7. ed. São Paulo:Atlas. 2013. p. 47.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Marcos César. **Cidadania e direitos num mundo globalizado.**

Perspectivas, São Paulo, n. 22, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BITTAR, Eduardo C. B.. **O Direito na Pós-Modernidade.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em Rede.** São Paulo: Paz e Terra, 2008.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CORTINA, Adela, *Ética de la Empresa*, 7ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005 .p. 82 *apud* CARRAÇA, Carmen Maria Nunes. **Ética da empresa uma responsabilidade social.** 2014. Tese de Doutorado. Universidade de Lisboa.

FILHO, Adalberto Simão, **A Nova Empresarialidade. Uma visão jurídica reflexa da ética na atividade empresarial no contexto da gestão e da sociedade da informação.** Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLLO, Bruno Paiva. Função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, v. 2, p. 101 - 124, dez. 2010.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JUNIOR, Irineu Francisco Barreto; PEROSINI, Gladison Luciano. INCLUSÃO DIGITAL E TECNOLÓGICA: PESQUISA EMPÍRICA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL DE

ACESSO À INFORMAÇÃO. **Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica**, v. 2, n. 1, 2016.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial.**

V. 1.

7. ed. São Paulo:Atlas. 2013.

POSSAGNOLI, Heitor Henrique; DE ARRUDA, Allan César. A função social e solidária da empresa na sociedade da informação. **Revista da AGU**, v. 17, n. 1, 2018.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Função solidária: a terceira dimensão dos contratos. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7283518d47a05a09>> Acesso em: 20 nov. 2018.

SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização do pensamento único a consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil: livro verde**. Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), 2000.

A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A IMIGRAÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE A ASCENSÃO DO SENTIMENTO ANTI-IMIGRATÓRIO NOS PAÍSES NÓRDICOS E O IMPACTO NA POLÍTICA PROMOTORA DE DIREITOS HUMANOS

Ana Letícia Palacio Hortolani¹, Mattheus Vittor e Kaue Oliveira

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar como se deu a ascensão de partidos de extrema-direita na Europa Setentrional, e sua relação direta com a lógica antiimigrantista. Assim, será observado o posicionamento desses partidos mais conservadores, no que concerne a promoção de direitos humanos e a questão dos refugiados. Através disso será feita uma análise sobre o aumento do número de refugiados e se esta lógica serviu de subsídio para a ascensão da extrema direita nestes países tidos como grandes exemplos na contemporaneidade de respeito e cumprimento aos direitos humanos.

Palavras-chave: Países Nórdicos; Extrema-Direita; Anti-Imigração; Direitos Humanos; Relações Internacionais.

The Promotion of Human Rights and the immigration: an analysis of the rise of anti-immigrant sentiment in the Nordic countries and the impact on the human rights policy

Abstract

This article aims to analyze how the rise of far-right parties in Northern Europe occurred and their direct relationship with anti-immigrant logic. Thus, the position of these conservative parties will be observed, with regard to the promotion of human rights and the issue of refugees. An analysis about the increase in the number of refugees will be made and it will be discussed whether this logic has served as a subsidy for the rise of these far-right parties in these countries as great examples in the contemporary respect for and observance of human rights.

¹ Graduanda em Relações Internacionais pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas.

Keywords: Nordic Countries, Right-Wing, Anti-Immigration, Human Rights, International Relations.

Introdução

A humanidade ao longo de toda história vem se deparando com problemas, e diante destes, se põe a resolvê-los, propondo soluções às problemáticas que apareciam, estando estas respostas diretamente condicionadas e de acordo com um determinado período de tempo, contexto social, político e econômico dos sujeitos ali envolvidos. Desse modo, é natural a busca por soluções em tempos de crise. Porém, é necessário se ater que quaisquer soluções aplicadas ou passíveis de serem aplicadas, devem ser primeiro analisadas pelo crivo da razão e de modo imparcial. Para tal se apresenta este trabalho cujo foco será analisar o posicionamento dos principais partidos da linha conservadora (e as ideias por detrás delas) nos países nórdicos e como estes ganharam fôlego tão grande em pouco período de tempo.

Os países nórdicos² são tidos como modelos referência em qualidade de vida, bemestar social e, sobretudo no cumprimento e engajamento em tratados e organizações de direitos humanos em todo mundo. Desse modo é de suma importância uma análise de como uma conjuntura mundial adversa, sobretudo intensificada pós- 2008, pôde mudar a situação no mundo inteiro, inclusive nestes países.

É importante ressaltar como categoria analítica para tal análise o uso de uma perspectiva, principalmente realista das Relações Internacionais, que não se propõe de forma alguma absoluta e definitiva para a problemática dos refugiados e imigrantes. Todavia, tal utilização teórica tem como foco uma explicação coerente e sistemática que permita o entendimento da realidade³. Mesmo assim, é importante uma consideração holística da situação abordada.

Isso é, para elucidar essa questão é simples a seguinte afirmação: cada Estado-Nação possui seus próprios objetivos, realidades e interesses, por conseguinte, únicos, e que quando em momentos de crise cada qual procurará soluções individuais (mesmo que por vezes em detrimento do seu vizinho). Desse modo, é comum observar ciclos de cooperação e conflito (se não bélico, ideológico) entre os Estados desde o surgimento deste em 1648. Para fins elucidativos faz se claro

² Compreendidos neste artigo como: Finlândia, Noruega, Suécia e Dinamarca.

³ Braillard (fragmento do livro da Cristina Pecequilo – Introdução às Relações Internacionais) ⁴ CARR, Edward Hallet. **Vinte Anos de Crise: 1919-1939**.

quando se analisa (ainda que superficialmente) o momento anterior a Primeira Guerra Mundial, este é caracterizado pela crença no progresso tecnológico e humano como um todo sendo simbolizado pela *belle époque*.

Todavia, seu momento posterior é marcado por incertezas, falta de cooperação, desconfiança mútua e o recrudescimento ao nacionalismo exacerbado como solução a um mundo devastado pela Grande Guerra sobretudo ao se ater ao contexto europeu à época (visto que os EUA vivia outra realidade, que somente foi alterada pós- crise de 1929, em termos de desconfiança ao livre-comércio e ao *laissez-faire*⁴). Desse modo, cada qual buscou solucionar seus problemas individualmente, enquanto Estado, em detrimento de estruturas multilaterais, como à época, a Liga das Nações.

Semelhanças absolutas não são obviamente passíveis de serem postas ao momento dito e o momento que se pretende analisar, porém outros tantos ciclos e/ou exemplos fornecidos pela história são recorrentes dessa história cíclica nos servem ao menos de subsídio para uma análise consciente e sensata da realidade de modo a analisar os fatos assim como eles se apresentam sem de modo algum propor seu “dever”. Tal rigor analítico e/ou teórico é a que se pretende nesse trabalho. Assim, a matriz teórica realista se apresenta de forma fértil e com perspectivas que dão força a essa análise. (Embora, claramente hajam outras perspectivas teóricas que suscitem questões tão interessantes quanto a que aqui se pretende).

Desse modo, após as devidas ressalvas e apontamentos teóricos é possível um panorama ao menos parcial das questões que infligem a Europa atual e em especial os países nórdicos. A Europa, bem como o mundo pós- crise de 2008, viu-se diante de uma situação economicamente adversa que ensejou um quase que um “rompimento” de um ciclo de cooperação que vinha sendo fortalecido principalmente no seio da União Europeia em paulatino e progressivo progresso (embora sempre seja pertinente recordar que não é um ‘bloco’ monolítico e totalmente coeso).

Diante desse quadro atendo-se nesse choque econômico com claras reverberações políticas, diversos movimentos ascenderam como “resposta à liberalização dos costumes e à globalização”⁴ endossando um discurso cada vez mais tendente ao nacionalismo e ancorado em uma tendência anti-islâmica

⁴ ZÚQUETE, José Pedro. Novos tempos, novos ventos? A Extrema-direita europeia e o Islão. ⁶ Para um debate aprofundado sobre o Islã e a Extrema direita *vide* ZÚQUETE.

crescente. Essas tendências estão muito atreladas a outros aspectos contemporâneos que mais adiante serão apresentados.

Assim, em meio a tudo isso os países nórdicos cada qual possuem sua particularidade em relação à temática dos refugiados e imigrantes, tendo ainda uma defesa aos direitos humanos, porém com alguns discursos que fogem a essa lógica quando postos em uma análise mais crítica como será visto mais detalhadamente adiante. Destarte, é possível estabelecer que há receios nesses partidos em manter a autonomia de seu governo e a preservação de sua cultura, especialmente frente à costumes advindos do Oriente Médio. Isto pois, este é atrelado a movimentos terroristas e violentos, sendo uma rotulação genérica e como a maioria das generalizações (isto para não ser também 'generalizador'), tende a distorcer os fatos como de fato o são⁶.

Portanto, como uma breve introdução, percebe-se a complexidade e o uso da conjuntura mundial para a proposição e a ascensão de respostas alternativas as soluções ortodoxas e que será abordado adiante o como se dá as particularidades de visão de cada país nórdico.

A questão da imigração para a Europa e os países nórdicos

Os países da Europa setentrional, historicamente, são considerados os maiores exemplos de êxito quanto ao Estado de Bem Estar Social (*Welfare State*) e a defesa de qualidade de vida de seus cidadãos, garantindo tolerância e respeito aos Direitos Humanos. Recentemente, observamos que um dos principais temas dos discursos dos líderes dos partidos de direita recém-eleitos nestes países é a imigração, sobretudo a questão do controle da entrada de refugiados, motivados por ideais baseados no nacionalismo e na defesa da liberdade e autonomia nacional.

A partir disto, neste capítulo, buscaremos realizar uma análise diagnóstica para entendermos alguns conceitos de grande importância para nosso estudo, como a magnitude das discussões acerca da imigração na Europa e como este se tornou um tema de grande discussão a partir de eventos recentes, além de realizarmos uma observação acerca da opinião pública de alguns países da Europa Setentrional sobre este mesmo tema e como este influenciou no resultado das eleições recentes nestes países.

Em 2010, uma série de protestos na Tunísia contra o regime opressivo e a baixa qualidade de vida da população acabou ganhando grandes dimensões e se propagou para outros países do Oriente Médio e do Norte da África, como Líbia,

Egito, Síria etc. Esta série de protestes, manifestações, e guerras civis ficaram conhecidas como Primavera Árabe, e, devido á natureza caótica de tais conflitos, grande parte da população destes países foram obrigadas a sair de suas casas e seus países de origem com o objetivo de se refugiar em outros países em busca de melhor qualidade de vida.

Segundo dados do Alto comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR)⁵ e o Gabinete de Estatísticas da União Europeia (Eurostat) ⁶ podemos observar um aumento considerável no número de refugiados e requerentes de asilo na Europa. Para alguns países da Europa Setentrional, principal tópico de nossa análise, temos os seguintes dados:

Numero de refugiados				
Ano	2011	2015	2016	2017
Suécia	86 615	169 520	230 164	240 962
Noruega	40 700	50 400	59 500	59 200
Dinamarca	13 399	27 326	33 507	35 672

Numero de pedidos de asilo				
Ano	2011	2015	2016	2017
Suécia	29 650	162 450	28 790	26 325
Noruega	11 200	25 300	7 600	2 900
Dinamarca	3 945	20 935	6 180	3 220

Através destes dados, é possível observamos que a questão da imigração se tornou um assunto de grande importância para a Europa e também para os países destacados, uma vez que afeta a vida dos cidadãos locais e as políticas públicas de todos os países.

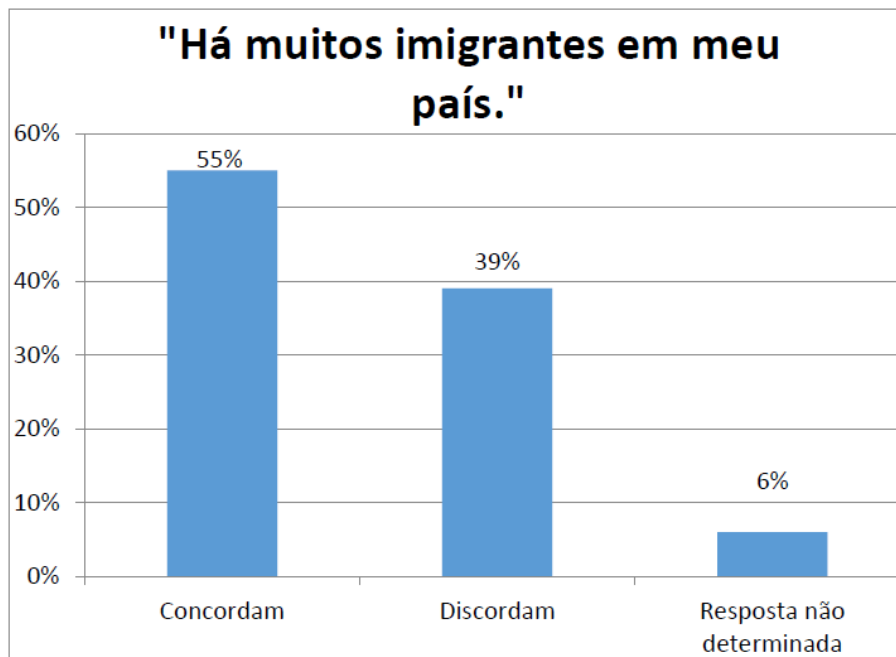
Visto isso, é importante considerarmos também a opinião pública destes países em relação à questão imigratória para conseguirmos entender qual é a sua visão quanto a este tópico.

Em 2016, na Suécia, o Instituto Ipsos, considerado uma das maiores empresas de pesquisa e de inteligência de mercado do mundo, realizou sua pesquisa de tendências globais, que é realizada em média a cada 3 anos. Nesta pesquisa, os entrevistados são expostos a uma série de afirmações sobre uma grande

⁵ Disponível em: <<https://migrationdataportal.org/>>. Último acesso em 19 de novembro de 2018. ⁸
Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/external/html/welcomingeurope>>. Último acesso em 19 de Novembro de 2018.

variedade de temas, inclusive a imigração em seus países, e devem responder se concordam ou discordam destas afirmações⁶.

Sobre o tópico de imigrações, foi feita a seguinte afirmação, e foram obtidos os seguintes resultados:

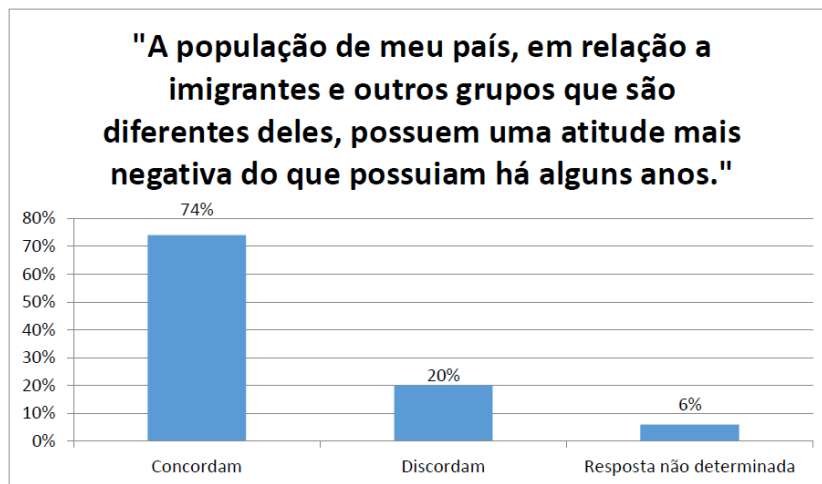


Em comparação com os resultados obtidos desta mesma afirmação em 2014¹⁰, notamos um aumento no número dos que concordam com a mesma. Na pesquisa realizada em 2014, aproximadamente 40% dos entrevistados concordavam com a afirmação, 55% discordavam e 5% dos entrevistados não forneceram uma resposta assertiva.

O Instituto ainda publicou resultados de outras duas afirmações realizadas sobre imigração na Suécia em 2016 que são de interesse para nossa análise. Seguem abaixo as afirmações e os resultados obtidos:

⁶ Disponível em: <<https://www.ipsosglobaltrends.com/about/>>. Último acesso em 19 de Novembro de 2018.

¹⁰ Disponível em: <<https://www.ipsosglobaltrends.com/wp-content/uploads/2017/04/Slide33.jpg>>. Acesso em 19 de Novembro de 2018.



Posicionamento dos principais partidos de direita nos países nórdicos

A partir da análise do posicionamento dos principais partidos de direita da Europa setentrional, poderemos compreender de uma forma mais clara as implicações de suas colocações, assim como as previsões para os direitos humanos, tanto em nível nacional, quanto internacional.

Noruega

Em 2017, o Partido Conservador, ou "Hoyre", obteve 25% dos votos e conquistou 45 de 169 assentos no parlamento. Conquistado a reeleição, a Primeira Ministra Erna Solberg, filiada ao Hoyre, também é conhecida como "Conservadora de Ferro" devido à firmeza, e por isso, é constantemente comparada à Angela Merkel, Primeira Ministra da Alemanha.

De acordo com o Partido Conservador⁷, sua missão é perseguir “[..] uma política conservadora progressista baseada nos valores culturais cristãos, uma política progressista constitucional e democrática para promover a liberdade pessoal e responsabilidades sociais, co-determinação e direitos de propriedade e um comprometimento com uma cooperação nacional e internacional”.

A coalizão do governo com partidos de linha conservadora fez com que os mesmos conseguissem conquistar a maioria dos assentos do parlamento norueguês. Dentre os partidos da coalizão, temos o Partido Progressista.

Dentre suas declarações a respeito da imigração, o partido afirma que para assegurar políticas públicas sustentáveis, é necessário repensar as políticas de imigração. Afirmam que “por muito tempo a Noruega vem aceitando muitos refugiados, sem pensar no sobrecarregamento das políticas de integração e serviços públicos⁸”. O partido acredita que a Noruega deve cumprir seu comprometimento com o ACNUR. Porém, crê que imigrantes que fogem do caos, guerra e instabilidades, seriam melhor atendidos através da ajuda dos países vizinhos estáveis.

Em relação às parcerias internacionais, o partido acredita que é necessário construir alianças com países democráticos e crê nos valores ocidentais de liberdade e oportunidade. Também coloca que Estados democráticos devem ter o direito de defender seu país contra o terrorismo e ameaças contra países vizinhos.

Além disso, declaram apoio aos judeus e aos direitos de Israel. O Partido Progressista reconhece o estado de Israel como um país livre e democrático, com o direito de defender seus cidadãos de ameaças externas.

Dinamarca

Reeleito em 2016, o Primeiro Ministro Dinamarquês, Lars Lokke Rasmussen, líder do Partido Liberal cujo o posicionamento conservador moderado, se posiciona ativamente com discursos que podem ser considerados anti-imigração. Em um discurso ao Encontro Anual do Comitê de Ministros, posicionou-se a favor de fortalecer a promoção dos direitos humanos na Europa através de uma

⁷ Disponível em <<https://hoyre.no/om-hoyre/partiet/information-in-english/>>. Último acesso em 13 de novembro de 2018.

⁸ Disponível em <<https://www.frp.no/english>>. Último acesso em 13 de novembro de 2018.

cooperação entre os Estados Membros⁹. No que diz respeito aos refugiados, o primeiro ministro disse que a quantidade vinda para a Europa é demasiadamente grande. E completou dizendo que manteria um controle nas fronteiras até que a União Europeia encontrasse um modo de controlar essa vinda em massa¹⁰.

A Dinamarca, há décadas sofre com o problema de integração dos refugiados ao *welfare state* (estado de bem estar social), e o debate acerca da questão se intensificou desde 2015, com a chegada dos refugiados advindos da África, Ásia e Oriente Médio¹⁵.

O Partido do Povo Dinamarquês, considerado de extrema direita, se tornou o segundo maior partido no parlamento nas eleições de 2015. Apesar de não se considerarem anti-imigração, se posicionam contra uma mistura étnica na sociedade norueguesa¹¹. O partido afirma a necessidade de preservação da cultura dinamarquesa como vital para a sobrevivência do país.

Em relação á imigrações se declaram favoráveis, desde que não coloquem a segurança ou o governo democrático em risco.

O Partido também apoia a participação do país na Organização das Nações Unidas, por promover a coexistência pacífica entre os membros e garantir ajuda ás vítimas de guerras, desastres naturais e fome.

Ademais, se declaram contra a União Europeia, e reforçam a necessidade de preservação da liberdade e autonomia dinamarquesa.

Suécia

Apesar de ter sido reeleito, o Primeiro Ministro sueco, Stefan Lofven, que segue a linha centro-esquerda, terá que lidar com um parlamento fragmentado. Apesar da maioria dos assentos pertencerem aos partidos de centro-esquerda, o terceiro maior partido do país posiciona-se à direita.

⁹ Disponível em <http://www.stm.dk/_p_14690.html>. Último acesso em 13 de novembro de 2018.

¹⁰ Disponível em <<https://www.express.co.uk/news/world/805375/European-Union-Denmark-Lars-Lokke-Rasmussen-migrant-crisis-immigration-Brussels>>. Último acesso em 13 de novembro de 2018. ¹⁵ Disponível em <<https://uk.reuters.com/article/uk-denmark-immigration-widerimage/in-danishghettos-immigrants-feel-stigmatised-and-shut-out-idUKKCN1IU1DK>>. Último acesso em 13 de novembro de 2018.

¹¹ Disponível em <<https://danskfolkeparti.dk/politik/in-another-languages-politics/1757-2/>>. Último acesso em 13 de novembro de 2018.

O Partido dos Democratas Suecos ganharam apoio popular por utilizarem uma campanha anti-imigração no país. Dentre seus principais discursos, destacam a necessidade de manter a Suécia salva do crime organizado, tráfico humano e terrorismo. Posicionam-se favoráveis àqueles imigrantes que buscam contribuir com a sociedade, respeitando as leis e as práticas do país. Em contraste, o partido se posiciona contra imigrantes que “buscam tirar vantagem do sistema sueco, cometem crimes e colocam os cidadãos em perigo¹²”.

Além disso, acreditam que a Suécia deveria ajudar aqueles que precisam, e que isso deve ser feito aonde as pessoas mais precisam de ajuda, atuando no verdadeiro problema dos refugiados. O partido crê na possibilidade de impedir mais imigrantes levando-os de volta para seus países nativos.

O partido também reforça que não darão espaço para o Islamismo ou qualquer outro extremismo, pois a Suécia é uma terra de democracia e igualdade.

Em relação à União Europeia, o líder do Partido dos Democratas Suecos, Jimmie Akesson, é favorável à retirada do país da organização, por considerá-la corrupta¹³.

Finlândia

Na única república nórdica, o atual presidente, Sauli Niinisto, foi reeleito em 2018 com mais de 60% dos votos. Ex-líder do Partido Nacional da Coalizão, de linha conservadora moderada, Niinisto decidiu concorrer à reeleição sem nenhuma filiação partidária, o que é permitido de acordo com as leis finlandesas.

O Primeiro Ministro finlandês, Juha Sipila, do Partido Conservador do Centro, em algumas declarações acerca da União Europeia, afirmou a necessidade de manter a autonomia do país frente à organização. Já em relação aos refugiados, Sipila demonstra ser favorável à criação de políticas de integração dos mesmos na sociedade.

O presidente demonstra ser bastante moderado nas questões ligadas à segurança nacional (não concorda com a entrada do país na OTAN), e à imigração. Ademais, direciona diversas críticas em relação às políticas de imigração adotadas pelo presidente norte-americano Donald Trump, consideradas por ele

¹² Disponível em <<https://sd.se/english/>>. Último acesso em 19 de novembro de 2018.

¹³ Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/03/internacional/1536002282_322435.html>. Último acesso em 19 de novembro de 2018.

como “contra os valores ocidentais e acordos internacionais, por discriminar pessoas pelo seu local de nascimento”.

O maior partido de direita na Finlândia é o Partido dos Finlandeses. Dentre seus pronunciamentos, podemos destacar a declaração de que imigrantes só deveriam adentrar no país se forem trazem vantagens econômicas. Além disso, diz que o sistema público deveria ser utilizado apenas por finlandeses, e que há pessoas indo para o país para tirar vantagens desse sistema¹⁴.

O partido também acredita que o dinheiro utilizado para dar auxílio aos refugiados no país deveria ser convertido a organizações voluntárias que trabalham na área.

Outra questão que reflete o nacionalismo exacerbado do partido é o projeto de acabar com o ensino da segunda língua oficial do país, o sueco, nas escolas. De acordo com o partido, ao invés de estudar o sueco, moradores das áreas que fazem fronteira com a Rússia, deveriam estudar a língua russa.

Conclusão

Através de uma breve análise do posicionamento dos principais partidos de direita nos países nórdicos e seus atuais governantes, podemos concluir que todos demonstram um intenso engajamento no que concerne à promoção do bem estar social.

Em todos os partidos de direita na Europa setentrional, encontramos diversas propostas a fim de melhorar a qualidade de vida de seus cidadãos, além de defender os direitos das minorias.

O que foi observado é que a promoção dos direitos humanos se faz presente em nível doméstico no que se refere à proteção dos cidadãos dos respectivos países.

É fato que o comprometimento visando a qualidade de vida dos indivíduos ultrapassa a fronteira estatal. Todavia, o mundo perpassa um período complexo na política internacional, e a volta do nacionalismo pode ser um entrave à continuidade e expansão desse comprometimento internacional (HORTOLANI, 2018).

A partir desta concepção, a análise do posicionamento dos partidos políticos com posicionamento de direita, nos mostra a visão dos partidos em ascensão nos países nórdicos. O principal argumento utilizado por esses partidos a fim de

¹⁴ Disponível em <<https://www.bbc.com/news/world-europe-32627013>>. Último acesso em 19 de novembro de 2018.

barrar a imigração para esses países está relacionado à utilização do sistema público (que é mantido principalmente através dos impostos pagos pela população), a dificuldade de integração entre culturas diferentes e a necessidade, vista por esses partidos, de manter a sobrevivência de suas próprias culturas.

Diante deste posicionamento, podemos fazer relação com a teoria realista das Relações Internacionais, no que concerne a proteção da existência do Estado como fator norteador de suas ações. A forma de exercê-la, se daria através do nacionalismo frente à globalização e a culturas ocidentais.

Através disso, podemos refletir até que ponto um Estado é responsável por promover o bem estar e segurança de não nacionais, e se há realmente a necessidade de fortalecimento nacional frente um mundo globalizado se contraposto a atual crise de refugiados no mundo.

Bibliografia

Sítios pesquisados

<https://www.bbc.com/news/world-europe-32627013>

<https://danskfolkeparti.dk/politik/in-another-languages-politics/1757-2/>

<https://sd.se/english/>

https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/03/internacional/1536002282_322435.htm

<https://uk.reuters.com/article/uk-denmark-immigration-widerimage/in-danishghettos-immigrants-feel-stigmatised-and-shut-out-idUKKCN1IU1DK>

<https://hoyre.no/om-hoyre/partiet/information-in-engli>

<https://www.express.co.uk/news/world/805375/European-Union-Denmark-LarsLokke-Rasmussen-migrant-crisis-immigration-Brussels>

<https://www.ipsosglobaltrends.com/wp-content/uploads/2017/04/Slide33.jpg>

<https://migrationdataportal.org>

A PROPRIEDADE PÚBLICA COMO FUNÇÃO: SE O REGIME JURÍDICO NÃO AJUDA, TÃO POUCO A GESTÃO

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho¹ e Alexandra Fuchs de Araújo²

Resumo

O presente ensaio trata da função social da propriedade pública, ocasião em que foram abordados desafios existentes para a exploração eficiente de tais bens decorrentes tanto do regime jurídico que lhes é aplicável, como da gestão feita a respeito pelos agentes estatais.

Palavras-chave: função social; propriedade pública; bens públicos; eficiência.

PUBLIC PROPERTY: CHALLENGES ITS PROPER EXPLOITATION

Abstract

The present essay deals with the social function of public property, in which the existing challenges for the efficient exploitation of such property arising from both the legal regime applicable to them and its management were addressed.

Key-words: social function; public property; responsiveness.

1. INTRODUÇÃO

Como não é incomum em outras searas do estudo do nosso Direito, no âmbito do Direito Urbanístico sente-se um grave distanciamento entre as lições dos livros e os problemas enfrentados por aqueles que cotidianamente se ocupam das disputas que se dão envolvendo a ordenação do solo urbano.

Em algum momento se pensaram conceitos a partir da observação de uma realidade, construíram-se teorias e imprimiram-se livros.

¹Doutor e mestre em Direito do Estado. Integrante do Núcleo de Direito Urbanístico da EPM e do GTGAU-FMU. Juiz de Direito em São Paulo.

² Doutoranda e mestre em Direito do Estado. Integrante do Núcleo de Direito Urbanístico da EPM. Coordenadora da Célula de Soluções Estratégicas do GEAL do CRASP. Juíza de Direito em São Paulo.

Talvez nem mesmo quando foram criadas tais teorias se aplicavam com perfeição aos casos observados na multifacetada realidade³.

Nada obstante ficaram famosas, influenciaram o legislador e a vida passou.

Os fatos, ora os fatos...

Já houve quem defendesse que estes seriam de importância menor para o Direito, que deveriam ser objeto de preocupação de outras ciências, mas não do Direito, no âmbito do qual seria pertinente o desenvolvimento de uma ciência pura, cujo objeto de atenção fosse a norma positiva tal como aprovada pelo Parlamento⁴.

Imbuídos de tal espírito muito se escreveu (e continua a se escrever), sob a perspectiva jurídica, sobre o Direito aplicável aos problemas urbanos.

No que se refere aos bens públicos, tradicional entre nós sua definição pelo uso que se faz deles⁵, sua impenhorabilidade, imprescritibilidade e limitação quanto à disponibilidade⁶.

São bem empregados? Estão a serviço da população, da satisfação de necessidades caras à coletividade?

Tais indagações escapariam ao interesse do jurista.

³ Sobre o ponto, importante referir o ceticismo manifestado por Massimo Severo GIANNINI quanto à real aplicabilidade do princípio da legalidade administrativa como necessidade de todo o agir dos agentes públicos ser expressamente previsto em lei, o que, desde sempre, fora temperado pela ideia de discricionariedade (em oposição a de vinculação) (*Diritto amministrativo*, v. I, 3. ed., Milano: Giuffrè, 1993, p. 87/89).

⁴ A referência feita aqui é à doutrina de Hans KELSEN que, centrada no estudo norma de direito escrito, coloca a questão da efetividade do ordenamento em segundo plano, contentando-se a respeito com um mínimo de eficácia. Sobre o ponto, ver comentário de Alberto Alonso MUÑOZ (*Modelos de fundamentação filosófica do direito privado e seus limites – contribuição à crítica do direito privado*, tese de doutorado – São Paulo: FADUSP, 2015, p. 107/109, nota de rodapé n. 89).

⁵ Art. 99 do Código Civil – “São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades” (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm, acesso em 16/11/18).

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 16. ed., São Paulo: Malheiros, 1991, p. 443/446; MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano, infraestruturas*, Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 114/123; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 289/304; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1056/1060; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 930/933; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 20. ed., São Paulo: RT, 2016, p. 301/303; NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*, 7. ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 748/750; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 31. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 849.

Será?

2. INADEQUAÇÃO DO REGIME JURÍDICO ATRIBUÍDO AOS BENS PÚBLICOS PARA SEU APROVEITAMENTO EFICIENTE

No dia-a-dia dos tribunais, embora os conceitos tradicionais sejam tensionados ao máximo, mesmo assim não se consegue seu manejo adequado para fins de construção de respostas satisfatórias em favor dos que se vêm envolvidos em disputas tendo por cenário ou objeto o uso de bens públicos.

Uma das questões que se coloca com relação ao patrimônio imobiliário estatal⁷ é a aparente proteção que nosso ordenamento jurídico lhe confere⁸ aliada às dificuldades decorrentes desse regime especial para sua gestão eficiente, em um contexto marcado por uma burocracia ainda pouco responsiva⁹ e no qual o problema atinente ao exercício do direito à moradia pela população economicamente vulnerável não está minimamente equalizado em território nacional (com destaque para grandes centros urbanos, como São Paulo e Rio de Janeiro¹⁰).

2.1. RIGIDEZ

O regime de direito público de que se reveste os bens estatais impõe ao gestor a observância do princípio da legalidade que, segundo compreensão que lhe foi dada pela academia, reverberando na lei e na jurisprudência, teria um significado bem distinto do aplicado ao postulado na disciplina das relações privadas¹¹.

⁷ Que será o objeto de nossa atenção no presente ensaio.

⁸ Art. 102 do Código Civil – “Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”, regra também prevista nos arts. 183, §3º e 191, parágrafo único da Constituição, a qual, em seu art. 100, prevê regime especial de execução de dívida contra a Fazenda Pública: “Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 16/11/18).

⁹ Sobre a importância de a organização política efetivamente atender às carências da coletividade por meio de políticas públicas como um dos pilares de uma Democracia de qualidade, ver RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Qualidade da democracia – considerações teóricas in TORRES, Vivian de Almeida Gregori; CAGGIANO, Alvaro T. H. S. (org.). *Estudos de direito constitucional – homenagem a profa. Monica Herman Salem Caggiano*, p. 297/312, São Paulo: Ield, 2014, em especial p. 307 e ss.

¹⁰ Sobre o tema, ver MENEZES, Rafael Lessa V. de Sá. *Crítica do direito à moradia e das políticas habitacionais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

¹¹ “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, nas Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 16. ed., São Paulo: Malheiros, 1991, p. 78).

O agente público, no cumprimento de suas tarefas, necessitaria de uma autorização legal prévia para todas as suas ações e, conforme idealização que ganhou corações e mentes nos quatro cantos do país, deveria encontrar no próprio direito positivo as respostas sobre como proceder em concreto diante das demandas que lhe fossem apresentadas¹².

Daí vem a ideia de “tipicidade” como atributo do ato administrativo¹³, segundo a qual ou o servidor encontra na lei a fórmula para sua atuação em concreto ou simplesmente este não pode agir (ainda que de tal omissão resulte prejuízo ao particular ou ao próprio Estado).

A contra-face desse tipo de vinculação do servidor à lei seria justamente o agir despropositado, já que, indicando o texto legal um caminho a ser seguido, o respectivo procedimento deveria ser cumprido em todas as suas formalidades, ainda que o responsável pelo exercício da competência já pudesse antever a completa inadequação de uma dada fórmula normativa para a satisfação das pautas públicas que lhe incumbe tutelar.

Em se tratando de imóveis públicos, o cenário não é diferente.

Se a lei estabelece que o bem é imprescritível, não importa se há milhares de famílias residindo em um terreno público há décadas. Em tese o Estado sempre poderia pleitear a reinvidicação da área, em que pese tudo levar a crer se tratar de uma situação irreversível em decorrência do tamanho e tempo da ocupação¹⁴.

Se o Estado tem muitos imóveis vagos e decide coloca-los à venda, além de eventual autorização legislativa que se faça necessária para desafetação dos bens, deve vendê-los pelo valor da avaliação oficial feita¹⁵, fenômeno normalmente

¹² O servidor, como *longa manus* do legislador, seria neutro em suas atividades, apenas cumprindo como um ser inanimado a vontade expressa pelo parlamentar no texto normativo. Hoje há inúmeras críticas a essa visão idealizada do exercício da função administrativa. A título ilustrativo, confira-se: CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso – uma reflexão diante do processo político brasileiro *in Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 175-208, jan.-abr. 2017; BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 86 e ss.

¹³ Para uma crítica sobre os atributos tradicionalmente conferidos pela doutrina ao ato administrativo, ver SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos *in* MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*, p. 115/144, São Paulo: RT, 2011.

¹⁴ E nesse sentido, em consonância com os dispositivos constitucionais e legais aplicáveis ao caso, é o entendimento consagrado pelas Súmulas 340 do STF (“Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”) (editada em 1963) e 619 do STJ: “A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias”.

¹⁵ Art. 17 da Lei 8.666/1993 - “A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I - quando imóveis,

difícil de se ver em tratativas a respeito entre particulares, nas quais é comum haver alguma margem para a negociação de preço entre alienante e comprador.

Se o gestor tem o ônus de zelar por edifício público histórico, em que provavelmente haveria o interesse de particulares explorarem o local com atividades econômicas de baixo impacto (ex. manutenção de lanchonete), a iniciativa de se autorizar tal uso normalmente não se dá sem consulta a vários órgãos, perdendo-se no mais das vezes em percalços inerentes ao caminhar da nossa burocracia, cujo ambiente favorece de sobremaneira a inércia¹⁶, sendo hostil a soluções criativas da parte de seus agentes¹⁷.

2.2. IDEALIZAÇÃO E FALTA DE DIÁLOGO COM POLÍTICA DE MORADIA

De um regime legal segundo o qual formalmente pouco ou nada pode ser feito, tem-se uma realidade que caminha em sentido diametralmente oposto, marcada pela informalidade e ocupação desordenada de franjas imensas do território, incluindo espaços vitais para preservação de ciclos ecológicos, como o são as áreas de preservação de mananciais.

O estabelecimento de leis por vezes extremamente protetivas do meio ambiente, sem atenção para com a pressão populacional que existe para o uso dessas áreas para fins de moradia, acabou por gerar um cenário desolador: estimativa de mais

deverá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos(...)" (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm, acesso em 22/11/18).

¹⁶ Em razão das formalidades necessárias para se autorizar qualquer uso de bens públicos e do receio de questionamento a respeito perante órgãos de controle, o nosso sistema acaba incentivando mais o “não fazer” do que o “fazer”. Sobre o papel da arquitetura da escolha colocada à disposição do destinatário da norma nas decisões por este tomadas, ver SUNSTEIN, Cass R. *Simpler – the future of government*, New York: Simon & Schuster, 2013, p. 38 e ss. O autor pontua, por exemplo, a necessidade de prestarmos atenção aos incentivos que o sistema jurídico oferece ao indivíduo quando este não faz nada (p. 47 e ss.), o que, ainda que em contexto diverso daquele abordado na referida obra, pode ser uma ferramenta importante para criarmos estímulos adequados ao bom funcionamento do nosso aparato estatal. Entre nós, para uma perspectiva mais pragmática do Direito Administrativo, que para além de respostas como “sim” ou “não” em termos de legalidade das opções feitas pelo gestor também ofereça alternativas múltiplas de ação em face de problemas concretos, ver RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como “caixa de ferramentas”*, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 113 e ss. Em sentido próximo, mas sob uma ótica do Direito Constitucional, ver MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico*, 2 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 80 e ss.

¹⁷ Sobre o ponto, destacando o papel da nossa cultura jurídica-burocrática na criação de um ambiente refratário à inovação, ver MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades in WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto G. (org.). O direito administrativo na atualidade – estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles*, p. 665/680, Malheiros: São Paulo, 2017, em especial p. 670 e ss.

de 1 milhão de pessoas vivendo às margens de grandes represas na região da grande São Paulo, geralmente de modo irregular¹⁸.

2.3. INDIFERENÇA PARA COM A REALIDADE

Considerando que o ser humano vive e se relaciona no espaço terrestre (e não no sideral) é intuitivo que as pessoas de baixa renda que não encontrem alternativas de moradia a preço razoável em áreas centrais da cidade acabem sendo impelidas a buscar abrigo em porções do território mais periféricas, dentre as quais estão as regiões de proteção ambiental em torno de fontes de água que abastem as cidades¹⁹.

O exercício das funções estatais, contudo, se dá de modo indiferente a tal perspectiva.

Cumprindo-se formas, os resultados ficam em segundo plano.

É necessário ter uma política habitacional para cumprir o comando constitucional²⁰? Cada ente federativo cria sua política, no mais das vezes sem diálogo com as políticas de outras esferas de governo atuantes no mesmo espaço com idêntico propósito, com publicidade errática, sem unificação de cadastro dos interessados e sem qualquer estimativa de prazo para seu efetivo atendimento²¹.

¹⁸ Esse dado foi compartilhado conosco por diversos especialistas que foram convidados a debater o tema em nossas atividades junto ao Núcleo de Direito Urbanístico na Escola Paulista da Magistratura, dentre os quais, a título ilustrativo, vale referir Amauri POLLACHI (encontro 06/10/16). Em relatório produzido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo denominado “Mananciais: diagnóstico e políticas habitacionais”, datado de outubro de 2008, consta a seguinte informação: “*Estima-se que em 2000, 971 mil pessoas viviam nos mananciais Billings e Guarapiranga, geralmente em áreas onde não se poderia ocupar com usos urbanos ou que não poderiam ser adensadas, e destes 204 mil estavam morando em favelas no município de São Paulo. Parece consensuado entre políticos, gestores e sociedade civil que a escala que a ocupação em mananciais ganhou é muito grande e não é mais possível a retirada da população da região*” (disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Mananciais-diagnosticos-e-politicas-habitacionais.pdf, p. 54, acesso em 22/11/18).

¹⁹ A proteção inadequada de tais áreas chamou a atenção de vários estudiosos chamados a refletir sobre saídas para a grave estiagem experimentada pela região sudeste do país entre 2014 e 2015. Sobre o tema, confira-se ensaios presentes no livro CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; NERY, Ana Rita de F.; OLIVEIRA, André Tito da M. (coord.). *A crise hídrica e o direito – racionalidade jurídica a serviço da complexidade socioambiental*, 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

²⁰ Art. 23 da Constituição da República (CR): “*É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico*” (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 22/11/18).

²¹ Como se houvesse necessidade de previsão legal a respeito, mas em conformidade com nossa cultura de uma lei para cada problema (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*, São Paulo: RT, 2011, p. 63 e ss.), o Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos passa a estabelecer como direito do cidadão o conhecimento da estimativa do prazo máximo para a prestação do

Por outro lado o registro de todos os imóveis que compõem o patrimônio público em uma dada esfera da Federação pode não ser preciso, há áreas devolutas que, sendo do Estado²², não são devidamente discriminadas de áreas particulares e, conseqüentemente, não recebem qualquer emprego útil por parte de seu titular, além de prédios que são arrecadados pelo Poder Público em razão de dívidas fiscais ou herança jacente mas que, por uma gestão ineficiente e questões bizantinas de toda ordem²³, também não são aproveitados para qualquer fim (acabando por ser palco de invasões e/ou prática de crimes, gerando, pois, outros problemas urbanos²⁴).

3. PROBLEMAS DE GESTÃO: UM CASO PARADIGMÁTICO

Uma parte do bairro de Santa Ifigênia, no centro da cidade de São Paulo, é conhecida, desde os anos 1990, como Cracolândia, em uma referência à significativa concentração de traficantes e usuários de crack no local.

O Estado de São Paulo, que, pela partilha de competências prevista em nossa Constituição, não seria responsável pela urbanização do Município²⁵, resolveu construir na região a nova unidade do Hospital Pérola Byington, PPP de serviço

serviço (art. 7, §2º, IV da Lei 13.460/17). Sobre o problema no âmbito do Município de São Paulo, em que simplesmente foram mudados os critérios para atendimento dos inscritos em programa habitacional em detrimento da fila até então existente para tanto, ver <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,fila-da-moradia-deixa-de-ser-por-data-de-inscricao-em-sao-paulo,1627320> (notícia de 31/01/15, acesso em 22/11/18).

²²Art. 26 da Constituição: “Incluem-se entre os bens dos Estados: (...) IV - as terras devolutas não compreendidas entre as da União” (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 22/11/18).

²³ O fetiche da lei (busca de autorização expressa para cada passo do gestor e previsão em abstrato do que este está autorizado a fazer) combinado à desorganização administrativa leva a impasses que não conseguem ser superados pelo *servidor médio*, como os referentes à regularidade da situação dominial de imóveis, que é entendida como condição *sine quan non* para seu emprego pela Administração. Sob tal leitura, não basta um determinado bem estar materialmente à disposição da Administração. Enquanto esta não providenciar sua transferência formal para si, o que pode depender até mesmo de uma ação judicial de usucapião, o gestor se vê de mãos atadas, devendo esperar até a solução da pendência (o que pode levar anos). A respeito, vale ainda menção a trágica notícia de desabamento de prédio no centro de São Paulo em maio de 2018, oportunidade em que a população pôde assistir às explicações das autoridades acerca de quem seria a responsável pelo edifício (e que, portanto, falhara na sua zeladoria e destinação adequada)(ver <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/05/propriedade-do-governo-federal-predio-que-desabou-foi-esvaziado-em-2001.shtml>, acesso 22/11/18).

²⁴ Sobre o tema, ver THOMÉ, Cynthia. (Des)ocupação de imóveis em centros urbanos e seu impacto no acesso à moradia digna in *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura – Direito Urbanístico*, ano 18, n. 46, p. 57-76, São Paulo: EPM, jan. mar. 2017.

²⁵ Art. 30 da CR – “Compete aos Municípios: (...) VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 22/11/18)

que será administrada por 17 anos pela Inova Saúde. Para a realização da obra do hospital, o Estado optou por desapropriar os imóveis localizados na Quadra 36 da Cracolândia, vizinhança tradicionalmente habitada por famílias de baixa renda.

Ocorre que a Quadra 36 do Bairro de Campos Elíseos é classificada no Plano Diretor Estratégico da Cidade de São Paulo (Lei Municipal nº 16.050/2014²⁶) como Zona Especial de Interesse Social 3 – ZEIS 3, onde a legislação criou uma série de restrições para intervenções urbanas visando compatibilizar o desenvolvimento da localidade com os interesses das famílias em situação de vulnerabilidade que ali vivem.

O artigo 48 do Plano Diretor determina que nas ZEIS 3, quando habitadas por população de baixa renda, deverão ser constituídos Conselhos Gestores compostos por representantes dos moradores, do Executivo e da sociedade civil organizada, para participar da formulação e implementação das intervenções a serem realizadas em suas áreas. O § 4º do dispositivo aponta ainda que “a instalação do Conselho Gestor deverá preceder a elaboração do plano de urbanização, que por ele deverá ser aprovado”.

O artigo 52 estabelece que o projeto de intervenção para a ZEIS-3 deverá conter o “cadastramento dos moradores da área, quando ocupada, a ser realizado pela Secretaria Municipal de Habitação, e validado pelos membros do Conselho Gestor da respectiva ZEIS”. Assim, nenhuma intervenção pode acontecer antes da formação daquele Conselho, que deve participar da elaboração do cadastramento e do Plano de Urbanização da área.

Tais normas são de ordem pública, e, portanto, obrigatórias para o administrador. Ou assim deveria ser.

Segundo o artigo 52, ainda, o Plano de Urbanização deve apresentar: (i) formas de participação os moradores da área, quando ocupada, e dos futuros beneficiários, quando previamente organizados, na implementação da intervenção; (ii) um plano de ação social e de pós-ocupação; e (iii) soluções para a regularização fundiária, de forma a garantir a segurança de posse dos moradores. E seu § 2º determina que “nas ZEIS 3, em caso de demolição de edificação usada como cortiço, as moradias produzidas no terreno deverão ser destinadas prioritariamente à população moradora do antigo imóvel”.

²⁶ <http://documentacao.saopaulo.sp.leg.br/iah/fulltext/leis/L16050.pdf> (acesso em 22/11/18).

Entretanto, apesar do que está disposto na lei, o governo do Estado de São Paulo, em 2018, pretendeu sua imissão na posse do referido terreno, à revelia da legislação especial, sob os seguintes fundamentos: o plano para a nova unidade do Hospital Pérola Byington seria anterior ao plano diretor e o Estado não estaria sujeito à legislação urbanística municipal.

As 20 ações de desapropriação do entorno haviam sido ajuizadas em 2013 contra os proprietários dos imóveis, mas esses territórios eram ocupados por cerca de 200 famílias, que por sua vez não eram parte nesses processos²⁷. As famílias apenas são científicadas da existência da ação quando se iniciam as diligências para a efetiva imissão na posse.

A imissão na posse, por sua vez, é efetivada apenas quando é de interesse para o gestor público²⁸. Assim, apesar de as ações estarem tramitando desde 2013, apenas no início de 2018, ano de eleições, o Estado se motivou a dar início ao cumprimento dos respectivos mandados de imissão, concluindo as diligências administrativas necessárias para tanto.

Durante o cadastramento das famílias a serem retiradas do local, realizado pela secretaria municipal de habitação, esta identificou 163 domicílios e cadastrou 147 famílias, sendo que dessas 111 optaram pelo atendimento com auxílio moradia pago pelo governo do Estado (CDHU).

A imissão na posse foi realizada, em abril de 2018, com grande custo social e financeiro, pois as famílias foram deslocadas no meio do ano letivo, tiveram que se desfazer de bens e passaram a receber auxílio moradia do Estado.

Já houve notícia de que algumas delas pretendem ajuizar ação de indenização responsabilizando a Fazenda Pública estadual pelos danos suportados.

Um mês após o início das obras, essas foram paralisadas, permanecendo a área desocupada, sem o cumprimento da sua função social, com riscos de novas reocupações precárias. Enquanto isso, o Ministério Público da Habitação e Urbanismo passou a realizar audiências públicas visando à assinatura de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) para integração das políticas habitacionais previstas para as Quadras 36 e 37/38 da Cracolândia.

²⁷ As informações sobre o andamento processual foram obtidas no Setor de Cumprimento de Mandados do Foro Hely Lopes Meirelles.

²⁸ Em depoimento para o jornal Folha de São Paulo, o coordenador de implantação da PPP, Ricardo Tardelli, diz que o processo não foi atropelado: “a notícia de que a quadra viraria hospital tem cinco anos e foi muito difundida”, diz. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/04/regiao-da-cracolandia-de-sp-busca-nova-cara-em-meio-a-conflitos.shtml>. Acesso em 24/10/2018.

Um eventual TAC, entretanto, mesmo que homologado judicialmente, não fará parte do arranjo institucional de uma política nacional, regional ou mesmo local de moradia, uma vez que esta ainda não foi desenhada, com o risco de resultar no deslocamento do problema existente para outra área da cidade.

Como o Estado não apresentou solução definitiva de moradia para as famílias afetadas, elas permanecerão recebendo o auxílio moradia por prazo indeterminado.

4. Novas perspectivas com as alterações da LINDB e o CPC/2015?

Na linha do quanto apontado linhas acima, não nos parece haver dúvida que, ao lado de questões de ordem normativa, outras diretamente relacionadas à ação administrativa tal como (não) planejada e (mal) executada pelo gestor acabam tendo um papel decisivo para a inadequada exploração do patrimônio imobiliário estatal entre nós.

Quanto ao aspecto legal, que sempre pode ser mais ou menos favorável a uma atuação eficiente do agente público no exercício de suas competências, mas cujo potencial de transformar a realidade é sempre condicionado à real intenção dos destinatários da norma em fielmente cumpri-la, de modo serviente a seus propósitos (e não meramente às suas formas), dois diplomas recentes trazem alguns dispositivos valiosos para fundamentar condutas mais cooperativas e responsáveis (em termos consequencialistas) da Administração.

Além da necessidade de uma maior atenção de diferentes esferas de governo para o exercício de suas funções observando as divisões de competências previstas no texto constitucional, em havendo sobreposição de atribuições para a realização de determinadas políticas é fundamental a busca de soluções dialógicas entre os agentes envolvidos, tanto na esfera interna das instituições quanto na esfera interinstitucional²⁹.

Outro avanço relevante é a exigência de um maior pragmatismo e responsabilidade por parte das autoridades nas ações que repercutam sensivelmente na vida dos cidadãos, inclusive em consonância com o que ora é expresso na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei nº 4.657/1942, que em seu art. 20 prevê: *“nas esferas administrativa, controladora e*

²⁹ Quanto ao ponto, cabe à doutrina auxiliar na reflexão sobre instrumentos jurídicos que favoreçam ou mesmo que imponham o diálogo entre as distintas esferas de governo sempre que a superação de um dado desafio encontrado na realidade implicar a necessidade de sua atuação conjunta.

*judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*³⁰.

Deste modo, não se pode hoje imaginar a remoção de populações de um imóvel público urbano sem a previsão, pelo Poder Público, de um destino para todas as pessoas a serem deslocadas e de um projeto específico para se garantir a função social do referido bem³¹.

Caso contrário, todo o custo imposto ao erário com a execução de uma sentença judicial poderá ter sido em vão, já que a área formalmente afetada à finalidade pública mas não efetivamente utilizada pela Administração pode ser simplesmente reocupada seja pelas famílias que originalmente lá estavam, seja por outras, desdobramento que infelizmente não é incomum neste tipo de intervenção.

Na mesma linha, de forma paralela ao projeto de desapropriação, se este envolve áreas ocupadas por pessoas a serem beneficiadas por políticas habitacionais promovidas pelo Poder Público, as soluções de moradia definitiva a serem oferecidas a tais destinatários devem fazer parte do planejamento da operação urbana como um todo, não podendo ficar relegadas a segundo plano e administradas de modo improvisado pelos agentes estatais.

Além disso, para estabilizar situações urbanas complexas marcadas por ocupações multitudinárias de bens públicos, o manejo do quanto previsto no art. 26 da nova Lei de Introdução pode corresponder a uma ferramenta útil, ao prever que *“para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial*³²”.

O dispositivo, mais um reflexo do processo de introdução no nosso direito positivo de autorizações legais expressas para que o gestor, no caso concreto,

³⁰ Cf. Decreto-lei nº 4.657/1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm (acesso em 22/11/2018).

³¹ Ferreira da ROCHA, de modo minucioso, defende que “a finalidade que informa a propriedade pública não se mostra incompatível com a função social da propriedade, dela recebendo, portanto, influência”. Para este autor, apenas seria incompatível com a função social da propriedade urbana o uso de bens de uso especial, em razão de sua afetação a um fim específico pela Administração. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 127.

³² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm (acesso em 22/11/2018).

sinta-se empoderado a construir decisões dialogadas com o cidadão, sob medida para as circunstâncias analisadas, agrega ao nosso ordenamento novo fundamento para combate à perniciosa inércia da Administração escudada na insuficiência da lei diante de situações consolidadas à margem do quadro normativo vigente, mas que, por terem contornos irreversíveis, não podem ser simplesmente ignoradas pelo Poder Público.

No âmbito do processo judicial, algumas técnicas de controle podem ser adotadas para garantir maior harmonia e efetividade das decisões envolvendo bens públicos, como a de, após esgotadas as chances de concertação administrativa entre as diferentes esferas de governo³³, submeter-se a ação de desapropriação a um controle constitucional e legal por parte do Judiciário, em especial tendo como parâmetro o Estatuto da Cidade, norma de caráter geral, e o Plano Diretor.

O novo CPC, por sua vez, também trouxe instrumentos que podem contribuir para aumentar as chances de sucesso de intervenções públicas que dependam do desenlace de processos judiciais. Uma das mais relevantes é a instituição dos juízes cooperantes, prevista no artigo 68 do CPC³⁴.

A cooperação entre juízes pode realizar-se mediante atos concertados e compartilhamento de competências. Para melhor gerir processos e alcançar maior eficiência no desempenho de suas funções, os juízes poderão estabelecer procedimento comum para a prática de diversos atos, tal como previsto no § 2º do art. 69 do CPC³⁵.

A dificuldade, entretanto, para a aplicação do instituto sem uma maior definição é justamente a fluidez do dispositivo legal aliada a uma cultura jurídica do tratamento do processo sob a perspectiva exclusivamente individual das partes nele envolvidas, ainda que seus efeitos repercutam em maior ou menor medida

³³ Sobre o ponto, ver BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica – direito administrativo e organização no século XXI*, São Paulo: Almedina, 2017, em especial p. 130 e ss.

³⁴ Art. 68 do C.P.C.- “Os juízes poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual”. Cf Lei nº 13.105, de 13 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm (acesso em 22/11/2018).

³⁵ Art. 69, § 2º do C.P.C. “Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para: I - a prática de citação, intimação ou notificação de ato; II - a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos; III - a efetivação de tutela provisória; IV - a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas; V - a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial; VI - a centralização de processos repetitivos; VII - a execução de decisão jurisdicional” (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, acesso em 22/11/2018).

na esfera jurídica de terceiros ou, como na situação enfrentada, em uma dada política pública cujo êxito dependa de outras medidas judiciais para se concretizar a contento.

Ainda no que concerne ao processo judicial, outro instrumento, desta vez doutrinário, importante para a solução de lides complexas, são as decisões estruturais, as quais visam *“estabelecer um tipo de diálogo com a administração pública para avançar progressivamente no cumprimento da decisão, toda vez que sejam necessárias reformas profundas que dificilmente podem ser levadas a cabo pelo condenado sem sua própria colaboração”*³⁶, e que podem ser empregadas, de forma combinada com audiências públicas, para reduzir o conflito e chegar a soluções negociadas.

Sob essa nova perspectiva de tratamento de litígios cujos contornos são bem distintos daqueles em que se digladiam duas pessoas acerca de quem tem direito de uso sobre um bem singelo, pode permitir às suas partes e interessados apresentar ao juiz o fato tal como ele se mostra no mundo fenomênico, e as dificuldades para a concretização do direito envolvido.

A partir do fato concreto melhor construído com a inserção da visão e expectativa dos múltiplos atores potencialmente afetados pela decisão a ser proferida, o juiz poderá definir a melhor técnica a ser empregada para a solução da lide, ponderando todos os interesses envolvidos em uma dada situação e buscando solução que ao menos esteja vocacionada à pacificação da controvérsia (o que nem sempre é possível nos estreitos limites de demandas que sejam propostas tendo por objeto apenas algumas de suas facetas e em que se dá a interlocução de um universo estreito de implicados).

5. CONCLUSÃO

Se uma parte das dificuldades referentes ao aproveitamento adequado dos bens públicos pode ser atribuída a questões de ordem normativa, outra parte, como vimos, é imputável à leitura que costuma ser feita das regras aplicáveis à gestão dominial estatal aliada a intervenções governamentais descoordenadas e/ou mal planejadas.

No exemplo referido neste ensaio destacamos facetas de uma ação pública claudicante cujas desventuras não têm qualquer relação com desenho normativo inadequado de institutos jurídicos.

³⁶ VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias em litígios de reforma estructural em la República Argentina dificultades políticas y procedimentales que incidem sobre la eficacia de estas decisiones. *Processos estruturais*. Salvador: Juspodium, 2017, p. 67.

Logo, se efetivamente quisermos avançar em termos de uma gestão eficiente dos imóveis da Administração, é necessário superarmos alguns discursos vazios que vez por outra são veiculados como justificativa para graves disfunções que marcam o espaço urbano, cuja responsabilidade está menos no texto da lei do que no elemento humano por trás da sua aplicação.

O não uso de imóveis públicos viola não só a Constituição como regras mais comezinhas de gerência de patrimônio de terceiros.

Por que, então, o fenômeno é tão comum entre nós?

Essa é uma questão que merece ser investigada a fundo.

Uma excelente pauta para investigações futuras, em um campo a ser melhor explorado seja por estudiosos do Direito, seja por estudiosos da Ciência da Administração, cujas contribuições sobre a matéria, tendendo a ter caráter complementar, podem ser decisivas na reflexão de melhores caminhos para uma gestão pública mais eficiente dos bens integrantes do acervo imobiliário estatal.

BIBLIOGRAFIA

BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BITENCOURT NETO, Eurico. Concertação administrativa interorgânica – direito administrativo e organização no século XXI, São Paulo: Almedina, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; NERY, Ana Rita de F.; OLIVEIRA, André Tito da M. (coord.). A crise hídrica e o direito – racionalidade jurídica a serviço da complexidade socioambiental, 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso – uma reflexão diante do processo político brasileiro in Revista de Direito Administrativo – RDA, p. 175-208, jan.-abr. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, 31. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*, v. I, 3. ed., Milano: Giuffrè, 1993.

LAVOURAS, Matilde; ALMEIDA, Teresa. Bens públicos globais: a problemática da sua definição e financiamento, 52 Boletim Ciências Economicas 143, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas, São Paulo: RT, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARRARA, Thiago. Bens públicos, domínio urbano, infraestruturas, Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno, 20 ed., São Paulo: RT, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades in WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto G. (org.). O direito administrativo na atualidade – estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles, p. 665/680, Malheiros: São Paulo, 2017.

_____. Direito constitucional econômico, 2 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 16. ed., São Paulo: Malheiros, 1991.

MENEZES, Rafael Lessa V. de Sá. Crítica do direito à moradia e das políticas habitacionais, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MUÑOZ, Alberto Alonso. *Modelos de fundamentação filosófica do direito privado e seus limites – contribuição à crítica do direito privado*, tese de doutorado – São Paulo: FADUSP, 2015.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo, 7. ed., São Paulo: Atlas, 2017.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Qualidade da democracia – considerações teóricas in TORRES, Vivian de Almeida Gregori; CAGGIANO, Alvaro T. H. S. (org.). Estudos de direito constitucional – homenagem a profa. Monica Herman Salem Caggiano, p. 297/312, São Paulo: Ield, 2014.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como “caixa de ferramentas”, São Paulo: Malheiros, 2016.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*, São Paulo: Malheiros, 2005.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos in MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*, p. 115/144, São Paulo: RT, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. *Simpler – the future of government*, New York: Simon & Schuster, 2013.

THOMÉ, Cynthia. (Des)ocupação de imóveis em centros urbanos e seu impacto no acesso à moradia digna in *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura – Direito Urbanístico*, ano 18, n. 46, p. 57-76, São Paulo: EPM, jan. mar. 2017.

VERBIC, Francisco. *Ejecución de sentencias em litígios de reforma estructural em la República Argentina dificultades políticas y procedimentales que incidem sobre la eficacia de estas decisiones. Processos estruturais*. Salvador: Juspodium, 2017.

A RELEVÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NA POLÍTICA EXTERNA – DO GOVERNO FHC AO PLEITO ELEITORAL DE 2018

Yasmin de Marins Malta¹

Resumo

Este trabalho tem como proposta analisar os planos de governo que foram oferecidos desde o governo Fernando Henrique Cardoso até o pleito presidencial atual, em relação à temática da política externa, especificamente, a inserção dos direitos humanos como tema relevante ou não na política externa brasileira. Indaga-se sobre a importância da presença dos direitos humanos como pilar fundamental da política externa. Deste modo o objetivo desse estudo será analisar se houve um decréscimo ou um aumento de importância dos direitos humanos na política externa brasileira, qual a relevância disto na inserção do Brasil nas relações internacionais. Metodologicamente partir-se-á da análise dos planos de governo; ou seja, das propostas apresentadas nos pleitos eleitorais e não efetivamente da implementação deles, desde a eleição do Presidente Fernando Henrique Cardoso até o pleito atual, no qual foi eleito Jair Bolsonaro no segundo turno.

Palavras-chave: Direito humanos, política externa, planos de governo, pleito eleitoral.

The Relevance Of Human Rights In Foreign Policy: From The FHC Government To The 2018 Electoral Contest

Abstract

This paper aims to analyze the government plans that have been offered since the Fernando Henrique Cardoso administration to the current presidential election, in relation to the foreign policy issue, specifically, the insertion of human rights as a relevant or not relevant topic in Brazilian foreign policy. There is a question about the importance of the presence of human rights as a fundamental pillar of foreign policy. In this way the objective of this study will be to analyze whether there has been a decrease or an increase in the importance of human rights in Brazilian foreign policy, what is the relevance of this in the insertion of

¹ Graduanda em Relações Internacionais (Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU). Voluntária no Programa de Iniciação Científica do Curso de Relações Internacionais da FMU (2018).

Brazil in international relations. Methodologically it will be based on the analysis of the plans of government; that is to say, the proposals presented in the electoral suits and not effectively the implementation of them, from the election of President Fernando Henrique Cardoso to the current election, in which Jair Bolsonaro was elected.

Keywords: Human rights, foreign policy, government programs, elections.

INTRODUÇÃO

Adotada após a Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é considerada um marco legal na institucionalização desses direitos, o documento completa 70 anos em 2018. Os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. São considerados direitos humanos o direito à vida e à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre outros.

A Constituição Federal de 1998 em seu artigo 4.º enumera os princípios constitucionais que regem as relações internacionais no Brasil: Independência nacional; prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos; nãointervenção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos; repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político. Destaca-se dentre eles o princípio da prevalência dos direitos humanos. Além disso, os direitos humanos estão amplamente presentes na Constituição Federal. Assim a pauta de direitos humanos estaria diretamente ligada a construção da República, entretanto, questiona-se a relevância do tema como política no plano de governo dos presidentes.

O objetivo desse estudo será analisar se houve um decréscimo ou um aumento de importância dos direitos humanos como pilar fundamental da política externa brasileira e qual a relevância disto na inserção do Brasil nas relações internacionais. A metodologia partirá da análise das propostas apresentadas nos planos de governo oferecidos durante o pleito eleitoral, considerando as eleições para presidência ocorridas entre 1994 e 2018. O recorte se dá em 1994 por ser o ano de eleição do presidente Fernando Henrique Cardoso, o primeiro presidente civil a concluir o mandato, sendo eleito diretamente. Tendo em vista que em 1985 foi eleito indiretamente Tancredo Neves, mas seu vice José Sarney é quem

assume a presidência (1985-1989) e o presidente Fernando Collor (1990-1992) sofreu processo de impeachment.

Este trabalho está dividido em três seções. A primeira intitulada “Política Externa e Direitos humanos desde a redemocratização” disserta sobre o desaparecimento do tema de direitos humanos no período da ditadura militar (1964-1985), seu progressivo retorno a agenda de política externa e sua inclusão nos princípios da Constituição Federal.

A segunda seção apresenta o levantamento das propostas sobre direitos humanos, internas e externas, encontradas nos principais planos de governo oferecidos nos pleitos presidenciais de 1994 a 2018, por fim, na terceira seção encontra-se a análise baseada nos dados colhidos.

Política Externa e Direitos Humanos desde a Redemocratização.

No Brasil a ditadura teve início com o golpe militar de 1964, que depôs o presidente João Goulart (que assumiu depois da renúncia de Jânio Quadros). Este período foi marcado pela ausência dos princípios básicos da democracia, forte censura e perseguição política. Vários direitos foram violados durante a ditadura militar brasileira e inúmeras pessoas que se posicionavam contra o regime foram torturadas e mortas. O Congresso Nacional foi dissolvido, assim como todos os partidos políticos, criando o bipartidarismo formado pelo Movimento Democrático Brasileiro (MDB) e a Aliança Renovadora Nacional (ARENA), que era formada predominantemente por militares.

O general Castello Branco foi o primeiro presidente da ditadura militar, em seu governo foi criado o Ato Institucional N.º 2 (AI-2)² e N.º 3 (AI-3)³ que tornou as eleições para presidente e governador indiretas; extinguiu os partidos de forma que existisse apenas a ARENA e o MDB que seria a oposição; a suspensão de direitos políticos, como o de votar e ser votado e manifestar-se em assuntos políticos; ampliou os poderes do presidente para manutenção do estado de sítio entre outros. O Ato Institucional N.º 4 (AI-4)⁴ também no governo Castello Branco foi responsável por criar uma constituição de caráter autoritário em 1967.

² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AIT/ait-02-65.htm>. Último acesso em: 17 out 2018.

³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AIT/ait-03-66.htm>. Último acesso em: 17 out 2018.

⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AIT/ait-04-66.htm>. Último acesso em: 17 out 2018.

O sucessor de Castello Branco foi o também general Costa e Silva, neste período foi decretado o Ato Institucional N.º 5 (AI-5)⁵ considerado o mais repressivo, dava amplos poderes ao executivo, acima da Constituição; suspendia direitos políticos; proibia manifestações; retirava o direito à habeas corpus; acusados de crimes contra a segurança e a ordem social seriam julgados por tribunal militar sem direito a recurso. Através do AI-5, o congresso foi fechado e a censura foi reforçada. O Governo Provisório Junta Militar, ficou no poder entre agosto e outubro de 1969, foi sucedido pelo general Emilio Médici, prolongando a fase mais repressiva da ditadura.

Para combater quem contestasse o regime, os chamados “subversivos”, os militares foram autorizados a utilizar diversas formas de repressão, como a censura, vigilância, tortura sistemática, restrição da liberdade, prisões ilegais, execuções e desaparecimentos.

Tortura sistemática era o método utilizado pelos militares para extrair informações da pessoa presa, trata-se de uma técnica de uso da violência extrema, propositalmente pensada para ferir o corpo e a psique do preso. Através de choques elétricos, afogamentos, espancamentos, estupros coletivos, queimaduras e outros. A tortura está baseada na combinação de três elementos principais: humilhação, dor extrema e ruptura da sanidade mental dos presos.⁶

Em 1974 com a ascensão a presidência da república do general Geisel teve início um novo período da ditadura militar, de forma parcial e progressiva as liberdades individuais e de imprensa foram retomadas, mas somente teve um avanço significativo em 1978, quando finalmente foi revogado o Ato Institucional n.5. Em 1985 com a eleição, via colégio eleitoral, de Tancredo Neves e José Sarney teve início o período conhecido como Nova República marcando o reestabelecimento do governo civil, porém, com a morte de Tancredo, a posse foi dada ao vice-presidente José Sarney (KINZO, 2001).

A fase inaugurada em 1985 foi de intensificação da democratização, com destaque para a instituição de condições livres de participação e contestação (com a revogação de todas as medidas que limitavam o direito de voto e de

⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-05-68.htm>. Último acesso em: 17 out 2018.

⁶ Vide: <<http://memoriasdaditadura.org.br/repressao/index.html>> Último acesso em: 18 out 2018.

organização política) e, principalmente, a promulgação de uma nova Constituição em 1988 (KINZO, 2001).

Em 1989 foi realizada a primeira eleição direta para presidente, elegendo Fernando Collor que sofreu impeachment em 1992. Dessa forma, o primeiro presidente civil, eleito por sufrágio universal que conseguiu concluir o mandato depois da ditadura foi Fernando Henrique Cardoso eleito em 1994.

Durante a ditadura militar o tema de direitos humanos praticamente desapareceu.

“O governo militar silenciou-se a respeito dos pactos de direitos humanos de 1966, e o Brasil foi objeto, entre 1974 e 1976, de procedimento confidencial, ferramenta política usada pela Comissão de Direitos Humanos a fim de investigar denúncias de Estados violadores. A mudança deu-se em 1977, quando o Brasil passou a integrar a comissão e as agendas de política externa foram se tornando crescentemente mais receptivas aos princípios e às normas multilaterais de direitos humanos. Em 1985, o presidente José Sarney anunciou à Assembleia Geral da ONU a decisão do governo brasileiro de aderir aos dois pactos (direitos civis e políticos; direitos sociais, econômicos e culturais) e à Convenção contra a Tortura” (PINHEIRO; MILANI, 2011, p. 44).

A redemocratização brasileira influenciou a política externa de diversas maneiras, sobretudo pela aproximação de políticas públicas da área social com a agenda diplomática. Temas como combate à fome, de preservação do meio ambiente, fortalecimento das campanhas contra o racismo e defesa dos direitos humanos tornaram-se itens importantes das relações internacionais do governo do Brasil. Esse período representa não apenas a incorporação de novas agendas na política brasileira como também a reinserção do Brasil no sistema internacional com uma participação mais ativa nos debates (SANTORO, 2012).

De acordo com Paulo Vannuchi (Apud PINHEIRO; MILANI, 2011 p. 44) ministro da Secretaria Especial de Direitos Humanos no governo Lula, a afirmação dos direitos humanos teve destaque no governo FHC. O Itamaraty estabeleceu o Departamento de Direitos Humanos e Temas Sociais, a Secretaria Nacional de Direitos Humanos junto à Presidência da República (1997), o governo reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1998) e em 2000, assinou o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, ratificando-o em 2002.

Atualmente o Brasil é um dos países em desenvolvimento que mais assinou e ratificou tratados de direitos humanos, sendo signatário de praticamente todos os instrumentos internacionais de direitos humanos, ao lado de Argentina, Chile, México e Uruguai que também se destacam (PINHEIRO; MILANI, 2011, p. 45).

A democracia é um processo sempre em construção, o campo das relações internacionais será cada vez mais uma arena importante nesse embate, ao trazer novos temas para a política externa brasileira, temas esse que são progressivamente inseridos e debatidos nas políticas públicas. Com a redemocratização, o Brasil assinou diversos pactos internacionais de proteção dos Direitos Humanos apoiou a elaboração da Cláusula Democrática do Mercosul (1998), de diversos acordos na OEA, que culminaram na Carta Democrática (2001) e da Declaração de Georgetown da União das Nações Sul-Americanas (2010) (SANTORO, 2012).

Desde o seu preâmbulo, a Carta de 1988 defende a consolidação do Estado Democrático de Direito, "destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...)"

Com a redemocratização a pauta de direitos humanos voltou a ter importância, no artigo 4.º da Constituição Federal de 1998, inciso II, indica a prevalência dos direitos humanos para relações internacionais. Uma série de medidas foram adotadas pelo governo federal, como por exemplo, o primeiro Programa Nacional de Direitos Humanos, lançado em 1996.

O artigo 1.º corrobora essa retomada relevância, ao indicar como princípio fundamental da República a cidadania e a dignidade da pessoa humana (Incisos II e III). Evidenciam-se aqui os direitos fundamentais como elemento básico para a construção de um Estado democrático. Ainda nesse sentido, o artigo 3.º apresenta os objetivos fundamentais da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Para os direitos humanos todos devem ter direito à vida, à liberdade, à segurança e à igualdade, não deve existir discriminação de nenhuma maneira, seja por gênero, língua, religião ou qualquer outra. O que encontra respaldo inclusive no

artigo 5.º sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, onde diz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” garantindo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança.

Por fim, o 3.º parágrafo do artigo 5.º da Constituição Federal, informa que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, quando aprovados, serão equivalentes à emenda constitucional. Estabelecendo aqui a importância e nível hierárquico destes tratados, ou seja, tratados e convenções que versarem sobre direitos humanos, terão “status” constitucional. Isso demonstra mais uma vez, a forte presença dos direitos humanos na construção do Estado democrático de direito.

Dessa forma, com o fim da ditadura militar, o tema de direitos humanos, não apenas voltou a fazer parte da política nacional, como obteve papel de destaque na construção da democracia.

O próximo capítulo apresentará o levantamento das propostas referentes a direitos humanos, que foram encontradas nos planos de governo disponibilizados pelos candidatos.

As Propostas Para Direitos humanos

Este capítulo tem como propósito apresentar o resultado do levantamento de propostas apresentadas nos planos de governo dos principais candidatos em cada pleito, desde 1994 até 2018. Considerando as propostas para direitos humanos apresentadas como políticas públicas domésticas e para política externa.

1994 – Fernando Henrique Cardoso (PSDB) x Lula (PT)

A princípio no plano de governo da chapa do PSDB, composta por FHC presidente e Marco Maciel vice, discorre-se sobre as mudanças no sistema internacional, causadas pelo fim da guerra fria e a inclusão de novos temas na agenda diplomática, como os direitos humanos. A política externa brasileira deve refletir essas mudanças, buscando maior atuação internacional, no comércio, na integração e na pacificação de conflitos.⁷ Ele também cita os direitos humanos ao discorrer sobre segurança:

⁷ Proposta disponível em <<https://static.scielo.org/scielobooks/b27wf/pdf/cardoso-9788599662663.pdf>> Último acesso em 01 out 2018.

“Nos subúrbios e favelas, onde a violência está mais presente e o poder público mais ausente, direitos humanos viraram sinônimo de “moleza com os bandidos. A lógica do medo transforma o delinquente num monstro contra o qual toda violência é tolerada”, em vez de proteção ao cidadão”.⁸

A defesa da segurança pública é um desafio para o aperfeiçoamento da democracia, o governo deve buscar práticas efetivas para combater a violência, mas sem ceder para alternativas autoritárias. A rotina do medo e da insegurança devido à ação de grupos criminosos leva a aceitação de grupos de extermínio privados e paraestatais como o do massacre do Carandiru⁹ “Romper esta rotina supõe ação enérgica do governo, mas também, a soma de esforços da sociedade, que deve encarar o combate à violência como uma causa comum e indispensável”.¹⁰

A chapa do PT é formada pelo candidato a presidência Luís Inácio Lula da Silva e a vice Aloizio Mercadante. Neste plano o respeito aos direitos humanos é apresentado como meta no programa de governo, “O Brasil afirmará sua vocação universal, em suas relações internacionais, defenderá o meio ambiente e os direitos humanos, lutará pela democratização das relações internacionais”. Para um governo comprometido com os direitos humanos ele propõe: introduzir a disciplina de Direitos Humanos nos currículos das escolas de polícia; forte presença dos princípios de direitos humanos na atuação internacional; incluir representantes de “organizações de gays e lésbicas” nos organismos de direitos humanos e difusão no currículo escolar e meios de comunicação os princípios dos tratados sobre direitos assinados pelo Brasil¹¹.

⁸ Disponível em <<https://static.scielo.org/scielobooks/b27wf/pdf/cardoso-9788599662663.pdf>> p.71.

⁹ O massacre do Carandiru ocorreu em 2 de outubro de 1992, após uma briga entre presos dar início a um tumulto no pavilhão 9 da Casa de Detenção de São Paulo, o nome oficial do Carandiru. Os carcereiros tentaram controlar a cena, mas a disputa entre os detentos deu início a uma confusão generalizada e os presos acabaram tomando conta do prédio, então superlotado. Os agentes penitenciários acionaram a Polícia Militar, que invadiu o Carandiru cerca de duas horas após o início do tumulto, ao todo, 111 presos morreram.

¹⁰ Disponível em <<https://static.scielo.org/scielobooks/b27wf/pdf/cardoso-9788599662663.pdf>> p.71

¹¹ Proposta disponível em: <<http://csbh.fpabramo.org.br/uploads/basesdoprogramadegov.pdf>>. Último acesso em: 01 out 2018

1998 – Fernando Henrique Cardoso (PSDB) x Lula (PT)

Para as eleições de 1998 o PSDB mantém a chapa do pleito anterior. No plano de governo consolidar e aprofundar a democracia, promover os direitos humanos é o objetivo número 4, onde primeiro foram expostas as medidas tomadas anteriormente no governo do presidente FHC. Depois indica quais serão as medidas adotadas caso se reeleja: intensificar o combate à discriminação através da ampliação do programa nacional de direitos humanos; serviço civil voluntário para jovens em situação de risco social; promover cidadania e direitos humanos para mulheres, idosos, negros, indígenas, jovens e demais grupos sujeitos a discriminação, bem como ampliar as medidas de defesa do consumidor, reforçar a autonomia sindical, a negociação coletiva e a concertação social; direitos humanos na formação do policial.¹²

Direitos humanos é uma prioridade de governo, tanto em questões de segurança e cidadania como em política externa, onde o Brasil deve buscar o protagonismo nos debates, negociações e ações referentes a essa temática.

Em 1998 o programa de governo da chapa do PT, Lula e Leonel Brizola vice, menciona direitos humanos apenas uma vez, na seção 8 sob o título de Direito ao direito. Onde afirma que em seu governo haverá uma proteção ativa dos direitos humanos para aqueles que são excluídos, para este fim propõe uma reforma no sistema judiciário.¹³

2002 – Lula (PT) e José Serra (PSDB)

Lula menciona direitos humanos em dois momentos, no primeiro ao discorrer sobre a necessidade de construir uma sociedade pautada pelos direitos humanos. O segundo momento é em uma proposta para assegurar o acesso à água potável e a vida em ambiente salubre, como um dos direitos humanos fundamentais.¹⁴

“Só um novo contrato social que favoreça o nascimento de uma cultura política de defesa das liberdades civis, dos direitos humanos e da construção de um País mais justo econômica e socialmente permitirá

¹² Proposta disponível em: <<http://www.psdb.org.br/z-outros/eleicoes-biblioteca/plano-degoverno-fhc-%E2%80%93-99-02/>>. Último Acesso em: 01 out 2018

¹³ Proposta disponível em: <<http://csbh.fpabramo.org.br/uploads/uniaodopovomudabrasil.pdf>>. Último Acesso em: 01 out 2018

¹⁴ Proposta disponível em: <<http://csbh.fpabramo.org.br/uploads/programagoverno.pdf>>. Último Acesso em: 01 out 2018.

aprofundar a democratização da sociedade, combatendo o autoritarismo, a desigualdade e o clientelismo.”¹⁵

Em 2002 a chapa foi formada por Lula como candidato a presidência e por José Alencar como candidato à vice-presidência.

Concorrendo pelo PSDB José Serra e a candidata a vice Rita Camata. O plano de governo de José Serra, se compromete com a prevalência dos direitos humanos de acordo com os princípios da Constituição, pretende ampliar as medidas propostas no governo FHC, para direitos das mulheres e combate à discriminação; incentivar a inserção da mulher em posições de liderança na política; atuação do Brasil para o fortalecimento da ONU no que toca os direitos humanos; colaborar no combate ao terrorismo sem deixar os direitos humanos em segundo plano.¹⁶

2006 – Lula (PT) x Geraldo Alckmin (PSDB)

Para as eleições de 2006 o PT manteve a chapa. O programa de governo apresentado garante o compromisso do governo com os direitos humanos, inclusive internacionalmente, se comprometendo a:

Aprofundar a transversalidade da política de direitos humanos para promoção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais; prosseguir com os trabalhos sobre Direito à Verdade e à Memória e reparação oficial do Estado brasileiro aos mortos e desaparecidos políticos no Brasil, articulando a troca de experiências e de informações ao nível regional (MERCOSUL) e internacional; manter atuação destacada do Brasil nos sistemas das Nações Unidas e Interamericano de Direitos Humanos; ampliar a política de acesso à justiça, beneficiando comunidades remanescentes de quilombos e indígenas.¹⁷

Neste ano o PSDB apresentou como candidatos Geraldo Alckmin e José Jorge vice. Em seu plano de governo ele diz que “Garantir direitos humanos significa o fortalecimento da cidadania, da solidariedade e da dignidade, essenciais ao convívio social com paz e segurança”¹⁸ e para garantir esses direitos Alckmin propôs:

¹⁵ Disponível em: <<http://csbh.fpabramo.org.br/uploads/programagoverno.pdf>>. P. 2.

¹⁶ Proposta disponível em: <<https://www1.uol.com.br/fernandorodrigues/arquivos/eleicoes02/plano2002-serra.pdf>>. Último acesso em: 09 out 2018.

¹⁷ Proposta disponível em: <http://csbh.fpabramo.org.br/uploads/Programa_de_governo_2007-2010.pdf>. Último Acesso em: 01 out 2018

¹⁸ Disponível em: <<http://www.psdb.org.br/wp-content/uploads/biblioteca/66275971.pdf>>. P. 7.

Reforçar o papel das estruturas governamentais encarregadas da formulação, implementação e monitoramento das políticas públicas de defesa e promoção dos direitos humanos, com transparência, participação, pluralismo e seriedade; Garantir a promoção da igualdade entre os gêneros; Impulsionar políticas de ação afirmativa para inclusão social, econômica, cultural e política dos negros e indígenas; Adotar medidas para permitir a pessoas portadoras de necessidades especiais amplas possibilidades de acesso ao mercado de trabalho e de circulação por espaços públicos e privados; impor medidas para garantir o respeito a diversidade sexual e avançar nas áreas de meio ambiente e direitos humanos nas políticas internacionais¹⁹

2010 – Dilma Rousseff (PT) x José Serra (PSDB)

O pleito eleitoral de 2010 contava com 9 candidatos, 4 que tiveram destaque nas pesquisas, o segundo turno foi disputado entre Dilma e Serra.

Dilma Rousseff da chapa do PT com Michel Temer Vice, em seu plano de governo, abrange os direitos humanos em três seções da sua proposta. Na diretriz 48 sob a temática de “Direitos humanos e proteção de homens, mulheres e jovens” indica onze medidas a serem tomadas pelo governo. Entre elas:

Aprofundar a transversalidade da política de Direitos Humanos nas políticas setoriais para promoção e garantia dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais; ampliar as iniciativas do PRONASCI com a incorporação da problemática dos direitos humanos na formação do policial; abertura dos arquivos e implementação da

Comissão da Verdade²⁰ para investigar violações de direitos humanos ocorridas entre 1946 e 1988, com foco nos delitos da ditadura militar; fortalecer a atuação internacional do Brasil na defesa dos Direitos Humanos, nas Nações Unidas, OEA, UNASUL e Mercosul; entre outros.²¹

Na seção de “Políticas de Segurança Pública”, garante o compromisso das forças armadas com a democracia e os direitos humanos, e reafirma isso na seção de

¹⁹ Proposta disponível em: <<http://www.psdb.org.br/wp-content/uploads/biblioteca/66275971.pdf>>.

Último acesso em: 01 out 2018

²⁰ A Comissão Nacional da Verdade (CNV), órgão temporário criado pela Lei 12.528, de 18 de novembro de 2011, encerrou suas atividades em 10 de dezembro de 2014, com a entrega de seu Relatório Final. Paralelamente foram criadas mais de 120 comissões (legislativas, estaduais, municipais, setoriais, de grupos e instituições específicas) no território nacional.

²¹ Proposta disponível em: <<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/dados/2010/14417/BR/BR/1/280000000005/proposta.pdf>>. Último acesso em 01 out 2018.

“Defesa nacional” onde indica que cabe as Forças Armadas “a defesa do território, nos marcos do respeito à sua função constitucional e aos Direitos Humanos”. Por fim, sob o título de “Presença do Brasil no Mundo” cita os direitos humanos ao mencionar os valores da política externa brasileira em comparação com seu projeto de desenvolvimento.²²

Para concorrer contra Dilma e Temer, o PSDB indicou José Serra para presidente e Indio da Costa para Vice. Sua proposta apresentada ao TSE é composta na realidade por um compilado de discursos:

“Os discursos de José Serra no Encontro Nacional dos Partidos PSDB, DEM e PPS, em 10/04/2010, em Brasília, e na Convenção Nacional do PSDB, em Salvador, na qual José Serra foi escolhido como candidato do partido à presidência da República, resumem as ideias, propostas e principais linhas de ação pretendidas pelo candidato. E por isso são integram o pedido de registro de candidatura, atendendo a determinação legal.”²³

Os direitos humanos são citados 3 vezes, sendo duas delas onde diz que o Brasil deve usar sua força para defender os direitos humanos, pois, os mesmos não são negociáveis. A terceira onde ele afirma que acredita nos direitos humanos: “Acredito nos direitos humanos, dentro do Brasil e no mundo. Não devemos elogiar continuamente ditadores em todos os cantos do planeta, só porque são aliados eventuais do partido de governo.”²⁴

Marina Silva da chapa do PV com o vice Guilherme Leal, tem em seu plano uma seção dedicada a política externa, em um ponto intitulado “Paz e Direitos Humanos”. Ela afirma que o Brasil deve ter uma posição firme na defesa dos direitos humanos, dessa forma, deve adotar uma postura crítica com relação a países que violem esses direitos, o país não deve relativizar estes princípios.^{25,26}

Por fim, o candidato Plinio Sampaio do PSOL não menciona os Direitos Humanos em sua proposta, seu plano para política externa é baseado em

²² Idem

²³ Disponível em: <<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/dados/2010/14417/BR/BR/1/280000000011/proposta.pdf>>. p. 1.

²⁴ Proposta disponível em: <<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/dados/2010/14417/BR/BR/1/280000000011/proposta.pdf>>. Último acesso em 01 out 2018.

²⁵ Proposta disponível em: <<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/dados/2010/14417/BR/BR/1/2800000000>

²⁶ /proposta.pdf>. Último Acesso em: 01 out 2018

soberania brasileira, combate ao imperialismo, apoio as lutas e autodeterminação dos povos.²⁷ Seu vice na chapa é o candidato Hamilton Assis.

2014 – Dilma Rousseff (PT) x Aécio Neves (PSDB)

O pleito eleitoral de 2010 contava com 11 candidatos, 5 que tiveram destaque nas pesquisas, o segundo turno foi disputado entre Dilma e Aécio.

Em 2010 Dilma Rousseff apresentou em sua proposta medidas pertinentes para os direitos humanos, o que não se repetiu em 2014, se limitando a reafirmar que direitos humanos são uma prioridade e que as medidas tomadas anteriormente para garantir tais direitos seriam continuadas, mas sem propor, propriamente, nenhuma medida objetiva.²⁸ Concorreu pelo PT, seu vice foi Michel Temer, assim como em 2010.

O candidato Aécio Neves formou chapa com Aloysio Nunes como vice, ambos concorrendo pelo PSDB. Na seção de Cidadania existe uma parte para direitos humanos onde ele apresenta 28 medidas a serem tomadas.

“Elaboração do 4.º Plano Nacional de Direitos Humanos que, no marco dos princípios constitucionais do nosso Estado Democrático de Direito, complete e aperfeiçoe as políticas públicas relativas aos direitos humanos, em especial quanto aos setores mais vulneráveis como mulheres, crianças, idosos, afrodescendentes, LGBT, quilombolas, ciganos, pessoas com deficiências, vítimas da violência e indígenas.”²⁹

Como a ampliação da divulgação das premissas dos direitos humanos, defesa e manutenção de políticas afirmativas; combate ao tráfico de mulheres e crianças; fortalecimento e ampliação da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos; apoio as estruturas estaduais e municipais de direitos humanos.

Também abrange direitos humanos ao apresentar propostas voltadas para mulheres, ampliando políticas e ações de proteção da mulher, cumprimento de acordos internacionais sobre violação dos direitos humanos das mulheres. Em política externa, reitera a importância dos direitos humanos e entende que o

²⁷ Proposta disponível em: <<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/dados/2010/14417/BR/BR/1/280000000019/proposta.pdf>>. Último Acesso em: 01 out 2018

²⁸ Proposta disponível em: <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/dados/2014/680/BR/BR/1/280000000083/proposta_governo1404575188241.pdf>. Último acesso em: 01 out 2018.

²⁹ Disponível em: <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/dados/2014/680/BR/BR/1/280000000085/proposta_governo1404581387311.pdf>. p. 17.

Brasil deve ampliar e dinamizar sua atuação neste tema dentro das organizações internacionais.³⁰

Luciana Genro do PSOL e seu vice Jorge Paz, apresentam no terceiro eixo do seu plano de governo, uma seção intitulada “Mais e Melhores Direitos” que é dedicada as demandas sociais. Afirma que no campo dos direitos humanos existem vários temas que serão abordados em seu governo, cita como exemplo o combate a homofobia. Buscará terminar a guerra as drogas, pois a mesma “Legitima a violência e as violações aos direitos humanos cometidas pelo próprio Estado contra os pobres”.³¹

Para o pastor Everaldo do PSC, o Brasil deve condenar oficialmente países que violem os direitos humanos e reduzir o repasse financeiro as organizações internacionais. No contexto interno quer reestruturar a polícia e o sistema penal, entende que “A execução da pena é feita em presídios condenados pelos órgãos internacionais de direitos humanos” e que é necessário investir na capacitação dos agentes policiais e garantir os direitos humanos dos presidiários. Para isso quer adotar o modelo de uma “Administração penitenciária privada”.³² O candidato a vice nessa chapa foi Leonardo Gadelha.

Em 2014, Marina substituiu o candidato Eduardo Campos (1965–2014) à presidência na chapa do PSB, apresentando o mesmo plano de governo, seu vice foi Beto Albuquerque.

No segmento 5.5.3 “Cultura de paz e valorização da vida” sob as diretrizes de segurança pública, tem como proposta criar a “Inspetoria Nacional de Direitos Humanos” com o objetivo de monitorar a violação e o cumprimento de ações no campo dos direitos humanos no Brasil.³³

2018 – Jair Bolsonaro (PSL) e Fernando Haddad (PT)

O pleito de 2018 contou com 13 candidatos, sendo os mais votados, Jair Bolsonaro, Fernando Haddad, Ciro Gomes e Geraldo Alckmin, nessa ordem. Pela primeira vez o

³⁰ Proposta disponível em: <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/dados/2014/680/BR/BR/1/280000000085/proposta_governo1404581387311.pdf>. Último acesso em: 01 out 2018.

³¹ Proposta disponível em: <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/dados/2014/680/BR/BR/1/280000000043/proposta_governo1404321071064.pdf>. Último Acesso em: 01 out 2018.

³² Proposta disponível em: <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/dados/2014/680/BR/BR/1/280000000065/proposta_governo1404417222734.pdf>. Último Acesso em 01 out 2018.

³³ Proposta disponível em: <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/dados/2014/680/BR/BR/1/280000000021/proposta_governo1408744539964.pdf>. Último Acesso em: 01 out 2018.

PSDB não se destaca, assim a disputa foi polarizada entre Bolsonaro e Haddad, o resultado foi decidido em 28 de outubro de 2018 no segundo turno com a eleição de Jair Bolsonaro.

Jair Bolsonaro e General Mourão candidatos da chapa do PSL. A única menção aos direitos humanos no plano de governo é “Redirecionamento da política de direitos humanos, priorizando a defesa das vítimas violência”. Para política externa a proposta de um “Novo Itamaraty” que represente “valores associados ao povo brasileiro”. O documento expressa que o Brasil deixará de “louvar ditaduras e desprezar democracias importantes como EUA, Israel e Itália [...]” e prevê uma aproximação dos “irmãos Latino-Americanos que estejam livres de ditaduras” posto que Bolsonaro argumenta que a ditadura militar no Brasil não foi violenta.³⁴

Fernando Haddad é o substituto do Lula na Chapa do Partido dos Trabalhadores, sua vice é a candidata Manuela D’Ávila. Em 2018 é o candidato que mais menciona e considera a questão dos direitos humanos, em sua proposta quer que o Brasil tenha participação ativa no sistema internacional de direitos humanos, promovendo a reforma de instrumentos que defendam esses direitos.

Entende que democracia e direitos humanos são temas interdependentes.

“O governo Haddad resgatará e atualizará o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), que servirá de base à convocação de uma conferência nacional popular de direitos humanos e de conferências temáticas. Além de implementar as recomendações da Comissão Nacional da Verdade (CNV), enfrentaremos o desafio de criar um Sistema Nacional de Direitos Humanos, articulado com os estados, DF, municípios e, sobretudo, com os movimentos sociais e sociedade civil organizada.”³⁵

Propõe uma reforma da ONU, principalmente no Conselho de Segurança, e dos demais instrumentos de proteção dos direitos humanos. Sua proposta também visa políticas de afirmação e diversidade, políticas de igualdade de gênero e proteção da mulher, em consonância com os direitos humanos. Além de direitos

³⁴ Proposta disponível em: <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000614517//proposta_1534284632231.pdf>. Último acesso em: 03 set 2018.

³⁵ Disponível em: <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000629808//proposta_1536702143353.pdf>. p. 19.

humanos e sociais para população rural, que prioriza a educação para indígenas e quilombolas.³⁶

Geraldo Alckmin volta a concorrer para presidência em 2018 pelo PSDB, sua vice é a Ana Amélia. Alckmin defende em seu plano de governo, uma diplomacia pautada em direitos humanos, democracia e desenvolvimento sustentável, mas não especifica as medidas que serão adotadas para este fim.³⁷

Ciro Gomes e sua vice Katia Abreu, concorreram pela chapa do PDT. Em seu plano de governo cita os direitos humanos em dois momentos. Ao apresentar propostas para a população LGBTI+, por exemplo, a Implementação do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos LGBTI; Reestruturação, ampliação, fortalecimento do Disk Direitos Humanos; Inclusão do combate a toda forma de preconceito, seja ele por raça, etnia, sexo, orientação sexual e/ou identidade de gênero no Plano Nacional de Educação e Desenho de plano de ações e metas para diminuir a discriminação nas escolas e a evasão escolar.

O segundo momento é ao apresentar o plano para política externa. Em uma proposta para união das nações sul-americanas onde prevaleça a democracia e o respeito aos direitos humanos.³⁸

O terceiro e último capítulo retomará a análise das propostas, com o objetivo de terminar se existe um aumento ou um decréscimo da relevância dos direitos humanos como pauta para as propostas dos planos de governo, especialmente para a política externa.

O Grau de Importância

Neste capítulo será retomada a análise das diretrizes sobre direitos humanos com base no que foi apresentado como proposta dos candidatos à presidência nos últimos sete pleitos eleitorais, e não o que foi realizado pelo candidato eleito.

Durante a ditadura militar (1964–1985) os direitos humanos foram ignorados, pessoas foram torturadas e mortas, tiveram sua liberdade restringida, seus

³⁶ Proposta disponível em: <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000629808//proposta_1536702143353.pdf>. Último acesso em: 14 set 2018.

³⁷ Proposta disponível em: <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000602477//proposta_1533849607885.pdf>. Último Acesso em: 03 set 2018.

³⁸ Proposta disponível em: <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000605589//proposta_1533938913830.pdf>. Último Acesso em: 03 set 2018.

direitos políticos suspensos. A situação começou a mudar com a revogação do AI-5 no governo Geisel, como isso o processo de redemocratização começava a aparecer (KINZO, 2001). Em 1985 José Sarney tornou-se o primeiro presidente civil, embora eleito via colégio eleitoral, marcando o início da Nova República.

Em 1994 ocorreu a segunda eleição direta da nova república, tiveram destaque os candidatos Fernando Henrique Cardoso (sendo este eleito) e Luís Inácio Lula da Silva. Nesta eleição Fernando Henrique Cardoso não apresentou medidas concretas, se limitando a discorrer da importância dos direitos humanos tanto como tema incluído na agenda de política externa como tema relevante ao debater segurança. Lula por sua vez, apresentou algumas medidas para garantir o que seria “um governo comprometido com os direitos humanos”. A divulgação dos direitos humanos, em diversos setores como para policiais, estudantes e nos meios de comunicação em geral seria a base do plano para direitos humanos.

Já em 1998 a situação muda, FHC (que foi reeleito) apresenta um extenso plano para os direitos humanos sendo consolidar estes direitos um dos objetivos de governo, além da divulgação de matérias sobre direitos humanos, ele propõe projetos de inclusão social. Lula apresenta uma proposta mais limitada, apenas afirmando que em seu governo os direitos humanos terão uma proteção ativa.

O tema aparenta sofrer uma queda de importância em 2002, embora ambos os candidatos destacados, José Serra e Lula, se comprometam e reconheçam a importância dos direitos humanos, tanto como política externa quanto como política doméstica, o tema começa a perder espaço. Serra pretende continuar o trabalho iniciado durante o governo FHC, enquanto Lula apresenta apenas uma proposta específica relacionada a saneamento básico. Em uma análise quantitativa essa diferença fica mais clara, somando os planos de governo dos candidatos temos apenas 6 menções à “Direitos Humanos” em 2002, contra 26 em 1998 e 16 em 1994 (Lula foi eleito em 2002).

No entanto, em 2006 com 14 menções nota-se um aparente retorno da importância do tema, tanto Geraldo Alckmin quanto Lula apresentam uma série de medidas para os direitos humanos. Observa-se um certo equilíbrio entre as propostas dos dois candidatos (Lula foi reeleito).

A partir de 2010 foi possível analisar os planos de governo dos quatro principais candidatos, neste ano um dos candidatos analisados, Plínio Sampaio, não chega a citar os direitos humanos. Embora Marina e Serra ressaltem a importância dos direitos humanos, tanto no âmbito interno quanto externo, Dilma apresenta

medidas mais específicas em diferentes setores, possibilitando uma maior institucionalização dos direitos humanos (Dilma foi eleita).

Em 2014, especialmente, cinco candidatos tiveram destaque nas pesquisas, todos apresentam alguma proposta para direitos humanos, alguns inclusive trazendo novas abordagens para o tema, como a candidata Luciana Genro ao tratar da guerra as drogas. Dilma Rousseff, no entanto, ao contrário do que aconteceu em 2010, apresentou em 2014 uma proposta limitada a afirmar a importância dos direitos humanos, assim, Aécio Neves se destaca apresentando diversas propostas sobre o tema. Para comparação das 22 menções aos direitos humanos, considerando os planos dos cinco candidatos, 14 são encontradas no plano do candidato Aécio (Dilma foi reeleita).

O segundo turno em 2018 ficou para Jair Bolsonaro e Fernando Haddad, a ampla diferença entre os candidatos fica clara, tanto quantitativamente quanto qualitativamente. Enquanto Bolsonaro menciona o tema de direitos humanos uma única vez, para dizer que a política de direitos humanos deve ser reformada para “priorizar as vítimas”. Haddad menciona 20 vezes, o tema está presente em diversos pontos da sua proposta, sendo o candidato que mais cita a pauta de direitos humanos neste ano, apresentando uma série de propostas.

Ciro Gomes designa o tema de direitos humanos nas propostas para a população LGBTI+ e como princípio de política externa. Geraldo Alckmin defende que a diplomacia deve ser baseada nos direitos humanos. Eles ficaram, respectivamente, em 3º e 4º lugar no primeiro turno, no segundo turno Jair Bolsonaro foi eleito.

Assim desde 2010 nota-se que embora os direitos humanos mantenham-se como uma questão importante, já não é mais tratado como prioridade, ficando em segundo plano. Percebe-se também que nos últimos três pleitos, o tema perdeu espaço de forma geral recebendo propostas superficiais, mas existe sempre um candidato que trata o tema com mais atenção, existe uma variação deste candidato a cada eleição, superando, a ideia de polarização.

Observa-se também uma similaridade entre as propostas apresentadas, principalmente para política externa. As propostas neste campo são voltadas, em sua maioria, a ONU e as demais Organizações Internacionais, sobre fortalecer tais instituições para uma maior proteção dos direitos humanos.

Portanto, a agenda de direitos humanos teve considerável importância na construção do Estado democrático, as medidas adotadas após a ditadura

demonstram o crescimento do tema, a princípio. No entanto, nos últimos anos a pauta de direitos humanos vem sendo gradativamente ofuscada, ficando de lado na maioria dos planos de governo e aqueles que a mencionam muitas vezes sugerem apenas propostas superficiais ou se limitam a dizer que será de grande valor durante o governo.

Considerações Finais

No que tange os direitos humanos, as propostas apresentadas se assemelham apesar das divergências dos pensamentos políticos, afinal, direitos humanos não são uma questão de direita ou esquerda, os direitos humanos são indivisíveis, interdependentes e universais.

Em 1994 e 1998, um período de redemocratização, a pauta de direitos humanos era primordial, tanto no cenário de políticas domésticas, quanto em questões de política externa, foram definidas medidas internas e externas, o que facilita a institucionalização dos direitos.

Depois desse período nota-se uma diminuição da relevância do tema nos planos de governo, a pauta permanece, mas seu espaço é reduzido. Os candidatos ainda reconhecem a sua importância, mas apresentam poucas ou nenhuma medida para promover tais direitos, é mencionado apenas como princípio a ser seguido ou nem mesmo mencionado. Embora sua relevância ainda possa ser percebida nos programas de alguns candidatos, sua importância geral, deixa de ser um tema primordial e vira uma pauta de menor interesse. Dessa forma sobrevive de propostas que influenciam o tema indiretamente, como por exemplo, através da pauta feminista, alguns candidatos incluem medidas contra a violência e para a igualdade de gênero, mas o princípio da prevalência dos direitos humanos, é deixado de lado.

Somado a isso, as relações exteriores, que por si mesmo, ficam em segundo plano em detrimento de outros temas considerados mais importantes. Como resultado as propostas para política externa e direitos humanos, embora diretamente relacionadas com os princípios da Constituição brasileira, com os princípios do estado democrático de direito, as propostas que observam os direitos humanos atualmente são, em sua maioria, superficiais.

Nota-se também, uma repetição de medidas em diferentes pleitos, como: a introdução da disciplina de direitos humanos na formação do policial, de forma a evitar abusos, por exemplo; a divulgação dos direitos humanos nas escolas e na mídia.

As medidas que foram e são tomadas hoje, para garantir e promover os direitos humanos, embora tenham seu mérito, mostram-se ineficientes em de fato normatizar e naturalizar os direitos humanos. De forma que as palavras de FHC em 1998 ainda podem ser observadas “Os direitos humanos viraram sinônimo de “moleza com bandidos”.

No plano de governo do candidato que lidera as pesquisas em 2018, a única menção a direitos humanos é “Redirecionamento da política de direitos humanos, priorizando a defesa das vítimas violência”, o que demonstra que essa pauta não apenas perdeu força, como existe um desconhecimento sobre os que políticas de direitos humanos são realmente.

Referências bibliográficas

INSTITUTO VLADIMIR HERZOG, **Memórias Da Ditadura**, Acervo online sobre a história da ditadura no Brasil. Disponível em:

<<http://memoriasdaditadura.org.br/index.html>>. Último acesso em: 18 out 2018.

KINZO, Maria D'alva G. A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 3-12, dez. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01028839200100040000_2&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 17 out. 2018.

KOERNER, Andrei. O Papel Dos Direitos Humanos Na Política Democrática: Uma Análise Preliminar. **Revista Brasileira De Ciências Sociais**. Vol. 18 nº. 53. P. 143-181 outubro/2003.

LINHARES, Maria Yedda (Org.). **História Geral do Brasil**. 9. Ed. Rio de Janeiro: editora Campus, 2000.

NETTO, José Paulo. **Pequena História da Ditadura Brasileira (1964-1985)**. São Paulo: Cortez Editora, 2014.

PINHEIRO, L.; Milani, C. R. S. **Política externa brasileira: a política das práticas e as práticas da política**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

PLANALTO, **Portal da Legislação**, Atos Institucionais (1964-1969). Disponível em:

<<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/atos-institucionais>>. Acesso em 17 out 2018.

SANTORO, Mauricio. Democracia e Política Externa no Brasil. **Revista Estudos Políticos**. N. 4. 2012/01. P. 95-105.

SOARES, Inês Virginia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). **Memória e Verdade: A justiça de Transição no Estado Democrático Brasileiro**. Belo horizonte: Editora Fórum, 2009.

Planos de Governo por ordem cronológica:

Plano De Governo Fernando Henrique Cardoso 1994: Mãos À Obra, Brasil: Proposta De Governo. Disponível em: <<https://static.scielo.org/scielobooks/b27wf/pdf/cardoso-9788599662663.pdf>>. Último acesso em: 01 out 2018.

Plano de Governo Lula 1994: Bases Do Programa De Governo. Disponível em: <<http://csbh.fpabramo.org.br/uploads/basesdoprogramadegov.pdf>>. Último acesso em: 01 out 2018.

Plano De Governo Fernando Henrique Cardoso 1998: Um Novo Estado Para Uma Nova Sociedade. Disponível em: <<http://www.psdb.org.br/z-outros/eleicoes-biblioteca/plano-de-governo-fhc-%E2%80%93-99-02/>>. Último Acesso em: 01 out 2018.

Plano de Governo Lula 1998: União Do Povo – Muda Brasil: Diretrizes Do Programa De Governo. Disponível em: <<http://csbh.fpabramo.org.br/uploads/uniaodopovomudabrasil.pdf>>. Último Acesso em: 01 out 2018.

Plano de Governo Lula 2002: Um Brasil Para Todos. Disponível em: <<http://csbh.fpabramo.org.br/uploads/programagoverno.pdf>>. Último Acesso em: 01 out 2018.

Plano de Governo José Serra 2002: Trabalho e Progresso Para Todos. Disponível em: <<https://www1.uol.com.br/fernandorodrigues/arquivos/eleicoes02/plano2002sera.pdf>>. Último acesso em: 09 out 2018.

Plano de Governo Lula 2006: Disponível em: <http://csbh.fpabramo.org.br/uploads/Programa_de_governo_2007-2010.pdf>. Último Acesso em: 01 out 2018.

Plano de Governo Geraldo Alckmin 2006. Disponível em: <<http://www.psd.org.br/wp-content/uploads/biblioteca/66275971.pdf>>. Último acesso em: 01 out 2018

Plano De Governo Dilma Rousseff 2010: Disponível em:

<<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/dados/2010/14417/BR/BR/1/280000000005/propostas.pdf>>. Último acesso em: 01 out 2018.

Plano de Governo José Serra 2010. Disponível em:

<<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/dados/2010/14417/BR/BR/1/2800000000011/propostas.pdf>>. Último acesso em: 01 out 2018.

Plano De Governo Marina Silva 2010. Disponível em:

<<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/dados/2010/14417/BR/BR/1/2800000000001/propostas.pdf>>. Último Acesso em: 01 out 2018.

Plano de Governo Plinio Sampaio 2010: Uma alternativa socialista: socialista: nossas tarefas e diretrizes. Disponível em: <

<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/dados/2010/14417/BR/BR/1/2800000000019/propostas.pdf>>. Último Acesso em: 01 out 2018.

Plano De Governo Dilma Rousseff 2014: Mais Mudanças, Mais futuro. Disponível em:

<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/dados/2014/680/BR/BR/1/2800000000083/proposta_governo1404575188241.pdf>. Último acesso em: 01 out 2018.

Plano de Governo Aécio Neves 2014. Disponível em:

<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/dados/2014/680/BR/BR/1/2800000000085/proposta_governo1404581387311.pdf>. Último acesso em: 01 out 2018.

Plano De Governo Luciana Genro 2014. Disponível em:

<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/dados/2014/680/BR/BR/1/2800000000043/proposta_governo1404321071064.pdf>. Último Acesso em: 01 out 2018.

Plano de Governo Marina Silva 2014. Disponível em:

<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/dados/2014/680/BR/BR/1/2800000000121/proposta_governo1408744539964.pdf>. Último Acesso em: 01 out 2018.

Plano de Governo Pastor Everaldo 2014. Disponível em:

<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/dados/2014/680/BR/BR/1/2800000000065/proposta_governo1404417222734.pdf>. Último Acesso em: 01 out 2018.

Plano De Governo Fernando Haddad 2018. Disponível em:

<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000629808//proposta_1536702143353.pdf>. Último acesso em: 14 set 2018.

Plano de Governo Jair Bolsonaro 2018: Bases Do Programa De Governo. Disponível em:

<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000614517//proposta_1534284632231.pdf>. Último acesso em: 03 set 2018.

Plano De Governo Ciro Gomes 2018: Diretrizes Para Uma Estratégia Nacional De

Desenvolvimento Para O Brasil. Disponível em:

<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000605589//proposta_1533938913830.pdf>. Último Acesso em: 03 set 2018.

Plano de Governo Geraldo Alckmin 2018: Diretrizes Gerais. Disponível em:

<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000602477//proposta_1533849607885.pdf>. Último Acesso em: 03 set 2018.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE SERVIÇOS DE INTERNET E DESAFIOS DE APLICAÇÃO DA NEUTRALIDADE DA REDE

Bárbara Ferreira de Bonis¹

Resumo

A revolução tecnológica modificou a estrutura social, política, econômica e cultural, trazendo desafios e uma nova realidade, emergindo, assim, a Sociedade da Informação. O Direito e seus institutos não poderiam ficar estanques ou estagnados a notável evolução, diante desse fato, com o crescente uso da Internet grandes questões jurídicas se perfizeram em razão da alta complexidade do tema. O instituto da Responsabilidade Civil aponta um norte quanto à responsabilização no âmbito da Internet, principalmente no que concerne aos provedores de serviço de Internet e o tratamento dos dados pessoais. Com efeito, é intrinsecamente coligado ao tema, a análise da aplicação do princípio da neutralidade da rede e os desafios que surgem diante das novas situações que se desdobram na sociedade da informação. Desta forma, o intuito do Direito, por meio de uma interpretação sistemática normatiza, é assegurar que a tecnologia, informação e conhecimento sejam utilizados e sempre empregados em prol da humanidade.

Palavras-chave: Provedores de Serviços de Internet, Provedores de Acesso, Responsabilidade Civil, Neutralidade da Rede, Marco Civil da Internet, Sociedade da Informação, Dados Pessoais.

THE CIVIL RESPONSIBILITY OF THE INTERNET SERVICES PROVIDERS AND THE CHALLENGES OF APPLYING NETWORK NEUTRALITY

Abstract

The technological revolution has modified the social, political, economic and cultural structure, bringing new challenges and a new reality, thus emerging the Information Society. The Law and its institutes could not be stagnant or stagnant the remarkable evolution, in view of this fact, with the increasing use of the

¹ Mestranda em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Pós-graduada em Direito Civil Lato Sensu pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada atuante.

Internet great juridical questions were made due to the high complexity of the subject. The Civil Responsibility Institute points to a north with regard to Internet accountability, especially with regard to ISPs and processing of personal data. It is intrinsically linked to the subject, the analysis of the application of the principle of net neutrality and the new challenges that arise in the face of new situations unfolding in the information society. Thus, the aim of law, through a systematic interpretation of standards, is to ensure that technology, information and knowledge are used and always used for the benefit of humanity.

Keywords: Internet Service Providers, Civil Responsibility, Network Neutrality, Civil Internet Framework, Information Society, Personal Data.

INTRODUÇÃO

O presente artigo possui a finalidade inicial de analisar a conceituação e classificação dos provedores de serviços de internet existentes na sociedade da informação, bem como a aplicação da responsabilidade civil dos provedores de acesso por meio do estudo da legislação da Lei do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). Em seguida será analisada a importância da aplicação dos paradigmas relacionados à neutralidade da rede para regulamentar a atuação dos referidos provedores na transmissão dos conteúdos e aplicações igualitárias na prestação do serviço para os usuários.

Como é cediço os provedores de serviço de internet possuem desdobramento por meio de suas tipificações, como por exemplo, *backbones*, provedores de acesso, provedores de correio eletrônico, provedores de hospedagem, provedores de conteúdo e provedores de informação, com suas devidas especificidades, como será detalhado na pesquisa realizada.

Nessa linha de raciocínio o artigo busca demonstrar a aplicação da responsabilidade civil dos provedores de acesso, inclusive, com base no entendimento da legislação do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) e na Lei de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018).

Para tanto, cumpre asseverar a importância da utilização da neutralidade da rede e seus paradigmas de aplicação com a finalidade de manter regulamentada a prestação de serviço dos referidos provedores.

Com efeito, cumpre asseverar a necessidade de se aplicar interpretação sistemática normatiza, ou seja, integração das normas, para se obter a finalidade de uma prestação jurisdicional justa para o usuário.

Por fim, a metodologia de pesquisa aplicada se baseia na interpretação sistemática normatiza por meio do conjunto de princípios e sistemas normativos jurídicos, os quais possuem a finalidade de regulamentar os provedores de acesso, na tentativa de aprofundar o processo dialético da análise e o emprego da norma nos casos concretos.

CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DOS PROVEDORES DE SERVIÇO DE INTERNET

Conceito

A Internet possui diversos pontos de acesso à rede em vários lugares, cidades, de modo que, os provedores são conectados nestes pontos de acesso, possibilitando o tráfego de pacote de dados e informações entre esses pontos de rede mencionados.

Portanto, “a Internet representa um grande conjunto de redes de computador, as quais se comunicam por intermédio dos pontos de acesso, permitindo assim que cada computador na rede se conecte a qualquer outro”².

Existem alguns tipos de provedores que fornecem serviços distintos para seus respectivos usuários, quais sejam, provedores de *backbone*, provedores de acesso, provedores de correio eletrônico, provedores de hospedagem, provedores de conteúdo.

Além do fato desses provedores possuírem funções completamente distintas, os serviços podem ser prestados por uma mesma empresa ou por empresas diversas, de forma separada para um determinado usuário.

Nessa dinâmica, conceitua o autor Guilherme Magalhães Martins:

[...] os provedores podem enquadrar-se em cinco principais categorias, a partir das respectivas atividades ou funções (podendo as quatro últimas ser exercidas cumulativamente pela mesma entidade): provedores de *backbone*, provedores de conteúdo de informação (*information providers* ou *content providers*), provedores de acesso

² LEONARDI, Marcel. Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 6.

(*Internet Service Providers*), provedores de hospedagem (*hosting service providers*) e provedores de correio eletrônico.³

Em virtude da evolução e da rápida expansão da utilização da rede, é comum que os próprios provedores de acesso ofereçam mais de um serviço para seus usuários, como por exemplo, hospedagem de *web site*, contas de correio eletrônico, servidores para fins específicos, integrando outros serviços em conjunto com o acesso à internet, facilitando a utilização para o usuário/consumidor.

Desta forma, de maneira sucinta cada espécie de provedor mencionado acima será conceituado.

Provedores de *Backbone*

O provedor de *backbone* também denominado de “espinha dorsal”, dentro do sistema de rede de computadores possui o maior nível hierárquico, pelo fato de que em suas estruturas físicas trafegam quase a totalidade dos dados através da internet, ou seja, o *backbone* possui vários fios de fibra óptica de alta velocidade, que possibilitam o tráfego de dados e a conectividade à rede.

É importante dizer que a Rede Nacional de Pesquisa (RNP) foi o primeiro provedor de *backbone* no Brasil, foi por meio dela que houve todo o desenvolvimento da internet no país e a possibilidade da utilização de estruturas semelhantes criadas por empresas públicas e privadas.

Em virtude da importância dos provedores *backbone* o Governo Federal teve que realizar um investimento milionário neste setor e por meio da Nota Conjunta de Junho de 1995 dispôs “poderão existir no País várias espinhas dorsais *Internet* independentes, de âmbito nacional ou não, sob a responsabilidade de diversas entidades, inclusive sob controle da iniciativa privada”.⁴

Mencionou, ainda, o Governo Federal, na Nota Conjunta ser “facultada aos provedores de acesso ou de informações a escolha da espinha dorsal à qual se conectarão”⁵, em virtude da preocupação que teve em assegurar a livre

³ MARTINS, Guilherme Magalhães. Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 337.

⁴ Nota Conjunta de Junho de 1995 de Ministério das Comunicações e do Ministério da Ciência e Tecnologia, item 2.5 – Poderão existir no País várias espinhas dorsais *Internet* independentes, de âmbito nacional ou não, sob a responsabilidade de diversas entidades, inclusive sob controle da iniciativa privada.

⁵ Nota Conjunta de Junho de 1995 de Ministério das Comunicações e do Ministério da Ciência e Tecnologia, item 2.6, (primeira parte) – É facultada aos provedores de acesso ou de informação a escolha da espinha

concorrência entre as empresas relacionadas ao setor e a liberdade de escolha dos outros provedores as estruturas disponíveis.

O provedor *backbone* opera da seguinte maneira, segundo Marcel Leonardi:

O provedor de *backbone* não opera sozinho quando oferece conectividade a empresas interessadas, necessitando de meios para a comunicação digital, tais como linhas telefônicas discadas ou dedicadas, circuitos digitais, rede de fibras ópticas, canais de satélites, e demais.

Atualmente, existem três tipos de *backbone* no país: a) utilizados apenas para redes de educação e desenvolvimento (tais como a rede ANSP⁶ e RNP⁷); b) utilizados por órgãos públicos e instituições governamentais, e c) utilizados comercialmente.⁸

Vale ressaltar alguns pontos importantes, sobre o modo de operação do *backbone*, no que se refere a sua prestação de serviço, ou seja, o *backbone* oferece seus serviços aos provedores de acesso e de hospedagem que transmitem por meio de revenda essa conectividade a terceiros que são os consumidores finais ou também denominados de destinatários finais.

Nesta toada, é importante mencionar que o usuário final que faz seu acesso à Internet por intermédio do provedor de acesso, ou de hospedagem não tem uma relação jurídica constituída direta com o provedor de *backbone*.

Provedores de Acesso

O provedor de acesso tem como função oferecer a possibilidade do usuário comum acessar a Internet utilizando a rede, por seu intermédio, em virtude de possuir custos menores de estabelecimento e manutenção, ao invés de uma conexão direta à internet que demanda de custos elevados.

Segundo o professor Marcel Leonardi:

O Provedor de acesso é a pessoa jurídica fornecedora de serviços que possibilitem o acesso de seus consumidores à Internet. Normalmente,

dorsal à qual se conectarão, assim como será de livre escolha do usuário final o provedor de acesso ou de informações através do qual ele terá acesso à Internet.

⁶ Academic Network at São Paulo. Disponível em www.ansp.br <<http://www.ansp.br>>. Acesso em 03.nov.2018. ⁷ Rede Nacional de Pesquisa. Disponível em www.rnp.br <<http://www.rnp.br>>. Acesso em 11.nov.2018 ⁸LEONARDI, Marcel. Op.cit., p. 22.

essas empresas dispõem de uma conexão a um *backbone* ou operam sua própria infra-estrutura para conexão direta.⁷

Destaca-se, a definição dada pela Rede Nacional de Pesquisa do provedor de acesso como:

(...) aquele que se conecta a um provedor de *backbone* através de uma linha de boa qualidade e revende conectividade na sua área de atuação a outros provedores (usualmente menores), instituições e especialmente a usuários individuais, através de linhas dedicadas ou mesmo através de linhas telefônicas discadas.⁸

(...) o provedor de acesso é, portanto um varejista de conectividade à internet, e como todo varejista pode operar em diversas escalas, desde um nível mínimo (ex.: uma máquina e umas poucas linhas telefônicas para acesso discado) até um nível de ampla atuação em uma região, aproximando-se da escala de atuação de provedores de *backbone*.¹¹

Sendo assim, os provedores de acesso podem estabelecer o valor do serviço prestado para o consumidor final, pois visa assegurar que um grande de número de pessoas tenham acesso a rede, de maneira que cabe ao Governo fiscalizar qualquer possibilidade de formação de cartéis dos provedores de acesso na intermediação ao acesso à internet.

Ressalta-se que os provedores de acesso possuem registro ou histórico dos dados pessoais dos individuais dos usuários para o processamento do serviço prestado, como pontua o artigo 10 da lei 12.965/2014.

Nessa dinâmica, é evidente que no momento que o usuário faz utilização do serviço deposita parte de seus dados pessoais para uso e ingresso na rede.

Desta forma, cabe ao usuário final escolher, em virtude do princípio da livre contratação e concorrência, princípios constitucionalmente salvaguardados, qual provedor de acesso quer utilizar, de acordo com a sua necessidade, pelas características do serviço prestado e pela política de preços utilizada pelo provedor de acesso. Segundo a Nota Conjunta de 1995 “os preços relativos ao

⁷ LEONARDI, Marcel. Op. cit., p. 23.

⁸ Guia do usuário Internet/Brasil, versão 2.0, abril de 1996, documento n. RNP/RPU/0013D, pp. 7-8. ¹¹ Idem, Ibidem.

uso dos serviços Internet serão fixados pelo provedor, de acordo com as características dos serviços por ele oferecidos”.⁹

É importante dizer que o provedor de acesso tem a função específica de possibilitar a conexão do usuário à Internet, ou seja, não é necessário que este provedor ofereça serviços adicionais como, por exemplo, correio eletrônico, hospedagem ou locação de espaço em disco rígido. Segundo Marcel Leonardi “basta que possibilite a conexão dos computadores de seus clientes à Internet”.¹³

Existem duas modalidades de provedor de acesso, o comercial que mediante remuneração direta paga pelo consumidor final, usufrui do serviço prestado de forma onerosa e, o modo gratuito, oferecido para o usuário final, que por meio de remuneração indireta paga pelos anunciantes e pelas companhias telefônicas.

Assim, configura-se relação jurídica entre consumidor final e provedor de acesso, como uma relação de consumo, pois o provedor de acesso se enquadra na categoria de fornecedor, dessa forma, os contratos são firmados por meio de contrato de adesão, pelo qual o usuário final não pode optar por modificações ou alterações de quaisquer cláusulas contratuais, em virtude da natureza do contrato, desta forma, o consumidor apenas pode optar pelas modalidades do serviço prestado.

Por derradeiro, em virtude de a relação jurídica ser uma relação de consumo, o consumidor final, independente do provedor de acesso ser comercial ou gratuito, tem o respaldo do Código de Defesa do Consumidor que protege essa relação jurídica contratual, entre fornecedor de serviço e usuário final.

Provedores de Correio Eletrônico

No que concerne ao provedor de correio eletrônico, é importante fazer a distinção entre este provedor e o provedor de acesso, pois oferecem serviços distintos entre si, além do que, várias empresas apenas oferecem especificamente o serviço de correio eletrônico.

Entretanto, vale mencionar, que os provedores de acesso podem de forma acessória oferecer o serviço de correio eletrônico caso o consumidor solicite.

O funcionamento do provedor de correio eletrônico ocorre da seguinte maneira, necessita da existência do acesso prévio a Internet, dessa forma, é fornecido ao

⁹ Nota cit., item 6.1- Os preços relativos ao uso dos serviços Internet serão fixados pelo provedor, de acordo com as características dos serviços por ele oferecidos. ¹³ LEONARDI, Marcel. Op. cit., p. 24.

usuário um nome (*login*) e uma senha para que possa ser acessado o sistema que possibilita o envio e recebimento de mensagens.

Complementa Marcel Leonardi:

Além disto, disponibiliza, também, espaço limitado em disco rígido em um servidor remoto para o armazenamento de tais mensagens. O usuário, quando desejar, pode optar por descarregar as mensagens em seu próprio computador, removendo-as ou não do servidor, ou simplesmente acessá-las diretamente no servidor sem descarregá-las, através da *world wide web*, utilizando para tanto, em qualquer caso, o nome e senha exclusivos fornecidos pelo provedor.¹⁰

Ressalta-se, a correspondência eletrônica pode ser equiparada a convencional, como aduz Luciana Antonini Ribeiro “havendo norma constitucional clara resguardando a inviolabilidade do sigilo de correspondência, tem-se que as mensagens enviadas por intermédio do correio eletrônico (*e-mail*) estariam protegidas pelo princípio constitucional”¹¹, preceito constitucional pautado no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal.

Cumprе salientar que o provedor de correio eletrônico tem liberdade para definir o preço do serviço que irá prestar, de acordo com a necessidade do consumidor em questão, entretanto pode estabelecer certas restrições na utilização do sistema.

Em razão de uma possível conduta ilícita por parte do usuário, tanto no uso específico do correio eletrônico, como por exemplo, envio em massa de correspondência eletrônica, quanto na prática de uma ilicitude com consequências mais graves, como por exemplo, utilizar o correio eletrônico para disseminar vírus.

O provedor de correio eletrônico pode ser comercial ou gratuito, sendo o primeiro mediante remuneração direta, paga pelo consumidor, ou seja, de forma onerosa, que se torna variável de acordo com o espaço total disponibilizado, bem como se houver a utilização de serviços adicionais como filtros, serviços como antivírus e bloqueadores de *spam*, ou seja, mensagens que são consideradas lixo eletrônico.

¹⁰ LEONARDI, Marcel. Op. cit., p. 26.

¹¹ RIBEIRO, Luciana Antonini. A privacidade e os arquivos de consumo na Internet – uma primeira reflexão, in Revista de Direito do Consumidor, n.41, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 160.

O provedor de correio eletrônico com o serviço aparentemente gratuito ocorre por meio de remuneração indireta, por meio de anúncios inseridos no início ou no final da página de e-mail ou por meio de envio de propagandas ao correio eletrônico entre outras modalidades.

A relação jurídica que se concretiza entre usuário e o provedor de correio eletrônico é uma relação de consumo, pois o usuário que utiliza tal produto se enquadra na posição de consumidor final, enquanto que o provedor que oferece tais serviços se enquadra na posição de fornecedor de serviços.

Sendo assim, o contrato celebrado entre as partes é um contrato de adesão, ou seja, o usuário não pode modificar ou discutir sobre quaisquer cláusulas do contrato, apenas tendo a possibilidade de escolher a forma de serviço prestado pelo provedor ou fornecedor de serviço.

Provedor de Hospedagem

O provedor de hospedagem possui duas funções de suma importância, sendo estes serviços distintos entre si, o primeiro se refere no armazenamento de arquivos em um servidor e o segundo possibilita o acesso a esses arquivos mencionados de acordo com as condições estipuladas pelo provedor de conteúdo, ou seja, pode permitir o acesso a quaisquer pessoas ou apenas a usuários específicos ou determinados.

Conceitua o autor Marcel Leonardi:

Provedor de hospedagem é a pessoa jurídica que fornece o serviço de armazenamento de dados em servidores próprios de acesso remoto, possibilitando o acesso de terceiros a esses dados, de acordo com as condições estabelecidas com o contratante do serviço.¹²

Dessa forma, o provedor de hospedagem utiliza duas maneiras de oferecer seus serviços, a primeira de forma onerosa, mediante remuneração direta, paga pelo consumidor final, vale mencionar, que haverá variação quanto ao valor da remuneração de acordo com o volume mensal pelo tráfego de dados utilizados, pelo espaço disponibilizado e utilizado pelo usuário no armazenamento de informações, e por fim, se houver algum outro serviço adicional.

A segunda forma ocorre de modo aparentemente gratuito, mediante remuneração indireta, por meio de anúncios tanto do provedor quanto de

¹² LEONARDI, Marcel. Op. cit., p. 27.

terceiros inseridos em todas as páginas criadas por eles, sendo encontrado sob a forma de *banners*¹³ ou de janelas *pop-up*¹⁴ para a divulgação de seus serviços ou por meio do envio de propaganda pelo correio eletrônico.

É importante dizer que o provedor de hospedagem não tem controle sobre o conteúdo armazenado nos seus servidores, pois de acordo com o entendimento Erica Brandini Barbagalo “o provedor de serviços de hospedagem não interfere no conteúdo dos sites, pois para tanto dá ao proprietário de cada site que hospeda acesso à sua página para criá-la, modificá-la ou extingui-la”.¹⁵

Por fim, no que concerne à relação jurídica existente, o provedor de conteúdo é o destinatário final dos serviços prestados pelo provedor de hospedagem, vale ressaltar, que o contrato celebrado entre provedor de conteúdo e provedor de hospedagem é um contrato de adesão, que não permite que o consumidor modifique ou discuta quaisquer cláusulas, apenas podendo escolher entre as opções oferecidas pelo fornecedor.

Provedores de Conteúdo

Para conceituar o provedor de conteúdo se fará a distinção entre provedor de informação e provedor de conteúdo, pois muitas vezes são empregadas como sinônimos, sendo que não há tal equivalência entre os dois provedores por possuírem funções distintas.

Marcel Leonardi alude tal distinção:

O provedor de informação é toda pessoa natural ou jurídica responsável pela criação das informações divulgadas através da Internet. É o efetivo autor da informação disponibilizada por um provedor de conteúdo.¹⁶

O provedor de conteúdo é toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na Internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando para armazená-las servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem.²¹

¹³ Banners são anúncios inseridos em páginas de web sites, usualmente em locais de alta visibilidade, sendo quase impossível ao usuário não notá-los ao acessar a página que deseja.

¹⁴ Uma janela pop-up é normalmente pequena e sobrepõe-se à página visitada, como forma de chamar a atenção do usuário para o conteúdo.

¹⁵ Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços da Internet, in Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet, coordenado por Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 347.

¹⁶ LEONARDI, Marcel. Op.cit., p. 30. ²¹ Idem, Ibidem

Dessa forma, como os provedores de conteúdo disponibilizam na Internet as informações criadas, possui controle editorial prévio das informações que posteriormente serão divulgadas, tendo a possibilidade de escolher o teor da respectiva informação que será apresentada para o usuário, antes de permitir o livre acesso ou de veicular tais informações.

Ressalta-se, que em determinadas situações o provedor de conteúdo pode ou não ser o próprio provedor de informação, pois em virtude de certas circunstâncias pode ou não ser o autor ou criador da informação que disponibiliza.

Nesta toada, vale citar que a relação de consumo só se configura se o provedor de conteúdo comercializar determinadas informações, mediante remuneração, ou seja, de forma onerosa, vinculando o acesso ao pagamento de uma assinatura mensal ou quantia periódica, disponibilizando uma senha e um nome (*login*) para o usuário.

Dessa forma, o autor mencionado acima explana:

O mero acesso a uma página ou web site disponibilizado livremente na Internet não caracteriza nenhuma relação de consumo, não se podendo considerar, em tal hipótese, o provedor de conteúdo como fornecedor e o usuário como consumidor, o qual é livre para buscar as informações que desejar, em qualquer dos inúmeros provedores de conteúdo que as oferecem.¹⁷

Em certas circunstâncias, as duas hipóteses supracitadas podem ocorrer, o provedor de conteúdo em relação a certas páginas do seu *web site*, permite o acesso livre e gratuito, entretanto em relação a determinados conteúdos, certas páginas do seu *web site* só podem ser acessadas, mediante remuneração, com o uso de nome (*login*) e senha.

Isto posto, as páginas que possuem acesso irrestrito para o usuário não caracterizam relação de consumo entre o provedor de conteúdo e o usuário, mas no caso da hipótese que necessita de remuneração para o acesso de determinado conteúdo ou página, tendo em vista a cobrança, se constitui uma relação de consumo entre fornecedor e destinatário final.

¹⁷ LEONARDI, Marcel Op.cit., p. 31.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE ACESSO SOB ÓTICA DO MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI N. 12.965/2014) E DA LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI N. 13.709/2018)

Conceito

No que concerne à Responsabilidade Civil dos provedores de acesso, inicialmente, se faz necessário analisar a natureza da atividade do serviço prestado pelo provedor e as cláusulas contratuais que foram estabelecidas entre as partes, ou seja, com o respectivo fornecedor dos serviços.

Vale frisar, que em vários casos um provedor de serviço de Internet pode fornecer serviços variados, como por exemplo, serviço de acesso, de correio eletrônico, de hospedagem e de conteúdo, como já classificado.

Dessa forma, sua responsabilidade será proporcional ao conhecimento que possui sobre aqueles determinados serviços que estão sendo oferecidos a um determinado usuário, e ainda, em razão de uma possível má prestação de serviço será responsabilizado por cada serviço que der causa individualmente.

Como é cediço o provedor de acesso ou também denominado de serviço de internet (*Internet Service Provider – ISP*) oferece o acesso à internet para o usuário por meio de serviço contínuo para conexão na rede.

No Brasil, a Lei 12.965/2014, Marco Civil da Internet, trata da proteção dos usuários, empresas e governo na rede de computadores.¹⁸

Ou seja, a proteção ao usuário também se desdobra no que concerne aos seus dados pessoais, que apesar de imateriais, possuem grande valoração na sociedade da informação.

Cumpramos enfatizar que com a promulgação da Lei 12.965/2014 o Marco Civil da Internet, estabeleceu em seu artigo 5º a distinção entre os provedores ou do serviço por ele prestado.

¹⁸ WANDERLEY, Ana Elizabeth Lapa; LEITE, Beatriz Salles Ferreira; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Sistemas de responsabilidade civil dos provedores de aplicações da internet por ato de terceiros: Brasil, União Europeia e Estados Unidos da América. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 2, p. 506-531, ago. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/28622>>. Acesso em: 15 nov. 2018. doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369428622>.

Isto posto no artigo 5º, inciso VII, quanto ao escopo das aplicações da internet a interpretação acarretaria uma amplitude em seu conteúdo, inclusive, consoante entendimento de Victor A. Haikal “ se enquadrariam: portais de conteúdo, plataformas de mídias sociais, microblogs, comunicadores instantâneos, e-mails, blogs, sites de comércio eletrônico, serviços de internet banking etc.”

Observa-se que tais itens elencados acima possuem “interconexão” com dados pessoais dos usuários que utilizam a rede, por meio de *login*, cadastros, assinaturas, contas *on line* e etc., ou seja, estão intrinsecamente relacionados.

Em contrapartida aos preceitos elencados no artigo 5º do Marco Civil da Internet, cumpre realizar interpretação sistemática normatizava, observando-se preceitos entabulados na Lei do Marco Civil da Internet, bem como Lei de Proteção de Dados, Constituição Federal e Código de Defesa do Consumidor.

Nessa linha de raciocínio se manifesta o autor Claudio Luiz Bueno de Godoy, *in verbis*:

(...) portanto, do confronto entre o tratamento da matéria da responsabilidade dos provedores, antes e depois do chamado Marco Civil da internet, a pretexto de assegurar a neutralidade da rede e a livre difusão de ideias e opiniões no âmbito virtual, assim a própria liberdade de expressão, a rigor criou-se um sistema, na matéria específica objeto de estudo, de inédita e singular proteção das empresas provedoras.¹⁹

O mesmo autor complementa:

(...) E o que, ademais, acaba por vulnerar outra exigência de índole constitucional. Tem –se agora o imperativo, contido no artigo 5º, inciso XXXII, da CF/88, de defesa do consumidor – inclusive, como se viu, levado ao próprio artigo 2º da Lei do Marco Civil. De toda sorte, neste exato sentido se editou a Lei 8.078/90, por isso chamada de Código de Defesa ou de Proteção ao Consumidor, lei tão especial, já se acrescenta, quanto a do Marco Civil, ainda que do ponto vista subjetivo, justamente porque, por comando constitucional, tutela especialmente o consumidor, realizando valor constitucional básico de segurança do vulnerável, razão, ademais, a que a esta normatização consumerista se reconheça uma real vocação expansiva, e assim, de inviável superação pela Lei 12.965, posto que posterior. Insistase, trata-

¹⁹ LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito & Internet III: Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965/2014. Tomo II. Autor Claudio Luiz Bueno de Godoy. Uma análise crítica da responsabilidade civil dos provedores na lei n. 12.965/2014. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2015. pags. 312-313.

se, de mais efetivamente proteger a situação do vulnerável, no caso consumidor terceiro-vítima.²⁰

Nessa linha, o Código de Defesa do Consumidor acolheu como aplicação a responsabilidade objetiva para os fornecedores de serviços, “responsabilidade esta que decorre de três elementos: defeito do serviço, dano experimentado pelo consumidor, e relação de causalidade entre o defeito e o dano”.²¹

Dispõe o Artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 14. “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição ou riscos”.

O parágrafo 1º do artigo 14 elucida o que representa serviço defeituoso, *in verbis*:

§1º “O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais”:

I – o modo de seu fornecimento;

II- o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III- a época em que foi fornecido.

Explana Marcel Leonardi:

Note-se que o rol de “circunstâncias relevantes” é meramente exemplificativo, variando de acordo com a natureza do serviço prestado. Vale dizer, se o serviço é fornecido de modo inadequado, apresenta resultados manifestamente insatisfatórios, oferece riscos superiores ao permitido ou é obsoleto em relação à época em que é fornecido, será considerado defeituoso, sem prejuízo de outros critérios complementares poderem ser adotados pela jurisprudência.²²

Entretanto, o parágrafo 2º menciona que o fornecedor de serviços não pode ser responsabilizado pelo desenvolvimento de novas técnicas, ou seja, pelo aprimoramento de sua tecnologia, pois no momento da contratação o serviço proporcionado se adequava aos fins necessários para que se destinava, como

²⁰ LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito & Internet III: Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965/2014. Tomo II. Autor Claudio Luiz Bueno de Godoy. Uma análise crítica da responsabilidade civil dos provedores na lei n. 12.965/2014. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2015. pags. 316-317.

²¹ LEONARDI, Marcel. Op. cit., p. 99.

²² LEONARDI, Marcel. Op. cit., p. 100.

preleciona o parágrafo segundo do artigo 14 do CDC, “Art. 14. § 2º. O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas”.

Em contrapartida cumpre colacionar o entendimento do autor Guilherme Magalhães Martins que aduz sobre o dinamismo dessa nova realidade virtual:

[...] a natureza transnacional da Internet, propiciando-lhe rápida transmissão de um grande volume de informações, inclusive simultaneamente, para vários destinos, na superação de conceito de fronteiras nacionais, bem como da ideia de tempo diferido, substituída pela noção de tempo real, agrava o problema de prevenção e reparação dos danos causados ao consumidor²³

No que concerne aos provedores de acesso a Lei 12.965/2014 salvaguarda direitos aos usuários da rede no que tange ao seu acesso, como um exercício da cidadania, em seu Art. 7º, incisos IV, V, VI, VII, XI, *in verbis*:

Art. 7º-O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

- IV - **não suspensão da conexão à internet**, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;
- V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;
- VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, **com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade**; VII - **não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet**, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;
- XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet; **(g.n.)**

Cumpra salientar que o artigo 10 da lei 12.965/2014 salvaguarda a proteção dos dados pessoais dos usuários pelo registro de conexão ou acesso realizado, *in verbis*:

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à

²³ MARTINS, Guilherme Magalhães. Op. cit., p. 472.

preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no **caput**, de forma autônoma **ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal**, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art.

7º.

(...)

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros. (g.n.)

Desta forma, além da responsabilidade pela prestação dos serviços os provedores de serviços de acesso também são responsáveis pela guarda e proteção dos dados pessoais dos usuários, sob pena de ser responsabilizados pelo vazamento dos dados, inclusive como preleciona o artigo 42 da Lei 13.709/2018, *in verbis*:

Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo. (g.n.)

Isto posto, o artigo 2º da Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) preleciona seus fundamentos:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

- I. **o respeito à privacidade;**
- II. a autodeterminação informativa;
- III. a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
- IV. **o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;**
- V. a livre iniciativa, a livre concorrência e **a defesa do consumidor;** e

Nessa linha, os provedores de acesso ou também denominado de provedor de serviço de internet (*Internet Service Provider – ISP*) que intermediam o acesso à internet para o usuário possuem responsabilidade mais específica e aprofundada, em virtude do serviço que oferecem e prestam ao consumidor.

Evidente que os provedores devem promover além da prestação de serviço contratado, a proteção dos dados que decorrem da interação do usuário com a rede, em razão da conexão, o que abarca a proteção de seus dados pessoais, senão a prestação será defeituosa.

Posto isto, aduz Marcel Leonardi:

(...) com relação aos provedores de serviços de Internet, que celebram com seus usuários contratos de prestação *continuada* de serviços e, como já visto, têm o dever de utilizar tecnologias apropriadas ao momento da *utilização* dos serviços (e não ao momento de sua contratação), atualizando seus equipamentos informáticos e programas de computador conforme seja necessário, tendo em vista a rápida evolução da tecnologia nesse campo.

Em outras palavras, interessa considerar se, à época da execução dos serviços, o provedor utilizava equipamentos atualizados e compatíveis com o estado da técnica daquele determinado momento. Em caso negativo, o serviço será considerado defeituoso.²⁸

Nessa linha, aduz Antonio Lago Junior:

(...) a invasão como causa excludente da responsabilidade do provedor [...] ou do proprietário do site, devendo, assim, a responsabilidade pela reparação dos danos recair sobre o invasor, se puder ser encontrado. Bastante que para isso o provedor de acesso ou de conteúdo prove que o dano não decorreria de qualquer conduta sua, que diligenciara para propiciar ao consumidor a tecnologia de segurança mais avançada e dos recursos disponíveis, à época, para impedir a invasão.²⁴

Vale mencionar, que o artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor veda cláusulas contratuais que, “de qualquer modo, impossibilitem, exonerem ou atenuem a obrigação do fornecedor de reparar os danos causados pelos serviços oferecidos, nos seguintes termos:”³⁰

Além do que, respondem solidariamente pelos danos que decorrerem da má prestação de serviço, todos os agentes que deram causa, incluindo os

²⁴ LAGO JÚNIOR, Antonio. Responsabilidade civil por atos ilícitos na Internet. São Paulo: LTr, 2001, p. 94. ³⁰ LEONARDI, Marcel. Op.cit., p. 102.

“fornecedores de componentes incorporados ao produto ou serviço, além do próprio prestador de serviços que os incorporou:”²⁵

Corroborando o entendimento acima o parágrafo primeiro do Art.25 do CDC preleciona, “Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas Seções anteriores”.

Diante do artigo 25 §2º do Código de Defesa do Consumidor, explana Marcel Leonardi:

Isto adquire particular importância com relação aos provedores de serviços de Internet, que incorporam a seus serviços diversos componentes fornecidos por terceiros (tais como estrutura de outros provedores, equipamentos informáticos e programas de computador, entre outros), e, desta forma, respondem pelos danos causados aos usuários em razão de tal incorporação, como mencionado no §2º do artigo citado.³²

Assim, infere-se que são consideradas abusivas todas aquelas cláusulas que visam impedir, limitar, impossibilitar e obstar o direito do usuário de fruir da conexão a rede, como menciona os incisos I e III do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Conclui-se que a responsabilidade dos provedores de acesso, como regra geral, decorre de forma objetiva, de acordo com os preceitos utilizados no Código de Defesa do Consumidor, observando-se a natureza do serviço prestado, as cláusulas contratuais estipuladas entre as partes e os três elementos essenciais para aplicação da Responsabilidade Civil, neste caso, quais sejam; defeito de serviço, dano experimentado pelo usuário e a relação de causalidade entre o defeito e o dano.

DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NEUTRALIDADE DA REDE E SEUS DESAFIOS

Como é cediço o princípio a neutralidade da rede possui o escopo de regulamentar o tráfego de dados digitais no âmbito virtual provendo o dinamismo e fornecimento igualitário dos dados para os usuários da internet, ou seja, a liberdade de envio e recebimento dos pacotes de dados.

²⁵ LEONARDI, Marcel. Op. cit., p. 102. ³² Idem. Ibidem.

Nessa linha, cumpre colacionar o entendimento do Tim Wu percussor da conceituação do referido termo “neutralidade da rede é um princípio muito simples, que sugere que você tem o direito de acessar a informação que quiser, é sobre a liberdade das pessoas de se comunicarem”²⁶ e complementa, “ princípio pelo qual a rede pública de utilidade máxima busca tratar todos os conteúdos, site e plataformas da mesma maneira”²⁷.

Isto posto, complementa a explanação o autor Victor Auilo Haikal que preleciona “o conceito de internet trazido pela Lei do Marco Civil é bastante parecido com o americano, administrado pela ICANN; todavia, não tem um dono específico, pois a rede é pública”²⁸, ou seja, possui a finalidade de acessibilidade para todos, por se tratar de rede pública.

Cumpre ressaltar que o artigo 3º entabula princípios essenciais a ser respeitados como, por exemplo, liberdade de acesso, proteção a privacidade, proteção aos dados pessoais, preservação e garantia da neutralidade da rede.

Paralelamente o Marco Civil da Internet explicita em seu artigo 3º os princípios basilares e essenciais para uso da rede, inclusive, enfatizando a neutralidade da rede em seu inciso IV, como segue, *in verbis*:

Art. 3º-A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

- I. garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II. **proteção da privacidade;**
- II. **proteção dos dados pessoais, na forma da lei;**
- III. preservação e garantia da neutralidade de rede;
- IV. preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;
- V. responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;
- VI. preservação da natureza participativa da rede;

²⁶ Disponível em <https://oglobo.globo.com/economia/tim-wu-pai-do-conceito-de-neutralidade-de-rede-apoia-marco-civil-da-internet-no-brasil-8695505>. 02.nov.2018

²⁷ WU, Tim. Network Neutrality, Broadband Discrimination. In: **Journal of Telecommunications and High Technology Law**, vol. 2, p. 141, 2013. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863> Acesso em: 02 nov. 2018.

²⁸ HAIKAL, Victor Auilo. Da significação Jurídica dos Conceitos integrantes do art 5º. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 318. 2014.

- VII. liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.
- VIII. Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (g.n.)

Ressalta-se que o dispositivo do parágrafo único sistematiza um conjunto de princípios e normas do ordenamento jurídico pátrio como um todo em sua interpretação, com a finalidade de resguardar diversas temáticas relacionadas ao direito, como por exemplo, a Constituição Federal, Tratados Internacionais, Código de Defesa do Consumidor, Código Civil, entre outros, e não apenas restringir a um determinado tema no âmbito da internet.

Dessa forma, a proteção de princípios como a Neutralidade da Rede e a renovação de preceitos existentes na Constituição Federal tornam-se cada vez mais relevantes e atuais.²⁹

Infere-se que o princípio da neutralidade da rede também normatiza a utilização, envio, recepção e transmissão dos dados cibernéticos para os usuários da rede, da tal maneira que os provedores de serviços de internet devem observar o preceito da neutralidade rede disponibilizando aos usuários acesso igualitários aos conteúdos, quais sejam, serviços de e-mails, vídeos, redes sociais, plataformas de *torrents*, *downloads*, *uploads* entre outros.

É evidente que os dados pessoais estão intrinsecamente correlacionados a normatização aplicada pela neutralidade da rede, pois em cada histórico deixado pelo usuários na rede, a resquírios de seus dados pessoais.

Posto isto, caso os provedores de serviços de acesso violem o princípio da neutralidade da rede restringindo o acesso, bloqueando conteúdos, e por conseguinte, tolhendo o direito dos usuários na *web* ou até mesmo divulgando dados pessoais dos usuários, estes serão responsabilizados pelos seus atos corroborando a temática esmiuçada acima sobre a incidência da responsabilidade civil dos provedores, sendo mais um mecanismo para disciplinar os atos dos provedores no ciberespaço.

Ressalta o autor Irineu Barreto Junior:

²⁹ SALOMÃO LEITE, George; LEMOS Ronaldo (coords). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11

Marco Civil reafirma o alinhamento transnacional brasileiro com os direitos humanos e alude à dicotomia entre direitos fundamentais e absolutos, ao assegurar a liberdade de expressão, parametrizada pela proteção da privacidade e dos dados pessoais dos usuários da rede. Faz-se importante tratar dessa dualidade, inerente à sobreposição histórica entre direitos fundamentais e à potencial elevação dessa dicotomia, provocada pela sociedade em rede que, conforme assinalado anteriormente neste capítulo, pode ser caracterizada como o paradigma atual do desenvolvimento do capitalismo, que supera os antagonismos entre sociedade, economia, cultura e comunicação informática e configura um novo estágio de desenvolvimento do sistema econômico.³⁰ (g.n.)

Cumpra consignar que o artigo 9º do Marco Civil considerado um dos artigos de relevante importância relacionada a neutralidade da rede norteia a temática nos seguintes termos:

Art. 9º-O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação. § 1º—A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no [inciso IV do art. 84 da Constituição Federal](#), para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de:

- I. requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e
- II. priorização de serviços de emergência.
§ 2º Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no-§ 1º, o responsável mencionado no **caput** deve:
 - I. abster-se de causar dano aos usuários, na [forma do art. 927 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil](#);
 - II. agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;

³⁰ BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **Proteção da Privacidade e de Dados Pessoais na Internet: O Marco Civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zygmunt Bauman e Manuel Castells.** In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; DE LIMA, Cintia Rosa Pereira. (Org.). **Direito & Internet III: Marco Civil da Internet.** São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. 2, p. 112.

- III. informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede; e
- IV. oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.

§ 3º Na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo. (g.n.)

É incontestado que os preceitos normativos adotados atualmente foram antecedidos pela análise das temáticas tecnológicas e jurídicas em conjunto, ou seja, de forma sistematizada para que se pudesse construir estruturas normativas compatíveis para posterior aplicação, assim como legislações internacionais como dos Estados Unidos e da União Europeia.

Caso ocorra a quebra da neutralidade por situação desconhecidas (emergenciais) deverá a empresa responsável em prol de seus usuários (consumidores) utilizar-se dos princípios da proporcionalidade, transparência, paridade, uniformidade, tecnologias de segurança, para o regular fornecimento igualitário do tráfego dos pacotes de dados, sem tolher o direito dos usuários.

Em contrapartida caso a conduta seja por meio de restrição ou vazamento de dados doloso por parte da empresa responsável esta será responsabilizada civilmente pelos seus atos, diante das violações perpetradas em face de seus usuários, como já mencionado anteriormente.

Cumprido salientar que o Marco Civil da Internet estruturou a neutralidade da rede sob a ótica de um regime não absolutista, ou seja, da neutralidade absoluta, sendo vedado o acesso livre a conteúdos ilícitos ou proibidos por lei.

Assim, enfatiza Marcelo Thompson:

As configurações da internet são plásticas, maleáveis. Não comportam, portanto, somente o grito libertário que não conhece limites. Não demandam a neutralização de tudo que se ponha no caminho de usuários de liberdade infinita. A internet será a imagem precisa das sociedades que quisermos ser. Remove, sim, ditadores, e deve fazê-lo.

Mas não pode, no caminho da democracia, extinguir-lhe a razão de ser — o igual valor,³ a dignidade de cada um dos integrantes do povo.¹

Ademais, é cediço que com o aumento dos provedores de serviço de internet que promovem o acesso dos usuários de forma mais facilitada e rápida, se observa um barateamento ao acesso de navegação na *web* como um todo, bem como uma simplificação na obtenção dos dados pessoais dos usuários que compartilham com facilidade suas informações na rede, tendo em vista a quantidade de infraestrutura implantada para que maioria em sociedade possa realizar tal acesso.

Tal fenômeno é notado principalmente pelo crescente uso de internet móvel para acesso via 3G, 4G e 5G por meio de *smatphones*, *iphones*, *tablets*, *ipads* e *kindles*, ou seja, nota-se que esses meios facilitados também promovem aos provedores facilidade na obtenção dos dados pessoais dos usuários.

É importante observar até que ponto os provedores atuais restringem ou não o acesso ao usuário em contrapartida ao barateamento praticado no mercado ou qual o nível de proteção e tratamento dos dados pessoais, levando em conta o barateamento da prestação do serviço, bem como quais seriam os meios jurídicos para o monitoramento e métodos sancionatórios aplicáveis em caso de descumprimento dos preceitos entabulados no Marco Civil da Internet, Lei de Proteção de dados, Código de Defesa do Consumidor e Constituição Federal, acarretando, por conseguinte, a Responsabilidade Civil pelo seu ato ou conduta.

Nessa linha, aduz Liliana Minardi Paesani:

O sistema de informação tornou-se articulado e complexo e tem conquistado um espaço sempre crescente na sociedade e o reconhecimento constitucional nas legislações dos maiores países do mundo. A amplitude da manifestação do pensamento encontra reforço e limites – e não poderia ser de outra forma – em numerosas normas constitucionais.²

Com efeito, é inconteste que se a restrição ocorrer, sendo os usuários/consumidores tolhidos de seu poder de escolha dentro do sistema de navegação da *web*, assim como perderem a liberdade de possuir um acesso

¹ THOMPSON, Marcelo. Marco civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade e as fendas na Internet do Brasil, RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 261, p. 203-251, set./dez. 2012, p. 206.

² PAESANI, Liliana Minardi. Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.6.

igualitário no ciberespaço ou não ter uma proteção ou tratamento seguro de seus dados pessoais, estando a mercê do que o provedor de acesso oferecer, tal conduta acarreta responsabilização.

Motivo pelo qual a política de propagação pela “*best efforts*”, ou seja, método de tráfego dos dados em rede dentro das complexas autoestradas da informação que promovem o deslocamento e entrega de pacotes de dados aos usuários e destinatários, seriam evidentemente prejudicadas, inclusive, até pelo tratamento que se daria a esses dados diante do enorme fluxo existente.

Por outro lado, há o entendimento de que “essa política de “*best efforts*” já não seriam suficientes para gerenciar o atual fluxo de dados e o congestionamento da rede.”, ainda que fossem regularmente utilizadas.

Nota-se que diante da amplitude e abertura do acesso a todos acarreta o fenômeno de “*network congestion*” quanto ao tráfego e fluxo de dados na rede.

Por fim, é inegável que diversos desafios insurgem na sociedade da informação, principalmente no que concerne a normatização dos provedores de acesso no Brasil, no que tange as suas condutas na prestação dos serviços aos usuários e no tratamento dos dados, e em paralelo quanto a observância do princípio basilar da neutralidade da rede.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inconteste que a sociedade de informação originou uma nova estrutura social mundial, originando uma sociedade essencialmente digital e informacional, calcada em bens imateriais e com tecnologias de cunho intelectual.

Tal evolução acarretou significativas transformações socioeconômicas, políticas, culturais, científicas, comerciais, profissionais, entre outras, de maneira que paradigmas surgiram e consubstanciaram uma nova realidade.

Ressalta-se que no respectivo artigo se buscou analisar o instituto da Responsabilidade Civil e sua aplicação na Internet quanto aos serviços prestados pelos provedores de serviços de internet, mais especificamente com o provedor de acesso, demonstrando em quais situações e conflitos se aplica a Responsabilidade Civil, mesmo se tratando de um tema que gera grandes discussões jurídicas, quanto normativas e doutrinárias, o intuito foi refletir e analisar as implicações que interligam a Internet e o instituto da Responsabilidade Civil.

Com efeito, os provedores de acesso merecem detida e imediata atenção, pois fornecem serviços aos usuários intrinsecamente relacionados ao acesso, funcionamento da Internet e troca e armazenamento de dados, bem como registro e armazenamento de dados pessoais dos usuários, o que acarreta a “interconexão” entre, usuário, rede e os provedores de acesso, e, conseqüentemente, os provedores não ficam isentos de uma possível responsabilização na esfera cível observado o caso concreto.

Apesar da criação da Lei do Marco Civil da Internet (lei 12.965/2014) que salvaguarda alguns direitos basilares dos usuários, é importante asseverar que para a aplicação do instituto da Responsabilidade Civil de forma efetiva, deve ser utilizada interpretação sistemática normativa, observando, ainda, a Lei de Proteção de Dados, Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor, visando à prestação jurisdicional de forma justa e equânime.

Atrelado à temática incide a importância da análise do princípio da neutralidade da rede, principalmente, no que concerne ao serviço prestado pelo provedor de acesso que possibilita a conexão do usuário a rede por meio de sua prestação de serviço.

Desta forma, o princípio da neutralidade da rede promove e normatiza a utilização, envio, recepção e transmissão dos dados cibernéticos para os usuários da rede, bem como armazenam e registram dados pessoais dos usuários que realizam o acesso a rede, de tal maneira que os provedores de acesso também devem observar o preceito da neutralidade rede disponibilizando aos usuários acesso igualitários aos conteúdos e a proteção a esses dados, como por exemplo, serviços de e-mails, vídeos, redes sociais, plataformas de *torrents*, *downloads*, *uploads* entre outros.

Concluí-se que a finalidade almejada por meio da interpretação sistemática é que os institutos sejam utilizados em prol da normatização dos provedores de acesso com o intuito de proporcionar aos usuários a utilização justa pelo serviço contratado, sem qualquer óbice ou impedimento, sob pena de incidir responsabilização do provedor em virtude de sua conduta no âmbito digital.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Legislação. Lei 12.965/2014. Marco Civil da Internet. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm. Acesso em 02.nov.2018.

BRASIL. Legislação. Lei 13.709/2018. Proteção de Dados Pessoais. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm.

Acesso em 19.11.2018

HAIKAL, Victor Auilo. **Da significação Jurídica dos Conceitos integrantes do art 5º**. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LAGO JÚNIOR, Antonio. **Responsabilidade civil por atos ilícitos na Internet**. São Paulo: LTr, 2001.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Direito & Internet III: Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965/2014**. Tomo II. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2015.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RIBEIRO, Luciana Antonini. **A privacidade e os arquivos de consumo na Internet – uma primeira reflexão**. Revista de Direito do Consumidor, n.41, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SALOMÃO LEITE, George; LEMOS Ronaldo (coords). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da, WAISBERG, Ivo. **Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços da internet, in Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

THOMPSON, Marcelo. **Marco civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade e as fendas na Internet do Brasil**, RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 261, p. 203-251, set./dez. 2012.

WANDERLEY, Ana Elizabeth Lapa; LEITE, Beatriz Salles Ferreira; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **Sistemas de responsabilidade civil dos provedores de aplicações da internet por ato de terceiros: Brasil, União Europeia e Estados Unidos da América**. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 13, n.

2, p. 506-531, ago. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <
<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/28622> >. Acesso em: dia
mês. ano. doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369428622>.

A TETRALOGIA MULTINÍVEL DE UMA SOLUÇÃO PROPORCIONAL: DIREITOS DA PERSONALIDADE X EFICIÊNCIA ENERGÉTICA

Racquel Nagem Daier Nogueira¹ e Márcia Leite Borges²

Resumo

O presente artigo analisa a colisão sob a ótica de sentido estabelecida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) se apresenta entre os direitos da personalidade — quais sejam, à integridade moral e física, proteção da saúde e proteção a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado, corolários da dignidade humana — e à prossecução do interesse público relevante, qual seja, a preservação e o incentivo da iniciativa econômica, propriedade privada e efetivação dos direitos econômicos, cuja pacificação se deu pelo tetralemma do controle judicial feito à luz do princípio da proporcionalidade.

O caso objeto de estudo consiste na interposição de ação por parte dos autores, sendo o marido, a esposa e os dois filhos do casal, em face de pessoa jurídica no exercício da atividade industrial de produção de energia elétrica, por meio da instalação de um Parque Eólico adjacente à Quinta de sua propriedade. A reclamação cinge-se ao ruído produzido pelos equipamentos e seus efeitos na saúde dos dois primeiros autores.

Busca-se aferir *in casu* se as razões jurídico-normativas elencadas pelo Supremo Tribunal de Justiça Português na solução proporcional do conflito acima descrito refletem o sentido normativo comunitário exarado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) no julgamento de conflitos envolvendo as mencionadas garantias estampadas no Artigo 24º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e no Artigo 8º, nº 1 da Convenção

Europeia dos Direitos do Homem, Da análise do caso posto, conclui-se que o STJ Português assimila de modo confortável a influência da vontade europeia em suas decisões no âmbito do setor energético, conforme se depreende da fundamentação do decisum proferido no bojo do processo, cuja base legislativa internacional está lançada nos artigos 28º da DUDH e 8º, nº 1, da CEDH.

¹ Mestranda em Direito na Universidade de Coimbra. ² Doutoranda em Ciência Política – UFF.

Palavras-chave: tetralogia multinível, direitos da personalidade, eficiência energética.

THE MULTINABLE TETRALOGY OF A PROPORTIONAL SOLUTION PERSONALITY RIGHTS AND ENERGY EFFICIENCY

Abstract

This article analyzes the collision from the point of view of the European Court of Human Rights (ECHR) between the rights of the personality - that is, moral and physical integrity, health protection and protection of a human living environment, healthy and ecologically balanced, corollaries of human dignity - and to the pursuit of the relevant public interest, namely, the preservation and encouragement of economic initiative, private property and the realization of economic rights, whose pacification was due to the tetralemma of judicial control made to principle of proportionality. The case that is the object of the study is the action brought by the authors, being the husband, wife and two children of the couple, in the face of legal entity in the exercise of the industrial activity of production of electric energy, through the installation of a Park Wind farm adjacent to the Quinta of your property. The complaint is limited to the noise produced by the equipment and its effects on the health of the first two authors. The juridical-normative reasons cited by the Portuguese Supreme Court of Justice in the proportional solution of the conflict described above reflect the European normative sense of the European Court of Human Rights (ECHR) in the adjudication of conflicts involving the aforementioned guarantees as set out in Article 24 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and Article 8 (1) of the European Convention on Human Rights.

From the analysis of the case, it is concluded that the STJ Portuguese assimilates the influence of the European will in its decisions in the energy sector, as is clear from the grounds of the decision made in the process, whose international legislative base is launched Articles 28 of the UDHR and Article 8 (1) of the ECHR.

Keywords: multinable tetralogy, personality rights, energy efficiency.

INTRODUÇÃO

A pesquisa se destina à análise da aplicação do princípio da proporcionalidade na colisão entre os direitos fundamentais da personalidade e os interesses

públicos envolvidos na produção energética limpa de natureza eólica por parte da República Portuguesa no Processo n.º 2209/08², julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça, sob influência dos parâmetros utilizados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) no julgamento do caso Moreno Gomez contra Espanha⁴, cuja colisão principiológica guarda relação estreita com a ora posta em xeque. A colisão ora analisada sob a ótica de sentido estabelecida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) se apresenta entre os direitos da personalidade — quais sejam, à integridade moral e física, proteção da saúde e proteção a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado, corolários da dignidade humana — e à prossecução do interesse público relevante, qual seja, a preservação e o incentivo da iniciativa econômica, propriedade privada e efetivação dos direitos econômicos, cuja pacificação se deu pelo *tetralemma*³ do controle judicial feito à luz do princípio da proporcionalidade.

Busca-se aferir *in casu* se as razões jurídico-normativas elencadas pelo Supremo Tribunal de Justiça Português na solução proporcional do conflito acima descrito refletem o sentido normativo comunitário exarado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) no julgamento de conflitos envolvendo as mencionadas garantias estampadas no Artigo 24.º da DUDH e no Artigo 8.º, n.º 1 da CEDH, de modo a, pela recepção espontânea da internormatividade que caracteriza as relações jurídicas do bloco europeu, evitar violação a direito fundamental na esfera política interna e, por conseguinte, prejuízo econômico relevante advindo da condenação por violação aos diplomas legais comunitários, o que viria a comprometer a reserva do possível na seara da promoção de outros direitos, sobretudo fundamentais, e fins legítimos estatais.

OS CASOS CORRELATOS SOB ANÁLISE

O caso objeto de estudo⁴ consiste na interposição de ação por parte dos autores, sendo o marido, a esposa e os dois filhos do casal, em face de pessoa jurídica no

² STJ – Processo n.º 2209/08.0TBTVD.L1.S1 ⁴ TEDH n.º 4143/02, julgado em 16/11/2004.

³ Um *tetralemma* é um enunciado lógico originário da filosofia indiana (Catuskoti) que concebe quatro possibilidades a partir de uma premissa: ser X, ser não X, ser X e ser não X (ambos), ou não ser X nem não X (nenhum).

⁴ Processo n.º 2209/08 – TBTVD.L1.S1 – Julgamento 30/05/2013 – STJPT. Os dois primeiros autores são proprietários de uma Quinta, com 17,8 hectares, composta, por duas moradas de habitação, picadeiro e estábulos, sita em, ficando adjacente a tal propriedade o Parque Eólico de ..., o qual é constituído por i) 13 (treze) aerogeradores assíncronos com a potência unitária de 2000kW (2.150KVA), ii) 13 (treze) postos de transformação e seccionamento, equipados com

transformadores de potência unitária de 2.500KVA, 0,69/20KV, iii) subestação equipada com um transformador de potência de 26.000KVA, 20/60KV, iv) rede de cabos subterrâneos de 20KV que interliga os postos de transformação e a subestação, v) um transformador para os serviços auxiliares de 25KVA, 400/230V e vi) respectivo equipamento de comando, corte, proteção e medição. I - A nulidade da sentença por oposição entre os fundamentos e a decisão ocorre quando os fundamentos invocados pelo juiz conduziram logicamente, não ao resultado expresso na decisão, mas a resultado oposto. II - Não se confunde com tal nulidade o erro de julgamento, designadamente quanto a contradições da matéria de facto, as quais, a existir, poderão implicar a anulação do acórdão, atento o disposto no n.º 3 do art. 729.º do CPC. III - Não conhece de questões que lhe estejam vedadas o acórdão da Relação que, face ao recurso interposto pelos autores no qual concluem “pela revogação da sentença, julgando-se procedente o pedido por si apresentado, nomeadamente a remoção de aerogeradores”, julgando o procedente, condena, também, no pagamento de indemnização por danos não patrimoniais, que integrava o pedido – formulado na petição inicial – daqueles os autores. O direito ao descanso e ao sossego na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça Gabinete de Juízes Assessores do Supremo Tribunal de Justiça Assessoria Cível IV - Também, não condena em objecto diverso do pedido o acórdão que, face ao pedido de suspensão dos aerogeradores condena na suspensão, apenas, no período da noite, a qual é um minus face àquele pedido. V - Os direitos ao repouso, ao sono e à tranquilidade constituem uma emanção dos direitos fundamentais de personalidade, nomeadamente à integridade física e moral da pessoa e a um ambiente de vida sadio, direitos esses acolhidos quer em Convenções Internacionais, como a DUDH (art. 24.º) e a CEDH (art. 8.º, n.º 1), encontrando-se também constitucionalmente consagrados, nos arts. 17.º e 66.º da CRP. VI - A ilicitude, na perspectiva da violação intolerável dos direitos fundamentais, dispensa a aferição do nível de ruído pelos padrões legais estabelecidos, verificando-se se, após o início de funcionamento de determinados instrumentos, como o sejam os aerogeradores, terceiros vêm a sofrer queixas de alteração de humor, fadiga, enxaquecas e hipersensibilidade ao ruído. VII - Embora o direito à integridade pessoal não seja em absoluto um direito imune a quaisquer limitações, em caso de conflito de direitos, designadamente com o de desenvolvimento de uma actividade que actua na realização de um interesse público – como é o da indústria geradora de energia limpa, a prevalência a que alude o art. 335.º do CC poderá impor ao seu titular limitações (sacrifícios que terá de suportar em nome do bem comum) apenas compensáveis monetariamente. VIII - Se ficou provado que é possível (i) programar os aerogeradores para, em determinadas condições de vento mais propícias a gerar níveis de ruído mais intensos, reduzirem ou suspenderem a sua actividade, (ii) programar os aerogeradores para ajustarem as respectivas pás para posições menos agressivas em termos aerodinâmicos, (iii) reforçar o isolamento acústico dos equipamentos, caso se trate de um ruído gerado pelo funcionamento das turbinas ou (iv) suspender o funcionamento a determinadas horas/períodos do dia e que (v) o autor vive e trabalha a tempo inteiro na quinta e que a 2ª autora é doméstica (ou seja, trabalha em casa), (vi) que a vida social da família é passada numa quinta (contígua ao terreno em que se encontram implantados os aerogeradores) e (vii) que os dois filhos menores estudam na quinta, fora do horário escolar – a significar que a exposição ao ruído, em consequência da actividade dos aerogeradores, acontece não só durante a noite, mas também durante o dia, causando problemas de sono à noite, mas constituindo um perturbado viver durante todo o dia, causando os ruídos e sombras intermitentes e um desgaste físico e psíquico também durante o dia na pessoa dos autores, resulta clara a prevalência dos direitos de personalidade, sendo de ordenar a cessação da actividade referida em VII. IX - É adequada a indemnização de € 10 000 arbitrada a favor dos

exercício da atividade industrial de produção de energia elétrica, por meio da instalação de um Parque Eólico adjacente à Quinta de sua propriedade. A reclamação cinge-se ao ruído produzido pelos equipamentos e seus efeitos na saúde dos dois primeiros autores, que contraíram a doença vibro- acústica, no rendimento escolar dos infantes, que diminuiu após a instalação do parque, bem como na saúde dos animais criados na área, tendo em vista que os cavalos ostentam sonolência e conseqüente perda de rendimento, além da sombra produzida pelas hélices do aerogeradores projetarem sombras que assustam a fauna privada. Ademais, a colocação dos aerogeradores no local ensejou a redução do valor da propriedade em razão do impacto visual. De outra banda, em contrapartida à diretiva anterior, a ré informa que explora a atividade mediante aprovação e licenciamento das autoridades competentes e que produziu, desde o início de seu funcionamento, 145.000MWH de energia elétrica, a qual é suficiente para abastecer o concelho onde se localiza o parque durante vários meses e evitou a emissão de 54.000 toneladas de CO₂ para a atmosfera.

O parâmetro de julgamento, qual seja, o caso Moreno Gómez contra Espanha⁷, apreciado e julgado na data de 16 de novembro de 2004, pelo TEDH, consiste na alegação por parte da requerente de ataque ao direito ao respeito de sua casa em razão do ruído e dos distúrbios causados por clubes noturnos instalados nas proximidades de sua residência e invocou o artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

A COLISÃO: DIREITOS DA PERSONALIDADE X INTERESSE PÚBLICO LEGÍTIMO NA ESFERA NACIONAL PORTUGUESA

Os direitos fundamentais atingiram sua atual formulação após as Revoluções Estadunidenses, datadas as primeiras de 1776, e Francesa, datada de 1789, e caminharam pelas perspectivas estadual ou constitucional (VIEIRA DE ANDRADE, 2012, pp. 20), e universalista ou internacionalista (VIEIRA DE ANDRADE, 2012, pp. 25), passadas as grandes guerras e regimes totalitaristas.

No momento histórico posto cabe afirmar, ainda sob influência de sua dimensão natural, que os direitos fundamentais são o conjunto de direitos “inerentes à

1.º e 2.º autores (marido e mulher) que passam todo o dia na quinta e € 5000 a favor de cada um dos filhos menores, cujas deslocações para a escola se efectivam ao longo da maior parte do período diurno, durante o tempo lectivo, pelos danos não patrimoniais sofridos, e referidos em VIII.

qualidade de homem dos seus titulares, e constituem um *núcleo restrito* que se impõe a qualquer ordem jurídica” (VIEIRA DE ANDRADE, 2012, pp. 19).

Em atenção à leitura baseada numa unidade interna de sentido dos direitos fundamentais pode-se afirmar, segundo Ferreira (1998) “como sendo apenas aqueles básicos, essenciais, principais, que caracterizam a pessoa, mesmo que não estejam previstos no catálogo ou na Constituição, mas só esses” (FERREIRA, 1998, *apud* VIEIRA DE ANDRADE, 2012, pp. 92). O espalhamento dos direitos humanos na ordem global reafirmou os direitos fundamentais com base no sentido universal da Dignidade Humana. Assegurou-lhes um caráter humanista, voltado ao respeito, proteção e preservação da gama de direitos essenciais ao desenvolvimento do próprio indivíduo, chamados de direitos da personalidade.

Sua recepção pelo Direito Comunitário é expressa, visto que os diplomas normativos vigentes, quais sejam, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), abarcam os direitos fundamentais da personalidade — integridade moral e física, proteção da saúde e proteção a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado — como essenciais à dignidade do indivíduo e lhes reserva a proteção típica de direitos universalmente fundamentais em ordem multinível.

Sobre os direitos da personalidade:

[...] podemos definir positivamente o bem da personalidade humana juscivilistamente tutelado como o real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autônomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, sócio-ambientalmente integrados. (CAPELO DE SOUZA, 1995, 117).

Portanto, o que almeja a ciência jurídica, com a proteção da personalidade humana é a identidade, a capacidade de desenvolvimento das características individuais dos sujeitos, especialmente, seu modo de pensar e agir, sua ideologia, a construção de seus valores, sonhos e projetos de vida.

In casu, a colisão em xeque se limita aos direitos da personalidade *versus* à prossecução do interesse público relevante, qual seja, a preservação e o incentivo da iniciativa econômica, propriedade privada (LADEUR, 2004, 19-26) e efetivação dos direitos econômicos.

Imbricam-se na situação em comento, a proteção fundamental ao sono, ao repouso, a tranquilidade e ao sossego — por constituírem necessidades humanas

diretamente ligadas à integridade moral e física, proteção da saúde e proteção a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado, intrínsecas à personalidade dos indivíduos —, e a preservação e o incentivo da iniciativa econômica, propriedade privada e efetivação dos direitos econômicos, fim legítimo que deve ser perseguido pelo Estado, principalmente diante das escolhas políticas, sociais e econômicas feitas enquanto parte do bloco da união europeia.

Destaca-se quanto ao ambiente, sadio e equilibrado, o aspecto dúplice de resguardo, pois em ambas as posições do conflito deve ser promovido em sua máxima medida possível, pelo caráter fundamental⁵ e essencialidade à dignidade humana.

Assim, Canotilho e Vital Moreira acrescentam:

“[...] o direito ao ambiente é, desde logo, um direito negativo, ou seja, um direito à abstenção, por parte do Estado e de terceiros (pois se trata de um direito imediatamente operativo nas relações particulares) de acções ambientalmente nocivas. E nesta dimensão negativa, o direito ao ambiente impõe proibições ou deveres de abstenção, pelo que é seguramente um dos <direitos fundamentais de natureza análoga> aos <direitos, liberdades e garantias> a que se refere o artigo 17º, sendo-lhe portanto aplicável o respectivo regime constitucional específico dos <direitos, liberdades e garantias>” (CANOTILHO, VITAL MOREIRA, 2007, 845).

Lado oposto no conflito está a prossecução de interesses estatais legítimos e relevantes — *a priori* e de concretização imediata, são reconhecidamente, de carácter económico, tendo em vista a preservação e o incentivo da iniciativa económica, propriedade privada e efetivação dos direitos económicos —, e o já mencionado direito ao ambiente, sadio e equilibrado, realizável, imediata e mediamente, pelo poder público no exercício de suas atividades, inclusive económicas, como a indústria.

Ainda sobre o direito ao ambiente, como personagem dúplice no conflito, sua ingerência na atividade estatal se afere em sentido imediato e postergado, ou diga-se, de uma ponderação de efeitos postergados no mundo concreto, pois a promoção e concretização de direitos como o do bem-estar, higiene e salubridade públicos, qualidade de vida do povo, efetivação do direito ao ambiente

⁵ Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira a “compreensão antropocêntrica de ambiente justifica a consagração do direito ao ambiente como um direito constitucional fundamental”. (Constituição Portuguesa Anotada – Volume I, 4ª Edição, Página 845).

(prevenindo e controlando a poluição e seus efeitos e promovendo a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana) guardam relação intrínseca também com os direitos da personalidade e com a efetivação dos direitos sociais, culturais e do ambiente que serve a uma comunidade.

Emerge, pois, como bem aponta o órgão julgador no bojo do acórdão, “a lesão de bens imateriais, com protecção jurídica, seja a nível das Convenções Internacionais, seja a nível da Lei Fundamental e com tutela na lei ordinária” (STJ, 2013), em gestão analítica consciente da imprescindibilidade de nova hermenêutica constitucional atenta a uma internormatividade multinível.

O exercício do controle dos atos do poder público foi pautado no princípio da proporcionalidade, tratado *a posteriori* em tópico singular, como instrumento universalizado de resolução de conflitos normativos entre os direitos fundamentais da personalidade e os interesses públicos acima elencados.

Por meio da atividade judicial, o STJ, atento ao conflito normativo, buscou, pelo método do balanceamento, harmonizar e ponderar as elementares do caso concreto e otimizar os princípios envolvidos de acordo com as circunstâncias normativas e fáticas, com o fito de realizar todos os direitos fundamentais imbricados na máxima medida possível valendo-se, inclusive, da internormatividade multinível, abaixo desenvolvida.

OS PARÂMETROS LEGISLATIVOS DE OBSERVAÇÃO E A INTERNORMATIVIDADE *IN CASU*

A aplicação legislativa integrada encontra respaldo na metodologia do constitucionalismo comparado que substancia a importação de sentidos, princípios e regras, e instrumentos tendentes a universalizar os sistemas-jurídicos constitucionais numa espécie de “transplantes normativos”⁷ daquilo que mais se adequa à vontade e a intenção, no caso da Europa, comunitária, inclusive e com destaque, para a conservação das conveniências econômicas que resultaram na instituição do bloco.

Exsurge das palavras de Suzana Tavares da Silva, ao analisar os Direitos Fundamentais na Arena Global, o significado da moderna expressão “transplantes normativos”:

“O direito constitucional comparado procura estudar criticamente os institutos jurídicos e as doutrinas constitucionais em cada sistema, verificando a função que aí cumprem e depois atestar em que medida essa função é cumprida em outros ordenamentos e quais as vantagens

que poderiam decorrer da transposição de algumas doutrinas e de alguns institutos de um sistema jurídico jurídico-constitucional para outros sistemas jurídico-constitucionais (JACKSON, 2012, 62, *apud* SUZANA TAVARES DA SILVA, 2014, pp. 19).”

Essa importação normativa entre os Estados Comunitários fundada na universalização de conceitos e sentidos das normas constitucionais sistêmicas exige da atividade interpretativa- aplicativa uma evolução no que tange à integração dos diversos diplomas vigentes, ou seja, o leque de dispositivos legais e de comandos normativos e de sentido neles insertos, exige a análise e aplicação *in concreto* de modo internormativo e multinível.

A adesão a uma ordem econômico-social comunitária distancia os Estados membros de um constitucionalismo puramente interno e amplia, para além das próprias instâncias jurídicas e de poder, a conjugação dos dispositivos legais, constitucionais e infraconstitucionais e regulamentadores, inclusive.

Há que se conjugar o sistema normativo interno, seja qual for o nível da instância atuante e a natureza da manifestação legislativa, como feito no caso tratado, que coadunou os artigos 16º, 17º, 18º, regramentos interpretativos no âmbito nacional e supranacional, pois expressamente determinam a recepção dos diplomas comunitários em regime de completaridade, com os direitos efetivamente promovíveis, inseridos nos artigos 25º, 26º, 64º, 66º, 80º e 81º, também da CRP, com a legislação infraconstitucional, qual seja, o artigo 335 do CCP, que traz em si regramento ordinário de interpretação sistemáticoproporcional, além da manifestação legislativa regulatória do poder público no que tange às definições de tolerabilidade dos níveis de ruído, por meio do artigo 13º⁶ do Regulamento

⁶ Artigo 13.º (actividades ruidosas permanentes): 1 - A instalação e o exercício de actividades ruidosas permanentes em zonas mistas, nas envolventes das zonas sensíveis ou mistas ou na proximidade dos receptores sensíveis isolados estão sujeitos: a) Ao cumprimento dos valores limite fixados no artigo 11.º; e b) Ao cumprimento do critério de incomodidade, considerado como a diferença entre o valor do indicador L(índice Aeq) do ruído ambiente determinado durante a ocorrência do ruído particular da actividade ou actividades em avaliação e o valor do indicador L(índice Aeq) do ruído residual, diferença que não pode exceder 5 dB(A) no período diurno, 4 dB(A) no período do entardecer e 3 dB(A) no período nocturno, nos termos do anexo I ao presente Regulamento, do qual faz parte integrante. 2 - Para efeitos do disposto no número anterior, devem ser adoptadas as medidas necessárias, de acordo com a seguinte ordem decrescente: a) Medidas de redução na fonte de ruído; b) Medidas de redução no meio de propagação de ruído; c) Medidas de redução no receptor sensível. 3 - Compete à entidade responsável pela actividade ou ao receptor sensível, conforme quem seja titular da autorização ou licença mais recente, adoptar as medidas referidas na alínea c) do número anterior relativas ao reforço de isolamento sonoro. 4 - São interditos a instalação e o exercício de actividades ruidosas permanentes nas zonas sensíveis, excepto as actividades permitidas nas zonas sensíveis e que cumpram o disposto nas alíneas a) e b) do n.º 1. 5 - O disposto na alínea b) do n.º 1 não se aplica, em qualquer dos períodos de referência, para um valor do indicador L(índice Aeq) do ruído ambiente no exterior igual ou inferior a 45 dB(A) ou para um valor do indicador L(índice Aeq) do

Geral do Ruído (Lei n.º 9/2007), sem prejuízo, da à época vigente, Lei de Bases do Ambiente⁷.

A extensão internormativa, como dito, ultrapassa os limites internos no cenário da atividade interpretativo-aplicativa. Sendo assim, a integração dos variados dispositivos legais disponíveis ao intérprete-aplicador, requer a feitura em plano multinível, ou seja, em etapas plurais, por uma pluralidade de agentes, em plúrimas instâncias de atuação e sob a influência paramétrica do sistema jurídico-normativo comunitário.

Isso por denotar, através de suas manifestações jurídico-normativas, a vontade, o sentido, o alcance e o conceito de proteção/preservação de um direito ou interesse (geral ou individual), baseado nas opções políticas — reflexo das conveniências e inconveniências econômicas que originaram o bloco — da comunidade europeia na qual Portugal se insere.

ruído ambiente no interior dos locais de recepção igual ou inferior a 27 dB(A), considerando o estabelecido nos n.os 1 e 4 do anexo I.

⁷ Artigo 2.º (princípio geral): 1 - Todos os cidadãos têm direito a um ambiente humano e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender, incumbindo ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo a iniciativas populares e comunitárias, promover a melhoria da qualidade de vida, quer individual, quer colectiva. 2 - A política de ambiente tem por fim otimizar e garantir a continuidade de utilização dos recursos naturais, qualitativa e quantitativamente, como pressuposto básico de um desenvolvimento auto-sustentado. [revogado - Lei n.º 19/2014, de 14 de Abril]

Artigo 21.º (poluição): 1 - São factores de poluição do ambiente e degradação do território todas as acções e actividades que afectam negativamente a saúde, o bem-estar e as diferentes formas de vida, o equilíbrio e a perenidade dos ecossistemas naturais e transformados, assim como a estabilidade física e biológica do território. 2 - São causas de poluição do ambiente todas as substâncias e radiações lançadas no ar, na água, no solo e no subsolo que alterem, temporária ou irreversivelmente, a sua qualidade ou interfiram na sua normal conservação ou evolução. [revogado - Lei n.º 19/2014, de 14 de Abril] Artigo 22.º (ruído): 1 - A luta contra o ruído visa a salvaguarda da saúde e bem-estar das populações e faz-se através, designadamente: a) Da normalização dos métodos de medida do ruído; b) Do estabelecimento de níveis sonoros máximos, tendo em conta os avanços científicos e tecnológicos nesta matéria; c) Da redução do nível sonoro na origem, através da fixação de normas de emissão aplicáveis às diferentes fontes; d) Dos incentivos à utilização de equipamentos cuja produção de ruídos esteja contida dentro dos níveis máximos admitidos para cada caso; e) Da obrigação de os fabricantes de máquinas e electro-domésticos apresentarem informações detalhadas, homologadas, sobre o nível sonoro dos mesmos nas instruções de uso e facilitarem a execução das inspecções oficiais; f) Da introdução nas autorizações de construção de edifícios, utilização de equipamento ou exercício de actividades da obrigatoriedade de adoptar medidas preventivas para eliminação da propagação do ruído exterior e interior, bem como das trepidações; g) Da sensibilização da opinião pública para os problemas do ruído; h) Da localização adequada no território das actividades causadoras de ruído. 2 - Os veículos motorizados, incluindo as embarcações, as aeronaves e os transportes ferroviários, estão sujeitos a homologação e controle no que se refere às características do ruído que produzem. 3 - Os avisadores sonoros estão sujeitos a homologação e controle no que se refere às características dos sinais acústicos que produzem. 4 - Os equipamentos electro-mecânicos deverão ter especificadas as características do ruído que produzem. [revogado - Lei n.º 19/2014, de 14 de Abril]

Ao referenciar o artigo 24º da DUDH e o artigo 8º, nº 1 da CEDH como fundamento do *decisum* proferido na seara da soberania nacional, reconhecendo, ainda, seu caráter fundamentalista e integrante do sistema normativo-jurídico português, o STJ, em atenção ao efeito integrador da opção político-econômica de inserção à comunidade europeia feita pela República Portuguesa, efetuou o controle judicial dos atos públicos reguladores valendo-se da proporcionalidade como instrumento universalizado de valoração de poderes e medidas (SILVA, 2012, pp. 641), assim como, na sua igual condição de poder público, geriu sua própria atividade judicial, atentando-se, pois, à moderna noção de *accountability*⁸ legal, de modo à, responsavelmente, enquadrá-la à necessidade global de um constitucionalismo — ainda que reflexo e mediato — internormativo de patamar multinível (internacional, comunitário e transnacional), tendente ao respeito a *standards*⁹ de proteção comuns de uma ordem constitucional coletiva.

A PROPORCIONALIDADE E SUA (RE) FORMULAÇÃO TETRAPARTITE APLICADA PELO STJ AO SETOR ENERGÉTICO E A INFLUÊNCIA DO TEDH

O princípio da proporcionalidade é no direito posto a metanorma central na solução dos conflitos entre direitos fundamentais e entre direitos fundamentais e interesses públicos¹⁰. A formulação tripartite¹¹ desenvolvida pela ciência jurídica alemã (ALEXY, 2008) e aplicada em sua plenitude e destaque histórico nos casos *Apotheknurtheil* e *Lüth* foi alçada ao patamar de instrumento metódico

⁸ Accountability “reflete valores democráticos, sociais, morais e de justiça, valores estes garantidores do fim público que a administração persegue ao atender as expectativas legítimas das populações” (ROMZECH, DUBNICK, 1987, 227 *apud* SANFELICE, 2015, s/p).

⁹ Importa ter presente a diferença que na literatura anglo-saxônica se estabelece entre regras e standards, entendendo-se as primeiras como uma expressão normativa densificadora de um princípio, cuja finalidade é limitar a actuação do decisor (daquele a quem incumbe a tarefa de realizar o direito), ao passo que o standard pretende ser uma aplicação não mediatizada do princípio, que assim confere maior discricionariedade ao decisor, para que este atente nas especificidades do caso concreto – v. Pierre SCHLAG, «Rules and Standards», *UCLA Law Review*, 33/379, 1985.

¹⁰ Nas palavras de Jorge Reis Novais, pp. 162, “a doutrina portuguesa fez formalmente do princípio da proporcionalidade o núcleo central dos requisitos materiais exigidos às restrições aos direitos fundamentais e a jurisprudência constitucional adoptou-o com esse alcance.”

¹¹ Segundo a doutrina alemã é feita a análise trifásica ou tripartite de i) necessidade, ii) adequação e iii) proporcionalidade em sentido estrito (ou restrito, como chamado no sistema português) a fim seja apurado, na prática, se a norma protagonista da decisão tomada pelo intérprete/aplicador, foi otimizada proporcionalmente de acordo com as circunstâncias normativas e fáticas observáveis *in casu*.

do Direito o que a conduziu a diversos sistemas jurídicos tal como um “transplante legal”¹².

Especificamente no que tange à análise da proporcionalidade, é inegável a busca pelo consenso quanto à universalização de seu conceito, dos seus parâmetros interpretativos (momento, alcance, extensão e *discrimen*) e subcritérios ou subprincípios que estruturam o então instrumento jurídico de controle judicial dos atos do poder público, seja o legislativo ou o executivo, ainda e, quiçá, principalmente, em sua função regulamentar¹⁶.

Noutro giro, a busca de uma concepção universal de proporcionalidade encontra óbices relevantes, segundo Suzana Tavares da Silva, na:

[...] diversidade de ‘culturas de interpretação’ — originárias, principalmente, dos diferentes constitucionalismos — e a urgência na promoção da *metódica comparatista*, em especial no domínio do *direito dos negócios* ou dos novos instrumentos típicos do *direito do desenvolvimento económico*.

A aproximação dos Estados Europeus por conveniência nitidamente econômica requer “periódicas actualizações das opções políticas” (SILVA, 2014) para manter a harmonia do sistema comunitário, porém, a necessidade frequente de harmonização e adaptabilidade do sistema político interno, hodiernamente, itinerante e volátil, potencializa os conflitos entre direitos fundamentais e interesses públicos, ainda que legítimos *in totum* e independente da posição ostentada na relação de colidência.

No acórdão analisado, a proporcionalidade foi, mais uma vez, a protagonista da composição entre os direitos da personalidade dos reclamantes e os fins legítimos perseguidos pelo poder público na produção energética, nos exatos termos de Jorge Reis Novais:

“Em qualquer caso, independentemente dessa oscilação semântica, pode dizer-se que este princípio é, hoje, a referência fundamental do controlo da actuação dos poderes públicos em Estado de Direito, assumindo, particularmente no âmbito dos limites aos direitos fundamentais, o papel de principal instrumento de controlo da actuação restritiva da liberdade individual e de *chave* sem a qual,

¹² Neste movimento de expansão transnacional para outros ordenamentos jurídicos, o princípio da proporcionalidade acaba, por um lado, transformando-se num transplante legal — algo dificilmente acomodável, na sua concepção

integrada no recurso à metodologia da ponderação de bens, não seria possível

original, em todos os sistemas, principalmente se for concebido como conteúdo doutrinário; mas essencial, enquanto metódica de balanceamento, na promoção de um *standard* universal para o controlo do poder e a avaliação das medidas restritivas de direitos fundamentais e das que afectem expectativas legítimas — e, por outro, sofrendo uma mutação no seu conteúdo originário, que justifica a mutação da clássica trilogia alemã — adequação, necessidade, proporcionalidade — para os diversos arranjos da tetralogia desenvolvida no plano universal — adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade — que procura garantir a combinação intrínseca entre a perspectiva metódica (a ponderação e o balanceamento) e a perspectiva conteudística à escala universal (a razoabilidade), a qual redundaria, como concluiremos no fim, num verdadeiro tetralemma, tantas são as diferenças metódicas que existem neste novo contexto multinível de realização do princípio da proporcionalidade. O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade.

O poder regulador da administração pública é classificado por Suzana Tavares da Silva, pela robustez da autonomia com a qual é frequentemente exercido como uma espécie de, *in verbis*: “quarto poder, quando se trate, efetivamente, de um poder exercido por autoridades administrativas independentes, no uso de poderes autónomos de governação económica sectorial (poderes de *indirizzo*), que envolvam o exercício de poderes normativos, executivos, sancionatórios e jurisdicionais — particularmente quando contendem e, sobretudo, quando restringem ou limitam direitos fundamentais.” decifrar os complexos problemas que aí vêm sendo suscitados” (NOVAIS, 2014, 161).

A proporcionalidade enquanto instrumento de controle judicial dos atos do poder público, dado o novo panorama econômico global, passa por uma necessária remasterização, superando a estrutura tripartite de Alexy, segundo a qual, no controle judicial, o tribunal deve analisar, de início, a adequação da medida, ou seja, sua idoneidade para a prossecução do fim, em plano seguinte, a sua necessidade, ao que não pode a medida em avaliação ser substituída por outra igualmente adequada, porém menos gravosa, e por último, deve o intérprete-aplicador concluir que a conveniência do alcance do resultado, supera o prejuízo da decorrente da adoção de medida tão grave.

Os testes de necessidade (BARAK, 2012, pp. 323) e adequação são ligados aos deveres de realização frente as circunstâncias fáticas do caso, e a proporcionalidade em sentido restrito, o último elemento metódico de teste, liga-se efetivamente as circunstancias normativas, momento em que se deve, pela

fórmula do peso¹³, confrontar os princípios colidentes em patamar abstrato a fim de extrair a intensidade da interferência exigida a um e outro e a confiança empírica e normativa que deve ser atribuída à realização e não realização de cada um dos princípios envolvidos, realizando assim a ponderação, método que se subdivide em três etapas ou degraus:

“The first step consists of establishing the degree of non-satisfaction of or detriment to a first principle. In the second step, the importance of satisfying the competing principle is established. Finally, in the third step it is established whether the importance of satisfying the latter principle justifies the detriment to or non-satisfaction of former” (KLATT, MEISTER, s/d, 10).¹⁴

O cenário europeu moderno, lido à luz dos princípios comunitários da sustentabilidade, solidariedade intergeracional e eficiência, fruto da globalização econômica e europeização de políticas públicas, exige a (re) formulação estrutural da proporcionalidade de modo a crescer - lhe um novo e quarto teste, prévio aos demais, destinado à busca da “legitimidade dos fins”¹⁵.

Parte-se da premissa, na busca do sentido de legitimidade dos fins em prossecução, de que certos fins esbarram nos limites que podem ser justapostos

¹³ Vide KLATT, MEISTER, sd, 10, The weight formula is an attempt to picture the structure of balancing with the help of a mathematical model.

¹⁴ O primeiro ponto consiste em estabelecer o grau de não satisfação ou prejuízo de um primeiro princípio. No segundo ponto, deve se estabelecer a importância de satisfazer o princípio concorrente. Finalmente, no terceiro ponto, é estabelecido se a importância de satisfazer este último princípio justifica o prejuízo ou a não satisfação do primeiro. (tradução do autor)

¹⁵ A teoria do Optimo de Pareto é um dos conceitos chave da ciência econômica, por meio da qual lida-se com a estabilização plena de determinado cenário econômico em nível máximo de realização, de modo a ser extremamente dificultoso e improvável modificá-lo sem impor a outra parte integrante um prejuízo. Sobre a eficiência de Pareto: “Schlink hat den verdienstvollen Versuch unternommen, das Gebot der Erforderlichkeit auf das wohlfahrtsökonomische Pareto-Kriterium zurückzuführen. Das Pareto-Kriterium ist ein hervorragender Ausgangspunkt für die Analyse des Erforderlichkeitsgebots. Es besagt, daß eine gegebene Situation genau dann effizient ist, wenn keine Änderung möglich ist, die jemanden besserstellt, ohne die Position anderer zu verschlechtern. Dieses Effizienz-kriterium erlaubt es den Nationalökonomern, das Problem der effizienten Allokation von dem der Verteilung zu trennen. Bei seiner Anwendung kann die einmal erreichte Verteilung von Reichtum und Armut nur dadurch verändert werden, daß ein zusätzlich erwirtschafteter und wiederum zu teilender Betrag anders geteilt wird. Schlink bezeichnet die Vorstellung Paretos deshalb als radikal konservative” Vorstellung. Das Pareto-Kriterium beruht des weiteren auf der Prämisse, daß Neid zwischen den Individuen nicht vorhanden ist oder unbeachtlich bleibt. Es stellt allein darauf ab, ob Verbesserungen möglich sind. Wem diese Verbesserungen zugute kommen, thematisiert es nicht. Darin liegt - wieder in der Formulierung Schlinks - seine orradikal individualistische” Komponente.” (DECHSLING, 1989, pp. 51)

à livre opção pública, caracterizando-o, como um teste de “momento normativo”¹⁶, associado ao princípio da proporcionalidade em sentido restrito.

Quanto às demais etapas, mantêm-se os testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito (KLATT, MEISTER, *sd*, 8-9):

“The principle of proportionality requires that there be a reasonable relationship between a particular objective to be achieved and the means used to achieve that objective. A four-step test, with the sub-tests of legitimacy, suitability, necessity, and proportionality in the narrow sense, has been established. [...] The proportionality test consists of four rules, namely legitimate ends, suitability, necessity, and proportionality in its narrow sense. The first stage examines whether the act pursues a legitimate aim; suitability, whether the act is capable of achieving this aim; necessity, whether the act impairs the right as little as possible; and the balancing stage, whether the act represents a net gain, when the reduction on enjoyment of rights is weighed the level of realization of the aim. The principle of suitability is an expression of the idea of Pareto-optimality and excludes the adoption of means which obstruct at least one right without promoting any other right or interest. The principle of necessity requires that of two means promoting a certain right or interest to, broadly speaking, the same degree, the one that interferes less intensively with a conflicting right or interest must be chosen. This structure of the proportionality test is based on rational grounds and can be seen as the underlying form of any proportionality analysis” (KLATT, MEISTER, *s/d*, 8-9).¹⁷

¹⁶ Trata-se de uma proposta que, a nosso ver, pode ser complementada com as reflexões colhidas em Zagrebelsky, quando o autor distingue, no âmbito do controle de constitucionalidade das medidas, os momentos internos de racionalidade (prosecução de um fim que justifica o afastamento do arbítrio) e de justiça (coerência da solução do caso no domínio do sistema) e o momento externo de razoabilidade, em que se confronta a medida em abstracto com um valor. É nessa fase que, em nosso entender, o contexto actual impõe, por um lado, um alargamento do leque de valores a tomar em consideração, fruto da globalização e internacionalização do contexto das relações intersubjectivas, e, por outro, um exercício de direito comparado para garantir, através do “diálogo”, a vocação globalizada da solução ou, pelo menos, recorrendo à expressão de TEUBNER, evitar “irritações” no processo de universalização da análise. (SILVA, 2013, 646).

¹⁷ Trata-se de uma proposta que, a nosso ver, pode ser complementada com as reflexões colhidas em Zagrebelsky, quando o autor distingue, no âmbito do controle de constitucionalidade das medidas, os momentos internos de racionalidade (prosecução de um fim que justifica o afastamento do arbítrio) e de justiça (coerência da solução do caso no domínio do sistema) e o momento externo de razoabilidade, em que se confronta a medida em abstracto com um valor. É nessa fase que, em nosso entender, o contexto actual impõe, por um lado, um alargamento do leque de valores a tomar em consideração, fruto da globalização e internacionalização do contexto das relações intersubjectivas, e, por outro, um exercício de direito comparado para garantir, através do “diálogo”, a vocação globalizada da solução ou, pelo menos,

20

21

Especificamente no julgamento trazido à baila, a imbricação entre a metódica da proporcionalidade e a da proteção das expectativas legítimas foi solucionada valendo-se do controle judicial com base na proporcionalidade regrada pela internormatividade multinível, conforme já utilizado no caso Moreno Gómez, que substanciou, inclusive, o afastamento da ferramenta legislativa reguladora interna quanto ao ruído para acatar a vontade comunitária quanto ao conceito, alcance e objeto de proteção dos direitos da personalidade envolvidos, bem como, num atuar intergeracional, efetuou o controle racional e responsável de sua própria atividade, pesando, pois, os efeitos reflexos de sua decisão, no âmbito internacional.

De um lado, o direito ao repouso, direito de personalidade, *a priori* absoluto, inviolável e inscrito no quadro dos direitos, liberdades e garantias, que são diretamente aplicáveis e cujas restrições estão sempre sujeitas a reserva de lei, nos casos previstos na Constituição, devendo limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos¹⁸.

De outro, perfiliam-se valores comunitários constitucionalmente protegidos, designadamente a realização do interesse público, sendo inquestionável que os aerogeradores são uma fonte de energia não poluente e que a ré representa uma indústria geradora de energia limpa e, nessa medida, defensora do ambiente (LEISNER, 1997, pp. 170-ss).

É evidente a existência de um Direito Comunitário e seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal de Justiça, que, em atividade judicial pautada na

recorrendo à expressão de TEUBNER, evitar “irritações” no processo de universalização da análise. (SILVA, 2013, 646).

¹⁸ O princípio da proporcionalidade exige que exista uma relação razoável entre um objetivo específico a se alcançar e os meios utilizados para atingir esse objetivo. Foi estabelecido assim um teste de quatro estágios, com os subtestes de legitimidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. [...] O teste de proporcionalidade consiste em quatro regras, legitimidade dos fins, adequação, necessidade e proporcionalidade no seu sentido estrito. A primeira fase examina se o ato prossegue um objetivo legítimo; a adequação, se o ato é capaz de atingir este objetivo; a necessidade, se o ato prejudica o direito o menos possível; e o estágio de equilíbrio, se o ato representa um ganho líquido, quando a redução no gozo de direitos é ponderada o nível de realização do objetivo. O princípio da adequação é uma expressão da ideia do Optimo de Pareto e exclui a adoção de meios que obstruem pelo menos um direito sem promover qualquer outro direito ou interesse. O princípio da necessidade exige que de dois meios que promovem um certo direito ou interesse, em termos gerais, o mesmo grau, o que interfere menos intensamente com um direito ou interesse conflitante deve ser escolhido. Esta estrutura do teste de proporcionalidade baseia-se em fundamentos racionais e pode ser vista como a forma subjacente a qualquer análise de proporcionalidade. (tradução do autor). ²² CRP, artigo 18.º.

internormatividade multinível, interpretou o conjunto normativo-legal disponível para aplicação de maneira sistêmico- complementar e, proporcionalmente, em caráter tetrapartite — ante a resposta positiva aos quatro testes realizados, quais sejam, de adequação, de necessidade, de ponderação e de razoabilidade (harmonia entre as perspectivas metódica e conteudística) —, solucionou a colisão na máxima medida do possível.

A pacificação do conflito passa pelo sacrifício, no mínimo necessário, de qualquer dos direitos conflitantes e pelo não privilegiar qualquer um desses direitos, em igual medida, permitindo a coexistência dos direitos conflitantes, nos seus concretos e razoáveis graus de promoção e exercício, e tornando-os aptos a produzirem seus efeitos próprios em condições de igualdade.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no exato sentido de sua manifestação no caso Moreno Gómez, julgado no ano de 2003, o Supremo Tribunal de Justiça Português, efetuou a concordância prática dos direitos fundamentais e dos interesses públicos imbricados, com idênticos ou equivalentes sacrifícios ou cedências recíprocas, de modo a harmonizá-los juridicamente no plano do “novo direito internacional econômico”.

CONCLUSÃO

Da análise do caso posto conclui-se que o STJ Português assimila de modo confortável a influência da vontade europeia em suas decisões no âmbito do setor energético, conforme se depreende da fundamentação do *decisum* proferido no bojo do processo nº 2209/08, cuja base legislativa internacional está lançada nos artigos 28º da DUDH e 8º, nº 1, da CEDH.

As razões de decidir se amoldam ao entendimento externado pelo TEDH no que tange à conceituação, especificação, alcance e objeto de proteção dos direitos da personalidade postos em causa, quais sejam, a integridade moral e física, proteção da saúde e proteção a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado, corolários da dignidade humana, frente à atividade reguladora estatal, que apesar de consistir numa prossecução legítima e vantajosa em termos coletivos, e individuais, inclusive, alguns a curto e outros a longo prazo, numa espécie de ponderação de efeitos postergados, deve, pois, preservar, na máxima medida possível, os direitos fundamentais reclamados em esteira oposta.

Constata-se, por derradeiro, em termos de operacionalidade legislativa, que o atuar do Estado Português atende *in casu* aos preceitos da internormatividade, vez associar, com escopo nos regramentos interpretativos internos constantes nos artigos 16º, 17º e 18º, da Constituição da República Portuguesa de 1979 e no artigo 335 do Código Civil Português, os preceitos normativos internacionais lançados nos artigos 28º da DUDH e 8º, nº 1, da CEDH.

A adoção do acórdão e suas elementares constitutivas refletem, em conjunto com o conteúdo fundamental dos dispositivos comunitários utilizados, a vontade e o sentido diretivo da comunidade europeia quanto à solução harmônica da colisão em tela, de modo a promover *in concreto* e de maneira suficiente todos os direitos envolvidos na máxima medida possível, inclusive aqueles consagrados na ordem constitucional interna pelos artigos 25º, 26º, 64º, 66º, 80º e 81º da CRP, a curto e longo prazo.

Tal conduta pode ser assumida como um exemplo de controle prévio dos atos jurisdicionais, o que decerto, amplia a ideia de complementaridade e o conduz a um patamar multinível de integração legislativo-sistêmica à luz de uma proporcionalidade atualmente tetrapartite.

Na esfera do poder de regulação exercido pela administração pública, a postura decisória do STJ Português pode servir de incentivo para o autotutela de seus próprios atos, à luz de uma proporcionalidade atualmente tetrapartite.

Por derradeiro, em ambas as esferas de controle, a assunção prévia e espontânea, do conteúdo de sentido exarado pelo TEDH evita a violação dos direitos fundamentais colidentes, promove-os na exata medida possível em atenção aos ditames da proporcionalidade, além de evitar prejuízos economicamente significativos para os cofres públicos originários de uma condenação em sede de Tribunal Europeu por desnecessária afronta aos diplomas legais comunitários, o que poderia comprometer, de imediato ou a posteriori, a reserva do possível na promoção de outros direitos fundamentais e interesses públicos legítimos.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*. 5ª edição, Edições Almedina, Coimbra, 2012.

BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge Studies in Constitutional Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição de República Portuguesa: artigo 1º a 107º*. Volume 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

DECHSLING, Rainer. *Das Verhältnismäßigkeits-gebot: eine Bestandsaufnahme der Literatura zum Verhältnismäßigkeits Staatlichen Handelns*. Vahlen Vahlen, München, 1989.

KLATT, Matthias., MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford University Press, s/d.

LAUDER, Karl-Heinz. *Kritik der Abwägung in der Grundrechts-dogmatik*. Mohr Siebeck. 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. 1ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995.

SANFELICE, Virginia Torresan. *Accountability*. S/D.
Disponível

em:<<https://wikiglaw.fd.uc.pt/mediawiki/index.php/Accountability>>

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2ª edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

SILVA, Suzana Tavares da. *O Tetralemma do Controlo Judicial da Proporcionalidade no Contexto da Universalização do Princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade*. BFC, 88, 2013.

STJ – Supremo Tribunal de Justiça. *Acórdão nº 7613/09*. Julgado em 29/11/2016.
Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a4ad03aaa6d934278025807a00589b2f?OpenDocument>>.

TEDH - Tribunal Europeu de Direitos o Homem. *Aplicação nº 4143/02*. Julgado em 16/11/2004. Disponível em: <[http \ \ www.echr.coe.homepage](http://www.echr.coe.homepage)>.

WALTER, Leisner. *Der Adwägungsstaat: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?* Duncker und Humblot, Berlin, 1997.

BREVE RELATO SOBRE A LEI MODELO PARA CONTRATOS ELETRÔNICOS INTERNACIONAIS

Henrique Andrade de Souza¹ e Ricardo Antunes Silva²

Resumo

Este artigo tem como objetivo elencar e explicar com objetividade os modelos de lei elaborado pela UNCITRAL referente ao comércio internacional eletrônico. Com o aumento exponencial das transações eletrônicas internacionais a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional no Desempenho de sua função de desenvolvimento do enquadramento jurídico do comércio internacional, através da preparação de textos legislativos sobre a modernização do direito comercial internacional, para uso dos Estados. Elaborou três modelos de lei, sendo a primeira em 1996 sobre o comércio eletrônico, a segunda em 2001 sobre a assinatura eletrônica e a sua autenticidade é a terceira e última a respeito das transferências de registros eletrônicos.

Com o a disseminação dos negócios realizados eletronicamente, além de surgir formas de garantir a sua concretização, também surgiram formas de fraudar essas negociações, as leis modelo se preocuparam em estabelecer requisitos de segurança e validade a garantir proteção legal aos registros e documentos eletrônicos.

E preocupada com o tratamento dado por cada Estado a este assunto, a Uncitral busca uniformizar e harmonizar o tratamento dado aos registros de documentos e instrumentos eletrônicos, bem como se preocuparam em normatizar formas de manter o controle e garantir a autenticidade dos registros eletrônicos bem como a sua transferência.

Palavras-chave: Comércio Eletrônico; Direito Internacional; Lei Modelo; UNCITRAL; ONU.

BRIEFRELEASE BEYOND THE MODEL LAW FOR INTERNATIONAL ELECTRONIC CONTRACTS

Abstract

This article aims to elencate and to explain with objectivity the models of law elaborated by uncitral referring to the electronic international commerce. With

¹ Formado em Direito pela Faculdade Metropolitana Unidas, São Paulo – SP, Brasil.

² Especialista em Direito Digital, Compliance e Tributário pela Faculdade Damásio e Formado em Direito pela Faculdade Metropolitana Unidas, São Paulo – SP, Brasil.

the exponential increase in international electronic transactions, the United Nations Commission on International Trade Law in its role of developing the legal framework for international trade, through the preparation of legislative texts on the modernization of international commercial law, for use by the States . It developed three models of law, the first in 1996 on e-commerce, the second in 2001 on electronic signature and its authenticity is the third and final one regarding the electronic records transfer.

With the dissemination of electronically traded business, in addition to ways to ensure its implementation, ways have also emerged to defraud these negotiations, model laws have been concerned with establishing security and validity requirements to ensure legal protection of electronic records and documents.

And concerned about the treatment given by each State to this matter, Uncitral seeks to standardize is to harmonize the treatment given to records of electronic documents and instruments, as well as to be concerned with standardizing ways to maintain control and ensure the authenticity of electronic records as well as transfer.

Keywords: Commerce Electronic; International Right; Law Model; Uncitral; ONU.

INTRODUÇÃO

A Internet possibilitou o surgimento de infinitas maneiras de comunicação, ampliando a forma de transmissão de dados e acesso a informação, o que possibilitou a comercialização de produtos e serviços por meio de contratação eletrônica.

As contratações eram feitas de forma física, escrita e muita das vezes, registradas em cartório de títulos e documentos. A rede mundial de computador mudou a maneira tradicional, exigindo uma padronização internacional.

A comercialização na internet teve o seu início no Brasil em meados de 1995, com a Norma nº 008/97 editada pelo Ministério da Comunicação, que foi aprovada pela Portaria nº 321, de 21 de maio de 1997, com o objetivo de definir o Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite, ainda o decreto nº 2.196/97, que foi atualizado com as alterações introduzidas pelo decreto nº 3.896, de 23 de agosto de 2001, visando adequação às regras da Lei Geral de Telecomunicações.

A primeira movimentação do poder legislativo em acompanhar os avanços tecnológicos foi a criação do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que inovou com a possibilidade de competência dos tribunais nacionais caso seja necessário demandar um fornecedor estrangeiro.

Cada dia aumenta o número de usuários conectados usufruindo de serviços e produtos criados por empresas de todos os lugares do mundo. Para melhorar o serviço prestado a cada usuário, são captados grandes volumes de dados, tanto os produzidos pelos usuários como: fotos, vídeos, textos e dados cadastrais, quanto os produzidos indiretamente, colhidos por meio de: acesso à informação, preferências de compras, escolha do gênero de consumo ou até mesmo opinião sobre alguma marca. Todos os dados capturados das diversas formas levaram a discussão no Direito

Brasileiro, que criou uma proteção jurídica de possíveis conflitos que venham a existir visando garantir o direito de personalidade e de preservação de dados pessoais e íntimos.

Conforme o resultado da pesquisa sobre o uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos domicílios brasileiros, elaborado pela CETIC.BR (Centro Regional para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação), denominado de TIC Domicílios³ feito em 2015, resultou que o número de usuário brasileiros conectados à internet são 102 milhões, que corresponde a 58% da população, em 2008, era aproximadamente 60 milhões. Se buscarmos os dados de usuários conectados no mundo, pelo relatório elaborado União Internacional de Telecomunicações (UIT)⁴ em 2016, são mais de 3.5 bilhões de pessoas conectadas, próximo de 50% da população mundial.

Surge a nova demanda social, que exige a mutação dos negócios e quebra de paradigma dos contratantes, exigindo uma rápida modificação do ordenamento jurídico aos avanços sociedade digital⁵.

³ A pesquisa TIC Domicílios é realizada anualmente pela Cetic.br, com o objetivo de mapear o acesso à infraestrutura nas tecnologias de informação e comunicação (TIC), nos domicílios urbanos e rurais do país e as formas de uso destas tecnologias por indivíduos de 10 anos de idade ou mais. O Cetic.br é um departamento do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (Nic.br), que implementa as decisões e projetos do Comitê Gestor da Internet do Brasil (Cgi.br).

⁴ A UIT é a Agência do Sistema das Nações Unidas dedicada a temas relacionados às Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), relatório publicado em 22 de outubro de 2016.

⁵ NADER, Paulo. Curso de direito civil, volume 3: contratos. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Com todo o avanço tecnológico, a contratação eletrônica será talvez, o único meio utilizado via internet, como define Lawand⁶, em seu livro “Teoria geral dos contratos eletrônicos”:

“Os contratos eletrônicos são a expressão jurídica do comércio eletrônico, que significa em sua essência, um fluxo e refluxo de bens e serviços realizados mediante uma rede de comunicações informatizada. E os problemas que suscitam não são substancialmente distintos daqueles relativos à contratação ordinária.”

Já NADER, define os contratos eletrônicos como somente um instrumento utilizado para a sua formação:

“O que há de especial nos chamados contratos eletrônicos é tão somente o instrumento utilizado em sua formação: declaração de vontade expressa em rede de computadores. São contratos que se realizam, necessariamente, entre pessoas ausentes. A oferta e a aceitação se fazem mediante mensagens transmitidas por aparelhos ligados à Internet. Desde que haja meios seguros de comprovação da identidade das partes, bem como das cláusulas convencionadas, o acordo de vontades se impõe validamente no mundo jurídico. Ocorrendo litígio a respeito, caberá a quem alega a existência do contrato a exibição de sua prova. Esta pode consubstanciar-se em cópia da correspondência, complementada por depoimentos, declarações, comprovantes de entrega, entre outros meios”.

Posto isto, fica mais do que certo que os contratos eletrônicos necessitam de uma normativa padronizada a nível internacional para auxiliar os Estados.

A Comissão das Nações Unidas criou por meio da resolução 2205 (XXI) de 17 de dezembro de 1966, a Comissão Internacional de Comércio Internacional (UNCITRAL), com o objetivo de promover a conformidade de forma progressiva e unificação das Leis Internacional do Comércio.

A UNCITRAL desenvolve debates com os Estados, Doutrinadores e representante da sociedade civil com objetivo de encontrarem soluções viáveis para diversas situações, harmonizar e uniformizar as leis internacionais sobre transações eletrônicas.

Com o aumento do uso de meios eletrônicos com o fim de melhorar a eficiência das atividades comerciais, inclusive permitindo a reutilização e análise de dados, surge novas oportunidades, como o acesso remoto aos comerciantes eletrônicos

⁶ LAWAND, Jorge José. Teoria geral dos contratos eletrônicos. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. P. 34

desempenhando assim um papel fundamental na promoção do comércio e do desenvolvimento econômico.⁷

A Comissão trata de temas como valor da informação nos registros tecnológico, certificação e assinatura eletrônica, com ênfase em regular o comércio eletrônico internacional.

Em 1996 foi criado pela a UNICITRAL Lei Modelo sobre o Comércio Eletrônico, com 17 artigos, regulando de forma geral o comércio eletrônico e a segunda parte, torna específica sobre a atividade de transporte de mercadorias.

Já em 2001, foi criada a Lei Modelos sobre o Uso de Assinatura Eletrônica com 12 artigos, com o intuito de criar uma base de como deve ser tratado a assinatura eletrônica de forma universal.

UNCINTRAL, em 2017, criou a Lei Modelo sobre o Registro de Transferência Eletrônica, criando conceitos e padrões para o uso da assinatura eletrônica e como transferir registro de forma a ser seguidas pelo mercado internacional.

LEI MODELO SOBRE O COMÉRCIO ELETRÔNICO

Em 1996, foi lançada pela UNCITRAL a Lei Modelo sobre o Comércio Eletrônico, para serem adotadas pelos Estados que fazem parte da Comissão, com objetivo de oferecer regras internacionais relacionada ao comércio eletrônico, de forma que facilite a positivação no ordenamento de cada Estado, trazendo segurança jurídica e padronização internacional.

Cabe destacar que a Lei possui somente 17 artigos, que disciplina requisitos a serem aplicados para o reconhecimento dos documentos digitais, carga probatória e forma de comunicação.

Capítulo um, trata das definições gerais. O artigo primeiro define o escopo da Lei Modelo, deixando claro que poderá ser aplicada para qualquer tipo de informação por meio de dados utilizada em atividades comerciais.

Artigo segundo define alguns conceitos importantes para contratos eletrônicos:

a) Mensagem de Dados é toda informação gerada, enviada, recebida ou armazenada por meios eletrônicos de forma geral; b) Intercâmbio dados eletrônicos (EDI), trata de transferência da informação de um computador para outro usando uma padronização de codificação e estrutura; c) Origem da

⁷ UNCITRAL. Disponível em:

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/mediadocuments/uncitral/en/mletr_ebook.pdf>

Acessado em 20 de novembro de 2018

informação, determina quem é o emissor da informação; d) Destinatário da informação, para quem o dado deve ser entregue; e) Intermediário, quem pode agir em nome da pessoa que envia, recebe ou armazena a informação; e f) sistema de informação, é o sistema que gera, envia, recebe, armazena, processa as informações.

O terceiro artigo trata da interpretação da lei, que deve ser considerada que foi criada para padronizar e a boa-fé. Para as questões de conflitos com a lei interna do Estado, deve ser utilizada os princípios gerais que a lei determina em seus próximos artigos.

Artigo quarto, autoriza as partes criarem acordo sobre geração, envio recebimento, armazenamento ou processamento de outras mensagens de dados, desde que respeite o capítulo III da mesma lei que trata sobre comunicação sobre comunicação da informação.

O artigo quinto determina que a norma tem um objetivo maior de uniformização para não haver a negação dos efeitos jurídicos para validade ou força de legalidade à informação advinda de dados eletrônicos.

O artigo sexto fala sobre a forma escrita, quando a Lei exigir a forma escrita, a exigência pode ser atendida pela mensagem de dados com a informação, podendo ser considerado com uma forma escrita eletrônica. Foi muito criticado na Inglaterra pela Society for Computers and Law⁸, por entender que a forma escrita deveria ser mantida, deve a possibilidade do desaparecimento do documento eletrônico e não pela validade.

Dispõe ainda o artigo sétimo que a mensagem de dados tem a sua validade com requisitos da assinatura, uma vez que seja utilizado formas para determinar quem foi o emissor da informação e a aprovação sobre o conteúdo da mensagem. No Brasil, temos a Lei nº11.419 de 19 de dezembro de 2006, que reconhece a assinatura digital:

Art. 1º (...)

§ 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

III - assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário:

assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica;

⁸ Society for Computers and Law. Disponível em: < <https://www.scl.org/articles/501-international-business-and-arbitration> > Acesso em 20 de novembro de 2018

mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

A Lei modelo define alguns princípios como base para solucionar conflitos de normas, sendo o primeiro o princípio da não discriminação prejudicial, o segundo a equivalência funcional e o terceiro o princípio da neutralidade tecnológica⁹.

O princípio da não discriminação¹⁰ prejudicial estabelece que os documentos devem ter validade jurídica, não importando ser eletrônico ou físico, princípio este que pode ser extraído do artigo 5º desta lei modelo

A equivalência funcional determina que as transações eletrônicas devem ser equivalentes as feitas em papel, desde que cumpra os propósitos e funções que os documentos de papel impõem. O princípio está consagrado nos artigos 6 a 8 da lei.

A neutralidade tecnológica tem como princípio a não influência do Estado na escolha da tecnologia utilizada para contratos eletrônicos, deixando de forma livre e com possíveis adaptações no futuro. O artigo 5º define o princípio.

LEI MODELO DE ASSINATURA ELETRÔNICA

Em dezembro de 2001, a UNCITRAL desenvolveu o modelo de lei sobre assinatura eletrônica, com o propósito de facilitar o seu uso e estabelecer critérios técnicos para sua implementação, a fim de igualar a validade de uma assinatura escrita à mão a uma realizada digitalmente.

A LMAS (Lei Modelo de Assinatura Eletrônica), definiu como “assinatura eletrônica” dados sob a forma eletrônica, associados a um certo indivíduo, utilizado para identificar determinado signatário. Sendo o “signatário”, o indivíduo que detém os dados de uma assinatura sobre a sua posse.¹¹

A função da assinatura digital é assegurar a identidade de um certo indivíduo no meio eletrônico, atestando a validade de um documento ou instrumento existente no meio eletrônico

⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. 3. ed., rev. atual., e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

¹⁰ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot e SILVA, Lucas Sávio Oliveira da. Contratos Internacionais Eletrônicos e o Direito Brasileiro: entre a insuficiência normativa doméstica e as soluções globais. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n75p157>>. Acessado em 20 de novembro de 2018

¹¹ Disponível em: <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/ml-elecsige.pdf>> Acesso em 20 de novembro de 2018.

O modelo de lei considera uma assinatura eletrônica válida e segura aquela que, está ligada somente ao signatário e a nenhuma outra pessoa ou quando qualquer alteração for facilmente detectável, sendo determinada que ocorreu uma cópia fraudulenta. Além dos requisitos estabelecidos no modelo de lei, a autoridade competente pode determinar outros requisitos para conceder validade a assinatura eletrônica, mantendo os parâmetros internacionais.

Uma das vulnerabilidades das assinaturas eletrônicas que se baseiam em senhas, é que, na maioria dos casos, o próprio titular da assinatura é quem define a sua senha e a armazena no sistema de seu interlocutor (por exemplo, um site de comércio eletrônico). Isso faz com que um fraudador possa criar uma identificação falsa, valendo-se de dados de terceiro que ignora completamente o ato ilícito praticado. Esta prática é comum na criação de contas de e-mail falsas.

Para evitar este tipo de prática, o modelo de lei estabeleceu uma forma de evitar através de um modo de certificação, o certificado digital agrega segurança ao meio eletrônico e tenta contornar esta vulnerabilidade de grande parte das assinaturas eletrônicas, uma vez que se trata de estrutura de dados sob a forma eletrônica,¹² assinada digitalmente por uma terceira parte confiável que associa o nome e atributo do titular ao par de chaves criptográficas, mediante a sua identificação prévia.¹³

Por fim, a lei modelo determina que não ocorra a discriminação de certificados e assinaturas emitidas em território estrangeiro, sendo que o tratamento a ser dado a essa assinatura deve ser o mesmo de uma assinatura emitida em território nacional.

Em comparação com a legislação nacional, foi instituída em 2001 a Medida Provisória 2.002-2, a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que

¹² Os certificados digitais são emitidos com base em padrões estabelecidos em normas internacionais, sendo que o mais difundido é o padrão ITU X.509 ou ISO 9594-8. O escopo desses padrões é o de garantir a interoperabilidade entre os certificados, não importando a sua proveniência. A sigla ITU refere-se ao Institute of Telecommunication Union, organização internacional que tem como um de seus escopos a padronização na área de telecomunicações, assim como a ISO, International Organization for Standardization.

¹³ Assinatura Eletrônica. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/257/edicao-1/assinaturaeletronica-%28icp-brasil%29>>. Acessado em 20 de novembro de 2018.

utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.¹⁴

LEI MODELO SOBRE TRANSFERÊNCIA DE REGISTROS ELETRÔNICOS

Em Julho de 2017, diante das incertezas que cercam o valor legal dos registros eletrônicos e com o propósito de melhorar a segurança e velocidade de transmissão e a automatização das transações eletrônicas, a comissão das nações unidas com o apoio de diversas organizações e governos de Estados, elaboraram a Lei Modelo sobre Transferência de Registros Eletrônicos, dividida em quatro capítulos, com a crença de que uma lei modelo constituirá uma adição de muita utilidade aos textos já existentes na área de comércio eletrônico, auxiliando os estados membros das Organizações das Nações Unidas, a formularem, e elaborar uma legislação, onde nenhuma exista, que rege o uso dos registros eletrônicos.

Com este intento, logo de início, no capítulo um, o modelo de lei se preocupou em estabelecer limitações e definir conceitos, o artigo primeiro define que o modelo de lei não afeta qualquer aplicação a transferência de registro eletrônico já estabelecida, incluindo qualquer regra de direito aplicável à proteção do consumidor e ainda não se aplica a valores mobiliários, tais como ações e títulos.¹⁵

A LMRTE, define registro eletrônico “como informação gerada, comunicada, recebida ou armazenados por meios eletrônicos, incluindo, se for caso disso, todas as informações associados ou ligados de outra forma, de modo a tornarse parte do registro, seja gerado contemporaneamente ou não;”¹⁶ (tradução livre).

Sobre a interpretação dada a LMTRE deve ser tida como uma referência internacional que promova, origine, uma legislação uniforme à todos os membros da ONU, e que as leis sejam, não iguais devido as diferenças culturais

¹⁴ BRASIL. Medida Provisória nº 2.002 de 24 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200-2.htm>. Acessado em 20 de novembro de 2018

¹⁵ Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mletr_ebook.pdf> Acesso em 20 de novembro de 2018

¹⁶ The definition of “electronic record” builds upon the definition of “data message” contained in the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996) – Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mletr_ebook.pdf> Acesso em 20 de novembro de 2018.

de cada país, mas sim parecidas, a fim de consolidar o entendimento global sobre a transferência de registros eletrônicos.

Ainda, sobre a transferência de um registro eletrônico, o modelo de lei garante a sua proteção legal, evitando a discriminação se seu uso, reconhecendo sua validade jurídica em território físico na sua forma eletrônica, e que eventual transferência de qualquer registro eletrônico só poderá ser realizada com o devido consentimento do detentor de tal registro¹⁷.

O capítulo dois do modelo de lei, trata das transferências de documentos por meio eletrônico e seu controle, sendo que a validade destes documentos será determinada caso cumpram determinados requisitos, será considerado registro eletrônico o registro que¹⁸:

contenha as informações que seriam necessárias estar contidas em um documento ou instrumento; e possua um método confiável para: identificar que o registro eletrônico é um registro eletrônico válido tornar esse registro eletrônico capaz de estar sujeito a controle desde a sua criação até que deixe de ter qualquer efeito ou validade; e manter a integridade desse registro eletrônico.

Estes requisitos asseguram e previnem qualquer possibilidade de existência múltiplas formas de registro, beneficiando assim, a unificação dos modelos de arquivos digitais e seu controle, evitando a replicação desautorizada destes registros.¹⁹

O capítulo três trata do uso da transferência de registro eletrônico, determinando uma norma geral de confiabilidade, impondo um padrão tecnológico geral neutro, um sistema apropriado para o cumprimento da função, que garanta a integridade dos dados, que seja intransponível, seguro para o hardware e software e que seja supervisionado por órgão regulador especializado.

Ademais, a transferência de registros eletrônicos, devem possuir indicação do lugar e hora em que são realizados, quando a transferência é realizada através de

¹⁷ Explanatory Note To The Uncitral Model Law On Electronic Transferable Records P. 27 - Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mletr_ebook.pdf> Acesso em 20 de novembro de 2018

¹⁸ Article 10. Transferable documents or instruments – Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mletr_ebook.pdf> Acesso em 20 de novembro de 2018.

¹⁹ Explanatory Note To The Uncitral Model Law On Electronic Transferable Records P. 31 - Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mletr_ebook.pdf> Acesso em 20 de novembro de 2018.

um método confiável em que não há dúvidas de sua autenticidade, este requisito é atendido.

Os registros eletrônicos emitidos no estrangeiro não devem ser tratados com diferenças, todas as transferências de registros eletrônicos, desde que cumpridos os requisitos, devem ser consideradas válidas e ter sua proteção legal garantida.

Finalizando o modelo de lei não afeta as regras de direito privado internacional de transferência de documentos ou instrumentos, podendo ser aplicada de forma conjunta nos conflitos entre Estados.

COMPLIANCE DIGITAL E A CERTIFICAÇÃO ISO 38500

Ezequiel Anderson Júnior¹ e Gabriela Amorim Paviani²

Resumo

A pesquisa teve como objetivo o estudo e a análise da certificação ISO 38500 nas relações empresariais contemporâneas. Para tanto, verificou-se, ainda que brevemente, a evolução histórica da internet. Analisou-se a aplicação de técnicas de compliance aliadas ao ISO 38500 e também ao sistema COBIT. Por fim, ressaltou-se que com o uso das técnicas mencionadas o empresário pode se beneficiar ao manter seu ambiente negocial seguro e fluido.

Palavras-chave: Compliance; ISO 38500; COBIT.

DIGITAL COMPLIANCE AND ISO 38500 CERTIFICATION

Abstract

The research was aimed at the study and analysis of ISO 38500 certification in contemporary business relations. For this, was verified, the historical evolution of the Internet. The application of compliance techniques allied to ISO 38500 and also to the COBIT system were analyzed. Finally, it was pointed out that with the use of the mentioned techniques the entrepreneur can benefit by keeping his business environment safe and fluid.

Keywords: compliance; ISO 38500; COBIT.

INTRODUÇÃO

As evoluções do século XXI, em especial aquelas relacionadas à tecnologia, fizeram com que se remodelasse o modo como se faz comércio. Neste contexto, faz-se necessário um estudo sobre a *Internet* e seus aspectos jurídicos, históricos e algumas de suas particularidades.

¹ Mestrando em Direito Faculdades Unidas Metropolitanas. Pós-graduando em direito processo penal pela Universidade Estadual de Londrina. Graduado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: Ezequiel.anderson.dir@gmail.com

² Mestranda em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina, bolsista do programa CAPES/CNPq. Graduada pela Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, campus Maringá. e-mail: Gabriela_a.paviani@hotmail.com

A primeira problemática, dá-se quanto algumas características da internet, tais quais: mobilidade, conversabilidade, conectividade, fracionabilidade, intangibilidade, anonimidade, assim por diante.

Após entender sobre a Internet, faz-se pertinente estudar sobre o conceito e as várias terminologias dentro do compliance que repercutem nos negócios jurídicos celebrados com esse instituto.

INTERNET E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS

O século XXI é marcado por ser “a modernidade líquida”³, marcada pelo imediatismo, pela agilidade com que as informações circulam. A internet por sua vez, permitiu uma infinidade de novas aplicações, desde uma comunicação mais rápida através das redes sociais, até o uso de bancos em plataformas online.

A internet é considerada como:

Maior rede de computadores do mundo, que se caracteriza pela forma descentralizada em que atua. Oferece serviços de comunicação de dados, como acesso remoto, transferência de arquivos, correio eletrônico, a WWW e grupos de discussão. Baseada na TCP/I, também chamado de conjunto IP (Internet Protocol), atribui a cada computador conectado um endereço exclusivo (endereço IP). Assim, é possível localizar qualquer computador conectado à rede e trocar dados com ele. É considerada um novo meio de comunicação pública, equivalente ao telefone ou à televisão⁴.

Sendo assim, a internet possui conceitos e princípios próprios que serão estudados em momento oportuno.

HISTÓRIA

Tem-se como um dos principais fatos para a invenção da internet o lançamento do primeiro satélite espacial, denominado *Sputnik*, no ano de 1957. Um dos grandes cientistas por trás do lançamento do *Sputnik* é *Sergei Pavlovitch Korolev*, responsável pelo lançamento de ao todo, dez satélites da linha *Sputnik*, a primeira fotografia da face escura da lua, do primeiro voo de um homem ao espaço, assim

³ ZYGMUNT, Bauman. Modernidade Líquida. Traduzido por: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 137-143.

⁴ SAWAYA, Márcia Regina. Dicionário de Informática e Internet. Disponível em: <<http://comp.ist.utl.pt/aaa/Prog/Dicion%20de%20Inform%20tica%20&%20Internet%20Ingl%20EAsPortugu%20EAs.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

como, do primeiro homem a sair de um veículo no espaço⁵. Assim, a contribuição dos soviéticos foi sem dúvida um pontapé para a evolução da comunicação no mundo⁶.

A criação do departamento “Defense Advanced Research Projects Agency” (Agência de Projetos de Pesquisa em Defesa Avançada) dos Estados Unidos da América, no ano de 1957⁷ também contribuiu para a invenção da internet. Em contexto histórico, o mundo enfrentava o período conhecido como Guerra Fria, diante do avanço russo no armamento nuclear, surgiu à necessidade de criar um meio de comunicação que funcionasse mesmo diante de grandes ataques⁸⁹.

Destaca-se no ano de 1964 a primeira transmissão por rede WAN (Wide Area Network), ligando um computador TX-2 do *Lincoln Laboratory* (MIT) ao outro computador Q-32, na *System Development Corporation* (Califórnia).¹⁰ Para entender o conceito de WAN, faz-se necessário entender LAN (*Local Area Network*), que significa rede local de computadores, ou ainda, Intranet. Por sua vez a WAN ocorre quando há conectado várias LANs, ganhando assim o nome de Extranet. Importante lembrar que há várias tecnologias capazes de ligar as LANs, sendo possível por meio do rádio, antena e por fim, a Internet propriamente dita¹¹.

⁵ MELO, Cristiano Fiorilo de; WINTER, Othon Cabo. A conquista do Espaço: do Sputnik à Missão Centenário. Disponível em: <<http://www.feg.unesp.br/~orbital/sputnik/Capitulo-1.pdf>>. p. 19-21. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁶ ZANIOLO, Pedro Augusto. Crimes modernos: o impacto da tecnologia no direito. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 141.

⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Defense Advanced Research Projects Agency. About DARPA. Disponível em: <<http://www.darpa.mil/about-us/about-darpa>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁸ CORRÊA, Fabiano Simões. Um estudo qualitativo sobre as representações utilizadas por professores e alunos para significar o uso da Internet. 2013. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/59/59137/tde-08102013-publico/Fabiano_Correa_Mestrado.pdf&sa=U&ved=0ahUKewid8L_C5qjJAhVCGh4KHURDBA0QFggTMAY&client=internal-uds-cse&usg=AFQjCNEISgqKzOCKM6SmG3bqqkbcRiGzgg>. Acesso em: 20 nov 2015

e PAESANI, Liliana Minardi. Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10

¹⁰ MARILL, Thomas; ROBERTS, Lawrence G. **Toward A Cooperative Network Of Time-Shared Computers**. nov. 1966. Disponível em: <<http://www.packet.cc/files/toward-coop-net.html>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

¹¹ PRIMAK, Fábio Vinícius. **Tecnologias da Informação Aplicadas ao Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2015. p. 27.

Em 1967, Larry Roberts dedica-se em “usar equipamentos dedicados para executar funções da rede, chamando-os de Interface Message Processors (IMP’s)”¹².

No ano de 1969 foi criada a rede de telecomunicações denominada de *Arpanet*, com a finalidade de permitir que os Estados Unidos da América resistisse até mesmo a um ataque nuclear russo¹³.

Porém, a evolução da *Internet* ocorreu no ano de 1973, quando o funcionário do Departamento de Pesquisa avançada da Universidade de Califórnia registrou o “Protocolo de Controle da Transmissão/Protocolo Internet”¹⁴. Responsável por realizar as comunicações entre os vários programas e sistemas.

Em 1974, foi definido o protocolo TCP (*transmission Control Protocol*), surge o nome *internetwork* para designar a comunicação de computadores ligados à rede¹⁴¹⁵. O TCP é definido como o conjunto de protocolos para transporte e encapsulamento das informações na internet¹⁶. Ressalta-se que os esforços para evitar a “perda de pacote” já eram grandes nesta época, o que resultou em uma subdivisão do TCP em IP Simples e UDP (*User Datagram Protocol*)¹⁷.

O nome internet surgiu quando conseguiram conectar o Satellite Network à dois outros, no ano de 1977, “a conexão entre múltiplas redes foi *inter-networking* (interrede), ou Internet.”¹⁸.

Em 1979 cria-se o USENET, um sistema integrado de fóruns que permitia a conversa e a separação de grupos conforme o tema que o usuário pretendia

¹² PARANÁ. Universidade Estadual de Maringá. **História da Internet**. Disponível em: <http://www.din.uem.br/museu/hist_dainternet.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

¹³ PAESANI, Lilitiana Minardi. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10. ¹³ Ibidem.

¹⁴ PARANÁ. Universidade Estadual de Maringá. **História da Internet**. Disponível em: <http://www.din.uem.br/museu/hist_dainternet.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

¹⁵ CERF, Vinton G.; KAHN, Robert E. **A Protocol for Packet Network Intercommunication**. IEEE Trans, Vol Com-22, . 5º, Maio de 1974. Disponível em: <<https://www.cs.princeton.edu/courses/archive/fall06/cos561/papers/cerf74.pdf>> Acesso em: 12 jul. 2017.

¹⁶ AFONSO, Carlos A. **Internet no Brasil: o acesso para todos é possível?**. Disponível em:

<http://www.moodle.ufba.br/file.php/10203/Textos_Topicos/Tema_Inclusao_Digital/AFONSO_Carlos_Internet_no_Brasil_o_acesso_para_todos_oss_vel.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017. p. 4.

¹⁷ LEINER, Barry. et al. **The Past and Future History of the INTERNET**. Disponível em: <<http://groups.csail.mit.edu/ana/Publications/PubPDFs/The%20past%20and%20future%20history%20of%20the%20internet.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

¹⁸ PRIMAK, Fábio Vinícius. **Tecnologias da Informação Aplicadas ao Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2015. p. 41

abordar.¹⁹ Tal fato, revela-se importante ao presente estudo, visto ser o primeiro grande momento do agrupamento de usuários em determinado *site* na internet.

O número de *hosts* (hospedeiros/usuários) passou de 2.000 para 5.000 entre fevereiro e novembro de 1986, conectados por meio dos *backbone*, rede de transporte que liga as demais conexões há uma principal²⁰.

Em agosto de 1986 foi criado o chat IRC²⁰. O chat IRC foi importante para o que seria a Internet do século XXI, o programa escrito por Jarkko Oikarinen tornou-se bastante popular entre os internautas nos anos de 1990²¹.

¹⁹ MASSARANI, Sandro Albernaz. A "Primitivização do Pensamento Civilizado": Oralidade e Escrita nos Mundos Virtuais. Disponível em:

<http://www.massarani.com.br/index_html_files/PrimitivizacaoPensamento.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017. p. 8. ²⁰ FONSECA, Guilherme de Souza. A trajetória de um provedor de acesso à internet: o caso da Interaccess no período de 1995 a 2001. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/79523>>. Acesso em: 12 jul. 2017. p. 20.

²⁰ INTERNET RELAY CHAT. IRC History by Jarkko Oikarinen. Disponível em:

<http://www.irc.org/history_docs/jarkko.html>. Acesso em: 12 jul. 2017.

²¹ NASCIMENTO, AD., and HETKOWSKI, TM., orgs. Educação e contemporaneidade: pesquisas científicas e tecnológicas [online]. Salvador: EDUFBA, 2009, p. 261-263.

A popularização da *Internet* deu-se com a criação do WWW (World Wide Web), responsável por hipertextos, que são imagens, sons e textos possuem forma particular e podem interagir com outros documentos²².

Por fim, crescimento da internet no Brasil mostrou-se progressivo, no ano de 2007, 17% dos domicílios já possuíam internet, o que evidência ainda mais o sucesso do World Wide Web e por consequência à própria internet²³.

No Brasil, a Internet começou a ser utilizada em 1988, sendo os principais órgãos para o acesso brasileiro foram: Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Laboratório Nacional de Computação Científica (LNCC)²⁴. A partir de então, surgiram vários conceitos do que é Internet.

Com o advento da Lei nº 12.965 de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, definiu-se Internet como “o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes;”²⁶.

Entretanto, a doutrina brasileira já havia conceituado Internet, para Patricia Peck Pinheiro: “a internet consiste na interligação de milhares de dispositivos do mundo inteiro, interconectados mediante protocolos (IP, abreviação de *Internet Protocol*). Ou seja, essa interligação é possível porque utiliza um mesmo padrão de transmissão de dados.”²⁷.

Já para o jurista Spencer entende que:

é possível que se entenda a internet como um suporte, uma superautopista caracterizada por três elementos: a) ser uma cadeia de redes interligadas entre si; b) existir em escala mundial; e c) ser um sistema em que os equipamentos se comunicam por meio de uma

²² PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11. Nesse sentido, PRIMAK, Fábio Vinícius. **Tecnologias da Informação Aplicadas ao Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2015. p. 41.

²³ NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Crimes de informática**. 2. ed. Leme: BH, 2009. p. 28-29.

²⁴ SILVA, Rita de Cássia Lopes da. **Direito penal e sistema informático**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.

²⁵ -23

²⁶ BRASIL. Lei nº 12.965. **Diário Oficial**, Brasília, 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

²⁷ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59.

mesma linguagem, permitindo-se a circulação de informações através de conversões sequências.

Após estas considerações, pode-se dizer que a Internet é a união de redes trabalhando em uma mesma linguagem na escala mundial²⁸.

CARACTERÍSTICAS

Há várias características relacionadas à Internet. Desde o seu início, ela é marcada por alguns aspectos pertinentes as características do seu próprio conceito. Embora exista divergência doutrinária e terminológica quanto a classificação, cite-se algumas.

Quanto à interatividade por ser o computador uma máquina, faz-se imprescindível que um ser humano interaja com este equipamento, para gerar algum resultado²⁹.

Quanto à mobilidade com a criação da nanotecnologia, cada vez mais, a Internet está nas mãos dos usuários, seja por meio de *palms e smartphones*, assim como de notebooks e *tablets*²⁸.

Quanto à conversabilidade pode-se salientar que é a capacidade dos equipamentos conversarem uns com os outros, como exemplo, um celular conectando-se ao computador, pode acessar arquivos do mesmo, fechar programas e afins²⁹.

Quanto à conectividade está intrinsicamente ligado a conversabilidade, pois só poderá haver conectividade se ambos conversarem entre si. Ou seja, para um computador conectar a outro, faz-se necessário que ambos consigam dialogar, para que ocorra a troca de dados³⁰.

Fracionabilidade é a capacidade de os arquivos quebrarem-se em lotes, tal qual um quebra-cabeça no mundo físico. Isto só é possível, pois os arquivos são um apanhado de *bits* que interagem formando uma grande quantia de linhas de

²⁸ SYDOW, Spencer Toth; BIANCHINI. Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio (Coords). **Crimes informáticos e suas vítimas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.31-32.

²⁹ SYDOW, Spencer Toth. **Crimes informáticos e suas vítimas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 88. ²⁸ SYDOW, Spencer Toth. **Crimes informáticos e suas vítimas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 90. ²⁹ SYDOW, Spencer Toth. **Delitos informáticos próprios: uma abordagem sob a perspectiva vitimodogmática**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-15062011-161113/>>. Acesso em: 12 jul. 2017. p. 79.

³⁰ SYDOW, Spencer Toth. **Crimes informáticos e suas vítimas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 91- 92.

programação, que juntas são uma mensagem/imagem e sozinhas são apenas números, *bits*³¹.

Intangibilidade relaciona-se ao fato de que, hoje os dados informáticos podem possuir valor, como um *software*, sendo assim, torna-se um bem juridicamente relevante. Contudo, ele se propaga somente no ambiente virtual, portanto, é intangível, inalcançável. Tal característica influi muito nos crimes contra honra e racismo, vez que se torna possível valorar as informações informáticas³².

Disponibilidade está relacionado na possibilidade de usufruir da tecnologia no momento em que precisar não dependendo de fato alheio a vontade do usuário. Contudo, é possível que instalem vulnerabilidades no sistema informático alheio para que inutilize algum recurso, como exemplo, um *malware*³³.

Pluralidade: os arquivos são plurais, ou seja, é possível ter um clone, um arquivo idêntico tal qual é o arquivo original³⁴. Isso se deve a característica da pluralidade que permite vários arquivos com o mesmo conteúdo sejam replicados³⁵.

Outra característica do direito informático é a territorialidade, vale salientar que não há uma uniformização quanto ao nome desta característica, para Sydow a nomenclatura é ubiquidade ou ainda, simultaneidade³⁶. Entretanto, prefere-se utilizar a revestida do fundamento legal, sendo assim, usa-se a nomenclatura utilizada por Patrícia Peck Pinheiro que se refere à territorialidade tal qual está no dispositivo do artigo 5º do Código Penal. Portanto, chega-se ao conceito de que: “Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado”³⁷.

Para Patrícia Peck Pinheiro, território é “no mundo tradicional, a questão da demarcação do território sempre foi definida por dois aspectos: os recursos

³¹ SYDOW, Spencer Toth. **Crimes informáticos e suas vítimas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 83- 84.

³² SILVA, Joel Freire da. **Crimes na internet**. 2015. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Tuiuti do Paraná. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/media/tcc/2016/02/CRIMES-NA-INTERNET.pdf>> Acesso em: 12 jul. 2017. p. 9.

³³ SYDOW, Spencer Toth. **Crimes informáticos e suas vítimas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 101-103.

³⁴ SYDOW, Spencer Toth. **Crimes informáticos e suas vítimas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 101-103.

³⁵ SILVA, Joel Freire da. **Crimes na internet**. 2015. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Tuiuti do Paraná. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/media/tcc/2016/02/CRIMES-NA-INTERNET.pdf>> Acesso em: 12 jul. 2017. p. 13

³⁶ SYDOW, Spencer Toth. **Crimes informáticos e suas vítimas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 105.

³⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 (1940). **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

físicos que esse território contém e o raio de abrangência de determinada cultura”.³⁸

Contudo, para Spencer, devido a conectividade se consegue estar em ambientes ao mesmo tempo, “independentemente da velocidade de sua conexão, da capacidade individual ou de barreiras físicas e políticas. E assim é a ubiquidade: a capacidade de se estar presente em diversos lugares ao mesmo tempo”³⁹

Para elucidar a problemática do conceito, Patrícia Peck Pinheiro usa como exemplo:

Onde fica a porta? (falando sobre o Direito Digital) Até onde um ordenamento jurídico tem alcance? O problema não está apenas no âmbito da Internet, mas em toda sociedade globalizada e convergente, na qual muitas vezes não é possível determinar qual o território em que aconteceram as relações jurídicas, os fatos e seus efeitos, sendo difícil determinar que norma aplicar utilizando os parâmetros tradicionais.⁴⁰

A autora, refere-se à *port* (*porto em inglês*), que basicamente seria o meio (físico ou digital) que determinado computador comunica-se com outro, ou seja, *port* é o elo entre o computador e um terceiro elemento que pode ser outro computador ou a própria rede internet⁴⁰.

Anonimidade é um dos conceitos que mais interessa quando se pesquisa crime informático, isto porque se tem a ideia de que muitas vezes é possível esconder a identidade no mundo informático, contudo só é possível esconder-se de maneira imediata, pois com investigação é possível identificar o usuário⁴¹.

Ou ainda, valendo-se de instrumentos do *iter criminis*, chega-se à conclusão provável de autoria, como no caso da apelação criminal nº 0702632-4 (TJPR):

CONDENAÇÃO DO MARIDO. IMPOSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA ATUAÇÃO DELE. ABSOLVIÇÃO CONFIRMADA. CRIME DE USO INDEVIDO DE SINAL VERDADEIRO. SÍMBOLO DA INTERPOL POSTADO NO BLOG,

³⁸ PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 80.

³⁹ SYDOW, Spencer Toth. **Crimes informáticos e suas vítimas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

p. 105. ⁴⁰ PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 80.

⁴⁰ MIT. **Reading 21: Sockets & Networking**. Disponível em: <<http://web.mit.edu/6.005/www/fa15/classes/21sockets-networking/>>. Acesso em: 12 jul. 2017. Também em W3C. Web Services Addressing (WS-Addressing).

Disponível em: <<https://www.w3.org/Submission/ws-addressing/>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁴¹ PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 86.

ACOMPANHADO DE MENSAGEM ZOMBETEIRA EM RELAÇÃO À JUSTIÇA. PROVEITO PRÓPRIO QUE NÃO REQUER CARÁTER ECONÔMICO. NÍTIDA INTENÇÃO DE SE VANGLORIAM DO (ATÉ ENTÃO) ANONIMATO DA AUTORIA DO BLOG. CONDENAÇÃO DA RÉ CONFIRMADA, ASSIM COMO A ABSOLVIÇÃO DO CORRÉU. RECURSOS NÃO PROVIDOS⁴².

Que pelo fato do suspeito de cometer o crime, acessar sua conta privada em diversas *lan houses*, e logo em seguida, no mesmo IP (internet protocol) uma conta falsa denegrir a honra de uma desafeta deste internauta, presumiu-se que ele quem estava a cometer tais atos⁴⁴.

Por fim, a última característica abordada está ligada ao principal marco da internet, sua velocidade ser extremamente rápida. Assim, trazendo a ideia de fato, valor e norma proposta pelo Miguel Reale, necessita de ser veloz, já que os fatos são rápidos dentro do ambiente virtual⁴³.

COMPLIANCE NO DIREITO BRASILEIRO

Compliance do ponto de vista técnico é o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da organização/empresa⁴⁴⁵.

Nesta ótica, agir de maneira que se possa garantir um parâmetro ético dentro de determina empresa, faz com que o consumidor se sinta ainda mais prestigiado e com a noção de que aquela atividade empresarial, desenvolve-se respeitando o princípio da boa-fé.

⁴² PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação criminal nº 702.632-4**, da 4ª Vara Criminal da Comarca de Maringá, Curitiba, 10 de fev. 2011. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11062936/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-702632-4>>. Acesso em: 12 jul. 2017. ⁴⁴ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação criminal nº 702.632-4**, da 4ª Vara Criminal da Comarca de Maringá, Curitiba, 10 de fev. 2011. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11062936/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-702632-4>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁴³ SYDOW, Spencer Tothes, op. cit, 2013, p. 110

⁴⁴ SANTOS, Renato Almeida dos Santos. **Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional**. Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/compliance_ferramenta_mitigacao.pdf>. Acesso: 10 de jun.

⁴⁵

Usando deste contexto, criado conforme o padrão internacional, surge o ISO 38500 que regula as práticas de boa governança corporativa de tecnologia da informação.

Quem são os principais agentes que podem ter interesse na aplicação e adequação da norma? Segundo a própria norma ISO/IEC 38500, os principais interessados são:

gerentes seniores, membros de grupos de monitoramento de recursos dentro da organização; especialistas externos, de negócios ou técnicos, tais como jurídicos ou contábil; especialistas, associações de varejo ou entidades profissionais; fornecedores de hardware, software, comunicações e outros produtos de TI; fornecedores internos e externos de serviços (incluindo consultores); auditores de TI⁴⁶.

As principais qualidades ao se ter esta certificação encontram-se no fato de tornar-se mais aceitável sua relação negocial, sendo que as partes interessadas tendem em entender como razoáveis as expectativas depositadas nas empresas. Sendo que ocorre o direcionamento para um uso de maneira organizada dos aparatos da Tecnologia da Informação para uma boa prática empresarial⁴⁷.

Deste modo, o *compliance* mostra-se como a melhor ferramenta para avaliação, gestão e monitoramento do uso da tecnologia da informação para as práticas empresariais.

Contudo, faz-se necessário o uso de balizas para o uso do *compliance*, sendo assim, o ISO 38500 elencou alguns princípios⁴⁸, sendo eles: responsabilidade, estratégia, aquisição, desempenho, conformidade e comportamento humano⁴⁹.

Entretanto dentro das políticas de governança em Tecnologia da Informação (GTI), o ISO 38500 é apenas uma proposta de normatização/padronização dessas práticas, já que há outros modelos dentro da própria GTI mais eficazes e mais completos que a própria normatização por parte da ISO/IEC⁵⁰.

⁴⁶ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT ISO/IEC GUIA 38500:2009** – Governança corporativa de tecnologia da informação. Rio de Janeiro, 2009. p. 1.

⁴⁷ ISO/IEC. **ISO/IEC 38500:2015(en)** Information technology – Governance of IT for the organization Disponível em: <<https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:38500:ed-2:v1:en>>. Acesso em: 10 de jun. 2017.

⁴⁸ Neste ponto, usa-se a terminologia de princípio como sendo uma norma de valor qualitativamente mais alto enquanto fundamento normativo anterior à própria norma.

⁴⁹ ISO/IEC. **ISO/IEC 38500:2015(en)** Information technology – Governance of IT for the organization Disponível em: <<https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:38500:ed-2:v1:en>>. Acesso em: 10 de jun. 2017.

⁵⁰ 51 LOURO, Almir Costa. O FUTURO DA GOVERNANÇA DA TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO.

Sendo assim, usando de analogia da classificação de seres da biologia, seria como Governança da Tecnologia da Informação ser gênero e a ISO 38500 ser espécie.

Entretanto, há outra técnica chamada de COBIT (Control Objectives for Information and related Technology) que em uma tentativa de definir o que é este instituto, chegase à seguinte conclusão:

A melhor forma de se definir o que é o COBIT é compreender a sua missão. Segundo o próprio ITGI, a missão do COBIT, em uma tradução livre, é “pesquisar, desenvolver, publicar e promover um framework de controle para governança de Tecnologia da Informação, atual e internacionalmente aceito, para adoção pelas organizações, e utilizado no dia a dia de gerentes de negócio, profissionais de TI e auditores” (ITGI, 2007).⁵¹

O COBIT, assim como o ISO, também possui suas balizas, contudo, diferente do que ocorre no ISO, o COBIT possui como baliza os 5 pontos elencados dentro da GTI, que são: alinhamento estratégico, gerenciamento de riscos, gerenciamento de recursos, entrega de valor, mensuração de performance⁵².

DISPOSIÇÕES LEGAIS

A prática do *compliance* faz-se necessária diante dos inúmeros casos de corrupção que assolam o noticiário brasileiro no início do século XXI no Brasil.

Prova disto é que o Estado brasileiro no ano de 2013 deu força à lei 12.846, conhecida como lei anticorrupção. Em seu artigo 7º, VIII, reconheceu que a prática de atos de *compliance* possuem importância jurídica, já que as sanções deverão observar se há este mecanismo na empresa.

Ressalta-se que não é necessário um programa específico de *compliance* e sim “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e

Revista Foco [on-line]. n. 1. v. 8. Disponível em: <<http://www.novomilenio.br/periodicos/index.php/foco/article/viewFile/145/99>>. Acesso em: 10 de jun. 2017.

⁵¹ FERREIRA NETO, Arthur Nunes; SOUZA NETO, João. METAMODELO DO FRAMEWORK COBIT DE GOVERNANÇA DE TI. Revista de Gestão da Tecnologia e Sistemas de Informação [on-line]. n. 3. v. 10. Universidade Católica de Brasília. Brasília: Brasil. Disponível em: <<http://www.jistem.fea.usp.br/index.php/jistem/article/viewFile/10.4301%252FS1807-17752013000300004/471>>.

Acesso em: 10 de jun. 2017.

⁵² LOURO, Almir Costa. O FUTURO DA GOVERNANÇA DA TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO. Revista Foco [on-line]. n. 1. v. 8. Disponível em: <<http://www.novomilenio.br/periodicos/index.php/foco/article/viewFile/145/99>>. Acesso em: 10 de jun. 2017. 54 BRASIL. Lei 12.846 de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 12 de jun. 2017.

incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;”⁵⁴

Contudo, em 2015 foi editado um Decreto (nº 8.420/2015) que regulamenta a Lei anticorrupção, e neste, define que Programa de integridade é:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade⁵³.

Conforme elucida o parágrafo único, não basta apenas a existência do programa, mas também sua devida atualização de acordo com o risco que cada entidade empresarial carrega, garantindo assim uma máxima efetividade dessas práticas.

Conforme já discutido, há necessidade de definir parâmetros para o *compliance*, seja para aplicação do COBIT quanto do ISO 38500, não obstante, o artigo seguinte ao 41 trata quais os parâmetros legais para essas práticas:

Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:
I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;
padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;
análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;
registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;
controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de

⁵³ BRASIL. Decreto 8420 de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 12 de jun. 2017.

relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;
 procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;
 independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; - canais de denúncia de irregularidades, ~~abertos e amplamente divulgados~~ a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;
 medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
 verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;
 monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no [art. 5º da Lei nº12.846, de 2013](#); e
 transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

Sendo assim, fazendo o uso das balizas estabelecidas tanto quanto pelo ISO, quanto pelo COBIT, tornam-se figuras aptas para serem programas de integridade, pois contemplam os vários parâmetros estabelecidos legalmente.

Deste modo, apesar de suas diferenças (conforme tabela abaixo), ambos são capazes de gerir um programa de integridade.

ISO	COBIT
responsabilidade	alinhamento estratégico
estratégia	gerenciamento de riscos
aquisição	gerenciamento de recursos
desempenho	entrega de valor
conformidade	mensuração de performance
comportamento humano	

Fonte: o autor.

Contudo, faz-se necessário entender o que cada um desses itens representa. A escolha dos princípios embutidos no ISO, repercute na avaliação, direção e

monitoramento da gestão de tecnologia das empresas, neste aspecto, desenvolve-se a ideia de que:

PRINCÍPIO	AVALIAR	DIRIGIR	MONITORAR
Responsabilidade	Gestão para opções de delegação de responsabilidades e toma de decisões.	Exigência de que os planos sejam efetuados de acordo com as delegações previamente estabelecidas.	Responsabilidade quanto à escolha dos meios para fiscalização dos atos praticados.
Estratégia	Estratégia para escolha de quais tecnologias se amoldam à política da empresa.	Alinhar os planos empresariais com as tecnologias disponíveis e que sejam benéficas. Além incentivo para que os dirigentes possam inovar.	Se com o uso da tecnologia adotada há um efetivo benefício.
Aquisição	Quanto às opções disponíveis para compra/fornecimento de tecnologias para TI.	Gerir para que o emprego de tecnologia respeite as regras, inclusive os termos de uso dos respectivos <i>softwares</i> , respondendo os anseios da organização.	Relação entre a razão de comprar a tecnologia por parte da empresa e a razão de o fornecedor vender determinado produto.
Desempenho	Abarca quanto ao armazenamento das informações geradas com a TI. Também inclui a eficácia do sistema de Governança de TI de determinada empresa.	Gestão quanto ao prévio estudo de recurso necessário para implementação de determinada aplicação com TI	Se a TI de alguma forma escora o negócio. Se as políticas de gestão estão sendo cumpridas e se há outra tecnologia que possa alterar de maneira significativa o ramo empresarial com o qual se opera.
Conformidade	Se a adoção de uma medida de TI, respeitara conformidade interna externa (compliance).	Exigir que os responsáveis adequem as Tecnologias às determinações legais. Que se crie parâmetros de uso.	Monitoramento com o uso de avaliação de relatórios gerados pelos grupos de direção e avaliação sobre o respeito às boas práticas mercantis.

Comportamento humano	Garantir a Integridade e Expectative de comportamento humano sejam analisados de maneira prévia, antes da implementação de determinada TI.	Cabe ao gestor exigir que as tecnologias compreendam e sejam pensadas(ainda que na compra) com as necessidades particulares daqueles que usaram essa tecnologia.	Monitorar os comportamentos humanos, para que possa quando provocado, ter respostas concretas (muitas vezes, Baseadas em Relatórios e estatísticas).
-----------------------------	--	--	--

Fonte: Adaptado de; FERNANDES, Aguinaldo Aragon. Implantando a governança de TI⁵⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do uso intensificado das tecnologias, tornou-se possível um avanço tecnológico impensável até meados do século XX. Entretanto, junto com esse avanço tecnológico, surgiu a necessidade de categorizar e estudar essas tecnologias.

Neste contexto, características como interatividade e conversabilidade são elementos fundamentais para compreender a internet sob à ótica jurídica.

Junto com as características da internet, provindas de alteração do modo como a sociedade atua, alterou-se de maneira significativa os padrões éticos da sociedade e, portanto, torna-se cada vez mais imprescindível o uso de técnicas de *compliance* aplicadas à tecnologia.

Sendo assim, tanto o padrão ISO 38500 como o COBIT, são ferramentas que podem produzir um resultado satisfatório quanto ao uso da tecnologia de maneira ética e segura por parte do setor empresarial.

Neste aspecto, ainda que esses padrões (tanto ISO, quanto COBIT) sejam respeitados, é substancial que também se respeito o ordenamento jurídico pátrio. Destarte, o uso das técnicas de *compliance*, no ano de 2017 já são abarcadas pelo ordenamento com a Lei n. 12.846/2013 e Decreto n. 8.420/2015.

Sendo assim, conclui-se que usar do ISO 38500 ou do COBIT, é ainda mais do que respeitar a ética empresarial, mas, garantir o bom funcionamento do direito negocial e produz efeitos que podem beneficiar de inúmeras maneiras o empresário que tiver como índole boas atitudes negocias.

Referências

AFONSO, Carlos A. **Internet no Brasil: o acesso para todos é possível?**. Disponível em:

<http://www.moodle.ufba.br/file.php/10203/Textos_Topicos/Tema_Inclusao_Digital/AFO_NSO_Carlos_Internet_no_Brasil_o_acesso_para_todos_poss_vel.pdf>. Acesso em: 12 de jun. 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT ISO/IEC GUIA 38500:2009** – Governança corporativa de tecnologia da informação. Rio de Janeiro, 2009.

BRASIL. **Decreto 8420 de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 12 de jun. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 (1940). **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 de jun. 2017.

BRASIL. **Lei 12.846 de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 12 de jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.965. **Diário Oficial**, Brasília, 2014. Disponível em <http://www.Planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.Htm>. Acesso em 12 de jun. 2017.

CERF, Vinton G.; KAHN, Robert E. **A Protocol for Packet Network Intercommunication**. IEEE Trans, Vol Com-22, N. 5º, Maio de 1974.

Disponível em: <<https://www.cs.princeton.edu/courses/archive/fall06/cos561/papers/cerf74.pdf>> Acesso em: 12 de jun. 2017.

CORRÊA, Fabiano Simões. **Um estudo qualitativo sobre as representações utilizadas por professores e alunos para significar o uso da Internet**. 2013. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, Universidade de

São Paulo, Ribeirão Preto. Disponível em: <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/59/59137/tde-08102013-](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/59/59137/tde-08102013-162610/publico/Fabiano_Correa_Mestrado.pdf)

[162610/publico/Fabiano_Correa_Mestrado.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/59/59137/tde-08102013-162610/publico/Fabiano_Correa_Mestrado.pdf)&sa=U&ved=0ahUKEwid8L_C5qjJAhVCGh4KHURDBA0QFggTMAY&client=internal-uds-

cse&usg=AFQjCNEISgqKzOCKM6SmG3bqqkbcRiGzgg>. Acesso em: 12 de jun. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Defense Advanced Research Projects Agency**. About DARPA. Disponível em: < <http://www.darpa.mil/about-us/about-darpa>>. Acesso em: 12 de jun. 2017.

FERNANDES, Aguinaldo Aragon. **Implantando a governança de TI: da estratégia à gestão dos processos e serviços**. 3. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2012.

FERREIRA NETO, Arthur Nunes; SOUZA NETO, João. **METAMODELO DO FRAMEWORK COBIT DE GOVERNANÇA DE TI**. Revista de Gestão da Tecnologia e Sistemas de Informação [on-line]. n. 3. v. 10. Universidade Católica de Brasília. Brasília: Brasil. Disponível em: < <http://www.jistem.fea.usp.br/index.php/jistem/article/viewFile/10.4301%252FS1807-17752013000300004/471>>. Acesso em: 10 de jun. 2017.

FONSECA, Guilherme de Souza. A trajetória de um provedor de acesso à internet: o caso da Interaccess no período de 1995 a 2001. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/79523>> . Acesso em: 12 de jun. 2017.

INTERNET RELAY CHAT. **IRC History by Jarkko Oikarinen**. Disponível em: <http://www.irc.org/history_docs/jarkko.html>. Acesso em: 12 de jun. 2017.

ISO/IEC. **ISO/IEC 38500:2015(en) Information technology — Governance of IT for the organization** Disponível em: <<https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:38500:ed-2:v1:en>>. Acesso em: 10 de jun. 2017.

LEINER, Barry. et al. **The Past and Future History of the INTERNET**.

Disponível em:

<<http://groups.csail.mit.edu/ana/Publications/PubPDFs/The%20past%20and%20ofuture%20history%20of%20the%20internet.pdf>> . Acesso em: 12 de jun. 2017.

LOURO, Almir Costa. **O FUTURO DA GOVERNANÇA DA TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO**. Revista Foco [on-line]. n. 1. v. 8.

Disponível em:

<<http://www.novomilenio.br/periodicos/index.php/foco/article/viewFile/145/99>>. Acesso em: 10 de jun. 2017.

MARILL, Thomas; ROBERTS, Lawrence G. **Toward A Cooperative Network Of**

Time-Shared Computers. nov. 1966. Disponível em: <<http://www.packet.cc/files/toward-coop-net.html>>. Acesso em: 12 de jun. 2017.

MASSARANI, Sandro Albernaz. **A "Primitivização do Pensamento Civilizado":** Oralidade e Escrita nos Mundos Virtuais. Disponível em: <http://www.massarani.com.br/index_html_files/PrimitivizacaoPensamento.pdf>. Acesso em: 12 de jun. 2017.

MELO, Cristiano Fiorilo de; WINTER, Othon Cabo. **A conquista do Espaço:** do Sputnik à Missão Centenário. Disponível em: <<http://www.feg.unesp.br/~orbital/sputnik/Capitulo-1.pdf>>. p. 19-21. Acesso em: 12 de jun. 2017.

MIT. **Reading 21: Sockets & Networking.** Disponível em: <<http://web.mit.edu/6.005/www/fa15/classes/21-sockets-networking/>>. Acesso em: 02 jun 2016. Também em W3C. **Web Services Addressing (WS-Addressing).** Disponível em: <<https://www.w3.org/Submission/ws-addressing/>>. Acesso em: 12 de jun. 2017.

NASCIMENTO, AD., and HETKOWSKI, TM., orgs. **Educação e contemporaneidade:** pesquisas científicas e tecnológicas [online]. Salvador: EDUFBA, 2009.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Crimes de informática.** 2. ed. Leme: BH, 2009.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet:** liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação criminal nº 702.632-4,** da 4ª Vara Criminal da Comarca de Maringá, Curitiba, 10 de fev. 2011. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11062936/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-7026324>>. Acesso em: 12 de jun. 2017.

_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação criminal nº 702.632-4,** da 4ª Vara Criminal da Comarca de Maringá, Curitiba, 10 de fev. 2011. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11062936/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-7026324>>. Acesso em: 12 de jun. 2017.

_. Universidade Estadual de Maringá. **História da Internet.** Disponível em: <http://www.din.uem.br/museu/hist_dainternet.htm>. Acesso em: 12 de jun. 2017.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRIMAK, Fábio Vinícius. **Tecnologias da Informação Aplicadas ao Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2015.

SANTOS, Renato Almeida dos Santos. **Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional**. Disponível em:

<https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/compliance_ferramenta_mitigacao.pdf>. Acesso: 10 de jun. 2017

SAWAYA, Márcia Regina. **Dicionário de Informática e Internet**. Disponível em:

<<http://comp.ist.utl.pt/aaa/Prog/Dicion%20E1rio%20De%20Inform%20E1tica%20&%20Intern%20Ingl%20EAs-Portugu%20EAs.pdf>>. Acesso em: 12 de jun. 2017.

SILVA, Joel Freire da. **Crimes na internet**. 2015. Monografia (Bacharelado em Direito)

– Universidade Tuiuti do Paraná. Disponível em:

<<http://tconline.utp.br/media/tcc/2016/02/CRIMES-NA-INTERNET.pdf>>
Acesso em: 12 de jun. 2017.

SILVA, Rita de Cássia Lopes da. **Direito penal e sistema informático**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SYDOW, Spencer Toth. **Crimes informáticos e suas vítimas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_. **Delitos informáticos próprios: uma abordagem sob a perspectiva vitimodogmática**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em:

<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-15062011-161113/>>.
Acesso em: 01 ago. 2016. p. 79.

_____; BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio (Coords).

Crimes informáticos e suas vítimas. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZANIOLO, Pedro Augusto. **Crimes modernos: o impacto da tecnologia no direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

ZYGMUNT, Bauman. **Modernidade Líquida**. Traduzido por: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

CRIMES DIGITAIS EM ESPÉCIE

Daniela Chyn Hua Chiao¹ e Ligia Maria Marini²

Resumo

O uso desenfreado dos meios digitais, seja em comunicação ou em redes sociais, cresceu nos últimos tempos aproximando pessoas e proporcionando a troca de informações e até mesmo conhecimento entre diversas pessoas. Entretanto, com esse avanço tecnológico, surgiram diversos ataques criminosos que, em alguns casos, podem gerar danos morais irreparáveis e ferem a dignidade humana também. O presente artigo tem como foco na pesquisa de os problemas que envolvem os crimes cibernéticos, bem como identificar o conceito e, através disto, reconhecer quais são os sujeitos ativos, principais agentes e especificar quais os principais crimes digitais que podem ser cometidos atualmente, incluindo em quais meios digitais. O objetivo geral é, portanto, constatar quais são as condutas tipificadas como delito e quais as leis que são utilizadas como fundamento.

Palavras-chave: Crimes Virtuais; Digitais; Internet; Informática.

DIGITAL CRIMES

Abstract

The unbridled use of digital media, whether in communication or in social networks, has grown in recent times bringing people together and providing the exchange of information and even knowledge among different people. However, with this technological advance, several criminal attacks have arisen, which in some cases can cause irreparable moral damage and harm human dignity as well. This article focuses on investigating the issues surrounding cybercrime as well as identifying the concept and, through this, recognizing which are the main actors and specifying the main digital crimes that can be committed today, including on which digital media. The general objective is therefore to establish which are the conduct classified as a crime and which laws are used as a basis.

Keywords: Virtual Crimes; Digitals; Internet; Informatics.

¹ Estudante de Graduação do Curso de Direito em FMU (Faculdades Metropolitanas Unidas), cursando atualmente o 6º Semestre. Possui inglês no nível avançado pela Cultura Inglesa e conhecimentos intermediários em informática pela Fundação Bradesco. Participei de diversas palestras ministradas pela OAB/SP também.

² Estudante de Graduação do Curso de Direito em FMU (Faculdades Metropolitanas Unidas), cursando atualmente o 6º Semestre. Possui experiência como estagiária no Tribunal de Justiça e participou de diversos cursos ministrados pela OAB/SP. Possui inglês básico e espanhol intermediário.

INTRODUÇÃO

É perceptível que no mundo contemporâneo há muitas influências advindas das tecnologias, incluindo a internet, que, afeta o relacionamento entre as pessoas e a maneira como obtemos conhecimento e trocamos informações. Porém, é visível que esta maneira de avanço trouxe um problema, conhecido atualmente como os crimes cibernéticos, que, em muitos casos, trazem prejuízos demasiados para as vítimas.

Estes crimes, no entanto, tratam-se de danos materiais, como fraude, espionagem, ataques as contas bancárias, crimes contra a honra, tais como injúria, difamação e calúnia e a liberdade individual, tendo também crimes de pedofilia e a divulgação de imagens pornográficas. Contudo, a Lei 12.737/2012, titulada como “Lei Carolina Dieckmann”, tendo em vista o caso da atriz cuja foi vítima de divulgação indevida de fotos íntimas obtidas através da invasão ocorrida em seu computador, dispõe sobre delitos informáticos, acrescentando ao Código Penal artigos que criaram um novo tipo penal para tutelas esses crimes.

Segundo Chaves (apud SILVA, 2003, p.19), cibernética é a “ciência geral dos sistemas informantes e, em particular, dos sistemas de informação”. Assim, por meio do conceito analítico de crime, pode-se chegar à conclusão de que “crimes cibernéticos” são todas as condutas “típicas, antijurídicas e culpáveis praticadas contra ou com a utilização dos sistemas da informática” (SCHMIDT, 2014, [n.p.]).

É nítido que essa modalidade de crime tem se espalhado em todo o Brasil. Para designar este crime, são utilizadas diversas terminologias distintas, tais como: Criminalidade de informática, infrações cometidas por meio de computador, crimes de computador, *cybercrimes*, delito informático, crimes virtuais, crimes eletrônicos, crimes digitais e até mesmo, crimes cibernéticos.

Os instrumentos os quais podem ser cometidos esses delitos são diversos, como através de computadores de mesa, computadores portáteis (*notebooks* e *netbooks*), telefones celulares ou dispositivos como processadores, *pendrives*, que são dispositivos de armazenamento e dentre outros que processam e armazenam dados.

Além disso, é importante ressaltar os agentes envolvidos, tendo em vista que são conhecidos como *hackers* e *crackers*, os quais possuem uma série de comportamentos e objetivos distintos.

AGENTES DE CRIMES CIBERNÉTICOS: HACKERS E CRACKERS

Hackers

A terminologia “hacker” surgiu na década de 1960 para definir pessoas que conseguiam resolver problemas comuns de formas incomuns. Assim, a tradução pertinente a este é “fuçador”, de acordo com Assunção, tendo em vista que nenhum outro termo traduz melhor alguém que vai a fundo em alguma questão até conseguir solucionar o problema.

De acordo com Mitnick, os *hackers* detêm um vasto conhecimento de informática, sabendo encontrar com facilidade qualquer abertura de segurança nos sistemas, porém, não altera e muito menos danifica algo. Em muitas vezes, são contratados por empresas que têm a intenção de testar os sistemas de segurança, procurando falhas que comprometam os dados.

No entanto, eles também podem ser denominados “White Hat”, que segundo Assunção, são os “hackers do bem”, que, em tese, não procuram cometer nenhum crime. Assim, eles não têm a intenção de cometer crime, porém, ao invadirem um sistema ou computador sem autorização, mesmo sem danificar, pode caracterizar um crime.

Crackers

Os *crackers* são os criminosos que possuem um vasto conhecimento de informática e utilizam isto para encontrar aberturas no mundo virtual e causar danos a terceiros ou obter alguma informação confidencial, sendo assim, possuem uma denominação de “Black Hat”, que significa “Hacker do Mal”.

Eles usam seus conhecimentos para roubar senhas, documentos, causar danos ou até mesmo espionar, e, na maioria das vezes, possuem alvos bem definidos.

PRINCIPAIS CRIMES DIGITAIS

Calúnia, Difamação e Injúria

A calúnia tem previsão no artigo 138 do Código Penal que se trata do crime de atribuir a alguém a autoria de um fato definido em lei como crime quando se sabe que essa pessoa não cometeu crime algum.

A difamação tem previsão no artigo 139 do Código Penal, que prevê:

“Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: (...)”

Assim, a difamação é atribuir a alguém fato ofensivo à sua reputação ou honra, tendo como exemplos: espalhar boatos que prejudiquem a reputação da pessoa na empresa em que ela trabalhe ou na comunidade em que ela vive.

A injúria trata-se de um crime que ofende a dignidade de alguém, por meio de insultos, xingamentos, humilhações e etc. Este crime tem previsão no artigo 140 do Código Penal, que aduz:

“Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro (...)”.

Tendo em vista o crime de injúria, existe também a injúria qualificada, que é prevista no artigo 140, §3º do Código Penal que é relacionada a ofensa à dignidade de alguém se utilizando de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Ameaça

O crime de ameaça tem previsão no artigo 147 do Código Penal e se trata de ameaçar alguém de causar-lhe mal injusto e grave por meio de palavras, sejam faladas ou escritas, gestos ou qualquer outro meio simbólico.

Tem como exemplo uma situação em que uma pessoa é ameaçada por outra dizendo que vai agredir a ela ou alguém da família do ameaçado.

Furto de dados

É enquadrado como estelionato e definido da seguinte maneira pelo Código Penal: “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou

mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento” – Art. 171 do Código Penal.

Este crime é cometido, normalmente, a partir da criação de sorteios ou prêmios em páginas de redes sociais, e, em troca de possíveis premiações, os interessados precisam se cadastrar e instalar alguns aplicativos, tendo que inserir dados pessoais, endereço, CPF e etc.

Utilização de Softwares falsos

O crime é cometido quando há a instalação de softwares em computadores que permitem o acesso a todos os dados pessoais registrados na máquina, e, com esses dados em mãos, torna-se possível a falsificação de cartões de créditos, a realização de transações bancárias e etc.

Há a previsão deste crime no artigo 154 do Código Penal:

“Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: (...)”

As consequências podem ser: O roubo de dados pode demorar anos para ser descoberto e poderá ter prejuízos enormes em razão disto. Já para as empresas, os danos poderão ser maiores pois geralmente há dados confidenciais e bancários de maior relevância.

Criação de perfis falsos (“Perfis fakes”)

A criação de perfis em redes sociais é bem rápida e simples, e por conta disto, há pessoas mal-intencionadas que utilizam disto para prejudicar pessoas físicas ou empresas.

A criação de perfis falsos gera um problema para todas as pessoas pois elas podem divulgar conteúdos falsos, podendo até ter o oferecimento de serviços, promoções ou descontos que não estão sendo oferecidos por uma empresa.

Assim, uma prevenção é sempre colocar o nome “perfil oficial” ou “não realizamos promoções” nas páginas oficiais da empresa ou mesmo sendo de pessoa física.

Pode ser descrito na lei como o crime de falsa identidade, uma vez que a há a mentira sobre a própria identidade ou sobre a identidade de outra pessoa para obter alguma vantagem indevida ou para causar dano a alguém. A previsão está no artigo 307 do Código Penal:

“Art. 307 - Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem.”

Apologia ao crime

O crime ocorre quando há a criação de páginas e perfis que estimulem a prática de crimes como pedofilia, racismo, furtos e dentre outros.

Esses perfis, geralmente, possuem acesso privado e os membros compartilham dicas e sugestões para a prática de atos ilícitos. Além de serem totalmente ilegais, eles podem envolver pessoas que nem ingressaram como membros.

Violação ao direito autoral – Plágio

O crime está previsto na Lei nº 9610/1998 que dispõe sobre a proteção dos direitos autorais e aquele que o comete pode sofrer pena de detenção e ser obrigado ao pagamento.

O plágio e a violação ao direito autoral se referem à cópia de informações veiculadas por terceiros sem a indicação da fonte.

Pedofilia

O crime de pedofilia tem previsão no artigo 241 da Lei 8069/1990 do Estatuto da Criança e do Adolescente e que se trata de um crime que os criminosos compartilham fotos, vídeos e informações envolvendo o abuso sexual de menores de idade.

Além disso, há pessoas que se aproveitam do anonimato ou criam perfis falsos para entrar em contato com menores e convencê-los a ir a encontros reais.

Neste tipo de crime, há a proteção do bem jurídico e é justamente a criança que já sofre um abuso físico e virtual, onde terá sua foto, vídeo e até mesmo sua imagem de forma geral, divulgada por um número incontável de pessoas.

Apropriação Indébita

É o crime previsto no artigo 168 do Código Penal que consiste no apoderamento de coisa alheia móvel sem o consentimento do proprietário.

Neste crime, o criminoso recebe o bem por empréstimo ou em confiança e passa a agir como se fosse o dono. A diferença com o furto é que aqui, ele tem acesso ao bem de forma legal, mas depois que recebe o bem, resolve apoderar-se do mesmo ilícitamente, ou seja, a pessoa deixa de entregar ou devolver ao seu legítimo dono.

“Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção...”

LEGISLAÇÃO PENAL ACERCA DOS CRIMES DIGITAIS

No dia 30/02/2012 entrou em vigor a Lei Federal nº 12.737/2012 que trata sobre os crimes de Internet, conhecida popularmente como Lei Carolina Dieckmann, que tipifica os crimes digitais, com a inclusão no Código Penal os artigos 154-A e 154-B, dos parágrafos primeiro e segundo no artigo 266 e parágrafo único no artigo 298. Aqui, é demonstrado uma equiparação da clonagem de cartões á falsificações de documentos pessoais.

É considerado um avanço na lei brasileira, tendo em vista que anteriormente era difícil identificar quem clonava cartões e obtém dados e imputar como crime, sendo que era possível apenas no momento em que era realizada a fraude.

O artigo 154-A, crime tipificado no Código Penal, versa sobre o crime de invasão de dispositivo informático, o qual o bem jurídico protegido é a inviolabilidade de segredos, sendo os dados e as informações armazenados no computador, podendo ser de pessoas físicas, jurídicas de direito privado e até mesmo de direito público.

Outrossim, qualquer pessoa que praticar uma conduta ilegal, isto é, que viole a lei, mesmo que relacionada ao mundo cibernético, estará cometendo crime, tendo em vista que o tipo penal é expresso quando se trata da configuração do delito.

METODOLOGIA

Por ser pesquisa exploratória, o presente artigo científico foi realizado através de pesquisa bibliográfica, ou seja, a partir de leituras de livros, artigos e até mesmo referências em *sites* de internet. Na concepção de Severino, ele entende que a “pesquisa bibliográfica é aquela que se realiza a partir do registro disponível, decorrente de pesquisas anteriores, em documentos impressos, como livros artigos, teses e etc.”

Ainda, a pesquisa bibliográfica pode ser definida como contribuições culturais ou científicas realizadas sobre um determinado assunto, tema ou problema que possa ser estudando, utilizando definições de autores dominantes do tema pesquisado.

Um método de pesquisa científica adequada ao desenvolvimento de estudos temáticos é desenvolver o artigo através de contribuições de outros autores, livros, artigos e teses. É necessário afirmar que todo o trabalho e toda a pesquisa deve ter o embasamento na pesquisa bibliográfica, não sendo considerado uma repetição do que já foi abordado sobre o tema, mas sim um novo entendimento, chegando a conclusões atuais.

De acordo com o exposto, na pesquisa abordada, foi utilizado um levantamento bibliográfico relacionado aos crimes cibernéticos e a internet nos dias atuais, sendo privilegiados *sites on-line* por ser um tema relativamente novo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a evolução da internet e, diante das transformações de paradigmas sociais, o tema tratado é uma matéria que jamais perderá importância, de modo que foi

necessária a elaboração de uma lei que dispunha acerca da tipificação criminal de delitos informáticos.

Diante do anonimato dos criminosos, a dificuldade em puni-los é uma tarefa cada vez mais frequente, sendo necessário seguir uma difusão de esclarecimentos sobre o tema, para apurar e punir.

Com isso, o esclarecimento técnico aos operadores de Direito, à autoridade policial, aos administradores de sistemas informáticos, magistrados e membros do Ministério Público é necessário na defesa das vítimas que são ou podem ser afetados moralmente com a exposição de dados pessoais, segredos e imagens e, em alguns casos, até mesmo serem lesadas economicamente com a clonagem de cartões de crédito e fraudes eletrônicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSUNÇÃO, Marcos Flávio Araújo. Segredos do hacker ético. 3ª edição. Florianópolis: Visual, 2008.

BRASIL. Decreto-Lei no. 2.848 de 7 de setembro de 1940. Código Penal. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

Acesso em: 10 de novembro de 2018.

_____. Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012. Aprova a tipificação criminal de delitos informáticos. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>.

Acesso em: 14 de novembro de 2018.

MITNICK, Kevin D.; SIMON, William L. **A arte de invadir**. São Paulo: Person Prentice Hall, 2005.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23ª ed. 11ª reimpressão. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVEIRA, Neil. **Crimes Cibernéticos e invasão de privacidade à luz da Lei Carolina Dieckmann**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61325/crimes-ciberneticos-e-invasao-de-privacidade-a-luz-da-lei-carolina-dieckmann>>.

Acesso em: 14 de novembro de 2018.

CRESPO, Marcelo. **Crimes digitais: do que estamos falando?** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/crimes-digitais-do-que-estamos-falando/>>. Acesso em: 13 de novembro de 2018.

RockContent. **Conheça os 6 principais tipos de crime na internet**. Disponível em

<<https://blog.vetracs.com.br/conheca-os-6-principais-tipos-de-crime-na-internet/>>. Acesso em: 12 de novembro de 2018.

SAMPAIO, Jorge Henrique Pereira; LIMA, Alexandre Felipe de Souza. **Crimes virtuais: conceito e seus tipos**. Disponível em

<<https://carmo311.jusbrasil.com.br/artigos/307607071/crimes-virtuais-conceito-e-seus-tipos>>. Acesso em: 13 de novembro de 2018.

DESIGUALDADE NO ALCANCE DA PLENA CIDADANIA HOMOAFETIVA E A LIBERDADE POLÍTICO-RELIGIOSA: LAICIDADE DEMOCRÁTICA OU MONARQUIA (IN) CONSTITUCIONAL RELIGIOSA

Jefferson Sant'Anna da Mota¹ e Jorge Shiguemitsu Fujita²

Resumo

O presente artigo pretende traçar, na perspectiva dos grupos sociais religiosos e homossexuais, um breve panorama histórico do tratamento jurídico da homoafetividade no Brasil e seus efeitos na paralisação de ações legislativas voltadas à regulamentação dessas uniões na sociedade contemporânea, notadamente diante da estigmatização discriminatória em razão da crença religiosa ou da convicção filosófica alheia. Para o desenvolvimento da pesquisa, realizou-se a análise legal e doutrinária do período colonial e da era contemporânea, resultando na conclusão de que ainda é preciso reafirmar a nova consciência sobre a sexualidade e promover um reenquadramento da percepção e da colocação dos segmentos religiosos no debate democrático em prol da plena eficácia e concretização de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Democracia; Constituição; Religião; Homoafetividade.

¹ Acadêmico de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Membro do Grupo de Trabalho e Pesquisa "Família, Grupos Sociais e Informação" do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas.

² Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Civil do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo). Professor Doutor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Professor Visitante do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Londrina – PR. Professor da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Coordenador do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito de Família e das Sucessões Aplicado do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Membro das Comissões de Direitos Infante-juvenis; de Direito Civil; de Biotecnologia e Biodireito; e do Acadêmico de Direito, todas da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo. Membro da Comissão de Bioética e Biodireito do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP. Advogado, consultor e parecerista.

INEQUALITY IN THE REACH OF FULL HOMOAFETIVE CITIZENSHIP AND POLITICAL-RELIGIOUS LIBERTY: DEMOCRATIC LAITY OR UNCONSTITUTIONAL RELIGIOUS MONARCHY

Abstract

This article intends to draw from the perspective of religious and homosexual social groups a brief historical overview of the legal treatment of homoafetivity in Brazil and its effects on the paralysis of legislative actions aimed at regulating these unions in contemporary society, especially in the face of discriminatory stigmatization on account of religious belief or the philosophical conviction of others. For the development of the research, the legal and doctrinal analysis of the colonial period and of the contemporary era was carried out, resulting in the conclusion that it is still necessary to reaffirm the new awareness about sexuality and to promote a reframing of the perception and placement of the religious segments in the democratic debate on the full effectiveness and realization of fundamental rights.

Keywords: Democracy; Constitution; Religion; Homosexuality.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é marcada pela pluralidade, o que torna mais expressiva a relevância do debate democrático quando da tomada de decisões políticas, notadamente naquelas que dizem respeito à consolidação mais concreta dos direitos fundamentais na esfera jurídica individual dos destinatários das normas constitucionais e infraconstitucionais.

A laicidade estatal, como marco representativo da separação Igreja-Estado, é importante mecanismo de proteção individual da liberdade de consciência e de crença, bem como do tratamento igualitário de todas as pessoas e de todas as organizações religiosas, convidadas a participar dos debates da sociedade civil e a protagonizar o progresso civilizatório constitucionalmente propugnado.

Contudo, como adiante se verá, há entraves na aprovação de proposições legislativas relativas à liberdade sexual e aos direitos reprodutivos das pessoas, em especial naquelas que visam tão somente conferir igualdade de condições na vivência da homoafetividade em relação à forma de união que com ela mais guarda similitude fática, com base numa visão moralizante das práticas afetivo-sexuais, numa afirmação de que, em tese, a concessão de tais direitos

desestruturaria “valores tradicionais” da família brasileira, gerando a busca por direitos pela via judicial, com potencial para causar um desequilíbrio institucional entre os poderes e uma desigualdade entre as forças de poder na sociedade.

Diante de tal cenário, justifica-se a temática ora abordada ante sua vigência contemporânea e os eventuais efeitos adversos ao comando de progressividade e de não retrocesso na seara dos direitos fundamentais positivados na Constituição Cidadã.

A análise proposta pelo presente artigo perpassa, metodologicamente, num primeiro momento pelo exame da constitucionalização das relações familiares e da força normativa da Constituição como elementos que tornam os direitos e os princípios constitucionalmente positivados exigíveis judicialmente.

Em seguida, será exposto um breve relato acerca da influência histórica da religião sobre o Estado brasileiro, bem como a inclusão dos valores divinos no ordenamento positivo colonial, de modo a evidenciar algumas raízes do passado incidentes sobre o fenômeno atual.

Por fim, far-se-á uma análise da laicidade estatal contemporânea no Brasil e dos reflexos democráticos da ainda presente influência religiosa obstativa à concessão de direitos fundamentais.

A Constitucionalização das relações familiares e o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas como entidade familiar no Brasil.

O fenômeno da constitucionalização das relações familiares representa a vontade do Poder Constituinte Originário de atribuir aos direitos constituídos nesse campo um *status* diferenciado de proteção. O marco jurídico desse fenômeno não é inovador, uma vez que as Cartas Fundamentais anteriores a de 1988 também conferiam proteção à família (formada pelo casamento válido, com caráter indissolúvel e com exclusão de qualquer outra), fazendo com que o diferencial do legislador constitucional do processo de redemocratização consistisse na elevação da pluralidade nas modalidades de família reconhecidas em patamar constitucional, o que se nota a partir da redação de seu artigo 226:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável

entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher³.

A ampliação do conceito de família para além da forma casamentaria, com positividade constitucional da família monoparental e da família constituída em união estável, com o reconhecimento da igualdade no exercício dos direitos e deveres relativos à sociedade conjugal e com a imposição de idêntico tratamento e concessão de direitos aos filhos independentemente da origem da filiação (artigo 227, § 6º, da CRFB/1988), por si só, já são indicativos da postura acolhedora do legislador constitucional em atribuir efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais a relações familiares fundadas por outros meios que não sejam o casamento válido.

No que diz respeito à família homoafetiva, não se pode negligenciar que o propósito da Constituição da República à luz de seu artigo 3º, I e IV é assegurar a promoção de uma cidadania sexual ativa e inclusiva que permita a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, alcançável apenas pela conjugação de tal objetivo fundamental ao progressivo alcance, no plano político-legislativo e judicial, da materialização da vedação a qualquer forma de discriminação, inclusive no que diz respeito à convivência respeitosa da plena afetividade e sexualidade das pessoas, segundo a orientação de cada um.

Desse modo, não mais passa a ser compatível que a codificação civil seja lida em paralelismo com os preceitos constitucionais, vez que

Como cedo, as demandas sociais são cada vez mais complexas e exigentes de interlocução com outros saberes. O direito civil, ramo por excelência das relações privadas, não pode ficar infenso às transformações sociais nem à interdisciplinaridade. Esses elementos são pressupostos para um direito civil crítico, transformativo e harmonizado com os fatos, a fim de nivelar-se com as vicissitudes sociais e desse modo realizar a tutela dos indivíduos, em especial a tutela dos variados arranjos familiares⁴.

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 15. Nov. 2018.

⁴ FERRAZ, Carolina Valença et al. Manual do direito homoafetivo. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 57.

Igualmente relevante passa a ser a perspectiva da constitucionalização das relações familiares quando benéfica para a aceleração do alcance subjetivo de direitos numa sociedade altamente dinâmica.

Esta projeção do direito constitucional no direito civil é um fenômeno contemporâneo que, tendo como pressuposto certo modelo de sociedade e certa ideia de Estado, dá resposta normativa a exigências da nossa época. Pondo o nosso direito civil em sintonia com o espírito do tempo, [...] a Constituição prefigurou o regime de relações jurídico-civis, funcionando como promotora de modificações substanciais ao seu conteúdo. Assim pode provocar ou programar modificações do direito civil, quer de forma imediata, derogando, por inconstitucionalidade, preceitos que a infrinjam, quer através de mandatos ao legislador para que dê realização plena aos valores que consagra. Por qualquer das duas formas, o direito civil assume, por influxo constitucional, uma nova configuração, diferente da que, sem ele, teria⁵.

Numa perspectiva confirmatória, Maria Berenice Dias sustenta que

O Direito das Famílias, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma profunda transformação. O princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Num único dispositivo, o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Além de alargar o conceito de família para além do casamento, foi derogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais. A Constituição Federal, ao outorgar a proteção à família, independentemente da celebração do casamento, venceu um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros⁶.

Assim, a (re)leitura constitucional da família como instituto tradicional e fundamental do direito civil implica a incidência da principiologia própria da Constituição, impondo um tratamento digno, igualitário e, como regra geral, liberal aos cidadãos homossexuais, o que se realiza a partir da compreensão da Lei Fundamental como um todo unitário capaz de congrega em si o bloco monolítico do direito e que se efetiva a partir da compreensão não exaustiva do núcleo familiar na Constituição, cabendo ao intérprete, numa redefinição da percepção e aplicação do ordenamento jurídico-constitucional, “efetuar a

⁵ FERRAZ, Carolina Valença et al. Manual do direito homoafetivo. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48.

⁶ DIAS, Maria Berenice. A Homoafetividade como Direito. In: JÚNIOR, Mauro Nicolau (Coord.). Novos Direitos. Item n. 5, 2007, p. 336.

filtragem constitucional dos institutos previstos na legislação infraconstitucional⁷, de modo a afastar o dogmatismo puro que, não raras vezes, resulta em injustiça.

Nessa senda,

Com a Constituição de 1988, todo o ordenamento jurídico e toda a atividade legislativa ficaram condicionados à observação e ao cumprimento dos princípios fundamentais elencados no artigo 1º da Constituição Federal e dos objetivos fundamentais previstos em seu artigo 3º, donde advém que o cerne do sentido jurídico passa a ser a valorização do ser humano, e sua efetiva proteção⁸.

O atingimento do escopo de conciliar, no Estado Constitucional de Direito, a legalidade e a dignidade, em geral consistente na mitigação da aplicação inflexível da primeira em nome da segunda, pode se dar pelas instâncias políticas majoritárias, compostas pelos Poderes Executivo e Legislativo, ou por meio da jurisdição constitucional, que, nesse novo cenário, atua sobre as relações familiares quando a não concessão expressa de direitos estiver eivada de inconstitucionalidade por comprometer, diante de grave morosidade legislativa na tutela das liberdades, o tratamento não discriminatório das uniões homoafetivas. No caso brasileiro, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, ao conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, em especial para a expressão “homem e mulher” ali contido, equiparou as uniões homoafetivas às uniões heterossexuais, vedando qualquer interpretação discriminatória ou qualquer ato obstativo à concessão de idênticos efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais a referidas uniões quando configurada a presença dos requisitos da convivência pública, contínua e duradoura entre pessoas do mesmo sexo com o objetivo de constituir família.

O quadro fático subjacente apoiou-se na existência de múltiplas interpretações no contexto judicial e extrajudicial dos dispositivos do Decreto-Lei Estadual nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) quando da concessão de vantagens e benefícios aos servidores daquele Estado-membro fundados na relação conjugal e na convivência familiar.

⁷ STF, Pleno, ADPF 132/RJ, Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 05/05/2011. DJe 14/10/2011.

⁸ BAHIA, Cláudio José Amaral. A natureza jusfundante do direito à família. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, ano 11, n. 22, p. 20-49, jul./dez. 2008, p. 21.

A título de exemplo, quando referido decreto trazia a previsão de possibilidade de licença por motivos de doença em pessoa da “família” ou para acompanhamento de “cônjuge”, a interpretação conferida aos dispositivos do decreto, tanto no plano administrativo quanto no judicial, impossibilitava a fruição desses direitos por parte dos homossexuais, ao argumento de que a união estável homoafetiva não era considerada entidade familiar no plano constitucional e que a expressão “homem e mulher” contida no artigo 1.723 do Código Civil não admitiria que um cônjuge, para os fins do decreto, fosse pessoa do mesmo sexo do servidor público pleiteante.

O fundamento para a mencionada equiparação, no plano sociológico-filosófico, consistiu na afirmação de que as relações homoafetivas caracterizarem-se como fato da vida que em nada compromete a regular vivência afetiva de terceiros, tampouco representa ato violador de norma jurídica, sendo, nesse contexto, papel intrínseco do Estado Constitucional contemporâneo a proteção do livre e saudável desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos a ele vinculado e que estejam em busca da *eudaimonia*, por meio do enfrentamento adequado dos desafios promovidos pela discriminação, pelo preconceito e pela intolerância.

Já na perspectiva jurídica, a tese esteve direcionada aos princípios constitucionais fundamentais da dignidade humana, da igualdade, da liberdade e da segurança jurídica que, dada a densidade normativa desses conteúdos e o caráter sensível de que se revestem na atual quadra histórica, com sérias repercussões no contexto social, impõem o reconhecimento das uniões homoafetivas como direitos personalíssimos.

A despeito de profunda divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito de um potencial ativismo judicial comprometedor do pleno exercício da cidadania ativa no plano democrático, que por ora deixa de ser analisada com maior profundidade em razão do objeto do presente artigo e da evidente amplitude do assunto, cujo esgotamento requer um aprofundamento teórico mais exaustivo que tem o condão de eventualmente desviar o trabalho acadêmico do eixo central de seu escopo, o que se sabe é que, em regra, no âmbito das liberdades públicas prevalece o dever de abstenção da interferência estatal.

Contudo, no campo dos direitos civis e políticos, essa obrigação negativa não exclui o dever de atuação desse mesmo Estado com o fito de proteger o exercício das liberdades de cerceamentos promovidos pela coletividade e/ou pelo próprio Poder Público e afastar a “síndrome de inefetividade das normas constitucionais” que torna os direitos constitucionalmente positivados

promessas substancialmente vazias e emissoras de meras recomendações ao legislador infraconstitucional, sem qualquer aplicabilidade imediata, a rigor do quanto preceitua o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal.

A propósito da oxigenação constitucional da ordem infraconstitucional, a Lei nº 11.340/2006 atribui à família um conceito ampliativo consentâneo com a Constituição da República ao estatuir, em seu artigo 5º, inciso II e parágrafo único, que ela é compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa, afastando a orientação afetivo- sexual dos indivíduos envolvidos na relação como critério excludente da proteção legal especial da mulher em situação de violência doméstica e familiar.

Diante desse quadro, infere-se que o alcance progressivo do direito à liberdade sexual pode ser concretizado, para além do mero reconhecimento formal, a partir da adequada compreensão do termo laicidade estatal, já que “não é apenas com enunciados formais, como princípios constitucionais, que se irá garantir os direitos da comunidade LGBT⁹”, notadamente porque tais comandos de natureza predominantemente principiológica não representam meras declarações valorativas desligadas de vinculação aos direitos fundamentais e, num espectro mais amplo de análise, à homoafetividade como fato social merecedor de proteção, mas retratam o dever de ação estatal na interpretação e aplicação da Constituição, promovendo um equilíbrio normativo-estrutural apto a integrar harmoniosamente a aparente incompatibilidade entre liberdade religiosa e plena vivência da sexualidade.

Metodologicamente, uma proposta razoável ainda aberta a críticas e a uma reconstrução propositiva consistiria no exame atento das lacunas existentes no ensino jurídico que prejudicam uma compreensão mais aprofundada e sólida das raízes históricas não mais subsistentes da visão restritiva dos direitos da comunidade homoafetiva advindos de imperfeições institucionais e estruturais advindas de um longo período de subordinação estatal aos dogmas religiosos, promovendo a devida correlação e referência dos fundamentos substanciais que orientam a leitura constitucionalmente adequada da forma aos operadores do direito, em atenção aos deveres de progressividade e de proibição do retrocesso em direitos fundamentais, que operam em favor do reconhecimento do afeto como “valor jurídico impregnado de natureza constitucional¹⁰” que, associada

⁹ LOREA, Roberto Arriada. Intolerância Religiosa e Casamento Gay. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 43.

¹⁰ STF, Segunda Turma, AgRg no RE 477.554/MG. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 16/08/2011.

à estabilidade na relação afetiva e fraternal estabelecida, produz o liame necessário para a configuração da família em face das mudanças contemporâneas na concepção moral de entidade familiar.

A trajetória da “legislação religiosa” no Brasil e sua presença implícita na atual quadra histórica no que diz respeito ao tratamento das relações homoafetivas.

O Brasil ostenta uma trajetória um tanto quanto peculiar de legislação proibitiva da homoafetividade, já que passou muitas décadas, desde o início da colonização, influenciado pela doutrina católica romana, muito difundida por meio do trabalho da Companhia de Jesus, composta por padres jesuítas cujo ensino no contexto colonial constituiu a principal atividade num núcleo apenas parcialmente autonomizado em relação às finalidades da metrópole, causando uma associação negativa no imaginário social das práticas sexuais entre pessoas do mesmo gênero.

A junção de interesses entre Estado e Igreja no modo como os moradores do novo território descoberto, os indígenas brasileiros, eram estrategicamente convertidos à fé católica por intermédio da catequese e do aprendizado da leitura e da escrita da língua portuguesa no contexto europeu de ascensão do protestantismo, visto como ameaça concreta à hegemonia católica pode ser extraída a partir da análise da Companhia de Jesus como

produto de um interesse mútuo entre a Coroa de Portugal e o Papado. Ela é útil à Igreja e ao Estado emergente. Os dois pretendem expandir o mundo, defender as novas fronteiras, somar forças, integrar interesses leigos e cristãos, organizar o trabalho no Novo Mundo pela força da unidade lei-rei-fé¹¹.

Na pretensão de bem atender a uma dupla funcionalidade finalística, fica destacada a existência de ambiguidades no comportamento da congregação jesuítica ante a tentativa de conciliação dos interesses estatais e religiosos numa só ação, porque

[...] Nenhuma instituição humana há sido julgada com mais parcialidade do que a dos jesuítas: para uns foram eles a idealização do poder católico, o tipo mais perfeito do ministro do Evangelho, numa palavra verdadeiros apóstolos, como em sua aparição, os denominou o povo; para outros simboliza o instituto de Loyola a falsificação da fé, o

¹¹ RAYMUNDO, Gislene Miotto Catolino. Os princípios da modernidade nas práticas educativas dos jesuítas. 1998. 143p. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Maringá, p. 43.

relaxamento das máximas da moral cristã, a corrupção da disciplina eclesiástica, quando exigiam-no os interesses de sua egoísta política¹².

A estrutura da congregação jesuítica era dotada de princípios fundamentais que conferiam à instituição uma rigidez acentuada, de modo a induzir a obediência cega e absoluta às ordens superiores de um modo muito similar à estrutura escalonada e hierarquizada vislumbrada principalmente nos arranjos militares, além da constante busca pela perfeição humana sob os critérios divinos e da gradativamente crescente evangelização capaz de combater a heresia.

Referido trabalho de transformação social nas práticas indígenas travestida de evangelização consolidou-se no Brasil como algo natural, de modo que a legislação passou a incorporar em seu bojo os valores dessa particular visão religiosa de mundo, inclusive no que dizia respeito às práticas sexuais, como adiante se exemplificará.

A despeito de muitos avanços terem sido conquistados no que diz respeito aos direitos de temática LGBT, ainda resta muito sedimentado na cultura brasileira o sentimento de repulsa aos membros de referido grupo, particularmente destacado nesse trabalho os homossexuais, mesmo séculos depois da extinção dos postulados jurídicos coloniais e após o desenvolvimento de um conhecimento científico mais sólido acerca da homossexualidade como prática que não contraria a ordem da natureza e, portanto, não mais pode ser encarada como um desvio nos impulsos sexuais, um distúrbio identitário ou uma anomalia psíquico-sentimental da função libidinosa.

Tal olhar discriminatório, hoje manifestado na posição conservadora de alguns segmentos religiosos, não raras vezes influencia os operadores do direito, mesmo após o julgamento da mencionada ADPF nº 132/RJ, com eficácia “erga omnes” e efeito vinculante que veda a adoção de vertente interpretativa contrária ao teor da tese fixada, sob pena de cassação do ato que esteja em desconformidade com a obrigatoriedade de adequação, assegurando-se a eventual lesado o manejo da Reclamação Constitucional como meio de efetiva e coativa operacionalização da obediência às decisões do Supremo Tribunal Federal dotadas de efeito vinculante.

Igualmente obstativo ao alcance de um regime jurídico formalmente igualitário são os reveses apresentados por categorias de parlamentares religiosos que alçam valores pessoais a uma condição superior em relação ao projeto democrático-

¹² VASCONCELOS, Simão de. Crônica da Companhia de Jesus. 3 Ed. Petrópolis: Vozes/INL/MEC, 1977. V. 1, p. 40.

republicano proposto pelo Poder Constituinte Originário e reafirmado pelo Poder Judiciário por ocasião da apreciação da

ADPF nº 132/RJ, fazendo de seu mandato político instrumento para a manutenção (quando não a promoção) dos atos discriminatórios vislumbrados no presente estado de coisas.

A propósito, é possível estimar o grau de democratização de determinada sociedade a partir da análise do nível de aparelhamento institucional direcionado ao escopo do Estado Democrático e da aferição do funcionamento dessas instituições isoladamente consideradas. A partir daí, a aferição do grau de enraizamento da democracia em determinada sociedade passa por dois filtros cumulativos de conformidade da ordem política vigente ao ordenamento jurídico contemporâneo: o nível de acesso aos direitos fundamentais de segunda dimensão e a amplitude da fruição das liberdades públicas¹³.

Assim sendo, as estruturas institucionais públicas devem estar direcionadas ao alcance do escopo constitucional maior de consolidar um modelo democrático emancipatório e civilizatório consentâneo com o neoconstitucionalismo, assegurando os direitos de liberdade e, concomitantemente, a manutenção de um sistema em que seja possível o discurso deliberativo apto a normatizar interesses contrastantes de uma sociedade plural representada por mandatários políticos que não agem por direito próprio, sem que seja necessário, para tal fim, o socorro à violência e, tampouco, que o resultado venha a ferir os direitos que compõem aquele núcleo axiológico essencial à manutenção da ordem jurídica, a exemplo da isonomia e da dignidade.

Convém assinalar, nesse ponto, que o disposto no artigo 13 das Ordenações Filipinas (1603) admitia a pena de morte no fogo para aqueles que praticassem a homossexualidade, com perda de bens em favor do Estado Português e em prejuízo a eventuais herdeiros, nos seguintes termos:

Art. 13. Toda pessoa, de qualquer qualidade que seja, que pecado de sodomia por qualquer maneira cometer, seja queimado e feito por fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória, e todos seus bens sejam confiscados para a Coroa de nossos reinos, posto que tenha descendentes; pelo mesmo caso seus filhos e netos

¹³ RAMOS, Elival da Silva. A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988. Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 125-152, jan/dez 2010, p. 126.

ficarão inábeis e infames, assim como os daqueles que cometem crime de lesa-majestade.

Numa perspectiva exclusivamente religiosa do juízo divino sobre a homoafetividade, estatuindo algumas distinções no tratamento excludente da homossexualidade masculina e feminina, também dispunham as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia (1707) ser

[...] Tão péssimo e horrendo o crime da Sodomia, e tão encontrado com a ordem da natureza, e indigno de ser nomeado, que se chama nefando que é o mesmo que pecado em que não se pode falar, quanto mais cometer. Provoca tanto a ira de Deus, que por ele vem tempestades, terremotos, pestes e fomes e se abrasaram e sorveteram cinco cidades, duas delas somente por serem vizinhas de outras, onde ele se cometia. Sobre o dito crime fez o Santo Pio V duas Constituições, em que ordenou o modo que se deve observar no castigo dos Clérigos culpados nesse delito, e os Reis deste Reino com santo zelo impetraram da Sé Apostólica, que para melhor ser castigado este nefando delito, se cometesse o castigo dele aos Inquisidores Apostólicos do Tribunal do Santo Ofício, como se fez por um Breve do Papa Gregório XIII.

Portanto, ordenamos e mandamos que se houver alguma pessoa tão infeliz, e carecida do lume da razão natural, e esquecida de sua salvação (o que Deus não permita) que ouse cometer um crime, que parece feio até mesmo ao Demônio, vindo à notícia do nosso Provisor, ou Vigário Geral, logo com toda a diligência e segredo se informem, perguntando algumas testemunhas exatamente, e o mesmo farão nossos Visitadores, e achando provado quanto baste, prendam os delinquentes e os mandem ter a bom recado, e em havendo ocasião, os remeterão ao Santo Ofício com os autos de sumário de testemunhas que tiverem perguntado; o que haverá lugar no crime de Sodomia própria, mas não na imprópria, que comete uma mulher com outra, de que adiante se tratará.

O resgate desses textos jurídicos, vigentes por mais de séculos no ordenamento brasileiro, é fundamental no campo acadêmico para a melhor compreensão dos profissionais do direito quanto às contemporâneas evidências científicas¹⁴ que, dissociadas do que preconceituosamente preceituam algumas religiões, desconstroem a cultura jurídico-religiosa de exclusão das pessoas em razão das práticas sexuais que adotam, operando em favor da adequada aplicação da previsão de laicidade estatal como mecanismo assegurador da plena vivência das crenças individuais em igualdade de condições por todos os cidadãos.

Tal vivência livre e igualitária da religiosidade e da sexualidade como direitos individuais personalíssimos passa pelo exame crítico dos instrumentos postos à disposição pelo poder público e da consistência da legitimidade de referidas

medidas à luz de um sistema de elaboração de normas que não sejam tendencial ou predominantemente voltadas ao atendimento deste ou daquele segmento religioso e/ou preceito moral, pois assim como toda religião tem o direito de estabelecer os dogmas fundamentais de sua fé e as propagar a seguidores efetivos ou em potencial, o Estado tem o dever constitucional de estabelecer uma ordem política e jurídica que dissocie o regramento estritamente religioso da lei civil¹⁴, assegurada a participação democrática das confissões religiosas nos debates de questões sensivelmente impactantes na sociedade civil, com a presunção relativa de que não haverá dominação destas sobre as instituições públicas, uma vez que a laicidade passa pela liberdade de crença e de vivência sexual do outro como regular manifestação de pluralismo.

Ademais, a família homoafetiva, mesmo gozando da proteção estatal, já que “o Estado, investido de poder pela sociedade política, gerencia as relações familiares, dada sua importância para a sociedade e também para cada pessoa individualmente considerada¹⁵”, ainda assim sofre algumas restrições no que diz respeito à prática religiosa, notadamente nos segmentos religiosos verticalmente contrários a tal prática.

O equilíbrio entre a livre manifestação do pensamento moral-prático-religioso nas instituições político-representativas e o livre exercício do afeto são, portanto, os parâmetros objetivos sobre o qual o Estado deve se pautar para, em eventual necessidade e em caráter absolutamente excepcional resguardado por uma fundamentação ampla e constitucionalmente aderente, restringir o regular exercício da vivência (homo) sexual em face de nítida violação a bens jurídicos de terceiros¹⁶, porquanto tal direito ostenta a proteção conferida aos direitos da personalidade e representam uma projeção da dignidade humana que se

¹⁴ O que já foi alcançado, ainda que pela via da judicialização e com sensíveis dificuldades de aprovação no Poder Legislativo, no campo do casamento homoafetivo, das uniões estáveis homoafetivas e sua possível conversão posterior em casamento e da adoção por casais formados por pessoas do mesmo sexo. Pesquisa divulgada em junho de 2018, feita pela Revista Huffpost em parceria com a Aliança LGBT e com a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra) com base em informações colhidas na plataforma de inteligência em relações governamentais InteliGov aponta que cerca de 13 projetos de lei tidos por prioritários na temática LGBT estão com a tramitação paralisada no Congresso Nacional, alguns há mais de cinco anos. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2018/06/06/os-13-projetos-de-lei-prioritarios-sobre-direitos-lgbt-que-estao-parados-no-congresso_a_23450721/. Acesso em 15 de novembro de 2018.

¹⁵ PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. Comentários à Constituição Federal de 1988. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord). Comentários ao artigo 226 da Constituição Federal. Rio de Janeiro: Forense: GEN, 2009, p. 2370.

¹⁶ O que já ocorre com a tipificação penal codificada dos crimes contra a dignidade sexual (artigos 213 a 226 do Código Penal), além de outros mecanismos previstos na legislação esparsa.

materializa por meio da autonomia da vontade em pontos sensíveis que direcionam cada qual, inata e intimamente, à sua plenitude existencial.

Contornos constitucionais da laicidade estatal e o critério identificador do fundamentalismo religioso como óbice à concessão de direitos “não-cristãos”.

Tratar do tema liberdade religiosa e o estabelecimento de parâmetros definidores da intolerância e do fundamentalismo que colidem com os direitos fundamentais requerem o exame do Estado laico no contexto democrático contemporâneo.

A laicidade estatal é “um regime social de convivência, cujas instituições políticas estão legitimadas principalmente pela soberania popular e já não mais por elementos religiosos¹⁷” e consiste na garantia individual de que as normas estatais não encontrarão seu fundamento de validade em preceitos do sagrado, tampouco estarão sujeitas à aprovação de qualquer doutrina religiosa, do mesmo modo que o Estado não interferirá nas diferentes orientações e ordenações religiosas.

Na democracia, em que o poder é titularizado pelo povo, a adoção de instrumentos contramajoritários, como liberdade e igualdade, é fundamental para que o regime formalmente democrático não seja convertido, na sua essência, em ditadura da vontade da maioria política (ou de uma maioria religiosa eventualmente dominante).

A conduta de mesclar as decisões estatais e os valores religiosos, “ao sinalizar o endosso estatal de doutrinas de fé, pode representar uma coerção, ainda que de caráter psicológico, sobre os que não professam aquela religião¹⁸”.

Nesse sentido, haveria flagrante violação ao núcleo da autodeterminação, que consiste “no poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências¹⁹”, quando verificadas restrições injustificadas de direitos fundamentais e, no caso em estudo, quando restar frustrado o pleno alcance da cidadania sexual por fundamentos que demonstram certa mitigação da não-confessionalidade do Estado no plano prático.

¹⁷ BLANCARTE, Roberto. O porquê de um Estado laico. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). Em defesa das liberdades laicas. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008, p. 19.

¹⁸ SARMENTO, Daniel. O porquê de um Estado laico. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). Em defesa das liberdades laicas. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008, p. 190.

¹⁹ MACHADO, Jónatas. Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 199.

Um possível ponto de equilíbrio residiria em um regramento com o máximo de liberdade e o mínimo de restrição, contemplando a tolerância à diversidade na atuação das entidades religiosas quando dos debates civis sob o manto da entidade estatal, tanto no plano dicotômico de direcionamento a crentes e não crentes, quanto na perspectiva de não imposição desmedida de dogmas de fé a não crentes por meio do manejo da estrutura político administrativa, de modo a assegurar a autonomia da Constituição e do ordenamento jurídico amplamente considerado em relação às autoridades e preceitos religiosos.

Tal ponto de equilíbrio fica mais concretamente delineado a partir da conjugação do princípio democrático com o princípio da igualdade e o princípio da separação Estado-igreja, já que

Não se pretende disciplinar a religião em si mesma ou afirmar qualquer princípio geral de supremacia do poder político relativamente à autoridade religiosa, mas apenas acomodar o exercício da religião no contexto dos princípios básicos de uma ordem constitucional de reciprocidade, entendida como sistema justo de cooperação entre cidadãos livres e iguais²⁰.

Desse modo, ao mesmo tempo em que o Estado tem o dever de não interferir de forma proibitiva na autodeterminação sexual individual, com ou sem o envolvimento de razões religiosas, deve ele empreender esforços para que exista uma condição estrutural e institucional adequada e propiciadora do pleno desenvolvimento pluralístico das formas de união familiar, promovendo um rearranjo das funções legislativa, executiva e jurisdicional quando a desproporcionalidade na distribuição do poder²¹ causar sensível vulnerabilidade na proteção das liberdades constitucionais, em especial aquelas ligadas à intimidade pessoal.

Tais medidas tornam o poder público o fomentador máximo da tolerância, devendo adotar as providências para a criação e manutenção de um estado de mútuo respeito entre os postulados das organizações religiosas e a livre vivência afetivo-sexual, como o regente de uma orquestra a compatibilizar as diferentes

²⁰ MACHADO, Jónatas. Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 241.

²¹ A Revista Huffpost, com dados obtidos no Tribunal Superior Eleitoral, informou que as frentes cristãs apresentavam números crescentes a cada eleição e que, em meados de 2017, elas compunham aproximadamente a metade da Câmara dos Deputados, com mais de 200 Parlamentares Federais naquela Casa Legislativa, dentre católicos e protestantes. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2018/06/06/os-13-projetos-de-lei-prioritarios-sobre-direitos-lgbt-que-estao-parados-no-congresso_a_23450721/. Acesso em 15 de novembro de 2018.

notas dos diferentes perfis dos instrumentos musicais a uma melodia harmoniosa e univocamente direcionada ao bem de todos, cuja regulação normativa no direito positivo não pode fazer, num Estado Constitucional laico, com que pessoas não possuam direitos ou passem por processos mais dificultosos para acessá-los ante a inexistência de lei expressa.

Assim, a melhor concepção a ser adotada pelo Estado-legislador no que diz respeito às uniões homoafetivas, até em nome da segurança jurídica e da ratificação ao julgado do Supremo Tribunal Federal, é aquela que flexibiliza os rígidos critérios de heteronormatividade na disciplina jurídica da unidade familiar, mitigando, no mesmo sentido, em nome dos postulados fundamentais da igualdade e dignidade humana, “a consideração da paternidade de ambos os progenitores como modelo sócio-ecológico óptimo, a harmonização e disciplina do desejo heterossexual e do seu poder generativo e a preocupação com o desenvolvimento pessoal e social equilibrado das crianças²²” para atribuir critérios mais visíveis no plano fático e que também se fazem presentes no modelo supra descrito de união, como o companheirismo, o compromisso e a intimidade, aqui lida como recíproca gratificação sexual.

O fundamentalismo religioso, contrariamente ao supra proposto, vem sustentar a inconveniência da secularização das pessoas em razão de violação a preceitos religiosos que organizam a vida em sociedade. Ele passa a ser maléfico ao sistema democrático quando presente de forma acintosa nas instâncias de poder decisório, com uma base discursiva afincada na defesa de valores tradicionais típicos da heteronormatividade e da monogamia, fundados no ideário de “decência” nas práticas sexuais que caminham em rota de afronta com a progressiva, custosa e ainda não acabada conquista de direitos de minorias sexuais, como os casais homoafetivos.

No contexto atual, em que se verifica sensível instabilidade nos ideais políticos associada a um sentimento generalizado de profunda ilegitimidade representativa, a tentativa de engessamento de ideais fundamentalistas bastante combativos à conquista de direitos que, no plano religioso, desvirtua valores tidos por sagrados, representa perigosa ameaça a manutenção de um Estado Democrático e risco de retrocesso profundamente prejudicial aos direitos humanos porque propõe uma lógica que contraria a racionalidade científica e mantém algumas propostas legislativas em nível intangível de questionamento

²² MACHADO, Jónatas. Tempestade perfeita? Hostilidade à liberdade religiosa no pensamento teórico-jurídico. In SORIANO, Aldir; MAZZUOLI, Valério (Org.). Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

e avaliação coletiva, cujo resultado pode culminar em restrição ao exercício crítico de revisão dos postulados jurídicos em prol dos direitos fundamentais.

Para o pleno alcance da eficiência nas ações governamentais, é fundamental que a pluralidade na prática discursiva seja manejada com o fim de alcançar maior justiça e liberdade, de modo que a dignidade seja materializada na forma da já mencionada autodeterminação pessoal, com bases juridicamente sólidas. Do contrário, verificar-se-á concentração de poder e “moralização religiosa” da política, com potencial de restringir o direito de pensar e agir diferente, traço marcadamente indesejável pelos Estados laicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O escopo do presente artigo foi o de traçar um panorama da relação estabelecida entre religião e política hodiernamente, indicando o nível de densidade da laicidade estatal no cotidiano do debate político. A conclusão inicial caminha no sentido de que há, de fato, um bloqueio na regulamentação de direitos fundamentais em razão da desaprovação de grupos religiosos organizados idealisticamente e presentes com ênfase no cenário democrático.

Nesse ponto, é importante frisar que a República Federativa do Brasil, por força do desenho constitucional fixado para o distinto direcionamento do trabalho religioso e do trabalho estatal, constitui-se em Estado laico e, portanto, deve proteger o cidadão de atos coativos de aderência a esta ou àquela organização religiosa, ao mesmo tempo em que deve conferir tratamento isonômico aos crentes e não crentes, podendo ser reputados inconstitucionais eventuais atos legislativos que, ainda que implicitamente, solicitaram, em seu processo de formação, a aprovação religiosa para conferir direitos.

No caso em estudo, o reconhecimento da possibilidade de serem atribuídos efeitos jurídicos típicos da esfera familiar às uniões homoafetivas com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, rompendo com o pretérito paradigma de que referidas uniões deveriam estar sujeitas ao regime jurídico das sociedades de fato, é um marco que indica um novo horizonte civilizatório no que diz respeito ao direito homoafetivo.

Todavia, e para tornar prejudicada qualquer discussão acerca de eventual ativismo judicial operado na hipótese, torna-se imperiosa a aprovação de uma Proposta de Emenda à Constituição e um Projeto de Lei, de modo a alterar a redação do artigo 226, § 3º da Constituição Federal e do artigo 1723 do Código Civil, o que encontra objeções em face da existência de grupos de resistência, cujo discurso religioso conservador na definição das políticas nacionais aparenta

ostentar ideais fundamentalistas antidemocráticos muito similares àqueles vigentes no período colonial, o que sinaliza possível risco de retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

Tal conjuntura remete à necessidade cada vez maior de abrir espaços de diálogo para além das instâncias decisórias e, em especial no campo do direito, ampliar os debates acerca do alcance da liberdade religiosa num Estado laico como o Brasil desde a graduação, a fim de que os futuros operadores do direito, refletindo criticamente sobre o cenário político vigente, primem pela beleza da diversidade subjetiva como um traço brasileiro marcante de valor inestimável e militem em prol de um regime de pleno acesso aos direitos fundamentais, fazendo com o que o direito esteja verdadeiramente comprometido com o escopo histórico maior de promover Justiça.

Nesse passo, possuindo algumas diretivas iniciais, talvez possam ser trilhados caminhos no sentido de promover, mediante o manejo dos instrumentos de exercício direto do poder, a exemplo da iniciativa popular, diante de propostas legislativas extremas e excludentes de ambos os lados, uma Política Nacional de Laicidade, com princípios, objetivos e meios pelos quais seja possível a mitigação do fundamentalismo religioso na política sem produzir efeitos danosos ao sistema democrático brasileiro e à rica, mas complexa, diversidade sexual e religiosa presente na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BAHIA, Cláudio José Amaral. **A natureza jusfundante do direito à família.** Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, ano 11, n. 22, p. 21, jul./dez. 2008.

BLANCARTE, Roberto. O porquê de um Estado laico. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). **Em defesa das liberdades laicas.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 15. Nov. 2018.

DIAS, Maria Berenice. A Homoafetividade como Direito. In: JÚNIOR, Mauro Nicolau (Coord.). **Novos Direitos.** Item n. 5, 2007.

FERRAZ, Carolina Valença. **Manual do direito homoafetivo.** 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOREA, Roberto Arriada. Intolerância Religiosa e Casamento Gay. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 43.

MACHADO, Jónatas. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MACHADO, Jónatas. Tempestade perfeita? Hostilidade à liberdade religiosa no pensamento teórico-jurídico. In SORIANO, Aldir; MAZZUOLI, Valério (Org.). **Direito à liberdade religiosa**: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

OS 13 PROJETOS DE LEI PRIORITÁRIOS SOBRE DIREITOS LGBT QUE ESTÃO PARADOS NO CONGRESSO Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2018/06/06/os-13-projetos-de-lei-prioritarios-sobre-direitos-lgbt-que-estao-parados-no-congresso_a_23450721/. Acesso em 15 de novembro de 2018.

PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. Comentários à Constituição Federal de 1988. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). **Comentários ao artigo 226 da Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense: GEN, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a Constituição de 1988. **Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 125-152, jan/dez 2010.

RAYMUNDO, Gislene Miotto Catolino. **Os princípios da modernidade nas práticas educativas dos jesuítas**. 1998. 143p. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Maringá.

SARMENTO, Daniel. O porquê de um Estado laico. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). **Em defesa das liberdades laicas**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

VASCONCELOS, Simão de. **Crônica da Companhia de Jesus**. 3 Ed. Petrópolis: Vozes/INL/MEC, 1977. V. 1.

DIREITO À INFORMAÇÃO E À PROTEÇÃO DA MEMÓRIA COLETIVA E O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Eduardo Salgueiro Coelho¹ e Vinícius Garcia Ribeiro Sampaio²

Resumo

Este artigo analisa, por meio de pesquisa bibliográfica com levantamento de jurisprudência, o conflito entre o direito fundamental à informação e à memória coletiva e o direito ao esquecimento, que vem se consolidando como mecanismo de efetivação do direito à privacidade e de direitos de personalidade. Há relação aparentemente conflituosa entre interesses coletivos e individuais, que são prestigiados em igual medida pelo texto constitucional, o que requer do Direito um olhar atento ao seu sopesamento, especialmente no contexto da sociedade informacional, que implica choques de interesses de mercado, imprensa e indivíduo, que não podem ser ignorados pelo Judiciário.

Palavras-chave: Sociedade da Informação; Direito à Informação; Privacidade; Direitos de Personalidade; Direito ao Esquecimento.

RIGHT TO INFORMATION AND TO COLLECTIVE MEMORY'S PROTECTION AND THE RIGHT TO BE FORGOTTEN IN THE INFORMATION SOCIETY

Abstract

This article analyzes, by bibliographic research and study of court decisions, the conflict between the fundamental right to information and to collective memory and the right to be forgotten, which has been consolidated as a mechanism for effecting the fundamental right to privacy and personality rights. There is an apparently conflictive relationship between collective and individual interests, which are equally honored by the constitutional text, what requires Law to pay close attention to its assessment, especially in the context of the information society, which

¹ Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Especialista *latu sensu* em Direito Civil e Processual Civil. Advogado e Professor Universitário. ² Mestrando e bacharel em Direito pela FMU. Membro dos grupos de pesquisa "Direito, Tecnologia e Sociedade" e "Crimes, Dignidade da Pessoa Humana e Sociedade da Informação", da mesma instituição. Advogado, atua com ênfase em contencioso cível.

implies shocks among market, press and individual interests, that cannot be ignored by the Judiciary.

Keywords: Information Society; Right to Information; Privacy; Personality Rights; Right to be Forgotten.

INTRODUÇÃO

É fundamental para cada geração o estudo da história. Por meio desta, é possível compreender a vida do homem no decorrer do tempo, conhecendo o passado para entender o presente e melhorar o futuro. Na Sociedade da Informação, a internet possibilita de forma ágil e eficiente o tráfego de informações e dados, facilitando assim a publicação e a pesquisa de um fato, bem como a sua exposição global.

Fatos históricos fazem parte da memória do homem e da coletividade em que este está inserido, não podendo ser simplesmente apagados ou “deletados”. Entretanto, o acesso a determinado fato ou informação de forma irrestrita e por prazo indeterminado pode resultar em violação de direitos de personalidade.

A Constituição Federal de 1988 assegura aos cidadãos brasileiros diversas garantias fundamentais, entre essas, os direitos à privacidade e à liberdade de expressão. Esses dois direitos são de suma importância para os dias atuais, porém quando caem em conflito entre si, geram discussão sobre qual deve predominar em detrimento do outro em um caso em concreto.

Diante dessa problemática, apresenta-se neste estudo, de um lado, o direito à informação e à proteção da memória coletiva e, de outro, o direito ao esquecimento. De forma genérica, aquele visa à liberdade de expressão e à manutenção histórica de determinados fatos. Já o direito de esquecimento tem-se como aquele invocado pelo indivíduo para estancar um fato cuja divulgação ou disposição para consulta não seja de sua vontade, geralmente por envolver situações constrangedoras, trágicas, cometimento de crimes com repercussão midiática etc.

O tema é bastante complexo e vem despertando interesse da doutrina e discussão acerca da seguinte questão: o direito à informação e à proteção da memória coletiva sobre fatos essenciais podem perdurar ao longo dos anos, ainda que em detrimento de interesses individuais, ou o direito ao esquecimento, em nome da dignidade da pessoa humana, seria um motivo justo para impedir a revelação de

um passado doloroso de um indivíduo e, conseqüentemente, capaz de apagar parte da história de uma sociedade?

Este artigo, a partir de pesquisa bibliográfica e levantamento jurisprudencial, faz uma análise conceitual reflexiva para debates sobre os conflitos entre esses direitos, não visando apontar qual deles deve prevalecer, mas demonstrar a necessidade de se buscar um paradigma para um ponto de equilíbrio entre eles, especialmente no contexto da sociedade da informação, que permite rápido e elevado tráfego de informações em nome não apenas do interesse público, mas principalmente da exploração econômica de dados.

DIREITO À INFORMAÇÃO E À PROTEÇÃO DA MEMÓRIA COLETIVA

O direito fundamental à informação ganha relevo na sociedade da informação. Se outrora o acesso à informação e a atividade de imprensa já protegessem o cidadão do Estado, hoje a informação tem relevância econômica, além de seus tradicionais impactos políticos. A Constituição Federal de 1988 estabelece expressamente o direito à informação em seu artigo 5º, inciso XIV, bem como as regras gerais de manifestação do pensamento e liberdade de expressão, direitos estes que foram historicamente objeto de luta, mais recentemente na época da ditadura militar. Para melhor compreensão do tema, cabe destacar os artigos e incisos abaixo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...)

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (...)

Entretanto, a liberdade de informação e a liberdade de expressão foram anteriormente destacadas na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 19:

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Assim, a Constituição Federal abrange a liberdade de informar, de se informar e também de ser informado. Todavia, embora as liberdades de informação e expressão possuam garantias constitucionais e sejam direitos de extrema importância nos dias atuais, não podem ser consideradas direitos absolutos ou impenetráveis, pois sofrem limitações na própria Constituição Federal, quando se chocam com outros direitos igualmente protegidos.

Nesse passo, ainda, de acordo com José Afonso da Silva:

[...] a *liberdade de informação* compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição, que também resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV).²

As informações e dados chegam em maior quantidade e mais facilmente nas mãos das pessoas pelo uso da internet, colocando em discussão se essas informações merecem ou não serem publicamente mantidas, pois embora facilitem a liberdade de informação, expressão e de imprensa, nem sempre geram conhecimento, chegando mesmo a conflitar com interesses individuais, na medida em que se associa alguém a determinado fato na web, principal ambiente de pesquisas na sociedade da informação. Sobre este acontecimento destaca-se:

A sociedade da informação, com a disseminação dos computadores pessoais e internet, oportunizou a milhões de pessoas o acesso à informação e a busca do conhecimento, permitindo-lhes, ainda, o exercício positivo mais amplo da liberdade de expressão. No entanto, a busca e a captação da informação instantânea têm proporcionado uma falsa sensação de conhecimento. A apreensão da

² SILVA apud HAZL, Catherine Thereza Braska. Restrições aos Direitos Fundamentais: Problematizações Acerca do Direito ao Esquecimento. Direitos e Garantias Fundamentais V. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p.18. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/2153uj07/ns8Lb3m6rJz76U5o.pdf>>. Acesso em 20. ago. 2018.

informação nem sempre produz a necessária reflexão a respeito da veracidade ou da sua completude. Nessa conjuntura, há uma percepção social perturbadora de que o importante é a quantidade de informações e não o aprofundamento delas.³

Nesse contexto, percebe-se que a crítica tem fundamento: o direito fundamental à informação não surgiu para satisfazer uma necessidade de qualquer informação, independentemente do quê ou de quem se trate, mas, ao contrário, sua interpretação teleológica permite concluir que tal garantia serve para salvaguardar o cidadão contra abusos de poder; trata-se, em última instância, de uma garantia de cidadania, que visa a impedir que a desinformação ou a falta de informação seja um óbice à liberdade de pensamento, convicção política e filosófica ou mesmo que o acesso privilegiado e exclusivo de quem detém informação seja instrumento de abuso de poder.

Não que os conteúdos disponíveis na internet sirvam somente a atender a tal garantia constitucional; a inadequação surge quando um direito tão caro conflita com interesses individuais referentes a direitos de personalidade, isto é, quando as informações disponíveis na web atingem um indivíduo em detrimento do interesse público.

Nesse passo, é importante observar que o direito à memória foi amparado pela Carta Magna em seu art. 216, estabelecendo:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
I as formas de expressão; (...)

Portanto, podemos dizer que a memória coletiva faz parte do patrimônio cultural de uma sociedade, que necessita dessa coerência entre o presente e o passado para a manutenção de sua história. Neste diapasão, o STF se posicionou no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/DF de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, cujas palavras merecem ser expostas aqui:

Cada tempo tem sua história. Cada história, sua narrativa. Cada narrativa constrói e reconstrói-se pelo relato do que foi não apenas uma pessoa, mas a comunidade. Assim se tem a expressão histórica do que pôde e o que não pôde ser, do que foi, para imaginar-se o que poderia

³ LISBOA, Roberto Senise; SILVA, Lidiane Duca. Product Placement e o Direito de Não ser Informado. In: MARTINI, Sandra Regina; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Transdisciplinaridade e o Direito: os Desafios dos Direitos Humanos na Sociedade da Informação. Porto Alegre: Evangraf, 2017.

ter sido e, em especial, o que poderá ser.

História faz-se pelo que se conta. Silêncio também é história. Mas apenas quando relatada e de alguma forma dada a conhecimento de outrem. Pela força de construção e desconstrução de relações sociais, políticas e econômicas, a expressão como direito é fruto de lutas permanentes desde os primórdios da história.

Nesse contexto, Fabiana Santos Dantas aponta que:

Tomando por base o conceito material de direitos fundamentais, e demonstrado nos itens anteriores [tese de doutorado] que a memória é uma necessidade fundamental, pode-se afirmar que o direito à memória existe e consiste no poder de acessar, utilizar, reproduzir e transmitir o patrimônio cultural, com o intuito de aprender as experiências pretéritas da sociedade e assim acumular conhecimentos e aperfeiçoá-los através do tempo.

[...]

O direito fundamental à memória pode ser classificado como um direito de primeira, segunda ou terceira dimensões, dependendo da posição jurídica analisada, consistindo no acesso igualitário de cada cidadão ao acervo cultural da coletividade, como condição indispensável às suas liberdades civis, já que a compreensão do contexto social em que vive é pressuposto da atividade política consciente.⁴

A nominada autora ainda colhe passagem dos Parâmetros Curriculares Nacionais para o Ensino Médio:

*O direito à memória faz parte da cidadania cultural e revela a necessidade de debates sobre o conceito de preservação das obras humanas. A constituição do Patrimônio Cultural e sua importância para a formação de uma memória social e nacional sem exclusões e discriminações é uma abordagem necessária a ser realizada com os educandos, situando-os nos “lugares de memória” constituídos pela sociedade e pelos poderes constituídos, que estabelecem o que deve ser preservado e lembrado e o que deve ser silenciado e “esquecido”.*⁵

Percebe-se, portanto, a íntima relação entre o direito fundamental à memória coletiva e a promoção da cidadania, vida política, história, entre outros elementos essenciais à vida em sociedade e ao Estado Democrático de Direito.

Fatos marcantes, nacional ou mundialmente repudiados, ainda são constantemente ventilados atualmente, em nome da memória coletiva. Entre

⁴ DANTAS, Fabiana Santos; KRELL, Andreas Joachim. O Direito Fundamental à Memória. 2008. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008, p. 57.

⁵ MEC, 1999 apud DANTAS, 2008, p. 58

eles, anualmente, no dia 27 de janeiro, por previsão da Resolução A/RES/60/7 da Organização das Nações Unidas, homenageia-se o dia internacional de memória das vítimas do holocausto, que alerta o mundo sobre os perigos do ódio, fanatismo, racismo e preconceito, demonstrando a preocupação social pela preservação da memória coletiva.

Nesse sentido, o Brasil vivenciou por mais de três décadas a obscuridão sobre crimes e violações de direitos humanos ocorridos na época da Ditadura Militar – vale lembrar que, por meio da Lei 6.683/79 (Lei da Anistia), o Estado concedeu anistia àqueles que cometeram

“crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares” (Art.1º, caput).

Em 2011, foi instituída a Comissão Nacional da Verdade para resgatar a memória e esclarecer esse período da história do País e fortalecer os valores democráticos. Sobre esses fatos violentos e a memória coletiva, acrescenta Ricouer:

(...) não existe nenhuma comunidade histórica que não tenha nascido de uma relação que possa se comparar sem hesitação à guerra. Aquilo que celebramos como acontecimentos fundadores são essencialmente atos violentos legitimados posteriormente por um estado de direito precário. A glória de uns foi humilhação para outros. À celebração, de um lado, corresponde a execração, do outro. Assim se armazenam, nos arquivos da memória coletiva, feridas simbólicas que pedem uma cura.⁶

A perspectiva de Ricouer aponta para um fator essencial do direito à memória coletiva, qual seja a construção da história, que parte de alguém. Ora, a história do Brasil tem um viés eurocêntrico, por se tratar, num primeiro momento, do descobrimento das terras de além-mar e, depois, dos processos de civilização e independência, por exemplo.

A questão aqui não é o valor moral acerca do curso histórico ou mesmo de que ponto de vista partem os registros que constroem a identidade do País ou de nossa sociedade, mas verificar a importância de um olhar livre, que justamente por essa liberdade possa ser crítico. Em outras palavras, o conceito trazido por Fabiana

⁶ RICOEUR, Paul. A memória, a história, o esquecimento. Trad. Alain François et al. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2007, p. 92.

Dantas⁷ aponta que o direito à memória coletiva “consiste no poder de acessar, utilizar, reproduzir e transmitir o patrimônio cultural”, cuja finalidade é a integração do patrimônio histórico-cultural.

A recordação de eventos dolorosos pelos quais passa a sociedade, segundo a nominada autora,⁸ tem esteio em obrigação estatal positiva:

Para o Estado, por outro lado, identificamos os seguintes deveres fundamentais: [...]

b) positivamente, o dever de memória, consistindo em recordar os fatos dolorosos da sociedade, que encerrem violações aos direitos humanos, a fim de que os mesmos não mais se repitam, portanto, com uma finalidade didática. Um exemplo do reconhecimento do ‘dever de memória’ no âmbito internacional é o projeto ‘Slave Route’ da UNESCO, cuja finalidade explícita é recordar a escravidão e o tráfico de escravos para investigar as suas implicações na maneira como são manifestados o racismo e o preconceito nos dias atuais, bem como apontar caminhos para a construção de uma nova forma de cidadania, respeito pela diversidade cultural e o fomento à construção de um diálogo intercultural.

Por esses motivos, o direito à memória coletiva mostra-se essencial para o patrimônio cultural da sociedade, revelando-se uma importante fonte de conhecimento acerca dos erros e acertos das gerações passadas e um norte para as gerações futuras, o que, aparentemente, constitui um dos principais objetivos dessa proteção.

DIREITO AO ESQUECIMENTO

direito ao esquecimento tem sua origem na Europa, fortemente relacionado a sites de busca, que indexam conteúdo online, entre os quais encontram-se nomes de indivíduos, que podem vir associados a determinados fatos, combinação cujo resultado pode afetar direitos de personalidade da pessoa em questão. Para Fernández,⁹ a aludida garantia consiste na possibilidade de exigência de exclusão de dados, justificada pelos riscos ou danos que eles eventualmente possam acarretar a direitos de personalidade.

⁷ op cit, p. 57.

⁸ op cit, p. 92.

⁹ FERNÁNDEZ, Juan Pablo Murga. La protección de datos y los motores de búsqueda en internet: cuestiones actuales y perspectivas de futuro acerca del derecho al olvido. Revista de Derecho Civil, [S. l.], v. 4, n. 4, pp. 181-209, 2017. ISSN 2341-2216. Disponível em: <<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/280>>. Acesso em 06 jul. 2018, p. 184.

Nesse sentido, em prol da defesa de seus direitos de personalidade, um indivíduo pode pretender valer-se do direito ao esquecimento para excluir dados da rede mundial de computadores ou, ao menos, requerer a desindexação de conteúdo relacionado ao seu nome, de modo que a informação permaneça disponível online, mas não mais associada ao seu nome. Há casos famosos que aludem a essa perspectiva: *González vs Google Spain*,¹⁰ *Aída Curi e Chacina da Candelária*.¹¹ Sobre o primeiro caso, Cíntia Rosa Pereira de Lima¹² aponta que:

O caso originou-se na Espanha, em 24 de maio de 2007 (Proc. no. TD/00463/2007) sendo que um cidadão espanhol solicitou a desindexação de informações relativas ao fato de ter sido processado por débitos devidos à Seguridade Social. Ocorre que, na execução fiscal, o espanhol teve alguns imóveis vendidos em hasta pública. Estes fatos ocorreram em 1998 e, na época, foram publicados pelo Jornal *La Vanguardia Ediciones SL*, um veículo de comunicação de grande circulação na Espanha.

Porém, muito embora o fato tivesse ocorrido a mais de dez anos, o reclamante foi surpreendido com a indexação desta notícia quando utilizava a ferramenta de busca da Google.

A nominada autora¹³ sustenta a relevância do estudo desse caso porque sua resolução traz consigo a caracterização do tratamento de dados, o reconhecimento do direito subjetivo à desindexação (correlato ao direito ao esquecimento) e por reconhecer a

aplicabilidade da lei de acordo com o local onde a empresa tenha estabelecimento, independentemente do endereço de sua sede.

Já em relação aos outros dois casos, Barros, Miyashiro e Botelho¹⁴ apontam que:

No primeiro, Caso *Aída Jacob Curi* ocorreu no dia 14 de julho de 1958, no bairro de Copacabana, Rio de Janeiro. Três rapazes tomaram-na, à força e a levaram ao topo de um edifício na Avenida Atlântida. Lá, tentaram abusar sexualmente dela. Após cerca de trinta minutos de

¹⁰ FERNÁNDEZ, op cit, p. 189; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. O Conceito de Tratamento de Dados Após o Caso *Google Spain* e sua Influência na Sociedade Brasileira. *Conpedi Law Review*, [S.l.], v. 1, n. 9, p. 117-140, jun. 2016, p. 117. ISSN 2448-3931. Disponível em:

<http://portaltutor.com/index.php/conpedireview_old/article/view/42/39>. Acesso em 14 jul. 2018, p. 117.

¹¹ BARROS, S. A. M.; MIYASHIRO, M. S. G.; BOTELHO, T. R. Direito ao esquecimento: análise dos casos *Aída Curi* e *Chacina da Candelária*. *Revista de Ciências Jurídicas*, Londrina, v. 17, n. 2, pp. 132-136, mar. 2016, p. 135. Disponível em: <<http://pgsskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/view/4406/3344>>. Acesso em 30 ago. 2018.

¹² Op cit, p. 123.

¹³ Idem, p. 125.

¹⁴ Op cit, p. 135.

resistência, Aída Curi desmaiou, por exaustão. Após tal desmaio, atiraram-na do terraço do edifício, fulminando com a vida. Com isso, tentaram simular um suicídio.

Da exibição, anos depois, de reportagem em programa de televisão, decorreu uma demanda judicial, cuja decisão é apresentada pelos autores:

Não tenho dúvida, como antes salientado, em afirmar que, em princípio, assim com os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime, as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento

– se assim desejarem –, consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. [...]

Por outro lado, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar.

[...]

A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, o que me faz concluir que não há o abalo moral. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a conseqüente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.¹⁵

Percebe-se, portanto, que não somente eventos associados a condutas do indivíduo podem ser objeto de requerimento calcado no direito ao esquecimento, mas, de igual modo, fatos criminosos dos quais a pessoa seja vítima – no caso apresentado, o requerimento foi feito pelos descendentes da titular dos direitos de personalidade afetados pela reportagem, em interesse pela manutenção de sua memória.

O terceiro caso, também trazido pelos três autores, refere-se ao evento conhecido como Chacina da Candelária, em que agentes policiais teriam assassinado jovens moradores de rua, como forma de retaliação por provocações.¹⁶ O evento relativo ao esquecimento consistiria nos danos provocados a um dos acusados, que foi absolvido no processo, mas cuja imagem teria restado muito prejudicada por reportagem exibida na televisão.

Assinalam os nominados autores que “O Superior Tribunal de Justiça entendeu que não seria necessária a divulgação dos nomes dos envolvidos, classificando

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Idem, p. 136.

como abusivo o exercício da liberdade de imprensa neste particular”.¹⁷ Tem-se, portanto, uma terceira situação, em que o requerente chegou a responder por processo judicial, tendo sido absolvido, mas, por decorrência da abordagem sensacionalista típica daquele programa de reportagens (Linha Direta), teve direitos de personalidade prejudicados.

Há outros exemplos relevantes, mas esses três casos já permitem observar a importância do direito ao esquecimento como vetor de proteção dos direitos de personalidade, ainda que em detrimento da memória coletiva. O cerne da questão parece ter relação, portanto, com a relevância da informação veiculada e, por outro lado, com os interesses individuais daquele que é objeto dessas informações.

Cabe destacar, ainda, que o direito ao esquecimento foi objeto de aprovação na VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, por meio do enunciado 531:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil.

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Ainda a respeito da matéria, observa-se a relevância de outro enunciado:

ENUNCIADO 576 – O direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória.

Artigo: 21 do Código Civil.

Justificativa: Recentemente, o STF entendeu ser inexigível o assentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais (ADIn 4815), asseverando que os excessos devem ser coibidos repressivamente (por meio do direito de resposta, de uma indenização por danos morais ou pela responsabilização criminal por delito contra a honra). Com isso, o STF negou o direito ao esquecimento (este reconhecido no Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil) quando em confronto com a liberdade de publicar biografias, mas sem eliminar a possibilidade de seu reconhecimento em

¹⁷ Idem.

outros casos concretos. É hora, pois, de reafirmar a existência do direito ao esquecimento. Esta é a posição conciliadora de Gustavo Tepedino (Opinião Doutrinária acerca da interpretação conforme a Constituição dos arts. 20 e 21 do CO, Organizações Globo, 15.06.2012, p. 25), ao afirmar que o direito ao esquecimento cede espaço ao interesse público inerente à publicação de biografias. Sobretudo, mais do que ser reconhecido, o caso concreto pode exigir que o direito ao esquecimento seja protegido por uma tutela judicial inibitória, conforme admitiu o STJ em dois precedentes (REsp 1.334.097/RJ e REsp 1.335.153/RJ). Isso porque a violação do direito à honra não admite a *restitutio in integrum*. A compensação financeira apenas ameniza o abalo moral, e o direito de resposta proporcional ao agravo sofrido também é incapaz de restaurar o bem jurídico violado, visto ser impossível restituir o status quo. [...].

É pertinente a leitura atenta do enunciado: “[...] a violação do direito à honra não admite a *restitutio in integrum*.” Decerto que a justificativa do enunciado é plausível, mas cabe considerar outras possibilidades, para além desta; o direito ao esquecimento não tem relação apenas com ofensas à honra do indivíduo que pretende exercê-lo, uma vez que, aparentemente, a construção histórica dessa garantia leva a crer que ela é afeita aos direitos de personalidade, ou seja, às garantias necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo.

Não que uma ofensa à honra não possa ensejar demanda com fins de obter “esquecimento” (leia-se exclusão de conteúdo online, desindexação de informação em sites de busca, desvinculação do nome a determinados resultados de pesquisa, entre outras possibilidades com esse fim), mas as possibilidades que tendem a justificá-lo demonstram ser mais amplas.

O texto do enunciado, expressamente, traz consigo a casuística de biografia não autorizada, situação à qual, em caso concreto, o Supremo Tribunal Federal entendeu por prestigiar o direito à liberdade de expressão (e, via de consequência, à liberdade de imprensa), observando a faculdade individual do biografado de buscar reparações em caso de eventual ofensa a si decorrente da publicação de sua biografia.

Uma das dificuldades de aferição da adequação de alguma medida de atendimento ao direito ao esquecimento (exclusão, desvinculação de dados etc.) é a compreensão acerca do que, concretamente, ofende direitos de personalidade – ou mesmo a honra – de alguém, a ponto de mitigar atividades garantidas pela liberdade de expressão, importância da memória coletiva etc. A título de exemplificação, a biografia de um artista não seria necessariamente, pelo menos para um olhar didático, o melhor *case*; pensemos na biografia de um ditador ou num livro de história cujas páginas apresentem ao leitor os horrores cometidos

em determinado regime antidemocrático – caberia o direito individual ao esquecimento daqueles que cometeram atos execráveis e cuja lembrança tem importância para a formação cidadã da população?

O tema do direito ao esquecimento vem ganhando importância no mundo jurídico, havendo importantes casos submetidos à apreciação dos tribunais, especialmente em razão do uso das novas tecnologias presentes na sociedade da informação, que impactam o fluxo de informações em diversos níveis, seja por interesse econômico (como pode ocorrer com a economia da audiência de determinados seguimentos da imprensa, conforme exemplos abordados neste estudo), seja por interesse político, ou mesmo social, que têm o potencial de vulnerar interesses individuais e direitos de personalidade em nível inédito na história.

O CONFLITO ENTRE DIREITO À INFORMAÇÃO E À PROTEÇÃO DA MEMÓRIA COLETIVA VERSUS DIREITO AO ESQUECIMENTO E O EQUILÍBRIO COMO POSSÍVEL FORMA DE SOLUÇÃO

Conhecidos os pontos de vista sobre ambos os direitos, passamos a analisar os conflitos existentes entre eles e a necessidade de equilíbrio em sua aplicação. Sobre a ocorrência de conflitos, sabe-se que “não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”.¹⁸

Quando invocado, por uma ou mais pessoas, o direito ao esquecimento sobre um fato que traz à tona recordações indesejadas à sociedade e, mais diretamente, às pessoas envolvidas nos fatos em questão; é analisada também a necessidade ou não de preservação do direito da memória coletiva, este visto como a história de um povo, fundamental para as futuras gerações.

Assim, questiona-se: como deve ser aplicado o equilíbrio entre dois direitos constitucionais tão importantes: direito à memória coletiva *versus* direito ao esquecimento? O caminho mais sensato parece ser o da análise particular dos casos. Isso porque a criação de uma regra geral poderia resultar na exclusão de uma memória importante para a sociedade ou na manutenção de um fato

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, v. 235, 2004, p. 329.

historicamente irrelevante, mas com grande impacto negativo a um indivíduo, conjunto de pessoas ou mesmo à memória de alguém (*post mortem*).

A preservação da memória coletiva é importante para essência de uma sociedade, bem como o esquecimento figuraria como uma espécie de perdão. Corroborando com este entendimento, François Ost elucida:

Sem memória, uma sociedade não conseguiria ter uma identidade nem aspirar a qualquer espécie de perenidade; mas sem perdão, expor-se-ia ao risco de repetição compulsiva dos seus dogmas e dos seus fantasmas. Em compensação, como vimos, o perdão sem memória remete-se ao caos inicial dos cálculos interesseiros ou reconduz ao confuso abismo do esquecimento¹⁹

Ninguém deve pagar pena eterna com a recordação de fatos passados dos quais não quer lembrar mais. Entretanto, este perdão via esquecimento não poderia abranger alguns tipos penais, tais como genocídios, crimes de guerra, torturas e violações graves aos direitos humanos, pois, por mais que sejam dolorosos de serem lembrados, não podem ser esquecidos para que não sejam novamente cometidos por gerações futuras.

Até meados do século passado, o esquecimento era algo da natureza do homem médio, visto que o ser humano, com o passar dos anos, acabava esquecendo diversos eventos ocorridos com outrem, embora os livros de história, jornais, revistas, fotografias etc. tivessem o condão de preservar a memória. Contudo, com a chegada dos computadores, da internet e de sites de busca, que indexam conteúdo online com elevado grau de eficiência, Não apenas aquilo que é determinante para o curso histórico mantém-se na memória coletiva, mas também informações de pouca relevância social, que por vezes ferem duramente a memória individual, trazendo abalo moral ao indivíduo, a determinado grupo, a familiares, entre outros.

A sociedade da informação, impulsionada com o desenvolvimento da internet, conserva uma notícia de tal forma que os fatos ganham imortalidade, sendo facilmente localizados pelos motores de buscas na internet, como *Google*, *Yahoo* e *Bing*.

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, v. 235, 2004, p. 329.

Nas palavras de Bauman, “Agora todos têm a possibilidade e a probabilidade de ter nome e registro de vida conservados para sempre na memória artificial dos computadores”.²⁰ Continuando, acrescenta o autor:

A morte irrevogável e irreversível ocorrência, foi suplantada pelo ato do desaparecimento: os refletores movem-se para outro local, mas sempre podem voltar-se, e de fato se voltam, para o outro lado. Os desaparecidos estão temporariamente ausentes; não totalmente ausentes, porém – eles estão tecnicamente presentes, armazenados em segurança no depósito da memória artificial, sempre prontos a serem ressuscitados sem muita dificuldade, e a qualquer momento.²¹

Assim, parece razoável que se leve em conta dois critérios principais para a manutenção da informação: (i) se o fato possui relevante e efetivo interesse social; (ii) tempo de ocorrência do fato informado. Não presentes esses critérios, a manutenção da informação pode ser infundada e, portanto, violar direitos de personalidade daquele que é retratado nela, podendo ser invocado o direito ao esquecimento em detrimento do direito da memória coletiva.

A liberdade de expressão e de informação, em nome do interesse coletivo, tende a prevalecer sobre o interesse privado, haja vista a necessidade de se manter a consciência coletiva, não apenas por determinado moralismo, uma ou outra ideologia política, mas também para se atender os dispositivos constitucionais que visam à cidadania. Contudo, é importante notar que isso deve ser feito até determinado limite que, alcançado, pode ser o liame entre tão cara garantia fundamental e o concreto abuso de direito. Por essa razão, deve-se avaliar a relevância para a coletividade e a violação de direitos da personalidade.

A sociedade da informação vivencia o seguinte dilema: “lembrar” (direito à memória) ou “esquecer” (direito ao esquecimento). Ambos são importantes, porém em diversos casos conflitantes, sendo o equilíbrio entre eles o mecanismo de exercício de justiça social. Parece, a nosso ver, que se trata de uma dicotomia apresentada por Zygmunt Bauman²² (2016, momento do vídeo: 25’22”) entre segurança e liberdade: a sociedade move-se buscando ora uma, ora outra, e o sociólogo é enfático ao apontar que nunca encontraremos essa “mina de ouro”.

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 202.

²¹ Idem, p. 203.

²² FRONTEIRAS DO PENSAMENTO. Zygmunt Bauman – Fronteiras do Pensamento. 10 ago. 2011. Momento do vídeo: 25’22”. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=POZcBNo-D4A>. Acesso em 28 out. 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir deste estudo, que conta com pesquisa bibliográfica que compreende a análise de decisões judiciais, pudemos tecer algumas conjecturas que levam ao entendimento acerca da relevância do direito à informação e à memória coletiva para a história, cidadania, identidade cultural e manutenção dos pressupostos do Estado Democrático e Social de Direito. De outro canto, observou-se a importância do direito ao esquecimento como vetor de efetivação e proteção de direitos de personalidade, que por vezes confrontam com o interesse coletivo.

Ainda, percebe-se que o olhar jurídico para essas questões não pode ignorar a abordagem sociológica da sociedade da informação, em que dados e conteúdos ganham aspecto econômico, inclusive quando afeitos ao interesse público, haja vista a lógica do mercado informacional, em que o compartilhamento de informações e a audiência determinam o lucro – nesse sentido, o interesse geral dos atores na internet tende a convergir no sentido de manutenção de conteúdo, ainda que, por vezes, isso seja feito em detrimento de interesses individuais e direitos de personalidade.

As informações colhidas nesta pesquisa levam a crer que não é possível estabelecer um paradigma abstrato, aplicável a toda situação, restando ao julgador, em caso concreto, observar critérios de razoabilidade, ainda que estes tenham elevada carga subjetiva, norteando-se sempre pela relevância da manutenção da informação objeto de pretensão de direito ao esquecimento em detrimento do interesse privado de quem o requer em sede judicial e dos direitos de personalidade daquele que é objeto de tal informação.

O Estado, por meio de sua função jurisdicional, ao analisar um conflito aparente entre direito à informação (e à proteção da memória coletiva) e direitos de personalidade (e direito ao esquecimento), não deve pautar-se somente pelas expectativas *inter partes* da relação processual, mas, de forma mais abrangente, é importante que considere os efeitos da decisão à sociedade como um todo, mormente porque as consequências da resolução do conflito são invariavelmente significativas: se se prestigia o direito à informação, mitigam-se direitos de personalidade; se se prestigia o interesse individual, corre-se o risco de apagar da memória coletiva um evento relevante para os valores da democracia. Trata-se, pode-se sustentar, de um conflito para o qual provavelmente nunca haverá solução, mas cujo equilíbrio deverá ser constante busca do Judiciário e do Direito como um todo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ALTMAYER, Juliana. **O Direito ao Esquecimento e o Direito à Memória Coletiva: Parâmetros para a sua Aplicação**. Disponível em <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/juliana_altmayer_20171.pdf>. Acesso em 01.08.2018.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; MARGATO, Luís Roberto Soares; QUEIROZ, Maurício Veloso. Eficácia dos Direitos Humanos na Sociedade da Informação. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, v. 7, n. 01, 15 set. 2014. Disponível em <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/5806>. Acesso em 2 nov. 2018.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco F.; SAMPAIO, Vinícius Garcia Ribeiro; GALLINARO, Fabio. Marco civil da internet e o direito à privacidade na sociedade da informação. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 52, p. 114-133, 2018. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=370&sid=35>.

BARROS, S. A. M.; MIYASHIRO, M. S. G.; BOTELHO, T. R. Direito ao esquecimento: análise dos casos Aída Curi e Chacina da Candelária. **Revista de Ciências Jurídicas**, Londrina, v. 17, n. 2, pp. 132-136, mar. 2016. Disponível em: < <http://pgsskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/view/4406/3344>>. Acesso em 30 ago. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 235, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

DANTAS, Fabiana Santos; KRELL, Andreas Joachim. **O Direito Fundamental à Memória**. 2008. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008.

FERNÁNDEZ, Juan Pablo Murga. La protección de datos y los motores de búsqueda en internet: cuestiones actuales y perspectivas de futuro acerca del derecho al olvido. **Revista de Derecho Civil**, [S. l.], v. 4, n. 4, pp. 181-209, 2017. ISSN 2341-2216. Disponível em: <<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/280>>. Acesso em 06 jul. 2018.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; SILVA, Tatiana Manna Bellasalma e. O Direito ao Esquecimento como Garantia da Dignidade da Pessoa Humana na Sociedade Superinformacional: A quem pertence o passado?. **Direito Civil Contemporâneo II**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/oy1ux21y/94NWSXt97fP0yDGE.pdf>>. Acesso em 08 jul. 2018.

FRONTEIRAS DO PENSAMENTO. **Zygmunt Bauman – Fronteiras do Pensamento**. 10 ago. 2011. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=POZcBNo-D4A>. Acesso em 28 out. 2016.

HAZL, Catherine Thereza Braska. Restrições aos Direitos Fundamentais: Problematizações Acerca do Direito ao Esquecimento. **Direitos e Garantias Fundamentais V**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/2153uj07/ns8Lb3m6rJz76U5o.pdf>>. Acesso em 20. ago. 2018.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. O Conceito de Tratamento de Dados Após o Caso Google Spain e sua Influência na Sociedade Brasileira. **Conpedi Law Review**, [S.l.], v. 1, n. 9, p. 117-140, jun. 2016. ISSN 2448-3931. Disponível em: <http://portaltutor.com/index.php/conpedireview_old/article/view/42/39>. Acesso em: 14 jul. 2018. doi:http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2015.v1i9.42.

LISBOA, Roberto Senise e SILVA, Lidiane Duca. Product Placement e o Direito de Não ser Informado. In: MARTINI, Sandra Regina; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **Transdisciplinaridade e o Direito: os Desafios dos Direitos Humanos na Sociedade da Informação**. Porto Alegre: Evangraf, 2017.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Trad. Alain François et al. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2007.

EVOLUÇÃO NACIONAL DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA INCLUSÃO NO CPC/15

Pietro Diniz Vergueiro de Sampaio¹ e Fabrizzio Matteucci Vicente²

Resumo

"Tem como objetivo este artigo científico, instituir uma reflexão sobre a valorização da jurisprudência e posteriormente o precedente judicial no ordenamento jurídico brasileiro, e sua evolução a fim de atender a demanda judiciária atual, por conseguinte, a reformulação dos precedentes no código de processo civil brasileiro. A apreciação dos institutos far-se-à necessária, para que assim, a análise desta evolução se torne visível e inspire reflexões profundas sobre o Direito e a sua evolução. Com efeito, verifica-se nos últimos 20 anos do sistema processual civil brasileiro modificações pontuais que foram, ao longo dos anos, valorizando a jurisprudência dos tribunais, antes uma simples fonte de integração, subsidiária do ordenamento jurídico pátrio. Tais modificações passaram de simples alterações procedimentais para valorizar a jurisprudência dominante, dar nova função às súmulas, criar as súmulas vinculantes, as súmulas que atingiam o procedimento dos recursos, desenvolver a técnica dos julgamentos repetitivos até alçar, no Novo Código de Processo Civil, a jurisprudência (em determinados aspectos) à função de normatizar o direito brasileiro (vide, por exemplo, o art. 966, §5º do NCPC). Diante de tamanha modificação, faz-se necessária a revisitação da organização normativa brasileira e a função que a jurisprudência exerce sobre o processo e sobre a aplicação do direito pátrio, a fim de determinar se o Novo Código de Processo Civil, de fato, alcançou a melhor organização do tema e em que medida se deve classificar um julgado como precedente judicial e qual é o alcance dessa classificação".

Palavras-chave: Precedentes Judiciais; Valorização da Jurisprudência.

¹ Acadêmico de Direito do quarto semestre no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) - Casa Metropolitana do Direito.

² Professor da Faculdade de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) - Casa Metropolitana do Direito - Mestre e Doutor em direito processual pela Universidade de São Paulo, Advogado.

NATIONAL EVOLUTION OF JUDICIAL PRECEDENTS AND THEIR INCLUSION IN CPC / 15

Abstract

"It takes this scientific article as an objective, to establish a reflection on the increase in value of the jurisprudence and subsequently the judicial precedent in the Brazilian legal system, and his evolution in order that the reformulation of the precedents to attend the current judicial demand, consequently, in the code of Brazilian civil process. The assessment of the institutes will be necessary, so that the analysis of these developments becomes visible and inspires deep reflections on the law and its evolution. With effect, one check in the last 20 years of the Brazilian civil procedural system punctual modifications were, along the years, valuing the jurisprudence of the courts, before a simple fountain of integration, subsidiary of the country's legal order. These changes have gone from simple procedural changes to valorize the dominant jurisprudence, to give new function to the precedents, to create the binding precedents, the precedents that reached the procedure of the resources, to develop the technique of repetitive judgments until, in the New Code of Civil Procedure, jurisprudence (in certain aspects) to the function of normalizing Brazilian law (see, for example, article 966, § 5 of the NCPC). In view of such a change, it is necessary to revisit the Brazilian normative organization and the role that jurisprudence exercises over the process and the application of the country's law, in order to determine if the New Code of Civil Procedure, in fact, reached the the best organization of the subject and to what extent should a judge be classified as a judicial precedent and what is the scope of that classification. Before so great modification, there is made necessary to revisit the Brazilian normative organization and the function that the jurisprudence practice on the process and on the application of the native right, in order to determine if the New Code of Civil Process, in fact, reached the best organization of the subject and in which measure it is necessary to classify the judged one as judicial precedent and what is the reach of this classification".

Keywords: Judicial Precedents; Valuation of Jurisprudence.

Introdução

Este artigo conta com a colaboração da acadêmica de direito Kelzer Hernandes no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) como pesquisadora para a sua confecção.

Visa-se que o tema dos precedentes judiciais trás para a atualidade a real relevância prática e científica deste instituto, por tratar-se de uma novidade no mundo jurídico capaz, efetivamente, de interferir na forma como nos relacionamos com as normas jurídicas e também a sua origem no sistema.

O precedente judicial é oriundo da valorização da jurisprudência iniciada com a reforma do código de processo civil de 1973 e que se pode determinar no art. 557 com base na lei. 9756/78, quando passou-se, efetivamente, a olhar para os julgados dos tribunais superiores e dar-lhes aplicação efetiva nos processos em curso, não só como referência de julgamento, como também interferindo na própria condução do processo civil.

Tal mudança de perspectiva, ao longo dos últimos 20 anos, elevou o precedente judicial a um novo patamar normativo no código de processo civil de 2015, objetivando maior aplicação igualitária do direito, maior segurança jurídica a fim de atender às grandes demandas processuais nos tribunais. Mas não é só: as consequências observadas nesse movimento atingem o próprio direito material: sua aplicação espontaneamente pelas partes e até mesmo a redução de processos em juízo ante a certeza jurídica de aplicação de julgado de referência (classificado como tese jurídica) contrário aos interesses de eventual pretensão.

Diferenciação de precedente judicial e jurisprudência

O precedente judicial é toda decisão proferida por autoridade competente do Poder Judiciário que se torna tese jurídica suficiente para instruir futuras decisões amparadas nas mesmas condições fáticas que o originou, por meio da aplicação da mesma fundamentação jurídica desta tese. Luiz Guilherme Marinoni³ conceitua precedente como *“a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea deixando-a cristalina*

Está, portanto, fundado em prévia instauração de debate jurídico ferando decisão que venha a ser pronunciada em um caso concreto. Trata-se na natureza aplicação compreendida por Kelsen⁴, que o utiliza como sinônimo de decisão judicial vinculante para subsequentes casos idênticos.

Não se deve confundir, nem aplicar na ideia de sinônimo é o conceito de jurisprudência: esta refere-se a um conjunto de decisões judiciais e de interpretações das leis, que possuem a mesma acepção da matéria proferida pelos tribunais: vale salientar que o revés das longas e acentuadas discussões jurídicas

³ MARINONI, L. G. Precedentes obrigatórios. São Paulo. Revistas dos Tribunais, 2010. p.216.

⁴ In KELSEN, Hans, Teoria pura do direito, 1999, p. 278.

na adjacência do processo de formação da jurisprudência, uma vez que para sua constituição, faz-se necessário propiciar amplos debates quanto ao estudo dos casos, tal como sua compatibilidade. Costa e Aquaroli⁵ definem jurisprudência como a "orientação uniforme dos tribunais na decisão de casos semelhantes".

Podemos referir que o precedente judicial será umas das técnicas aplicadas na elaboração de uma jurisprudência, desde que tenham sido utilizados em decisões processuais; o precedente, não carece dessa ampla discussão, e manifesta-se como norma, para instruir julgamentos porvires, diferentemente da jurisprudência que conjecturam essa discussão.

Assim, se de um lado um precedente pode ser fruto de reiterada jurisprudência (*v.g.* na edição de uma súmula), de outro poderá ser orientação a ser adotada na jurisprudência (como sói ocorrer nos julgamentos de casos repetitivos e deverá ocorrer por meio da aplicação de incidentes processuais, como se vislumbra da instituição do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ou da Assunção de Competência).

Introdução dos precedentes como norma jurídica brasileira

Pode-se inteirar que o precedente judicial é passível de implementação em qualquer sistema jurídico, independentemente da tradição jurídica, ou seja, a decisão judicial pode vir a possuir potencial aptidão para construir um precedente, para casos pósteros.

No Brasil, historicamente, o ensino e a prática do direito baseiam-se na segurança jurídica do direito positivado e da codificação dele resultante, do *civil law*, como sistema jurídico vigente, assim manifestando como fonte de aplicação da norma jurídica aquela reduzida a texto, se distanciando do *common law* - em que a aplicação do direito se faz pela figura do juiz, recorrendo à lei e somente quando houver obscuridades não exauridas pela decisão das cortes e tribunais.

Não obstante tal visão, como destacado na introdução deste estudo, nos últimos 20 (vinte) anos vem o legislador experimentando inserções no sistema processual para trazer novas influências ao Código de Processo Civil de 1973, em que já se fazia perceptível em alguns dispositivos, que submetiam os juízos inferiores à aplicarem decisões oriundas de julgamentos dos tribunais (Superior Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça), contudo de maneira não expressa, não definitiva e/ou não obrigatória. Algumas dessas inserções foram bem absorvidas

⁵ COSTA, Wagner; AQUAROLI, Marcelo. Dicionário Jurídico. São Paulo: Madras, 2007.

no sistema, outras abandonadas, seja pelo aqodamento em que foram instituídas, seja pelo insucesso da medida aplicada.

Entre idas e vindas das reformas processuais perpetradas no CPC/73, que o levou à crítica de ter se tornado verdadeira "colcha de retalhos", tem-se que pouco a pouco a jurisprudência que se criava já estabelecia um "efeito impeditivo" de recursos cuja matéria havia sido apreciada, e possuía jurisprudência do tribunal superior, ou seja, àqueles que se mostravam incompatíveis à opinião formada pelas instâncias superiores.

O uso desses mecanismos, entretanto, mostrava-se tímido, sem aplicação vertical obrigatória ou sem a previsão de remédios expressos contra o descumprimento de sua aplicação.

Contudo após a reforma do Código Processual Civil - CPC/15 a incorporação dos precedentes se fez necessária para a evolução do direito e resolução mais célere aos milhares de processos acumulados no poder judiciário, valorizando a instrumentalidade do processo e a segurança jurídica.

Tal movimento levou, no momento em que vivemos, a enorme estranhamento jurídico: seja por parte do jurisdicionado, seja por parte do próprio Poder Judiciário, há verdadeira dificuldade de se compreender o real alcance da organização de precedentes judiciais.

Tal dificuldade se verifica, num primeiro momento, pelo ajuizamento de ações contrárias aos precedentes judiciais, na medida em que o jurisdicionado, de modo geral, não absorveu, ainda, a necessidade de se conhecer precedentes judiciais como normas jurídicas efetivas, de cumprimento obrigatório, capazes de levar uma causa a uma improcedência liminar do pedido (art. 332 do NCPC).

De outro, há notória dificuldade de formação dos precedentes judiciais, que irão interferir na vida quotidiana, com verdadeiro peso normativo e que se verifica pela pública autocrítica desenvolvida por membros do Poder Judiciário a respeito dos julgados emanados, ainda que recentes, ou mesmo do cancelamento de súmulas editadas para vidas curtas e vigência limitada.

Por mais caótica que a percepção desse fenômeno possa parecer aos olhos do estudante, parece haver aqui inevitável necessário enfrentamento de tais dificuldades a fim de que exista efetiva evolução sistêmica da aplicação do direito, com o objetivo de levar ao sistema processual justo e équo, desejado por todos os envolvidos no processo de sua formação e aplicação a casos concretos.

Histórico das alterações legislativas: erros e acertos no Código de Processo Civil de 1973 que levaram ao sistema atual

O art. 557 do CPC/73

O art. 557 do CPC/73 sofreu importante alteração promovida pela Lei nº 9756/1998. Embora seja altamente criticável a técnica legislativa utilizada, contendo erros técnicos e até mesmo de uso da língua portuguesa, o fato é que a Lei nº 9.756/98 inseriu no CPC/73 a política de valorização jurisprudencial, dando início à evolução do Código no sentido de utilização de técnicas próprias da *common law* para reduzir recursos e processos judiciais.

Assim, determinava o art. 557 que:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º -A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

Como se pode verificar do dispositivo, embora exista certa confusão entre os conceitos de juízo de admissibilidade, de mérito e no uso das linguagens de procedência e provimento, o dispositivo passou a permitir que o relator, monocraticamente, pudesse julgar o recurso se o mesmo se apresentasse:

- "manifestamente inadmissível", isto é, não atendendo aos requisitos recursais;
- "prejudicado", se houvesse perda superveniente do interesse recursal;
- "em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo

Neste último trecho, verifica-se importante valorização no CPC/73 da jurisprudência dos tribunais e dos Tribunais Superiores, dando-se nesse trecho do art. 557 importante passo na valorização dessa fonte normativa e preparando

a legislação para as alterações que se seguiriam e que culminariam com Novo Código de Processo Civil.

Mas não é só, a inclusão do "§1º-A" também passou a permitir ao relator deste provimento ao recurso, monocraticamente, se a decisão recorrida não estivesse de acordo com súmula ou "jurisprudência dominante" do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

A técnica era ruim, na medida em que não dava o mesmo tratamento para o recurso que fosse contrário à decisão do próprio tribunal e o recurso que impugnasse decisão que afrontasse a jurisprudência do próprio tribunal, mas também demonstra que a jurisprudência dos tribunais superiores e as súmulas, a partir desse dispositivo, interfeririam no julgamento dos recursos e nos seus processamentos.

A Lei nº 10.352/2001

Cerca de três anos depois, a lei em questão também alterou o art. 555 do CPC/73, para regular o julgamento da apelação por três juízes e tratar daquele que seria o embrião do incidente de assunção de competência, previsto no §1º do mesmo dispositivo.

O §1º do art. 555, em 2001, passou a ter a seguinte redação: "*§ 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.*"

Como bem se vê, neste dispositivo se apresenta a possibilidade de que, havendo interesse público e a conveniência de evitar divergência entre órgãos fracionários de tribunal, operar-se a assunção de competência para o órgão que regimento interno indicar.

As Súmulas e as Súmulas Vinculantes

O processo de valorização mediante a criação da súmula vinculante

Em 30 de dezembro 2004 foi criada a emenda constitucional 45 conferindo ao Supremo Tribunal Federal a competência para a criação da súmula vinculante.

A priori vale sobrelevar a diferença de súmula e jurisprudência:

Pode-se conceituar súmula como sendo uma condensação de julgados análogos, que serão consolidados e utilizados em casos expressamente similares. Dessarte, aqueles sustentados pelas mesmas condições fáticas e que evidenciem

compatibilidade das ações, que deverão ser decididas consoantemente com tal posição.

No que tange à jurisprudência, trata-se de uma composição de decisões, as quais não estão aptas à irradiar e submeter, sentenças de casos congêneres ao seu exposto, não obstante podem ser empregadas na formação da compreensão do órgão julgador, formando sua convicção.

A súmula vinculante possui ímpeto similar à de uma lei com efeitos *erga omnes*, diferentemente da jurisprudência cujo efeito se consolida *inter partes*.

Este conceito de precedente vinculante contido nestas súmulas é muito empregado nos tribunais norte-americanos, tornando os processos mais hábeis e menos profusos. No Brasil, a partir de 2004, apenas a decisão de $\frac{2}{3}$ do Supremo Tribunal Federal, se transforma em súmula vinculante.

Também se observa nessa modificação novo passo legislativo no sentido do sistema da *commom law* (podendo tornar-se um *civil law* mitigado ou um sistema misto), tornando os processos judiciais mais solenes e as súmulas com nova função no sistema jurídica.

3.3.1 Requisitos para a adoção da súmula vinculante

A emenda constitucional número 45/2004 augura dois requisitos⁶ para sua aprovação, revisão ou cancelamento, sendo elas:

- a) A - Quórum mínimo de dois terços dos membros do tribunal;
- b) B - Somente matéria constitucional, após reiteradas decisões, poderá ser objeto da súmula vinculante, ficando afastadas questões de outra natureza.

Em congruência com a constituição federal pode-se afirmar mais um requisito⁷:

A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.⁸

Compete, como se depreende do que já foi exposto, ao Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, aprovar a Súmula Vinculante. A partir de sua publicação na imprensa oficial terá eficácia imediata. Entretanto, pode o

⁶ Art. 103-A, da CF.

⁷ Art. 103-A, § 1, da CF.

⁸ Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Supremo Tribunal Federal cercear os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outra conjuntura, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, sendo tal efeito vinculativo em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas Federal, Estadual e Municipal.

3.3.2. Constitucionalidade da súmula vinculante

A súmula vinculante angariou força normativa por meio da Lei nº 11.417/06, que acabou engendrando uma discussão sobre sua inconstitucionalidade.

Parte da doutrina a considera constitucional com gênese no princípio da segurança jurídica, igualdade e celeridade processual, frisando o mérito do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais.

Sob a ótica da corrente doutrinária favorável, a mesma demonstra uma importância e eficácia como mecanismo garantidor “às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária”.⁹

Em contrapartida fez-se um alerta de uma suposta violação do princípio da separação das funções estatais (denominada pela constituição como “separação de poderes”).

Sob a ótica da corrente doutrinária desfavorável, dispõe de premissas como o engessamento das decisões judiciais provocados pelas súmulas vinculantes na medida em que retirariam a possibilidade de julgamento independente das instâncias inferiores, do fato do rol de legitimados a aprovação, da revisão ou cancelamento da súmula que se faz algo de extrema limitação, o que claramente seria antidemocrático.

Prevaleceu, entretanto, a primeira corrente, mantendo-se a constitucionalidade da criação das súmulas vinculantes e o regramento instituído pela Lei nº 11.417/06.

O instituto da súmula vinculante na Constituição também objetiva minorar o número de processos em tramitação no Poder Judiciário brasileiro. Fundamenta-se nessa quadra a constitucionalidade deste instituto processual proveniente da reforma do Poder Judiciário, uma vez que se harmoniza com os fundamentos e com as garantias constitucionais, entre os quais a cidadania, dignidade da pessoa humana e a razoável duração do processo.

⁹ (MORAES, 2006, p. 1534).

Reforma na apelação e a Súmula Impeditiva de Recursos

O recurso de apelação visa o recebimento de um novo pronunciamento sobre a causa, podendo ser uma reforma total ou parcial da sentença do juiz de primeira instância.

Em 2006 nova alteração foi promovida no Código de Processo Civil de 1973, desta vez para estabelecer aquela que ficou conhecida como "súmula impeditiva de recursos", por meio da Lei nº 11.271.

Isto porque a referida Lei alterou a redação do art. 518, §1º do Código de Processo Civil, que passou a ter a seguinte redação: "*§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.*"

Como bem se vê do dispositivo legal em questão, a existência de súmulas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça passou a permitir que recursos de apelação não fossem "recebidos" em primeira instância, onde se fazia o juízo de admissibilidade da apelação que, na época, tinha duplo exame.

Assim, o atendimento das súmulas dos Tribunais Superiores passou a compor verdadeiro requisito a ser atendido pelos recursos de apelação, sem o que os recursos não seriam admitidos. Entretanto a técnica não se mostrou frutífera na redução dos recursos nos Tribunais, na medida em que da decisão que não recebesse a apelação caberia outro recurso, o agravo de instrumento (art. 522 do CPC/73).

O insucesso da medida não manteve a redação do dispositivo no CPC/15.

O mal elaborado art. 285-A do CPC/73 e as raízes do art. 332 do NCPC

Ainda em 2006 outra surpreendente alteração (Lei nº 11.277) foi feita no Código de Processo Civil de 1973: Criou-se o art. 285-A, por meio do qual o juízo de primeira instância poderia julgar uma ação, no mérito, sem citar o réu, desde que fossem preenchidos os seguintes requisitos:

- a) o julgamento fosse de improcedência;
- b) A questão fosse unicamente de direito;
- c) O juízo já tivesse julgado a questão de direito ou outros casos;
- d) a causa fosse "idêntica"

A surpresa mencionada no tópico anterior ficou por conta da falta de prévio debate sobre o controvertido tema que foi objeto de várias críticas, inclusive quanto a sua constitucionalidade.

Não tendo sido declarada a inconstitucionalidade do dispositivo, remanesceram as críticas de que o dispositivo em questão não combinava adequadamente com o constante fortalecimento dos posicionamentos dos tribunais superiores e utilizava a terminologia de "causas idênticas", que, do ponto de vista da melhor técnica processual, não se apresentava correta.

Neste último caso porque de acordo com a doutrina de Piero Calamandrei, as causas são idênticas quando lhes for comum partes, causa de pedir e pedido. Neste caso, não haveria improcedência de plano, mas ausência de julgamento de mérito, na medida em que se teria ou a litispendência prévia ou a coisa julgada a impedir o julgamento do mérito da segunda ação (idêntica).

Quanto ao aspecto da referência para o julgamento, o legislador valeu-se de "julgados" de primeira instância no lugar de valorizar jurisprudência dominante dos tribunais ou súmulas dos tribunais superiores.

Embora a técnica tenha sido ruim, a ideia não foi abandonada e acabou por orientar o art. 332 do NCPC, como se verá adiante.

Repercussão geral e a técnica de julgamentos repetitivos

Também em 2006 instituiu-se novo requisito para os recursos extraordinários: o necessário atendimento da repercussão geral é exclusiva do STF: por meio deste requisito o Tribunal Supremo delimita a análise de alguns recursos extraordinários que possuam relevância jurídica, política, social e econômica, que transcendam os interesses subjetivos da causa. Evitando assim o acúmulo de processos na última instância (superior) sem que se justifique a atuação da Corte Constitucional.

Logo a repercussão geral se apresenta como um critério de admissibilidade do recurso extraordinário que foi estabelecida no art. 102, §3º da Constituição por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 e foi redigido no art.543-A, do CPC de 1973, inserido na legislação federal por meio da Lei nº11.418.

O recurso extraordinário é um instituto processual que viabiliza a apreciação de questões constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal na realização do controle difuso de constitucionalidade.

A despeito da técnica de julgamento de recursos repetitivos, o mesmo se fez presente no CPC/73¹⁰, na época havia um desconforto com o julgamento de determinados temas e uma demasiada preocupação dos ministros com os

¹⁰ Art. 543-B do CPC de 1973.

recursos afetados para uma abrangência maior na quantidade de teses possíveis, evitando a afetação de grande número de recursos.

Em prática, os ministros elegem os recursos “merecedores” deste regime e declararam sua posição aos tribunais de todo o país, facultam o ingresso de “amicus curiae”, que detinham a possibilidade de deferimento ou não, e prosseguindo-se com a implementação do feito na pauta de julgamentos.

Não obstante, muitos menos raras às vezes, ao dar-se início ao julgamento da tese, os ministros revisaram sua matéria, que há tempo se debatia pelo Tribunal, e alteravam os seus entendimentos no respectivo momento.

Repercussão geral e arguição de relevância

Vale salientar que a repercussão não se assemelha à arguição de relevância, assim como esclarece.¹¹

Não obstante se considerar que a Repercussão Geral foi inspirada na Arguição de Relevância instituída no antigo sistema processual ainda sob a vigência da Constituição de 1967 ou na questão de transcendência do recurso de revista da Justiça do Trabalho, no sentido de reintroduzir filtros no sistema processual brasileiro¹², é imprescindível observar que os dois institutos não podem ser confundidos.¹³

A despeito do recurso aludir sobre matéria constitucional, o instituto da repercussão geral tem por único desígnio posicionamentos sobre o que versa a restringir o cabimento do recurso extraordinário.

Ora, os obstáculos erigidos ao avito extraordinário, na vigência da CF/1969, operam em outra área. O revogado art. 308, caput, do RISTF, ressalvada, *expressis verbis*, o cabimento do recurso extraordinário nos casos de ofensa à Constituição. Os óbices atingiam primordialmente as questões federais. Já a repercussão geral reserva a atuação do STF às questões constitucionais relevantes.

Esta criação pelo legislador foi realizada no intuito de evitar os inúmeros recursos que se acumulavam na instância superior, todavia tal elaboração não foi tão frutífera como se imagina, uma vez que sobrecarregou o STJ.

¹¹ Araken de Assis, no livro *Manual dos Recursos*, 11ª edição, 2008, pág. 709.

¹² MACEDO, Elaine Hazheim. *Repercussão Geral das Questões Constitucionais: nova técnica de filtragem do recurso extraordinário*. Revista *Direito e Democracia*, v.6, n.1, Canoas, Editora Ulbra, 2005, p.102.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme e Mitidiero, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.30.

A Arguição de Relevância foi instituída com o desígnio de anuir a interposição do Recurso Extraordinário nas hipóteses em que o mesmo era vedado pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal¹⁴, ou seja, “instituto que visava a suscitar a erudição do recurso extraordinário a priori incabível, funcionando como um instituto com característica central inclusiva”¹⁵.

O referido instituto, até mesmo, chegou a ser nivelado ao *writ of certiorari*¹⁶ quando ainda se indagava que aquela seria a solução para se resguardar o “Direito Nacional contra atentados graves por sua repercussão jurídica, moral, social, política ou econômica”.¹⁷

A técnica dos recursos repetitivos

Em 2008, por meio da Lei nº 11.672, nova alteração foi promovida no sistema processual, desta feita para inserir no direito processual civil brasileiro a técnica dos julgamentos repetitivos.

Neste caso, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça, passaram a poder selecionar processo em que recurso devidamente instruído pudesse representar uma controvérsia em juízo para replicar em causas que tratem do mesmo tema o julgamento a ser atribuído ao caso “representativo da controvérsia”.

A técnica mostrou-se eficiente nas denominadas “causas de massa”, replicadas em juízo e que assoberbavam os tribunais.

Com efeito, em apertada síntese, nesta técnica o julgador seleciona um caso representativo da controvérsia que se multiplica em juízo. Enquanto o relator processa o recurso, as causas que tratem do mesmo tema jurídico ficam sobrestadas aguardando a definição do tribunal superior sobre o tema. Uma vez

¹⁴ MACEDO, Elaine Hazheim, op. cit., p.102.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.31.

¹⁶ Criada pelo Evarts Act de 1981 visava, justamente, compensar a retirada de competência da Suprema Corte para os recursos de cognição obrigatória, permitindo o conhecimento de determinados casos não sujeitos, originalmente, à sua esfera de competência - CADETE, Antonio Henrique de Amorim. *Writ of certiorari, arguição de relevância e repercussão geral. Semelhanças e dessemelhanças*. TRRevista Jus Navigand, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2975, 24 ago. 2011. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/19832>>. Acesso em: 16 nov. /2018.

¹⁷ LEITE, Evandro Gueiros. A Emenda 2/85 (RISTF) e a boa razão. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1987, V.615, p.10 Apud MACEDO, Elaine Hazheim. Repercussão Geral das Questões Constitucionais: nova técnica de filtragem do recurso extraordinário. Revista Direito e Democracia, v.6, n.1, Canoas, Editora Ulbra, 2005, p.102.

definida a questão, a solução dada pelo Tribunal superior se multiplica em todos os casos que tratam do mesmo tema de direito.

Reorganização das reformas e o surgimento do conceito de precedentes judiciais: o Novo Código de Processo Civil

Como se pode verificar deste breve escrito, a ideia do surgimento dos precedentes judiciais não é uma inovação do Código de Processo Civil de 2015, mas nova página na história evolutiva brasileira que comprova a aproximação do Brasil com o sistema da *common law* originária da mudança pontual e aparentemente de pequena importância em 1998, no art. 557 do CPC/73.

Neste artigo foram apontados ao menos oito textos legislativos que foram alterando o Código de Processo Civil anterior, sempre no sentido de valorização das decisões judiciais, fato que foi elevado no Código de Processo Civil de 2015 a outro patamar:

De fato, no novo Código foram regulados de forma organizada dois novos incidentes processuais: a assunção de competência (art. 947 do NCPC) e o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 e seguintes do NCPC).

Foram mantidas, com alterações relevantes, a técnica de julgamento dos recursos repetitivos (arts. 1.036 e seguintes), bem como a repercussão geral do recurso extraordinário (até porque este tema tem tratamento constitucional), nos arts. 1030 e seguinte do NCPC.

A súmula vinculante, mantida na Constituição e os poderes do relator para julgamentos monocráticos foram mantidos, sendo estes últimos tratados no art. 932 do NCPC.

A técnica do revogado art. 285-A foi substituída pela redação do art. 332 do NCPC, desta vez valorizando a jurisprudência dos tribunais e dos tribunais superiores, procurando-se, assim reorganizar o tema.

Pouco a pouco foi se percebendo que a denominação de "precedentes judiciais" do art. 927, §5º do NCPC estabeleceu, na verdade, nova categoria de julgados, com força normativa, embora a organização do tema mereça maiores estudos.

Com efeito, o art. 927 tem a seguinte redação:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I. as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II. os enunciados de súmula vinculante;

- III. os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV. os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V. a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Embora o art. 927 não utilize a terminologia no caput, o §5º do artigo não deixa dúvidas de que se deve conceder o tratamento de precedentes judiciais aos incisos do art. 927.

Ocorre que os precedentes judiciais, apesar de se encontrarem todos na mesma categoria jurídica, tem, conforme a espécie, efeitos distintos no NCPC.

Observe-se, por exemplo, o art. 332 do NCPC: Como se afirmou anteriormente, este artigo substituiu a equivocada técnica do art. 285-A do CPC/73. a a causa será liminarmente julgada improcedente se ofender: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

- I. acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- II. entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de

- assunção de competência;
III. enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local."

Por outro lado, o cabimento de ação rescisória, segundo o art. 966, §5º do mesmo Código, é determinado pela ofensa de norma jurídica, assim considerada "*contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento*"...

Ora, não são normas jurídicas a teses fixadas em incidentes de resolução de demandas repetitivas, de assunção de competência, de negativa de repercussão geral? De outro lado, porque não cabe a reclamação contra não atendimento de súmula se a súmula é precedente judicial; (art. 927, IV)? Há precedentes judiciais mais "precedentes" que outros?

Considerações finais

Como se vê, a história da evolução dos precedentes judiciais não está encerrada pelo Código de Processo Civil de 2015: novas páginas virão e a tendência, sem dúvida é de sua melhor organização em novos textos legislativos que aproximará o Brasil, cada vez mais, do sistema da *common law*.

Bibliografia

Araújo, C.; Rangel, T. Sistema civil law e common law: características principais dos dois sistema e aproximação do direito brasileiro. Artigo Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18362>. Acesso em Novembro de 2018.

Esteves, B. *et al.* Repercussão geral e o sistema brasileiro de precedentes, Pensando Direito N°35, 2010.

Moreto, M. O Precedente Judicial No Sistema Processual Brasileiro, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Processual Civil, 2012.

Moretti, T. A Valorização Dos Precedentes Judiciais Pelo Direito Processual Civil Brasileiro, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

Nascimento, M. O precedente judicial como norma e fonte do direito no Brasil à luz do novo CPC. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15223>. Acesso em Novembro de 2018.

Paiva, L. A Lei nº 11.418/06 e a repercussão geral no recurso extraordinário. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9470/a-lei-n-11-418-06-e-a-repercussao-geral-no-recurso-extraordinario>>. Acesso em Novembro de 2018.

Rodrigues, I. Recursos extraordinário e especial repetitivos. Artigo Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51335/recursos-extraordinario-e-especial-repetitivos>>.

Acesso em Novembro de 2018.

Silva, C.; Santos, V. Aplicação da teoria dos precedentes judiciais como técnica de julgamento em massa. Artigo Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63662/aplicacao-da-teoria-dos-precedentes-judiciais-com-o-tecnica-de-julgamento-em-massa>>. Acesso em Novembro de 2018.

Souza, M.; Col. J. A súmula vinculante e o precedente judicial, Revista Espaço Acadêmico N°126, Novembro de 2011.

Souza, T. O Precedente Judicial. Artigo Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45278/o-precedente-judicial>>. Acesso em Novembro de 2018.

FAKE NEWS: O BRASIL PRECISA DE UMA LEI

Wewerton Gabriel Gomes Flumignan¹

Resumo

As fake news assumiram papel de destaque nos últimos anos, sendo capazes, inclusive, de afetar o resultado das eleições. O Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14) que regula o uso da internet no Brasil tem se demonstrado ineficaz para coibir tal prática ilícita, sendo razoável que o Brasil siga o bom exemplo de países que têm debates e legislações mais avançadas sobre o tema como é o caso, por exemplo, da Alemanha e da França, editando uma Lei específica para tratar sobre fake news e conteúdos envolvendo discurso de ódio.

Palavras-chave: Fake news; responsabilidade civil; provedores de internet; Marco Civil da Internet; liberdade de expressão

FAKE NEWS: BRAZIL NEEDS A LAW ABOUT IT

Abstract

The Fake news have played a prominent role in recent years, and have been accomplished to affect the outcome of the elections. The Brazilian Internet Law (Federal Law N. 12.965/14), which regulates the use of the Internet in Brazil, has proved ineffective in curbing such an illegal practice, and it is reasonable for Brazil to follow the good example of countries that have debates and more advanced legislation on such subject matter, for example, Germany and France, editing a specific law about fake news and content involving hate speech.

Keywords: Fake news; tort law; internet providers; Brazilian Internet Law; freedom of expression.

INTRODUÇÃO

A sociedade atual é marcada pelo desenvolvimento constante de novas tecnologias, bem como pela globalização intensa, pela velocidade das comunicações e por mudanças constantes: a denominada sociedade da informação.

¹ Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo - USP. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado. E-mail: wflumignan@gmail.com

A internet permite aos seus usuários o exercício de direitos básicos, tais como o de informar e ser informado, tornando as publicações em meio virtual acessíveis de forma prática e rápida pelo público em geral. Ela é uma enorme fonte de informações, o que a transforma em um importante centro de encontro, de confronto e de troca de opiniões, de crescimento de relações interpessoais, com todas as vantagens e riscos inerentes às relações sociais². Atualmente, o uso da internet disseminou-se de tal forma que hoje é quase inconcebível imaginar a sociedade atual dissociada da relação interpessoal no meio cibernético.

Como qualquer tecnologia, entretanto, a internet não trouxe somente benefícios, sendo utilizada não raras vezes como um mecanismo de prática de ilícitos, decorrendo, principalmente, do seu mau uso associado à capacidade difusora de informações, o que levou o Poder Judiciário a buscar coibir as práticas abusivas, identificando os responsáveis e determinando reparação às vítimas.

No cerne das *fake news*, que têm sido muito comuns na sociedade atual, percebe-se que ao se aliar à internet e a sua fácil difusão acaba atingindo outro patamar no que concerne aos danos gerados à vítima. Isto fica ainda mais evidente no âmbito das eleições em que as *fake news* são utilizadas para atingir a honra e imagem de determinados candidatos e beneficiar outros, podendo influenciar diretamente no resultado final do pleito.

No período eleitoral, as *fake news* ganham particular relevância, e evidenciam como o sistema adotado pelo Marco Civil da Internet é insuficiente e ineficaz. A título de exemplo, na eleição dos Estados Unidos da América de 2016, na qual elegeu-se Donald Trump, pesquisas apontaram que houve influência direta das *fake news* no resultado e que, inclusive, cerca de 27% do eleitorado teria acessado ao menos uma *fake news* nas semanas que antecederam a eleição presidencial³.

O poder de persuasão das *fake news* é imensurável, podendo influenciar drasticamente as eleições e gerar danos irreparáveis às vítimas. Com base nisto, evidentemente, caso haja demora em retirar o conteúdo falso da internet poderá haver severas consequências, podendo o candidato vítima das *fake news* no âmbito eleitoral perder diversos eleitores caso não haja imediata determinação

² PAESANI, Liliansa Minardi. Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 3 ed.. São Paulo: Atlas, 2006, p. 26.

³ Neste sentido: ALCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social media and fake news in the 2016 election. *Journal of Economic Perspectives*, v. 31, n. 2, pp. 211-236, 2017; e GUESS, Andrew; NYHAN, Brendan; REIFLER, Jason. Selective Exposure to Misinformation: Evidence from the consumption of fake News during the 2016 U.S. presidential campaign. Disponível em: <<http://www.dartmouth.edu/~nyhan/fake-news-2016.pdf>>. Acesso em: 10/07/2018.

para o provedor de conteúdo retirá-las da internet, não podendo esperar o trâmite de uma ação judicial que, na maioria das vezes, é morosa e insuficiente para atingir o objetivo pleiteado de retirar a notícia falsa imediatamente do ar.

Percebe-se, assim, que o fator tempo assume particular importância, pois, quanto maior o tempo para retirar as *fake news* da internet, maiores poderão ser as consequências para as vítimas, podendo, inclusive, ser capaz de mudar o resultado de uma eleição. Diante deste cenário, o legislador pátrio não pode se manter inerte perante a clara ineficácia do Marco Civil da Internet em relação às *fake news*.

Neste sentido, o estudo busca demonstrar a necessidade de que o Brasil edite uma Lei que combata de forma rápida e eficaz as *fake news*, não utilizando o sistema moroso de notificação judicial do Marco Civil da Internet (*judicial notice and take down*), pois a demora para retirada do conteúdo falso é extremamente prejudicial, uma vez que o fator tempo é primordial neste tipo de ilícito diante das consequências que pode acarretar. Portanto, é importante que o Brasil edite uma Lei sobre o assunto indo ao encontro de países que estão com debates e legislações mais avançadas sobre o tema, como é o caso, por exemplo, da Alemanha e da França.

***Fake news* e o panorama brasileiro atual**

As *fake news* (ou notícias falsas, em português) são informações falsas que são compartilhadas na internet como se fossem verdadeiras, principalmente através de redes sociais e aplicativos de mensagens. Geralmente, o objetivo de uma *fake news* é criar uma polêmica em torno de uma situação ou pessoa, a fim de atingir sua imagem e honra.

Essas notícias falsas podem ser usadas com os mais variados objetivos, sendo o seu principal uso associado às eleições, mas não se restringe somente a tal. Por exemplo, pode-se criar notícia falsa com a finalidade de praticar *cyberbullying* contra determinados indivíduos, imputando fatos desrespeitosos com a finalidade única de humilhar, intimidar ou agredir a vítima⁴.

O poder de persuasão das *fake news* é imensurável. Um caso emblemático envolvendo as *fake news* ocorreu em meados de 2014 no Brasil, quando em razão de uma notícia falsa uma pessoa inocente foi linchada até a morte. Nesta época ainda estava começando a discussão sobre o uso da internet no Brasil a luz do

⁴ Neste sentido: FLUMIGNAN, Wévertton G. G. *O cyberbullying e o papel dos provedores de internet*. In: XXV Congresso do CONPEDI, 2017, Curitiba. Direito, governança e novas tecnologias I. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2017, pp. 81-99.

Marco Civil da Internet e ainda não se tinha a real noção da relevância das *fake news*.

No caso em tela, uma página do facebook publicou informações falsas sobre “uma mulher que estaria raptando crianças para realizar magia negra”, supostamente na região do Guarujá, sendo compartilhado com a informação um retrato falado e a foto de uma mulher. Na época, uma moradora do Guarujá foi confundida com a tal sequestradora e acabou sendo linchada até a morte pela população local. Dias depois a polícia acabou elucidando que não havia nenhuma denúncia de sequestro de crianças naquela região e que tudo não se passava de um boato⁵.

Já em meados de 2016 conhecemos o poder das *fake news* nas eleições presidenciais dos Estados Unidos da América de 2016, em que foi eleito o presidente Donald Trump. Pesquisas da época apontaram que houve influência direta das *fake news* no resultado do pleito e que cerca de 27% do eleitorado teria acessado ao menos uma notícia falsa nas semanas que antecederam a eleição⁶.

Em 2018, nas eleições presidenciais o Brasil enfim conheceu na prática o poder de persuasão das *fake news* no âmbito eleitoral. As *fake news* foram utilizadas em demasia para angariar votos e prejudicar candidatos. Tal fenômeno foi tão intenso no Brasil que a própria OEA (Organização de Estados Americanos) se pronunciou sobre o fato ocorrido no Brasil como “sem precedentes”⁷.

Percebe-se que o Brasil confiou demais em sua legislação sobre a utilização da internet no país promulgada em 2014, qual seja o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). Ocorre que, esta Lei já vinha se mostrando insuficiente e ineficaz em relação à responsabilidade civil dos provedores de internet, principalmente no cerne de conteúdo de terceiros, como geralmente é o caso das *fake news*.

⁵ Disponível em: <<https://www.uol.com.br/noticias/especiais/das-fake-news-ao-linchamento-como-uma-mentira-levou-a-morte-de-uma-inocente.htm#nunca-achei-que-fosse-possivel-uma-mentira-matar-uma-pessoa>>. Acesso em: 15/11/2018.

⁶ Neste sentido: ALCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. *Social media and fake news in the 2016 election*. Journal of Economic Perspectives, v. 31, n. 2, pp. 211-236, 2017; e GUESS, Andrew; NYHAN, Brendan; REIFLER, Jason. *Selective Exposure to Misinformation: Evidence from the consumption of fake News during the 2016 U.S. presidential campaign*. Disponível em: <<http://www.dartmouth.edu/~nyhan/fake-news-2016.pdf>>. Acesso em: 10/07/2018.

⁷ Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-10/para-oea-difusao-de-noticias-falsas-no-brasil-nao-tem-precedentes>>. Acesso em: 30/10/2018.

A responsabilidade civil dos provedores de internet antes e depois do Marco Civil da Internet

Antes da promulgação do Marco Civil da Internet não havia legislação específica sobre a responsabilidade civil dos provedores, o que acarretou em diversas discussões no âmbito jurisprudencial e doutrinário sobre o tema, principalmente no cerne dos provedores de conteúdo.

Em relação aos provedores de conexão (ou de acesso)⁸, que são fundamentais para a inclusão digital, antes mesmo de promulgado o Marco Civil da Internet, a doutrina já mencionava que esta espécie de provedor não seria responsável por eventual conteúdo ilícito disponibilizado por terceiros, uma vez que os serviços prestados por este provedor são apenas instrumentais, exercendo típica atividade meio⁹, não havendo sequer condições técnicas de avaliar as informações nem o direito de interceptá-las e de obstar qualquer mensagem¹⁰, o que demonstra posicionamento semelhante ao que já era utilizado em países da União Europeia e nos Estados Unidos da América.

Com o advento do Marco Civil da Internet, foi trazido um ponto chave para eventual responsabilização desta espécie de provedor: a neutralidade de rede. O art. 9º, *caput*, do Marco Civil da Internet que versa sobre a neutralidade de rede expõe de forma sucinta que o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, não podendo fazer qualquer distinção por conteúdo, destino e origem, terminal, serviço ou aplicação.

Indo ao encontro do posicionamento anterior ao Marco Civil da Internet e também com base no direito estrangeiro, o legislador acertadamente optou por isentar o provedor de conexão à internet de eventual responsabilidade civil pelos danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, conforme expõe o art. 18 da Lei:

⁸ Provedor de conexão é “a pessoa jurídica que habilita um terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados pela internet pelos seus usuários mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP, exercendo uma função intermediária entre o usuário e a internet, possibilitando o acesso deste a outros serviços conforme o seu interesse e necessidade”. In: FLUMIGNAN, Wévertton G. G. *Responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018, p. 64.

⁹ O próprio Superior Tribunal de Justiça foi ao encontro desta ideia, reconhecendo que a o serviço prestado pelos provedores de conexão é uma atividade meio e não uma atividade fim, razão pela qual não incide ICMS no serviço prestado, conforme enunciado da súmula 334.

¹⁰ Neste sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, vol. 4: Responsabilidade civil*, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 103-105.

Art. 18, Lei n. 12.965/14 - O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Tal fato decorre deste provedor ser responsável apenas pela transmissão do sinal de internet, não monitorando o conteúdo das informações, devendo incidir o Código de Defesa do Consumidor apenas pela prestação de má qualidade ou não prestação ao consumidor. Cabe ressaltar também que o art. 18 está em consonância com o princípio da neutralidade de rede, não podendo realizar filtragem ou censura de conteúdos disponibilizados na web¹¹.

O Marco Civil da Internet, ao não responsabilizar os provedores de conexão por conteúdos gerados por terceiros, coaduna-se ao princípio da liberdade de expressão, visto que, caso a lei impusesse a responsabilidade, poderia haver exageros no bloqueio de informações. Este exagero decorreria do fato de que o bloqueio ocorre através do endereço IP do conteúdo ilícito, muitas vezes impedindo o acesso ao servidor identificado naquele endereço IP ou obstando o acesso ao conteúdo completo de um site¹².

No cerne dos provedores de aplicações de internet existem maiores considerações, pois este teve mudanças significativas com o advento do Marco Civil da Internet. O provedor de aplicação de internet pode ser definido como qualquer pessoa jurídica que, através de um terminal conectado à internet, fornece um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas pelos usuários¹³, fazendo parte deste conceito os provedores de correio eletrônico¹⁴, de hospedagem¹⁵ e os de conteúdo, que merece uma análise mais profunda.

¹¹ Vide também: LONGHI, João Victor Rozatti. *Marco Civil da Internet do Brasil: Breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores*. In: Direito Privado e Internet. MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). São Paulo: Atlas, 2014, p. 122.

¹² Vide também: LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade dos provedores de serviços de Internet por atos de terceiros*. In: Responsabilidade Civil: responsabilidade civil na Internet e outros meios de comunicação. 2 ed. SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 208-209; LONGHI, João Victor Rozatti. *Marco Civil da Internet do Brasil: Breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores*. In: Direito Privado e Internet. MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). São Paulo: Atlas, 2014, p. 121.

¹³ FLUMIGNAN, Wévertton G. G. *Responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018, p. 66.

¹⁴ O serviço usualmente prestado pelo provedor de correio eletrônico consiste na possibilidade de envio de mensagens do usuário a seus destinatários, além da armazenagem destas em seus sistemas conforme o contrato do serviço, ocorrendo o acesso ao sistema através de um nome de usuário (*login*) e senha exclusivos. In: LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 26.

¹⁵ Segundo Erica Barbagalo, este provedor coloca “à disposição de um usuário pessoa física ou de um provedor de conteúdo espaço em equipamento de armazenagem, ou servidor, para divulgação das

Os provedores de conteúdo, tema central da análise, podem ser definidos, conforme Marcel Leonardi como “toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na Internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando para armazená-las servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem”¹⁶.

Em relação à responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet deve-se fazer uma análise anterior ao Marco Civil da Internet. Antes da promulgação do Marco Civil da Internet, o Superior Tribunal de Justiça havia se posicionado pela necessidade de notificação extrajudicial para retirada de qualquer conteúdo que entendesse ilícito (*notice and take down*), a qual deveria ser atendida no prazo de 24 horas¹⁷, sob pena de o provedor de conteúdo responder solidariamente com o autor do ilícito pelo dano causado. Para a Ministra Nancy Andrighi o provedor de conteúdo não estaria obrigado a analisar o teor da denúncia recebida no referido prazo, devendo apenas promover a suspensão preventiva das páginas, checando a veracidade das alegações em momento futuro oportuno¹⁸.

Ademais, prevalecia o entendimento de que o pedido para retirada do conteúdo ilícito da internet deveria ser certo e determinado, ou seja, a notificação extrajudicial feita pelo usuário não poderia ser de conteúdo genérico e indeterminado, devendo vir acompanhada de dados que possibilitassem a identificação pontual do conteúdo, entendendo, assim, que o usuário deveria informar o URL (*Universal Resource Locator*) do conteúdo reportado ilícito¹⁹, muito embora houvesse julgados no sentido de que o provedor de aplicações de internet deveria retirar conteúdos difamantes veiculados por terceiros

informações que esses usuários ou provedores queiram ver exibidos em seus sites”. In: BARBAGALO, Erica Brandini. *Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na Internet*. In: Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet. LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 346.

¹⁶ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 30.

¹⁷ Brasil, STJ, REsp 1.337.990/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Órgão julgador: Terceira Turma, julgado em 21/08/2014.

¹⁸ Brasil, STJ, REsp 1.323.754/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 19/06/2012.

¹⁹ Brasil, STJ, REsp 1.396.417/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 25/11/2013.

independentemente da indicação precisa, pelo ofendido, das páginas que foram veiculadas as ofensas²⁰.

A promulgação do Marco Civil da Internet também trouxe discussões no que tange à responsabilização dos provedores de aplicações de internet e o prazo de armazenamento de dados. Para a responsabilização e identificação de eventuais danos causados por terceiros na internet, é imprescindível que os provedores preservem e forneçam os registros eletrônicos utilizados na prática ilícita.

Antes do Marco Civil da Internet, não havia regulamentação específica sobre o assunto, o que não impediu o Superior Tribunal de Justiça de firmar entendimento de que os provedores de conteúdo deveriam armazenar tais registros por 3 (três) anos, em consonância com o Código Civil de 2002, que em seu art. 206, §3º, V estipula o referido período como prazo prescricional para as ações de reparação civil²¹.

Com o advento do Marco Civil da Internet, a responsabilização dos provedores, principalmente dos provedores de aplicações de internet, passou a ser norteadada por novas regras. Existe uma clara diferença no tratamento dado na Lei em relação à responsabilidade civil dos provedores de aplicações conforme a violação a determinados direitos.

Neste sentido, percebe-se que o legislador modificou o sistema da responsabilidade civil dos provedores tutelando duas espécies de privacidade: a privacidade ordinária ou comum que decorre do art. 19 da Lei n. 12.965/14 que objetiva principalmente assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura; e a privacidade qualificada que decorre do art. 21 da Lei n. 12.965/14 e tem como principal objetivo assegurar a vida íntima de pessoas que têm sua vida sexual e corpos expostos na rede mundial de computadores sem sua permissão²². A responsabilidade civil por violação da privacidade ordinária diferencia-se nitidamente da privacidade extraordinária com o advento da Lei n. 12.965/14 e tal fato se deve por um aumento da denominada “pornografia de vingança” (*revenge porn*) com o vazamento de vídeos e fotos íntimos.

²⁰ Neste sentido: Brasil, STJ, REsp 1.175.675/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Órgão Julgador: Quarta Turma, julgado em 09/08/2011; Brasil, STJ, REsp 1.306.157/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Órgão Julgador: Quarta Turma, julgado em 17/12/2013.

²¹ Brasil, STJ, REsp 1.398.985/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 19/11/2013.

²² Neste sentido, para melhorar entender esta classificação recomenda-se a leitura: FLUMIGNAN, Wévertton G. G. *Responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

No cerne da privacidade ordinária, no *caput* do art. 19 está elencado que o provedor de aplicações de internet somente seria responsabilizado civilmente por danos advindos de conteúdo gerado por terceiros após deixar de cumprir em tempo hábil ordem judicial específica determinando sua retirada (*judicial notice and take down*). Esse comando contraria o anterior posicionamento do Superior Tribunal de Justiça de que esta notificação poderia ser extrajudicial (*notice and take down*). A criação desse mecanismo de litigiosidade é duramente criticado por parte doutrina, que chega a taxá-lo de inconstitucional por violar direitos consolidados dos usuários, como é o caso de Cíntia Rosa Pereira de Lima²³ e Anderson Schreiber²⁴.

A única exceção prevista na Lei é a do art. 21, que estipula que no caso de violação à privacidade qualificada, ou seja, caso o conteúdo ilícito seja de nudez ou atos sexuais privados publicados sem consentimento, o provedor de conteúdo deverá removê-lo mediante notificação extrajudicial feita pelo participante ou seu representante legal, sob pena de responder subsidiariamente no caso de descumprimento (e não solidariamente como era antes do Marco Civil da Internet). A inclusão deste dispositivo no ordenamento ocorreu devido ao aumento do denominado *revenge porn* (“pornografia de vingança”).

Ademais, tanto a notificação judicial do art. 19 quanto à notificação extrajudicial do art. 21 devem conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente (art. 19, §1º e art. 21, parágrafo único). Percebe-se que o Marco Civil da Internet não traz expressamente que seria necessário que o usuário informasse o URL (*Universal Resource Locator*) do conteúdo reportado ilícito, mas subentende-se que o mesmo deve ocorrer, assim como era o entendimento anterior a sua promulgação²⁵, sendo esta a identificação clara e específica de que trata a Lei²⁶.

²³ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, p. 173 jan./dez. 2015.

²⁴ SCHREIBER, Anderson. *Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro*. In: Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015. pp. 293-294.

²⁵ Neste sentido: Brasil, STJ, REsp 1.308.830/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 08/05/2012.

²⁶ O grande problema envolvendo esta identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente é que o usuário não detém capacidade técnica e estrutural para investigar e analisar todo o conteúdo ilícito colocado na rede. No âmbito do *cyberbullying*, por exemplo, normalmente os usuários se escondem atrás de perfis falsos (“fakes”) para dificultar sua identificação e eventual responsabilização, tornando-se praticamente impossível que os usuários consigam determinar o URL de todos os conteúdos

Em relação ao prazo de armazenamento de dados, o Marco Civil da Internet trouxe outro problema ao não adotar o entendimento jurisprudencial anterior a sua promulgação, determinando, no art. 15, que os provedores de aplicações de internet devem preservar os registros de acesso a aplicações de internet pelo prazo de apenas 6 (seis) meses, sendo que esta obrigação seria apenas para as pessoas jurídicas que exerçam de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos, podendo gerar insegurança jurídica no que concerne aos ilícitos cibernéticos quando forem utilizadas aplicações de internet sem fins econômicos ou criadas por particulares.

Não restam dúvidas de que o Marco Civil da Internet representa um avanço no trato jurídico das relações derivadas do uso da internet. No entanto, a Lei se mostra conflitante em alguns pontos com entendimentos e leis que beneficiavam os usuários, devendo ser feita uma análise profunda pelo judiciário quanto à constitucionalidade ou não de alguns dispositivos desta Lei.

Da insuficiência do Marco Civil da Internet em relação às fake news

No cerne das *fake news*, as discussões envolvendo a responsabilidade civil dos provedores ficam ainda mais relevantes, principalmente no período eleitoral. Como sabido, o período eleitoral é relativamente curto, não sendo razoável que tenha que se buscar o Poder Judiciário toda vez que haja uma *fake news*, podendo, inclusive afetar o resultado do pleito. Neste cenário, demonstra-se mais razoável que fosse utilizado o sistema de notificação anterior ao Marco Civil da Internet, qual seja o *notice and take down*, e não o sistema que foi adotado pela supracitada Lei, ou seja, o *judicial notice and take down*, uma vez que o período eleitoral ocorre, de certo modo, em um curto espaço de tempo e as consequências podem ser desastrosas caso tenha que se esperar uma determinação judicial para retirada de toda e qualquer *fake news*.

O próprio legislador tem percebido que o Marco Civil da Internet é insuficiente dada à velocidade de propagação dos conteúdos disponíveis na internet, havendo projetos de Lei com a finalidade de mudar a legislação a fim de adequá-la melhor a essa realidade. Neste cenário, merece destaque o Projeto de Lei n. 5.203 de 2016, que busca incluir o art. 20-A no Marco Civil da Internet. A proposta

tidos como ilícitos e dificultando, inclusive, a identificação de quem postou o conteúdo. Neste sentido, vide também: FLUMIGNAN, Wévertton G. G. *O cyberbullying e o papel dos provedores de internet*. In: XXV Congresso do CONPEDI, 2017, Curitiba. Direito, governança e novas tecnologias I. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2017, p. 81-99.

de redação menciona, resumidamente, que o provedor de aplicação deverá indisponibilizar, no prazo de 48 horas após o recebimento de notificação pelo interessado ou representante legal, conteúdo infringente idêntico ao objeto de ordem judicial anterior, elencando expressamente que o provedor não poderá ser responsabilizado pelas consequências da eventual falta de correspondência entre os conteúdos.

Ao analisar o Projeto de Lei n. 5.203/16, percebe-se que o legislador enfim notou que o conteúdo ilícito disponibilizado na internet tem capacidade de difusão muito rápida e as consequências podem ser desastrosas e irreparáveis. Tanto é que o próprio relatório da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática menciona que o usuário seria prejudicado caso fosse necessário buscar o judiciário por todo e qualquer ilícito virtual infringente.

Outro ponto criticado pela doutrina²⁷ no Marco Civil da Internet é que o art. 15 da Lei, ao determinar o prazo de 6 (seis) meses para guarda de registros de acesso a aplicações de internet, não observou dois prazos extremamente importantes do Direito Brasileiro: o prazo prescricional para pretensão de reparação civil elencado no Código Civil de 2002 (art. 206, §3º, V) (três anos) e o prazo prescricional para pretensão de reparação por danos decorrentes de fato do produto ou serviço do Código de Defesa do Consumidor (art. 27) (cinco anos).

Tal fato pode parecer irrelevante, mas de fato não o é, pois pode gerar diversos problemas práticos tanto para os provedores de aplicações de internet quanto para os usuários, uma vez que o usuário será prejudicado, pois terá dificuldades para provar o alegado além de não possuir qualquer capacidade técnica na maioria das vezes para demonstrar todos os URLs que contenham conteúdos ilícitos. O provedor de aplicações, por sua vez, será prejudicado, pois terá dificuldades em se defender, vez que se baseou no prazo de 6 (seis) meses elencado no Marco Civil da Internet para guardar tais registros, já que guardá-los por período maior levaria uma demanda mais dispendiosa de recursos para armazenamento dos registros.

A título de exemplo, suponha que determinado usuário seja vítima de *fake news* e que isto tenha lhe causado diversos problemas, tendo contratado advogados e procurado tratamento para os traumas decorrentes disto. Depois de transcorrido o prazo de 6 (seis) meses do art. 15 do Marco Civil da Internet e se

²⁷ Neste sentido: FLUMIGNAN, Wévertton G. G. *Responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018, pp. 144-145.

curado do trauma, a vítima decide processar os autores do conteúdo ilícito a fim de ser indenizado por danos morais e materiais. Nesta situação hipotética, ele poderá encontrar dificuldade para provar os fatos alegados justamente pela ausência de registro na base de dados. Além disso, o próprio provedor poderia ter dificuldade na defesa diante da ausência das informações necessárias²⁸.

Nitidamente, o Marco Civil da Internet se mostra ineficaz em relação às *fake news*, que merecem atenção na sociedade atual, principalmente quando envolve questões eleitorais, pois podem influenciar no pleito e definir as eleições. A legislação e a jurisprudência não podem fechar os olhos para tais fatos, devendo utilizar o sistema que melhor se adéque a elas, buscando diminuir ao máximo as consequências negativas inerentes às *fake news*, uma vez que o Marco Civil da Internet se demonstra insuficiente e ineficaz para combatê-las com o rigor que merecem.

Nas eleições presidenciais de 2018 no Brasil ficou evidenciado que o Marco Civil da Internet é extremamente insuficiente para nortear todas as discussões que envolvem as *fake news*. O Poder Judiciário ficou praticamente de mãos atadas diante de algo que, nas palavras da própria OEA (Organização de Estados Americanos) foi “sem precedentes”²⁹.

Fake News: O bom exemplo do Direito Alemão

O Parlamento Alemão aprovou em junho de 2017 uma Lei com medidas rígidas contra redes sociais em caso de postagens com discursos de ódio, pornografia infantil e *fake news* divulgadas por usuários nas plataformas. Caso plataformas como Facebook, Instagram e Twitter não deletem tais conteúdos, multas milionárias podem ser aplicadas.

A Lei, que ficou conhecida como “Lei de Aplicação na Internet” ou simplesmente “NetzDG”, prevê, entre outros pontos, que as redes sociais como Facebook, Twitter e YouTube devem remover conteúdos que explicitamente ferem a Lei Alemã no prazo de 24 horas após uma denúncia. Para qualquer outro conteúdo ofensivo foi estabelecido um prazo de sete dias. O ponto principal desta Lei é que em casos de violações sistemáticas, as empresas enfrentam penalidades de até 50

²⁸ Vide também: FLUMIGNAN, Wévertton G. G. *O cyberbullying e o papel dos provedores de internet*. In: XXV Congresso do CONPEDI, 2017, Curitiba. Direito, governança e novas tecnologias I. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2017, p. 81-99.

²⁹ Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-10/para-oea-difusao-de-noticias-falsas-no-brasil-nao-tem-precedentes>>. Acesso em: 30/10/2018.

milhões de euros, sendo que os diretores destas empresas também podem ser individualmente multados em até 5 milhões de euros.

Outros países têm seguido o exemplo alemão. A título de exemplo, o governo britânico chegou a criar um departamento especificamente para analisar notícias falsas. A França possui projetos de Lei com o objetivo de impedir "a manipulação da informação" durante o período eleitoral³⁰.

Os críticos à legislação alemã, aos projetos de Lei franceses e à postura de outros países argumentam que isto fere a liberdade de expressão e seria uma forma de patrulhar o pensamento e opinião das pessoas. Entretanto, este argumento de que Leis que objetivem combater *fake news* e discursos de ódio violariam a liberdade de expressão parece estar equivocado.

É inerente ao ser humano a necessidade de expor suas opiniões, pensamentos, ideias e sentimentos, não podendo sofrer sanções ao expô-los. Ao expressar essas ideias no âmbito virtual, o indivíduo tem um grande poder em suas mãos devido à velocidade de transmissão e alcance do conteúdo disponibilizado na web, podendo refletir na sociedade, no sistema político e nos valores. Não se deve subestimar o poder das ideias e muito menos das ideias expostas no âmbito virtual.

Neste sentido, a liberdade de expressão exercida pelos usuários na rede não é absoluta e, por óbvio, não pode ofender outros tantos princípios basilares que se fundam a sociedade em que vivemos, nem ofender quem quer que seja.

Os usuários, não raramente, utilizam a premissa da liberdade de expressão para manifestar posicionamentos que ofendem a honra e a imagem de alguém, seja por mensagens e opiniões nitidamente ofensivas (por exemplo, opiniões de cunho racista, homofóbico, xenofóbico etc.), seja por utilizar inverdades com a finalidade de ofender alguém ou obter alguma vantagem, como é o caso das *fake news*.

Como bem expõe Cíntia Rosa Pereira de Lima³¹, um ambiente propício ao compartilhamento de informação e à manifestação de pensamento pode ser uma ameaça a direitos e garantias fundamentais, como a honra, a privacidade, a intimidade e a imagem previstos no art. 5º, X, da Constituição Federal. Deve-se

³⁰ Disponível em:

<https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2018/07/13/interna_internacional,973278/conheca-as-leis-ao-redor-do-mundo-no-combate-as-fake-news.shtml>. Acessado em: 17/11/2018.

³¹ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, pp. 155-176 jan./dez. 2015. p. 159.

buscar no âmbito virtual um equilíbrio entre a liberdade de expressão, assegurada tanto na Constituição Federal quanto no Marco Civil da Internet, e a proteção de outros direitos e garantias fundamentais, também garantidos nas referidas legislações, que norteiam e agem como verdadeiros limites ao exercício desta liberdade.

Visando equilibrar e controlar as fontes de informações, o legislador pátrio vedou o anonimato nas manifestações de pensamento (art. 5º, IV, Constituição Federal), bem como para que o indivíduo seja identificado e responsabilizado por eventuais danos causados a terceiro³². Ocorre que, na internet, justamente por oferecer uma maior rapidez e facilidade para se comunicar e trocar informações, há, por vezes, também uma suposta sensação de “invisibilidade”. Pode-se inserir informações e conteúdos em muitas páginas sem controle prévio e até mesmo sem identificação do autor, que, não raras vezes, utiliza perfis falsos (“fakes”) em redes sociais ou outros modos para não ser identificado.

Essa sensação de anonimato aliada à velocidade de difusão da informação torna a internet um ambiente propício para gerar danos, razão pela qual o fator tempo assume particular importância nos ilícitos virtuais. Conforme o tempo passa para retirada do conteúdo ilícito da internet, maior será o dano e as consequências, uma vez que o conteúdo pode “viralizar”³³ rapidamente, tornando-se praticamente impossível a volta ao *status quo* anterior.

Como se nota, a linha entre a liberdade de expressão, a manifestação do pensamento e as ofensas, conteúdos difamatórios e *fake news* é tênue e, diante da velocidade de propagação do conteúdo na internet, torna-se ainda mais importante uma legislação que de fato combata este tipo de ilícito virtual, uma vez que o Marco Civil da Internet se mostra claramente ineficaz para tal.

O bom exemplo do Direito Alemão deve ser seguido no Brasil. O Legislador pátrio não pode fechar os olhos diante da clara ineficácia do Marco Civil da Internet para tratar sobre as *fake news* e conteúdos de ódio. Neste sentido, faz-se necessário que o Brasil promulgue uma Lei que combata de forma rápida e eficaz as *fake news*, não utilizando do sistema moroso de notificação judicial do Marco

³² A liberdade de expressão e manifestação do pensamento atingem não raras vezes situações jurídicas de outras pessoas a que corre o direito de resposta. Tal direito também vem elencado no art. 5º, V da CF, assegurando o “direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem”.

³³ “Viralizar” é um termo usado no ambiente virtual que surgiu com o crescimento do número de usuários das redes sociais e blogs. Esta palavra é utilizada para conteúdos que ganham grande repercussão e disseminam-se rapidamente na web.

Civil da Internet (*judicial notice and take down*), visto que essa demora é extremamente prejudicial, pois o fator tempo é primordial neste tipo de ilícito diante das consequências que pode acarretar.

CONCLUSÃO

O trabalho buscou analisar o sistema atual de combate e responsabilização por *fake news* no Brasil, que têm sido cada vez mais comuns na sociedade atual, principalmente no âmbito das eleições em que as *fake news* são utilizadas para atingir a honra e imagem de determinados candidatos e beneficiar outros, podendo influenciar diretamente no resultado final do pleito e gerar danos irreparáveis às vítimas.

Conforme evidenciado, o fator tempo assume particular relevância neste tipo de ilícito, pois quanto maior o tempo para retirar as *fake news*, maiores poderão ser as consequências às vítimas e, no âmbito eleitoral, pode até mesmo ser capaz de mudar o resultado do pleito. Diante disto, não se mostra eficaz o sistema adotado pelo Marco Civil da Internet de ter que esperar o trâmite de uma ação judicial que, na maioria das vezes, é morosa e insuficiente para atingir o objetivo pleiteado de retirar a notícia falsa imediatamente do ar.

Neste sentido, o Brasil deve seguir os bons exemplos de países que possuem debates e legislações mais avançadas sobre o tema, como é o caso, por exemplo, da Alemanha e da França. Faz-se necessário que o legislador não feche os olhos para este tipo de ilícito e a clara insuficiência da legislação atual para combatê-lo, devendo-se ser editada uma Lei que verse sobre *fake news* e conteúdos de ódio, no mesmo sentido de alguns países ao redor do mundo.

Importante ressaltar que, conforme já exposto, uma legislação como esta não visa prejudicar a liberdade de expressão, pois tal princípio não é absoluto, uma vez que não pode ofender outros tantos princípios basilares que se fundam a sociedade em que vivemos e nem ofender quem quer que seja.

A premissa da liberdade de expressão não deve ser utilizada para manifestação de pensamentos que ofendam a honra e a imagem de alguém, seja por mensagens e opiniões nitidamente ofensivas (por exemplo, opiniões de cunho racista, homofóbico, xenofóbico etc.), seja por utilizar inverdades com a finalidade de ofender alguém ou obter alguma vantagem, como é o caso das *fake news*. Portanto, uma legislação que busque coibir tal prática seria bem vinda e extremamente oportuna no cenário atual brasileiro, que iria ao encontro de uma tendência da sociedade atual de combate a estes ilícitos virtuais.

REFERÊNCIAS

ALCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. *Social media and fake news in the 2016 election*. Journal of Economic Perspectives, v. 31, n. 2, pp. 211-236, 2017; e GUESS, Andrew; NYHAN, Brendan; REIFLER, Jason. *Selective Exposure to Misinformation: Evidence from the consumption of fake news during the 2016 U.S. presidential campaign*. Disponível em: <<http://www.dartmouth.edu/~nyhan/fake-news-2016.pdf>>. Acesso em: 10/07/2018.

BARBAGALO, Erica Brandini. *Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na Internet*. In: Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet. LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FLUMIGNAN, Wévertton G. G. *Responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

FLUMIGNAN, Wévertton G. G. *O cyberbullying e o papel dos provedores de internet*. In: XXV Congresso do CONPEDI, 2017, Curitiba. Direito, governança e novas tecnologias I. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2017, pp. 81-99.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, vol. 4: Responsabilidade civil*, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade dos provedores de serviços de Internet por atos de terceiros*. In: Responsabilidade Civil: responsabilidade civil na Internet e outros meios de comunicação. 2 ed. SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, p. 173 jan./dez. 2015.

LONGHI, João Victor Rozatti. *Marco Civil da Internet do Brasil: Breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores*. In: Direito Privado e Internet. MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). São Paulo: Atlas, 2014.

PAESANI, Liliansa Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 3 ed.. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro*. In: *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)*. DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

Referências jurisprudenciais:

Brasil, STJ, REsp 1.175.675/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Órgão Julgador: Quarta Turma, julgado em 09/08/2011.

Brasil, STJ, REsp 1.308.830/RS, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 08/05/2012.

Brasil, STJ, REsp 1.323.754/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 19/06/2012.

Brasil, STJ, REsp 1.398.985/MG, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 19/11/2013.

Brasil, STJ, REsp 1.396.417/MG, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 25/11/2013.

Brasil, STJ, REsp 1.306.157/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Órgão Julgador: Quarta Turma, julgado em 17/12/2013.

Brasil, STJ, REsp 1.337.990/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 21/08/2014.

GOVERNANÇA AMBIENTAL, SUSTENTABILIDADE URBANA E TECNOLOGIA: A ESTRATÉGIA DE SUCESSO DAS SOCIEDADES DIGITAIS NO COMBATE E PREVENÇÃO DO COLAPSO URBANO

Marilene Afonso Carneiro¹ e Rafael Tocantins Maltez²

Resumo

Os grandes centros urbanos que apresentam por meio da governança ambiental, da sustentabilidade urbana e tecnologia uma fonte de renovação e transformação de suas cidades e regiões são considerados exemplos de sucesso no combate e prevenção do colapso urbano. É inegável que as práticas sustentáveis têm colaborado para o equilíbrio das sociedades modernas através do estabelecimento de um elo entre os recursos disponíveis, sua correta utilização e a conservação da vida no planeta. Tendo a tecnologia como uma importante aliada dos tempos modernos, cidades no mundo inteiro têm apresentado planos para o milênio que se apresenta. O objetivo deste artigo é demonstrar como a adoção de práticas inovadoras podem dar certo nos centros urbanos, em um mundo digital e globalizado. Apresenta também casos práticos de cidades sustentáveis, porém o destaque principal é a cidade Lyon, na França, um caso de sucesso mundial, pois confirma que é possível a reconstrução de uma estrutura local desgastada e abandonada pelo declínio da revolução industrial.

Palavras-chave: Governança ambiental. Sustentabilidade urbana. Tecnologia. Cidades sustentáveis.

ENVIRONMENTAL GOVERNANCE, URBAN SUSTAINABILITY AND TECHNOLOGY: STRATEGY FOR THE SUCCESS OF DIGITAL SOCIETIES IN THE COMBAT AND PREVENTION OF URBAN COLLAPSE

Abstract

The great urban centers that present through environmental governance, urban

¹ Graduanda em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU.

² Doutor em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito do Consumidor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialização em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Juiz de direito - Tribunal de Justiça de São Paulo. Professor assistente da Escola Paulista da Magistratura e professor do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU e Universidade Paulista - UNIP.

sustainability and technology a source of renewal and transformation of their cities and regions are considered examples of success in combating and preventing urban collapse. It is undeniable that sustainable practices have contributed to the balance of modern societies by establishing a link between available resources, their correct use and the conservation of life on the planet. With technology as an important ally of modern times, cities throughout the world have laid out plans for the millennium that presents itself. The aim of this article is to demonstrate how the adoption of innovative practices can work well in urban centers, in a digital and globalized world. It also presents practical cases of sustainable cities, but the main highlight is the city Lyon in France, a case of worldwide success, since it confirms that it is possible the reconstruction of a local structure worn and abandoned by the decline of the industrial revolution.

Keywords: Environmental governance; Urban sustainability; Technology; Sustainable cities.

Introdução

Poderá o mundo reverter o preocupante momento atual em um tempo em que o desenvolvimento, a natureza e a tecnologia contrariam as previsões mais realistas e pessimistas da era digital? – Parece que sim. Já estão disponíveis resultados de projetos audaciosos que desafiando o frágil habitat humano têm produzido seus frutos. Servindo, portanto, de importante ponto de partida ao considerar a governança inteligente e a sustentabilidade como elementos a serem creditados nos grandes centros urbanos do planeta.

Contudo, se mudanças são possíveis, necessário se faz que uma inovadora visão de futuro aliada a uma força política comprometida com a cidadania e o meio ambiente sejam percebidos como elementos essenciais para a obtenção de bons resultados; possibilitando à vida um pulsar renovado a partir do desenvolvimento, da sustentabilidade, da dignidade e da valorização do planeta.

Vivemos uma época em que já não nos bastam os projetos arrojados e lucrativos. Precisamos pensar em projetos que contemplem as sociedades humanas de forma holística, vivendo em um planeta vivo, onde as conexões são realizadas em todos os sistemas e esferas; permitindo e exigindo do próprio ser humano o aperfeiçoamento de suas ações e a manutenção de seu equilíbrio natural, social, cultural e econômico.

O limiar das grandes transformações realizadas pelo ser humano enquanto cocriador de seu ambiente tem ensejado que as boas práticas ocupem seus lugares em todos os cantos das sociedades modernas. Sua contribuição preserva a vida nos grandes centros urbanos, incluindo as pequenas cidades e vilarejos distantes da aglomeração destes locais; permitindo a renovação da natureza e proporcionando a qualidade de vida aos seus habitantes. É inegável que as práticas sustentáveis têm colaborado para o equilíbrio das sociedades modernas através do estabelecimento de um elo entre os recursos disponíveis, sua correta utilização e a conservação da vida no planeta.

Tendo a tecnologia como uma importante aliada dos tempos modernos, cidades no mundo inteiro têm apresentado planos para o milênio que se apresenta.

O objetivo deste artigo é demonstrar como a adoção de práticas inovadoras podem dar certo nos grandes centros urbanos, em um mundo digital e globalizado, gestando o enfrentamento de desafios existentes na nova era e alcançando o sucesso como resultado de um esforço conjunto em benefício do meio ambiente. Apresenta também casos práticos de cidades sustentáveis, porém o destaque principal é a cidade Lyon, na França, representando o surgimento de uma nova história para uma região que, tendo em conta a tecnologia e seu universo resolveu revolucionar seu *savoir-faire* a partir da sustentabilidade. Hoje, sob o comando de uma revolução sem armas, sem violência e respeitando as diferenças, Lyon é um caso de sucesso mundial, pois confirma que é possível a reconstrução de uma área deteriorada e abandonada com a decadência do período pós revolução industrial.

A abordagem do tema implica a experiência e vivência pessoal da autora no final dos anos 90 e início dos anos 2000, em Lyon, além de pesquisas bibliográficas em literatura especializada e Internet e análise de casos relacionados ao panorama atual dos grandes centros urbanos que apresentam por meio da sustentabilidade e da boa governança uma fonte de renovação e transformação de suas cidades e regiões. Uma perspectiva sem dúvida a ser considerada, sem esquecer a fragilidade de um sistema já esgotado por ações humanas impensadas e descontroladas.

O crescimento populacional no mundo e o gerenciamento dos recursos naturais

O Relatório da ONU – Organização das Nações Unidas informa que existem 28 megacidades³ no mundo totalizando 453 milhões de pessoas. Dessas megacidades, informa o relatório, cerca de 12 por cento dos habitantes estão na Ásia, quatro na América Latina, três delas na África e na Europa e duas na América do Norte. Segundo o relatório, em 2030 existirão 41 megacidades com 10 milhões de habitantes ou mais. Este mesmo documento cita Tóquio como a maior cidade do mundo, com 38 milhões de habitantes, seguida de Deli com 25 milhões, Xangai com 23 milhões e a Cidade do México, Mumbai e São Paulo, cada uma com cerca de 21 milhões de habitantes. Osaka possui 20 milhões, seguida de Pequim com menos de 21 milhões de habitantes. As cidades de Nova York e do Cairo também integram o grupo das megacidades com 18,5 milhões cada. Problemas como a falta de água e alimento estão no topo das preocupações humanas neste início de milênio. Sendo necessário repensar sobre determinadas práticas que têm gerado o enfraquecimento da cadeia alimentar e dos recursos hídricos em todo planeta. No Brasil, de acordo com Rafael Tocantins Maltez⁴ o espaço urbano, sem demora, precisa ser humanizado e devolvido às pessoas como substrato de uma nova mentalidade e de uma política de decrescimento não sujeita a tantos prejuízos pela entrega a um pequeno número de pessoas que não se preocupa com as consequências de seus atos. São Paulo não tem mais como crescer; não cabem mais veículos nas ruas, a poluição passou dos limites do tolerável, pouco resta de Mata Atlântica, há a crise hídrica.

Como se não bastasse a escassez dos recursos básicos, as megacidades ao entrarem em colapso em função da escassez, carregam consigo as aglomerações menores, distantes dos centros, mas que igualmente necessitam da natureza para a manutenção da vida e de seus sistemas.

O processo de concentração populacional desordenada nos grandes centros, por sua vez, trouxe uma série de desafios para os gestores públicos. Pouco espaço para o abrigo de muita gente, inviabilidade de se estender, em curtos lapsos de

³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Divisão das Nações Unidas para a População do Departamento dos Assuntos Económicos e Sociais. Perspectivas da urbanização mundial - relatório. New York: ONU, 2015. Disponível em: <<https://www.unric.org/pt/actualidade/31537-relatorio-da-onu-mostra-populacao-mundial-cada-vez-mais-urbanizada-mais-de-metade-vive-em-zonas-urbanizadas-ao-que-se-podem-juntar-25-mil-milhoes-em-2050>>. Acesso em: nov. 2018.

⁴ MALTEZ, Rafael Tocantis. Limites ao adensamento demográfico na cidade de São Paulo: efeitos da lei de zoneamento no bem-estar de seus habitantes. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 18, n. 46, p. 146, jan.-mar. 2017.

tempo, infraestruturas para atendimento dos moradores de áreas mais periféricas, processos vertiginosos de especulação imobiliária e clamor por justiça social foram (como ainda são) apenas algumas das variáveis a serem sopesadas pela Administração na formulação de qualquer política urbanística⁵.

Uma visão preocupante, negativa e ao mesmo tempo apocalíptica se não fossem as novas ideias oriundas de projetos sustentáveis e ambiciosos. Tais projetos trazem um tempo de mudança e transformação. A cidade de Lyon na França aqui será destacada como exemplo de qualidade, sustentabilidade e inovação, beneficiando seus ambientes natural e urbano em favor da coletividade e da natureza.

Práticas ancoradas na governança ambiental e urbanística têm provado que ainda é possível evitar uma situação de desequilíbrio e escassez onde o meio ambiente seja protegido e matenha em equilíbrio o crescimento e o desenvolvimento sustentável para a manutenção da vida nos grandes aglomerados urbanos. Resta, portanto, a inegável responsabilidade de cada um de nós ao tratarmos da defesa de nosso meio ambiente como solução de sobrevivência; sem preterir a adoção de tecnologias como ferramentas de serviços a serem realizados tanto no meio natural quanto no urbano.

Para José Eli da Veiga lembra que “o desenvolvimento depende da cultura, na medida em que ele implica a invenção de um projeto⁶”. E ainda:

A ideia de desenvolvimento não perderá a sua centralidade nas ciências sociais do século que se inicia. Mais do que nunca, precisamos enfrentar as abismais desigualdades sociais entre as nações e dentro das nações, e fazê-lo de maneira a não comprometer o futuro da humanidade por mudanças climáticas irreversíveis e deletérias.

Entende-se que o desenvolvimento pode existir, e ele existe. Porém, para que seja verdadeiramente sustentável compete a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, previstos pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 23, inciso IX. Porém, Luana Dias Motta⁷ relata que:

⁵ CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Questões de alta indagação envolvendo o direito de construir. De efeitos cumulativos a direito de protocolo – quem está errado: a lei ou o intérprete? Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 18, n. 46, p. 33, jan.-mar. 2017.

⁶ VEIGA, José Eli da. Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

⁷ MOTTA, Luana Dias. A questão da habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade. 2014. Disponível em: <<http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/wp->

Os atuais problemas urbanos, em especial aqueles relacionados à habitação, refletem um século de políticas que não consideraram a população mais pobre ou, em alguns períodos, nem existiram. Nesse sentido, torna-se pertinente uma retomada histórica da questão da habitação urbana no Brasil, com destaque para algumas políticas e projetos do Estado para tentar enfrentar essa questão social.

Importante considerar que a existência de políticas de moradia adequada dirigida à população de baixa renda bem como a garantia de higiene e saúde elenca o rol dos elementos essenciais ao cumprimento das funções sociais da cidade para que o desenvolvimento social e econômico considere inclusive as populações menos favorecidas. A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 3º, inciso III estabelece que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” .

Leuzinger e Scardua⁸ dizem que:

O município ao estabelecer a política urbana, que tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana deve observar sua obrigação constitucional de tornar efetivo o direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado.

Porém, Veiga explica que:

Há um novo requisito que exige ajustes em ultrapassadas concepções do desenvolvimento: a sustentabilidade ambiental do crescimento e da melhoria da qualidade de vida. Trata-se de um imperativo global que chegou para ficar, em virtude da percepção de que a biosfera, em níveis global, regional, nacional e local, está sendo submetida a pressões insuportáveis e prejudiciais para o próprio desenvolvimento e as condições de vida⁹.

O pensamento de Veiga reforça a importância do equilíbrio entre as ações voltadas para a preservação da vida através da sustentabilidade e o caminho para a preservação da espécie humana. Sendo, portanto, necessário que os esforços se prevaleçam por meio da união de forças presentes nas sociedades humanas.

content/uploads/2014/04/TAMC-MOTTA_Luana_- A_questao_da_habitacao_no_Brasil.pdf >. Acesso em: nov. 2018.

⁸ LEUZINGER, Marcia Dieguez, SCARDUA, Fernando. Unidades de conservação e planos diretores. Revista de Direito Ambiental – RDA, ano 15, n. 58, p. 110, abr.-jun. 2010.

⁹ VEIGA, José Eli da. Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2010. p. 187.

Muito se tem falado da importância da sustentabilidade como prática para reequilibrar o meio ambiente sem que com isto o desenvolvimento urbano se torne um impedimento, dada a fragilidade que as práticas de exploração trazem à natureza. No entanto, ainda assim é possível conciliar as práticas de desenvolvimento urbano com ações que protejam o meio ambiente. Bastando que programas de conscientização, planejamento, proteção de áreas verdes, manejo correto de resíduos sólidos, reutilização de materiais recicláveis, inclusão social e um plano de gestão organizada ganhem a realidade, transformando hábitos de consumo por todo o mundo.

A reestruturação das cidades a partir da governança ambiental e urbanística

Segundo o Banco Mundial¹⁰ em seu relatório do ano de 2017 “a Governança e o Direito tem uma riqueza de perspectivas que informarão e fortalecerão ainda mais o trabalho do Banco Mundial em matéria de governança”. De acordo com Debbi Wetzel, Diretora Sênior da Prática Global da Governança do Banco Mundial “(...) como assinala o relatório, as reformas bem-sucedidas não visam apenas às boas práticas”. E continua: “Requerem adaptação e reajuste de instituições de modo a utilizarem mais eficazmente as dinâmicas locais e abordarem problemas específicos que continuam a impedir um desenvolvimento que sirva a todas as pessoas”.

Se a governança dos recursos se mostra como fator fundamental ao desenvolvimento equilibrado das sociedades modernas, temos então importantes elementos a serem considerados a partir da tomada de atitudes capazes de contemplar o desenvolvimento do mundo em escala global. Entre os fatores pertinentes temos: comprometimento, responsabilidade, ética, organização e planejamento. O conjunto destes fatores mostra o quanto é possível a transformação do momento em que vivemos para um tempo de crescente desenvolvimento e equilíbrio.

No ano de 2013, em Nova York, no evento intitulado “*Olhando para 2015 e além: o papel do combate à corrupção e da governança*”, Yuri Fedotov¹¹, diretor executivo do escritório da ONU, afirmou: “Há uma crescente percepção de que a corrupção e

¹⁰ THE WORLD BANK GROUP. A melhoria governança é elemento fundamental para garantir o crescimento equitativo nos países em desenvolvimento. Washington, 30 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2017/01/30/improving-governance-is-key-to-ensuring-equitable-growth-in-developing-countries>>. Acesso em: Nov. 2018

¹¹ NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL – ONUBR. Boa governança e esforços contra a corrupção devem integrar desenvolvimento global, diz ONU. 25.09.2013. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/boa-governanca-e-esforcos-contra-a-corrupcao-devem-integrar-desenvolvimento-global-diz-onu/>>. Acesso em: nov. 2018.

a falta de boa governança representam uma grande ameaça para o desenvolvimento social e econômico, e que têm impedido o progresso dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM)”. A partir do discurso de Fedetov, percebe-se que a sustentabilidade é profundamente ligada à boa governança, assim como a boa governança está ligada a contribuição ética e eficaz de cada uma das partes envolvidas; criando-se a partir deste ponto uma conexão possível, realizável em proveito de todos; contemplando não apenas as gerações presentes, mas também as futuras.

O artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece que “todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado¹², bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Conservar o meio ambiente com a finalidade de preservar a vida é elemento fundamental para o sucesso dos projetos não apenas em grandes centros urbanos, mas, em todas as regiões do planeta, respeitando-se as especificidades e peculiaridades de cada local, bem como as leis criadas para sua conservação e proteção.

Assim, não restam dúvidas que as leis devem nortear os projetos realizados, podendo sua idealização e execução serem enfatizadas a partir das regras de conduta que servirão de vetores para a concretização de planos em prazos estabelecidos; observando-se as leis e as normas específicas de cada proposta e sua região.

A conjuntura apresentada enfatiza a importância do respeito às normas. Ressaltando-se que preservar o meio ambiente não se limita ao presente, mas alcança o futuro e suas gerações e faz perpetuar a ideia de humanidade no planeta Terra. Neste contexto importa questionar: Como preservar o meio ambiente a partir dos grandes centros, verdadeiros conglomerados de concreto, populações e escassez de recursos naturais?

Do caos ao desenvolvimento sustentável tendo a tecnologia como ferramenta

Ao contrário de poucas décadas atrás, quando ter tecnologia era sinônimo de estar ligado em videogames e telefones sem fio, hoje a tecnologia apresenta um

¹² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo VI - Do meio Ambiente, Art. 225. Brasília, DF: Senado, 1988.

vasto potencial de instrumento como solução para os gargalos existentes na via do desenvolvimento. Cabe ao Homem, sua boa utilização.

Jared Diamond¹³ nos faz refletir sobre o que podemos fazer como indivíduos para a reversão do caos em sucesso. Com o objetivo de ir além do que temos e da responsabilidade pelo o que fazemos com o nosso planeta talvez ainda nos reste um caminho para a retomada do desenvolvimento a partir do respeito para com o mundo em que vivemos. Não há dúvidas que existe um trabalho conjunto de forças políticas, sociais, econômicas, educacionais e tecnológicas que farão da destruição um tempo de Luzes.

A tecnologia é fruto de mentes que em um determinado momento acreditam no mundo das possibilidades, dando início a uma nova era, repleta de invenções e estruturas que não precisam se materializar para existir. A partir deste cenário ainda desconhecido e assustador poderá a humanidade contar com a tecnologia para a preservação do meio ambiente?

Apesar dos alertas mais pessimistas quanto ao destino da vida na Terra, o futuro espreita com uma possibilidade de desenvolvimento mesmo nos grandes centros urbanos, alcançando inclusive os mais distantes vilarejos e suas regiões. Podendo o homem contar com a tecnologia como ferramenta de apoio e cuidado com o meio ambiente terá a possibilidade de alcançar as mudanças necessárias a partir de inovações que contribuirão para o combate das crises hídrica, de energia, dos alimentos, do desemprego e de tudo o que o ser humano possa precisar para a continuidade e a preservação da vida.

Em 11/12/2013, o então secretário geral da ONU - Nações Unidas, Ban Kin Moon¹⁴, disse em seu discurso que “a tecnologia oferece muitas respostas para as ameaças que todos nós partilhamos e muitas inovações que podem nos ajudar a aproveitar as oportunidades comuns”. Disse ainda: “a nossa é a primeira geração com conhecimento e as ferramentas para acabar com a pobreza extrema”. “A nossa é a geração que deve - e pode, com as tecnologias que já temos a nossa disposição - criar um caminho para um futuro sustentável”.

O discurso de Ban Kin Moon parece refletir bem a possibilidade de um futuro promissor a partir da utilização de ferramentas digitais em benefício da

¹³ DIAMOND, Jared. Colapso: como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso. 2. ed. Rio de Janeiro: Record. 2005.

¹⁴ NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Chefe da ONU afirma que ciência e tecnologia podem ajudar países a criar futuro sustentável. Rio de Janeiro: ONUBR, 12.11.2013. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/chefe-da-onu-afirma-que-ciencia-e-tecnologia-podem-ajudar-paises-a-criar-futuro-sustentavel/>>. Acesso em: nov. 2018.

humanidade. Podendo o desenvolvimento ser beneficiado a partir de sua utilização tanto em países pobres e pouco desenvolvidos, como em países onde os recursos naturais são escassos em função da sua desordenada exploração.

Podemos citar como exemplo um aplicativo gratuito disponível em Android e IOS que também pode ser utilizado em um computador para que a comida seja reaproveitada.

‘Trata-se do “Too Good to Go” que funciona como um iFood disponível em países na Europa, mas que ainda não chegou no Brasil¹⁵.

Assim, sendo a tecnologia um recurso que hoje está ao alcance de todos, ou quase todos, poderá, por exemplo, contribuir para a educação, a formação, a informação e a conscientização da população sobre a importância do uso racional da água; da correta destinação de resíduos e dejetos; do bom uso e preservação do solo, dos rios, dos mares e dos oceanos.

Segundo Rafael Tocantins Maltez¹⁶ em entrevista concedida ao Programa Visão Jurídica da TV Guarulhos, (...) “O desenvolvimento sustentável no Brasil ainda é muito incipiente, sendo a questão ambiental portadora de grandes barreiras estruturais”. O Professor explica que:

Além da dificuldade de extensão territorial do Brasil, não existe a proteção de seu território e de seus recursos naturais. Ficando-se a mercê de interesses e de forças que agem por meio da exploração e da retirada das riquezas existentes não apenas na fauna e flora, mas também, da abundância de minerais existentes no subsolo e cavernas brasileiras”.

Relata ainda o Professor que “a sustentabilidade é que dá suporte ao desenvolvimento econômico e social e não o contrário”. As atividades econômicas não podem ser exercidas em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente (art. 170 VI, da CF/88).

A partir da fala de Maltez podemos afirmar que a sustentabilidade é a base para o desenvolvimento econômico e social das sociedades, servindo a tecnologia de instrumento eficaz para a condução de ações que visem, sobretudo, à informação

¹⁵ D’ANGELO, Helô. Aplicativo vende a comida que sobra nos restaurantes como maneira de evitar o desperdício. São Paulo: Grupo Abril, 31.10.2016. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ideias/aplicativo-vende-a-comida-que-sobra-nos-restaurantes/>>. Acesso em: nov. 2018.

¹⁶ GUERRA, Silmara. Programa Visão Jurídica. Entrevista com Dr. Rafael Tocantins Maltez sobre o direito Ambiental. Guarulhos: TV Guarulhos, 02.11.2014. Disponível em:<https://www.youtube.com/watch?v=X8gQ0-Ry_qA>. Acesso em: nov. 2018.

e utilização dos recursos disponíveis não apenas no Brasil, mas no planeta; alcançando inclusive as populações pouco consideradas pelos grandes centros urbanos.

As contribuições das ferramentas tecnológicas

Os meios de comunicação modernos como os celulares, os *smartphones*, o rádio, a televisão e as redes sociais, se bem utilizados, oferecem grande contribuição no que se refere à informação e à sensibilização da população, por meio da formação de pessoas quanto aos anseios e às práticas da proteção do meio ambiente.

O uso de celulares e *smarthphones* podem ajudar na preservação do planeta através de aplicativos ligados à sustentabilidade que disponibilizem ideias de consumo de água e de fontes de energia, de reciclagem de produtos, de comportamentos e de ações ecológicas relacionadas ao cotidiano das pessoas, promovendo iniciativas com o potencial de evitar importante degradação ambiental.

Por exemplo: aplicativo “Sai Desse Banho” trata de maneira lúdica do consumo consciente da água durante o banho. Serve de despertador que avisa quando é hora de terminar o banho. Seu objetivo é a economia de água¹⁷.

Muitos países em diversas regiões do mundo já se decidiram pela implantação de grandes redes de solução para a produção energética proveniente da exploração de recursos naturais renováveis. Entre os quais se destacam: os painéis solares, as turbinas eólicas, marítimas e geotérmicas e bombas movidas a calor¹⁸.

A utilização de *smart grids*¹⁹ (*redes inteligentes*) permite o fornecimento eficaz, durável, econômico e com segurança elétrica no que diz respeito ao gás, ao aquecimento e à refrigeração, integrando de maneira inteligente as ações de diferentes utilizadores (produtores e consumidores que se tornam ativos).

¹⁷ 15RIBEIRO JUNIOR, Valdir. Existem aplicativos que colaboram na mudança de hábitos e ainda contribuem para a economia de água. Exame, São Paulo, 13.09.2016. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/5-apps-para-voce-fazer-sua-parte-e-economizar-agua/>>. Acesso em: nov. 2018

¹⁸ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY - IEA. Renewable energy consumption in major markets, 2017 and 2023. Disponível em: <www.iea.org/renewable2018>. Acesso em: nov. 2018.

¹⁹ How2Guide for Smart Grids in Distribution Networks. Paris: OECD/IEA, 2015. Disponível em: <<https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/TechnologyRoadmapHow2GuideforSmartGridsinDistributionNetworks.pdf>>. / FONDATION D'ENTREPRISE ALCEN POUR LA CONNAISSANCE DES ÉNERGIES. Réseau intelligent (smart grid). Disponível em: <www.connaissancedesenergies.org/fiche-pedagogique/reseauintelligent-smart-grid>. Acesso em: nov. 2018.

As soluções de gestão inteligente de transporte multimodal (combinação de transporte coletivo ferroviário-rodoviário não poluentes para as pessoas ou a combinação de trem/navegação fluvial-rodovia para as mercadorias) participam na redução da poluição atmosférica.

Existem ainda as soluções que têm por finalidade reduzir o tráfego nas grandes cidades e nas estradas; o que gera uma redução do consumo de combustíveis e de emissão de CO²:

- solução de *carsharing*²⁰ (veículos compartilhados) utilizados pelos municípios disponibiliza aos seus habitantes meios de locomoção através do transporte compartilhado (ex: carros elétricos, bicicletas, e o mais recente, patinete elétrico);
- solução de *carpooling* (carona solidária) entre os particulares que se unem para dividir os veículos utilizados em locomoção diária e em viagens.

Inúmeros fabricantes de automóveis têm apresentado veículos com propulsão elétrica (energia elétrica) ou totalmente elétrico. Além disso, a maioria dos veículos presentes em alguns mercados do mundo já dispõem de equipamentos de controle que permitem a otimização e a prática de uma manutenção preventiva que favorece a sustentabilidade.

A produção de alimentos também pode encontrar na tecnologia um importante caminho para se evitar a poluição do solo e o uso excessivo ou inadequado da água por meio de métodos modernos de irrigação. Como exemplo, pode-se mencionar o desenvolvimento em alguns países da utilização de drones, que contam com diferentes sensores na agricultura racional para limitar o desperdício de grãos e os produtos de tratamento, ou para controlar a produção de biomassa (matéria orgânica de origem vegetal ou animal)²¹.

Conclui-se que a tecnologia é um instrumento necessário para a preservação do meio ambiente por meio da convergência de diversos setores e parcerias em seus processos de atuação. Fazendo com que o desperdício diminua e ocorra a economia em grande escala para todos os envolvidos.

²⁰ WIKIMEDIA FOUNDATION, INC. Carsharing. 26.10.2018. Disponível em: <<https://en.wikipedia.org/wiki/carsharing>>. Acesso em: nov. 2018.

²¹ SUIVEZ GEO - BLOGS DE VOYAGEURS SUR. Détection des maladies foliaires et des adventices dans le viseur ... - terre-net. Disponível em: <<http://blogs.geo.fr/detection-des-maladies-foliaires-et-des-adventices-dans-le-viseur-terre-net-122970>>. Acesso em : nov. 2018.

Casos Práticos

A cidade de Lyon

Lyon é a terceira maior cidade da França depois de Paris e Marselha. Está localizada no Sudeste da França, a 470 km de Paris, 150 km de Genebra e a 310 km do Mar Mediterrâneo. Foi fundada pelos romanos sob o nome de Lugdunum, em 43 a.C., em um local onde os gauleses (povo ancestral dos franceses) ocuparam desde 600 a.C. Lugdunum se desenvolveu rapidamente e se tornou a capital da Gália Romana em 27 a.C. Por mais de 350 anos foi um importante centro comercial e de artesanato. Após um longo período de declínio, passou a ser durante o Renascimento Francês (anos de 1500), a capital econômica da França e uma das principais capitais financeiras da Europa. Durante este mesmo período, tornou-se também um importante centro cultural, reunindo artesãos de toda a Europa.

Com o crescimento da indústria da seda e do comércio do século XVII até o final do século XIX, a produção de seda e a tecelagem tornaram-se os principais ativos econômicos da cidade.

Com o advento da Revolução Industrial no século XIX, a atividade econômica da cidade diversificou-se e hoje cobre os setores industriais da mecânica e da eletrônica (fabricação de ônibus e caminhões, máquinas-ferramentas e eletrodomésticos); além das indústrias químicas, de saúde e de produtos farmacêuticos. Os setores terciários de engenharia nuclear, da indústria de informática e digital, fortalecem a economia local, que por sua vez conta ainda, embora em grau menor, com o setor de finanças e de seguros.

Considerada na França como uma cidade burguesa, Lyon também possui uma inigualável gastronomia, fazendo jus ao título de patrimônio da humanidade conferido pela UNESCO em 1998.

Até 1º janeiro de 2015, a cidade de Lyon e os 58 municípios de sua aglomeração eram administrados pela Comunidade Urbana de Lyon ou *Courly*. Sendo substituída nesta data pela Metrópole de Lyon ou Grande Lyon, tornando-se uma forma bem sucedida de Estabelecimentos Públicos de Cooperação Intermunicipal (EPCI)²² na administração territorial francesa.

²² Na administração territorial francesa existem várias formas de estruturas que reagrupam as comunidades para exercerem em conjunto determinadas competências através de Estabelecimentos Públicos de Cooperação Intermunicipal (EPCI). São reagrupadas em dois tipos: - EPCI com tributação própria: metrópole, comunidade urbana, comunidade de aglomeração, comunidade de municípios; - EPCI sem tributação própria: sindicato intermunicipal de finalidade única (SIVU), sindicato intermunicipal com

A Metrópole de Lyon assumiu todas as responsabilidades e competências anteriormente exercidas pela Comunidade Urbana de Lyon, bem como as adicionais provenientes dos seus municípios. Em função desta mudança, os políticos locais ao tomarem esta decisão queriam simplificar o *millefeuille* (conjunto administrativo) para que a ação pública fosse mais efetiva, mais rápida e mais coerente em toda região. A cidade de Lyon ou Grande Lyon abrange 538 km² e conta atualmente com 1.380.000 de habitantes.

O Projeto *Lyon Confluence*, um projeto exemplar de sustentabilidade

A cidade de Lyon é cortada pelos rios Rhône e Saône. O rio Saône desemboca no sul do rio Rhône situado ao sul da cidade de Lyon onde está localizado o bairro *Confluence* abrangido pelo projeto de revitalização territorial tratado neste artigo.

Mesmo estando situado próximo ao centro histórico da cidade, o bairro se dedicava exclusivamente às atividades industriais, portuárias e de comércio atacadista. Uma parte de sua área abrangia inúmeros terrenos abandonados onde se localizava, por exemplo, uma antiga rede ferroviária e os prédios de duas prisões construídas no século XIX que completavam o antigo cenário da região. Além disso, o bairro era cortado pela Rodovia A7 que se prolonga até Marselha ao se juntar a outra rodovia proveniente de Paris.

Durante dois séculos *Confluence* foi um bairro habitado essencialmente por operários. O projeto *La Confluence* tem o objetivo de dobrar o tamanho do centro de Lyon, reurbanizando sua área por completo.

De acordo com Raymond Barre, prefeito de Lyon na época em que foi lançada a idéia em 1995, este projeto tem previsão de alcançar sua totalidade em 30 anos, devendo conduzir Lyon para o terceiro milênio com uma abordagem ambiental que possua em seus elementos os princípios do desenvolvimento sustentável.

Inicialmente, o plano abordou duas fases, que por sua vez foram realizadas separadamente pela Comunidade Urbana de Lyon e a Cidade de Lyon sendo:

- Um estudo detalhado sobre as potencialidades da poluição relativas aos diferentes terrenos da região;
- Um procedimento de “Assistência à Gestão de Projetos (AMO)” e “Qualidade

vocação múltipla (SIVOM). Após agosto de 2015, cada comunidade francesa deve possuir seu próprio imposto. “Depuis août 2015, chaque commune française doit appartenir à un EPCI à fiscalité propre”. WIKIMEDIA FOUNDATION, INC. Établissement public de coopération intercommunale. 30.09.2018. Disponível em: <https://fr.wikipedia.org/wiki/%C3%89tablissement_public_de_coop%C3%A9ration_intercommunale>. Acesso em: nov. 2018.

Ambiental Elevada (HQE)”, liderado por diferentes especialistas das diversas áreas ambientais envolvidas. Com base em um diagnóstico, foram identificados os pontos fortes e os pontos fracos do programa original de planejamento urbano.

Com uma política dinâmica e voluntária, a metrópole lionese tem reconquistado seus espaços urbanos e conquistado outros através de projetos sustentáveis que buscam garantir em médio e longo prazo o equilíbrio entre o meio ambiente e a natureza.

Em 1999, o primeiro plano diretor da operação foi apresentado ao público com o objetivo de receber 16.000 moradores e criar 25.000 empregos até 2025, através de um vasto programa de construção de habitação, escritórios, centro comercial, um museu e uma náutica (marina) em uma área de 150 hectares.

O projeto também prevê a abertura do bairro com a construção de diversas infraestruturas de comunicação e transporte (estação de metrô; VLT; ônibus urbanos; transporte fluvial no rio Saône; pontes rodoviárias e faixas reservadas aos ciclistas e pedestres à beira dos rios Saône e Rhône) além da remoção do trecho da Rodovia A7 substituída por uma estrada que contorna a periferia da cidade.

O desenvolvimento do projeto é realizado através de consulta à população por meio de convite para participar em diversos painéis de discussão, encontros e debates, para obtenção de informação de forma regular sobre as diversas fases do projeto.

As obras de revitalização começaram em 2003 com a demolição de edifícios industriais e a limpeza dos terrenos.

As cartas convites são publicadas para que grandes empresas francesas e internacionais de planejamento urbano, arquitetura e paisagismo participem do processo. Com o projeto, a Comunidade Urbana de Lyon deseja criar um bairro do futuro onde o modo de vida moderno esteja em equilíbrio com a qualidade de vida e a ecologia. Para que tudo isso acontecesse, em 2010, foi realizada uma parceria com a WWF para se definir um “Plano de Ação para a Sustentabilidade”. Este plano envolve compromissos como a otimização da eficiência energética e o uso de energias renováveis, a redução e a reciclagem de resíduos, além da mobilidade urbana, a alimentação local balanceada, a gestão da água sustentável e ainda a valorização da biodiversidade e dos seus habitats naturais.

Em 2011, num acordo de parceria com a empresa japonesa NEDO - *New Energy and industrial technology Development Organization* (dedicada ao apoio à pesquisa

e desenvolvimento de tecnologias ambientais), conclui-se com sua implementação, em 2015, um projeto de demonstração de rede de energia inteligente – *Lyon smart community* (Comunidade Inteligente de Lyon). Este consiste na construção de três edifícios que seguem um processo de “Alta Qualidade Ambiental (HQE)” a ser realizada ao longo da bacia náutica, além da implantação de uma frota de veículos elétricos em compartilhamentos de carros, a instalação de postos de energia para ajudar os habitantes no controle de seu consumo de energia e na criação de um sistema de gestão comunitária para a auditoria energética. O projeto é conduzido pela empresa Toshiba.

As primeiras construções começaram em 2006 e teve o seu processo acelerado a partir de 2009. Veiga explica que:

Há um novo requisito que exige ajustes em ultrapassadas concepções do desenvolvimento: a sustentabilidade ambiental do crescimento e da melhoria da qualidade de vida. Trata-se de um imperativo global que chegou para ficar, em virtude da percepção de que a biosfera, em níveis global, regional, nacional e local, está sendo submetida a pressões insuportáveis e prejudiciais para o próprio desenvolvimento e as condições de vida²³.

O pensamento de Veiga reforça a importância do equilíbrio entre as ações voltadas para a preservação da vida através da sustentabilidade e o caminho para a preservação da espécie humana. Sendo, portanto, necessário que os esforços prevaleçam por meio da união de forças presentes nas sociedades humanas.

Parece que a metrópole de Lyon, por meio de seu bairro *La Confluence*, tem entendido a mensagem. Mas, não é só isso. Seu investimento vai além das ideias, pois o alcance e a realização de seus projetos e ações estão mudando os rumos²⁴ da cidade, reconstruindo-a e permitindo a reapropriação dos equipamentos públicos pela população local. Neste sentido, Lyon reescreve sua própria história de maneira manifestamente sustentável.

Poderíamos dizer então que *La Confluence* está na contramão da previsão feita por Jared Diamond em sua obra *Colapso?* – Tudo indica que sim. Pois tem sido pela vida e a proteção do planeta que a cidade de Lyon tem mudado o curso de

²³ VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável: desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010. p. 187.

²⁴ EMANLAVILLE, Lyon Confluence, l'expérimentation au service de la ville durable 1/2. 06.11.2017. Disponível em: <<https://www.demainlaville.com/lyon-confluence-experimentation-ville-durable/>>. Acesso em: nov. 2018.

sua história sobre as bases da boa administração de seus escassos recursos naturais, provando que a governança corretamente utilizada renova não apenas os locais da cidade, mas também a vida de seus habitantes.

Diamond esclarece: “as decisões precipitadas tomadas por alguns países têm levado não apenas suas sociedades ao enfrentamento de grandes problemas como também seu desaparecimento acabando por influenciar diretamente no equilíbrio de outras sociedades”.

Os tempos modernos têm exigido de suas sociedades e seus habitantes grandes esforços para se evitar o colapso. Muito mais que estratégias e planos profundamente racionais pode-se dizer que encontramos nos caminhos da sabedoria e da reflexão as respostas portadoras de soluções para os tempos difíceis vividos pela humanidade.

Cidades sustentáveis no mundo

Importantes aglomerações urbanas, com pessoas conscientes²⁵ da fragilidade de seus ambientes, têm cooperado com a visão positiva e transformadora para uma vida melhor no planeta. A exemplo de Lyon, com o já citado projeto *La Confluence*, cidades como Vancouver²⁶, no Canadá, utiliza 90% de sua energia proveniente do sol, do vento e das marés. Seu projeto ecológico contempla os próximos 100 anos. Vancouver é um cidade que representa as ações ambientais com foco no meio ambiente e na sustentabilidade. Londres, na Inglaterra, tem se preocupado em alcançar a redução de CO² em 60%, recuperando e renovando energia local em 25%. Portland, no estado de Oregon, nos Estados Unidos, também apresenta preocupação com o meio ambiente e a natureza. A cidade através de um constante trabalho busca reduzir 80% de suas emissões de carbono até 2050; opera com transporte comum gratuito no centro da cidade e oferece uma rede de ciclovias em mais de 500 km que atravessa a cidade. O que gera uma perspectiva de desenvolvimento consciente a partir da organização e da boa vontade. Sidney, cidade da Austrália, destaca-se por ser a primeira cidade no mundo a investir no projeto que obriga seus habitantes a trocar suas baterias de energia para modelos de baixo consumo. Criou ainda um evento anual onde a cidade inteira fica sem eletricidade durante uma hora. A cidade Baía de Caraquez, localizada no Equador, foi reconstruída após a ocorrência de um

²⁵ FUNDAÇÃO VERDE HERBERT DANIEL. Essas são as 10 cidades mais sustentáveis do mundo. 17.09.2018. Disponível em: <<http://fundacaoverde.org.br/pages/cidadesustentavel/2018/09/17/essas-sao-as-10-cidades-mais-sustentaveis-do-mundo/>>. Acesso em: nov. 2018.

²⁶ ECONOMIE D'ENERGIE. Les 10 villes les plus écolos du monde! Disponível em: <<http://www.economiedenergie.fr/les-10-villes-les-plus-%C3%A9colos-du-monde.html>>. Acesso em: nov.

terremoto em 1999. Seu projeto de recuperação foi realizado a partir de um plano que equilibrou a erosão por meio de compostagem (técnica de decomposição de material orgânico). O resultado tem sido a excelência da agricultura orgânica.

Apesar de existirem enormes investimentos realizados por grandes economias para recuperar o meio ambiente, pequenas ações como da Baía de Caraques têm se mostrado eficientes para a renovação do planeta. No Brasil, a cidade de Curitiba, localizada no estado do Paraná, região Sul do Brasil, despontou como referência de qualidade de vida, mostrando que é possível uma rede de transporte público bem planejada e organizada, resultando em 85% de sua utilização por parte dos seus habitantes. A cidade conta ainda com uma estrutura de parques e espaços verdes que contribuem para o bem-estar de uma população com 1.800.000 pessoas, aproximadamente.

Os problemas das aglomerações urbanas existem. Sendo certo que têm preocupado não apenas as autoridades, mas também, aqueles que vivem nestes locais. No entanto, cidades como as citadas, sejam elas conhecidas do grande público ou não, também têm dado provas de que a boa vontade e o trabalho em conjunto podem recuperar o que havia sido perdido.

São Paulo megacidade com potencial de governança, sustentabilidade e tecnologia. Embora a cidade de São Paulo, no Brasil, ainda não figure entre os centros urbanos que apresentam resultados marcantes para a melhoria da qualidade de vida de seus habitantes a partir da sustentabilidade e da governança, seu Plano Diretor de 31 de julho de 2014, pode representar um avanço importante para o desenvolvimento e o crescimento da cidade nos próximos anos.

Contando com a participação da sociedade, o Plano Diretor²⁷ de São Paulo direciona ações envolvendo todos os espaços da cidade para que o desenvolvimento ocorra de forma planejada e organizada. Seu resultado deve observar o atendimento das coletividades e garantir um desenvolvimento equitativo, sem que com isto a qualidade de vida seja prejudicada.

Com um perfil de megacidade, São Paulo é controversa ao apresentar altos índices de problemas como ausência de infraestrutura, violência, ineficiência dos seus serviços de saúde, de educação, de mobilidade, de trabalho, de poluição, de saneamento básico, entre outros.

²⁷ SÃO PAULO (Cidade). Lei nº 16.050, de 31 de julho de 2014. Aprova a Política de Desenvolvimento Urbano e o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo e revoga a Lei nº 13.430/2002. Diário Oficial Cidade de São Paulo, São Paulo, SP, Suplemento, ano n. 59, n. 140, p. 1, 01 ago. 2014.

Dentre os princípios e objetivos do PDE da cidade de São Paulo, podemos destacar: a função social da cidade; a função social da propriedade urbana e da propriedade rural; a função da equidade e inclusão social e territorial; a função do direito à cidade; a função do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a gestão democrática.

É certo que administrar uma das maiores cidades do mundo não é uma tarefa fácil. Porém, importantes resultados podem ser obtidos através da prática dos princípios estabelecidos em seu Plano Diretor. Sendo, portanto, uma possibilidade para a quebra de paradigmas em nosso modelo de crescimento urbano desordenado. Não se trata aqui de ideias inocentes. Trata-se de possibilidades pautadas na legalidade, na realização de projetos que saiam de suas gavetas; na cooperação entre as entidades públicas e privadas; na participação popular; e, sobretudo, na fiscalização e administração dos trabalhos a partir da governança e da sustentabilidade.

Considerações finais

Este trabalho mostrou o sucesso de práticas presentes em grandes centros urbanos, sem esquecer que aglomerados menores com simples ações também possuem seus casos de sucesso e são capazes de contribuir para o progresso e a sustentabilidade no planeta. A transparência, o respeito e o cumprimento das regras, bem como a fiscalização e o acompanhamento de projetos têm mostrado em curto espaço de tempo que a era tecnológica tem impulsionado a humanidade à rápida revisão de seus planos ligados ao desenvolvimento. Assim, mesmo diante de difíceis cenários gerados pela grave crise econômica e social que assola todos os continentes, ainda é possível a reversão de um contexto histórico marcado pela destruição da natureza, pelo desrespeito às regras sociais e pela corrupção dos sistemas, retomando o caminho virtuoso apesar da atipicidade do momento gerado pela profundidade desta crise. Deste modo, apesar da significativa situação que afeta a todos é preciso traçar novos planos, recriar as ideias, colocar em prática os dispositivos da lei, reinventar o caos, utilizar a tecnologia e evitar o veneno das práticas que já não fazem mais sentido.

A capacidade de estarmos atentos ao meio ambiente e ao meio urbano por meio de ferramentas digitais, poderá nos auxiliar na transformação do que produzimos até o momento, sobretudo no que diz respeito à produção de uma destruição em larga escala.

O Projeto *La Confluence de Lyon* não é um caso isolado, mas um referencial que desponta como um modelo de mudança para época em que vivemos.

As ferramentas da era tecnológica poderão sem dúvida alguma contribuir para o bem do desenvolvimento das sociedades humanas por meio da inteligência, do correto investimento do capital econômico e principalmente da conscientização do ser humano sobre a grandeza e ao mesmo tempo a fragilidade de seu ambiente.

Por fim, a ideia de proteção ao meio ambiente não será utopia de um tempo bom para todos. Será o resultado de um esforço conjunto de setores, poderes, iniciativas, políticas públicas, classes e grupos. Um trabalho árduo, sem dúvida, porém possível quando dispomos de instrumentos, trabalho tecnológico e humano e, sobretudo, da boa vontade dos envolvidos.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo VI - Do meio Ambiente, Art. 225. Brasília, DF: Senado, 1988.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Questões de alta indagação envolvendo o direito de construir. De efeitos cumulativos a direito de protocolo – quem está errado: a lei ou o intérprete? **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 18, n. 46, p. 27-46, jan.-mar. 2017.

DIAMOND, Jared. **Colapso: como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record. 2005.

LEUZINGER, Marcia Dieguez; SCARDUA, Fernando. Unidades de conservação e planos diretores. **Revista de Direito Ambiental – RDA**, ano 15, n. 58, p. 100-115, abr.-jun. 2010.

MALTEZ, Rafael Tocantis. Limites ao adensamento demográfico na cidade de São Paulo: efeitos da lei de zoneamento no bem-estar de seus habitantes. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 18, n. 46, p. 135-148, jan.-mar. 2017.

SÃO PAULO (Cidade). Lei nº 16.050, de 31 de julho de 2014. Aprova a Política de Desenvolvimento Urbano e o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo e revoga a Lei nº 13.430/2002. **Diário Oficial Cidade de São Paulo**, São Paulo, SP, Suplemento, ano n. 59, n. 140, p. 1, 01 ago. 2014.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

Websites

D'ANGELO, Helô. Aplicativo vende a comida que sobra nos restaurantes como maneira de evitar o desperdício. São Paulo: Grupo Abril, 31.10.2016. Disponível em:

<<https://super.abril.com.br/ideias/aplicativo-vende-a-comida-que-sobra-nos-restaurantes/>>. Acesso em: nov. 2018.

DEMAINLAVILLE, Lyon Confluence, l'expérimentation au service de la ville durable 1/2. 06.11.2017. Disponível em: <<https://www.demainlaville.com/lyon-confluence-experimentation-ville-durable/>>. Acesso em: nov. 2018.

ECONOMIE D'ENERGIE. Les 10 villes les plus écolos du monde! Disponível em: <<http://www.economiedenergie.fr/les-10-villes-les-plus-%C3%A9colos-du-monde.html>>. Acesso em: nov. 2018.

FONDATION D'ENTREPRISE ALCEN POUR LA CONNAISSANCE DES ÉNERGIES.

Réseau intelligent (smart grid). Disponível em: <www.connaissancedesenergies.org/fiche-pedagogique/reseauintelligent-smart-grid>. Acesso em: nov. 2018.

FUNDAÇÃO VERDE HERBERT DANIEL. Essas são as 10 cidades mais sustentáveis do mundo. 17.09.2018. Disponível em: <<http://fundacaoverde.org.br/pages/cidadesustentavel/2018/09/17/essas-sao-as-10-cidades-mais-sustentaveis-do-mundo/>>. Acesso em: nov. 2018.

GUERRA, Silmara. Programa Visão Jurídica. Entrevista com Dr. Rafael Tocantis Maltez sobre o direito Ambiental. Guarulhos: TV Guarulhos, 02.11.2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=X8gQ0-Ry_qA>. Acesso em: nov. 2018.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY - IEA. Renewable energy consumption in major markets, 2017 and 2023. Disponível em: <www.iea.org/renewable2018>. Acesso em: nov. 2018.

_____. How2Guide for Smart Grids in Distribution Networks. Paris: OECD/IEA, 2015. Disponível em: <<https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/TechnologyRoadmapHow2GuideforSmartGridsinDistributionNetworks.pdf>>. Acesso em: nov. 2018.

MOTTA, Luana Dias. A questão da habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade. 2014. Disponível em: <[http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/wp-content/uploads/2014/04/TAMC-MOTTA Luana - A questao da habitacao no Brasil.pdf](http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/wp-content/uploads/2014/04/TAMC-MOTTA_Luana_-_A_questao_da_habitacao_no_Brasil.pdf)>. Acesso em: nov. 2018.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL – ONUBR. Boa governança e esforços contra a corrupção devem integrar desenvolvimento global, diz ONU. 25.09.2013. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/boa-governanca-e-esforcos-contr-a-corrupcao-devem-integrar-desenvolvimento-global-diz-onu/>>. Acesso em: nov. 2018.

_____. Chefe da ONU afirma que ciência e tecnologia podem ajudar países a criar futuro sustentável. Rio de Janeiro: ONUBR, 12.11.2013. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/chefe-da-onu-afirma-que-ciencia-e-tecnologia-podem-ajudar-paises-a-criar-futuro-sustentavel/>>. Acesso em: nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Divisão das Nações Unidas para a População do Departamento dos Assuntos Econômicos e Sociais. Perspectivas da urbanização mundial - relatório. New York: ONU, 2015. Disponível em: <<https://www.unric.org/pt/actualidade/31537-relatorio-da-onu-mostra-populacao-mundial-cada-vez-mais-urbanizada-mais-de-metade-vive-em-zonas-urbanizadas-ao-que-se-podem-juntar-25-mil-milhoes-em-2050>>. Acesso em: nov. 2018.

RIBEIRO JUNIOR, Valdir. Existem aplicativos que colaboram na mudam de hábitos e ainda contribuem para a economia de água. **Exame**, São Paulo, 13.09.2016. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/5-apps-para-voce-fazer-sua-parte-e-economizar-agua/>>. Acesso em: nov. 2018.

SUIVEZ GEO - BLOGS DE VOYAGEURS SUR. Détection des maladies foliaires et des adventices dans le viseur ... - terre-net. Disponível em : <<http://blogs.geo.fr/detection-des-maladies-foliaires-et-des-adventices-dans-le-viseur-terre-net-122970>>. Acesso em : nov. 2018. THE WORLD BANK GROUP. A melhoria da governança é elemento fundamental para garantir o crescimento equitativo nos países em desenvolvimento. Washington, 30 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2017/01/30/improving-governance-is-key-to-ensuring-equitable-growth-in-developing-countries>>. Acesso em: Nov. 2018.

WIKIMEDIA FOUNDATION, INC. Carsharing. 26.10.2018. Disponível em: <<https://en.wikipedia.org/wiki/carsharing>>. Acesso em: nov. 2018.

WIKIMEDIA FOUNDATION, INC. Établissement public de
cooperation intercommunale. 30.09.2018. Disponível em:
<https://fr.wikipedia.org/wiki/%C3%89tablissement_public_de_coop%C3%A9ration_inter_communale>. Acesso em: nov. 2018.

INCLUSÃO, VIGILÂNCIA E PRIVACIDADE EM AMBIENTES DIGITAIS: DILEMAS ATUAIS E FUTUROS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Ronny Max Machado¹ e Greice Patrícia Fuller²

Resumo

Trataremos de alguns dilemas futuros atrelados às realidades da sociedade da informação e o advento das sociedades digitais. Os três principais dilemas que são cada vez mais estudados e pensados, são: a inclusão, a vigilância e a privacidade. Por meio do método da revisão crítico-bibliográfica aborda-se os dilemas que envolvem a inclusão, a vigilância e a privacidade em ambientes digitais no contexto da Sociedade da Informação.

Palavras-chave: Inclusão; Vigilância; Privacidade; Sociedade da Informação.

INCLUSION, SURVEILLANCE AND PRIVACY IN DIGITAL ENVIRONMENTS: CURRENT AND FUTURE DILEMMAS IN INFORMATION SOCIETY

Abstract

We will deal with some future dilemmas linked to the realities of the information society and the advent of digital societies. The three main dilemmas that are increasingly studied and thought are: inclusion, vigilance and privacy. The criticalbibliographic review method addresses the dilemmas that involve inclusion, vigilance and privacy in digitalenvironments in the context of the Information Society.

Keywords: Inclusion; Surveillance; Privacy; Information Society.

¹ Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas -FMU.

² Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. Pós-Doutora em Direito na Universidad de Navarra /Espanha com bolsa da CAPES (2018). Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais, sub-área de Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito Espanhol para Juristas estrangeiros pela Universidad de Alcalá - Madrid (2017). Professora dos Cursos de Graduação das Faculdades de Direito e Economia e Pós-Graduação Lato Sensu de Direitos Difusos e Coletivos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora dos Cursos de Graduação da Faculdade de Direito FMU. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação da FMU.

INTRODUÇÃO

Uma abordagem sobre a *inclusão* enseja algumas intranquilidades que envolvem a sua ideia. Para que ocorra a inclusão digital, é necessário compreender que todas as pessoas do Planeta precisariam estar conectadas na rede mundial de computadores. O planeta Terra ainda vive uma realidade que aponta para inúmeras desigualdades, sejam nos campos político, econômico e social. Ao mesmo tempo em que alguns indivíduos estão inclusos e podem usufruir das informações e conhecimento, por meio do espaço digital, outros estão fora e à margem destes espaços.

A renda *per capita* e o desenvolvimento econômico dos países reflete diretamente neste binômio: exclusão e inclusão social e digital. Dessa percepção surgem alguns dilemas: Como incluir os excluídos? Como possibilitar acesso às ferramentas para que se possa concretizar a inclusão digital?

O fenômeno jurídico se relaciona em alguns momentos com outras áreas do conhecimento, entre os quais mencionamos o político, o econômico, o cultural e o social, contudo, no campo do direito, tratar de concretização de direitos nos remete a algumas possibilidades ou saídas para que a inclusão social ganhe cada vez mais espaço.

Outro dilema é a *vigilância*, partindo da seguinte indagação: estaríamos sendo vigiados? Uma vez dentro da rede mundial de computadores muitos, senão todos, tem acesso as suas informações que estão circulando e sendo divulgadas em tempo dinâmico, podendo ser acessados a qualquer momento e por qualquer segmento da sociedade civil.

Ao mesmo tempo, deve-se refletir sobre as consequências da vigilância, assim, temos outro binômio: Vigilância *versus* vigilância. Isso porque, na mesma medida que se fala em vigilância dos detentores das redes sociais ou ferramentas de comunicação na Internet, os indivíduos juntos ou separados podem fazer uma vigilância, isto é, um controle de outros setores da sociedade civil que estejam precarizando, comprometendo ou violando direitos e garantias fundamentais pertencentes a alguém. Temos aqui alguns aspectos positivos e negativos no tocante a vigilância nos ambientes digitais.

Por fim, trataremos do dilema que envolve a *privacidade* na qualidade de um direito humano fundamental, reconhecido no plano internacional e nacional. Na rede mundial de computadores, na Internet ou nos demais ambientes digitais

como sites e redes de relacionamento, os indivíduos estão sujeitas a uma *superexposição*, a uma apresentação que pode ser considerada espontânea de um pensamento ou de uma congregação de pensamentos, à medida que você se relaciona com mais pessoas e acaba comungando de opiniões e ideias. A *superexposição* enseja um comprometimento do espaço pessoal de cada um, dos setores estatais, do mercado ou até mesmo dos grupos aos quais você esteja inserido, que tenham acesso às suas informações e possam fazer uso delas, visando objetivos prejudiciais aos seus direitos.

Por meio de uma metodologia de revisão bibliográfica especializada, a problemática proposta consiste na reflexão sobre estes três dilemas e suas interrelações com a Sociedade da Informação. Assim sendo, apresentados os dilemas, que cada vez mais provocam reflexões aos pensadores do fenômeno jurídico, é preciso compreender como a Sociedade Informacional contribui para que tais acontecimentos comprometessem os espaços de vida de cada um de nós e quais seriam as possíveis saídas para tais questões que se matem constantes em nossas rotinas e de toda uma coletividade.

A inclusão digital na Sociedade da Informação.

Trataremos de alguns dilemas atuais e futuros atrelados a um pensamento voltado às realidades da sociedade da informação e o contexto do advento das sociedades digitais.

Tratar do tema *inclusão* provoca algumas intranquilidades que envolvem a sua ideia e a realidade ao redor do Mundo. Para que ocorra a inclusão digital, é necessário compreender que todas as pessoas do Planeta precisariam estar conectadas na rede mundial de computadores.³ O planeta Terra ainda vive um cenário que aponta para inúmeras desigualdades, sejam nos campos político, econômico e social. Tadao Takahashi⁴ fortalece essa ideia, quando em sua obra enfatiza que:

As tecnologias de informação e comunicação ainda não chegam à maior parte da população do planeta, em que pese o ritmo veloz de sua

³ [...] O acesso às tecnologias da informação e da comunicação, também chamado inclusão digital, está diretamente relacionado, no mundo atual, aos direitos básicos à informação e à liberdade de opinião e expressão. A exclusão digital é uma das muitas formas de manifestação da exclusão social. Não é um fenômeno isolado ou que possa ser compreendido separadamente, pois se trata de mais uma consequência das diferenças já existentes na distribuição de poder e de renda. CRUZ, Renato. O que as empresas podem fazer pela inclusão digital. São Paulo: Instituto Ethos, 2004. p.13. Disponível em: <http://www3.ethos.org.br/wp-content/uploads/2012/12/17.pdf> Acesso em 01/08/2017.

⁴ TAKAHASHI, Tadao (Org.) Sociedade da informação no Brasil: Livro Verde. Brasília: MCT, 2000. p.7.

disseminação. Enquanto o mundo economicamente mais desenvolvido encontra-se envolto em um complexo de redes digitais de alta capacidade, utilizando intensamente serviços de última geração, uma parcela considerável da população dos demais países não tem acesso sequer à telefonia básica. O maior acesso à informação poderá conduzir as sociedades e relações sociais mais democráticas, mas também poderá gerar uma nova lógica de exclusão, acentuando as desigualdades e exclusões já existentes, tanto entre sociedades, como, no interior de cada uma, entre setores e regiões de maior e menor renda. No novo paradigma, a universalização dos serviços de informação e comunicação é condição necessária, ainda que não suficiente, para a inserção dos indivíduos como cidadãos. No Brasil, o crescimento recente das telecomunicações tem democratizado o uso do telefone. O acesso à rede Internet, contudo, ainda é restrito a poucos. Urge, portanto, buscar meios e medidas para garantir a todos os cidadãos o acesso equitativo à informação e aos benefícios que podem advir da inserção do País na sociedade da informação.

Neste contexto surge um binômio: inclusão e exclusão digital. Ao mesmo tempo em que alguns indivíduos estão inclusos e podem usufruir das informações e conhecimento por meio do espaço digital, outros estão fora e a margem destes espaços.⁵ Acerca do que consiste a exclusão, Pedro Demo escreve sobre a “marginalização digital”. Em uma das passagens de sua obra, o autor traz um conceito acerca da exclusão e enfatiza sobre o fato de estar fora de um determinado sistema:

O conceito de exclusão: [...] tende a ser estanque: ou fora ou dentro. Como os pesquisadores mais críticos sugerem, trata-se de percepção equivocada, já que os que estão fora são parte do mesmo sistema, dentro da mesma unidade de contrários. Ademais, ao serem os pobres incluídos, o que costuma ocorrer é a inclusão na margem, ou seja, continuam marginalizados, ainda que um pouco mais dentro do sistema. [...] Deixa-se de perceber que estar fora é modo de estar dentro, dialeticamente falando. A produção de pobres não é fortuita, mas própria do sistema.⁶

Estando fora dos ambientes digitais, o problema se apresenta e provoca reflexões a respeito de quais medidas precisam ser tomadas para mudar este quadro? Outras questões também surgem, como, por exemplo: Como a renda *per capita* e o desenvolvimento econômico dos países reflete diretamente neste

⁵ DEMO, Pedro. Marginalização Digital: digital divide. B. Téc. Senac: a R. Educ. Prof., Rio de Janeiro, v. 33, n.2, maio/ago. 2007, p 6

⁶ DEMO, Pedro. Marginalização Digital: digital divide. B. Téc. Senac: a R. Educ. Prof., Rio de Janeiro, v. 33, n.2, maio/ago. 2007, p 6

binômio: exclusão e inclusão social e digital?⁷ Desta percepção surgem alguns outros dilemas, entre eles: Como incluir os excluídos? Como possibilitar acesso às ferramentas para que se possa concretizar a inclusão digital?⁸ Manuel Castells ao tratar da exclusão, apresenta alguns fatores para que isso ocorra e seja mantido. Argumentos como falta de espaço e baixa capacidade de consumo seriam pontos que justificam a exclusão digital:

Parece haver uma lógica de excluir os agentes da exclusão, de redefinição dos critérios de valor e significado em um mundo em que há pouco espaço para os não-iniciados em computadores, para os grupos que consomem menos e para os territórios não atualizados com a comunicação. Quando a Rede desliga o Ser, o Ser, individual ou coletivo, constrói seu significado sem a referência instrumental global: o processo de desconexão torna-se recíproco após a recusa, pelo excluídos, da lógica unilateral de dominação estrutural e exclusão social.⁹

Além disso, Pedro Demo no que tange o reconhecimento da marginalização digital, assevera acerca da gravidade deste fenômeno, de tal maneira, que seria possível falar em segregação entre as pessoas, impactos na seara política e educacional afetando profundamente as questões atinentes a erradicação da pobreza:

O mais importante é reconhecer que a marginalização do digital está se tornando uma das mais drásticas, tanto porque segrega pessoas e sociedades do usufruto tecnológico, quanto porque agrava a pobreza política: estar analfabeto não é apenas não saber ler, escrever e contar, é principalmente estar fora do mundo digital, em especial das oportunidades de saber pensar mediadas por plataformas informacionais.¹⁰

A inclusão digital, pode ser uma das saídas para miséria humana que se dispersa pelo globo terrestre. Através do método inclusivo, a conscientização sobre os direitos inerentes ao indivíduo, à possibilidade de circulação de informações propensas a alterar casos de agressão a comunidades e populações ou até mesmo

⁷ CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: Economia, Sociedade e Cultura. v. 1. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2013. p. 60

⁸ DEMO, Pedro. Marginalização Digital: digital divide. B. Téc. Senac: a R. Educ. Prof., Rio de Janeiro, v. 33, n.2, maio/ago. 2007, p. 7-8

⁹ CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: Economia, Sociedade e Cultura. v. 1. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2013. p. 60.

¹⁰ DEMO, Pedro. Marginalização Digital: digital divide. B. Téc. Senac: a R. Educ. Prof., Rio de Janeiro, v. 33, n.2, maio/ago. 2007, p. 7-8.

permitindo que se proteja as pessoas das mais variadas formas de ameaça a saúde e a vida .

O pensamento jurídico, possui pontos de encontro com outros campos do conhecimento científico, entre os quais mencionamos o político, o econômico, o cultural e social, contudo, no campo do direito, tratar de concretização de direitos nos remete a uma possibilidade ou saída para que a inclusão social ganhe cada vez mais espaço.¹¹ Sergio Silveira ao refletir sobre os programa de inclusão digital, salienta sobre as dimensões que podem ser alcançadas e que propiciam em certa medida uma melhoria na condição de vida dos indivíduos e também faz um alerta para as mazelas que ocorrem quando tais medidas não são aplicadas de modo adequado:

Os programas de inclusão digital que privilegiam apenas o acesso ou a profissionalização (dimensão de mercado) dos seus usuários deixam de lado a dimensão da cidadania (direito humano universal à comunicação) e da capacidade de apropriação e uso autônomo das tecnologias, se resumindo a apenas mais uma forma de utilizar um esforço público de sociedades pobres para consumir produtos dos países centrais ou ainda para reforçar o domínio oligopolista de grandes grupos transnacionais.¹²

Direitos básicos como a saúde, a educação e a alimentação, quando concretizados, poderão alavancar a qualidade de vida e, conseqüentemente, ampliar as possibilidades de alcançar a inclusão digital, possibilitando-lhes o acesso e trazendo a um cenário dinâmico que é o da Internet.

Também é papel de cada cidadão conectado, a criação de mecanismos que viabilizem o acesso ao público menos favorecido. Desta maneira, o exercício da cidadania seria alcançado por meio da participação do povo em benefício do próprio.

Não se pode deixar de lado a atividade estatal, governamental e diretiva dos países que podem refletir sobre estes aspectos e, por conseguinte, propor a concretização destes direitos básicos, viabilizando cada vez mais a acessibilidade dos indivíduos de todas as partes do globo.

¹¹ SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. Convergência digital, diversidade cultural e esfera pública. In: Além das redes de colaboração: internet, diversidade cultural e tecnologias do poder. Salvador: EDUFBA, 2008. v.1, p. 31-50. p. 62.

¹² SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. Convergência digital, diversidade cultural e esfera pública. In: Além das redes de colaboração: internet, diversidade cultural e tecnologias do poder. Salvador: EDUFBA, 2008. v.1, p. 31-50. p. 62

O dilema da Vigilância

Outro dilema perceptível na era da sociedade informacional é o da *vigilância*, por meio da seguinte indagação: “Nós estaríamos sendo vigiados”?

Uma vez dentro da rede mundial de computadores muitos, senão todos, podem acessar as suas informações que estão circulando e sendo divulgadas, a qualquer momento e por qualquer segmento da sociedade civil.¹³

A noção de vigilância está cada vez mais presente nas vidas das pessoas.

Pensando em algumas situações da vida, ou até mesmo durante a sua formação, como no caso dos nascituros que podem ser vigiados através da tecnologia de ultra-sonografia. O sociólogo polonês, Zygmunt Bauman é um dos expoentes pensadores e escritores sobre o tema vigilância. Ao tratar da vigilância, o autor sustenta que trata-se de uma característica do mundo moderno cada vez mais presente na vida das pessoas.

(...) um aspecto cada vez mais presente nas notícias diárias, o que reflete sua crescente importância em muitas esferas da vida. Mas, na verdade, a vigilância tem se expandido silenciosamente por muitas décadas e é uma característica básica do mundo moderno¹⁴.

Entre seus estudos, Zygmunt Bauman, esta de acordo com a noção de *Panóptico* como uma espécie de modelo fundamental no que tange o poder de controle da sociedade, porém enfatiza que “é apenas mais um modelo de vigilância”¹⁵, uma vez que o modelo atual implanta uma vigilância de natureza líquida que deve ser entendida como Pós- Panóptico¹⁶. A vigilância é constante e através das tecnologias vemos a presença de inúmeras formas de vigiar os indivíduos. Sobre este aspecto, Zygmunt Bauman assim dispõe:

A arquitetura das tecnologias eletrônicas pelas quais o poder se afirma nas mutáveis e móveis organizações atuais torna a arquitetura de

¹³ As câmeras de vigilância se distribuem como uma rede sobre a paisagem social, ocupando todos os espaços e os submetendo ao seu poder de invasão branca, à sua penetração invisível e indolor. A elas se acrescentam ainda outros dispositivos de vigilância mais localizados, como os grampeamentos de telefones e os microfones unidirecionais poderosos, capazes de captar um diálogo em voz baixa e longa distância. MACHADO, Arlindo. Máquinas de Vigiar. In: Máquinas e Imaginários. São Paulo: Edusp, 1993. p.220.

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. Vigilância Líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 4.

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. Vigilância Líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 12.

¹⁶ O pós-panóptico é apenas um modelo de vigilância - através das tecnologias de informação e comunicação o poder é mutável. Neste modelo, não existe mais um poder centralizador que dissemine controle, vigilância e dominação como a sociedade disciplinar de Foucault, pois os indivíduos podem fazer uso da tecnologia para criar novas relações de poder. (FOUCAULT, M. Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão. Petrópolis: Vozes, 1987).

paredes e janelas amplamente redundante (não obstante *firewalls e windows*). E ela permite formas de controle que apresentam diferentes faces, que não tem uma conexão óbvia com o aprisionamento e, além disso, amiúde compartilham as características da flexibilidade e da diversão encontradas no entretenimento e no consumo. O check-in do aeroporto pode ser feito com um smartphone, mesmo que as trocas internacionais envolvendo o crucial RNP (Registro pelo Nome do Passageiro) ainda ocorram, estimuladas pelo mecanismo original de reserva (ela própria possivelmente gerada por smartphone).¹⁷

A vigilância na qualidade de ferramenta de repressão da liberdade dos indivíduos traz a tona o dilema aqui exposto. Para Glenn Greenwald estuda a conduta humana em uma sociedade vigiada e sustentada, que esse modo de controle condiciona para uma postura passiva e portadora de medo.

(...)as experiências históricas demonstram que a simples existência de um sistema de vigilância em grande escala, seja qual for a maneira pela qual é utilizada, é o suficiente para reprimir dissidentes. Uma sociedade consciente de estar permanentemente vigiada torna-se, por consequência, mais dócil e amedrontada¹⁸.

Outro aspecto que merece destaque é o termo *Internet of Thing* que foi apresentado pela primeira vez em 1999 por Ashton, um dos pioneiros da tecnologia britânica que ajudou a desenvolver o conceito.¹⁹ A IoT tem por finalidade estender os benefícios da Internet proporcionando uma conectividade constante, desenvolvendo uma capacidade de controle remoto e compartilhamento de dados para os bens no mundo físico.²⁰ As noções de ampliação da conectividade, controle e compartilhamento ao mesmo tempo que congregam os interesses voltados a inclusão, também transmitem as ideias voltadas a vigilância por meio das ferramentas cibernéticas.

A vigilância também está relacionada como a privacidade e seus aspectos correlatos (intimidade e sigilo). Zygmunt Bauman explica sobre a perda de privacidade neste ambiente de constante vigilância, além de mais outras foram as consequências provocadas, senão vejamos:

[...] da mesma forma que o pan-ótico moderno causou profundas consequências sociais e políticas, esses efeitos ainda acompanham os

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. Op. cit. p. 13

¹⁸ GREENWALD, Glenn. Sem lugar para se esconder. Editora Sextante, 2014, p. 14.

¹⁹ GUBBI, Jayavardhana. Internet of Things (IoT): A vision, architectural elements, and future directions. *Future Generation Computer Systems*, v. 29, n. 7, p. 1645-1660, 2013.

²⁰ PEOPLES, Cathryn. Performance evaluation of green data centre management supporting sustainable growth of the internet of things. *Simulation Modelling Practice and Theory*, v. 34, p. 221-242, 2013.

poderes amplamente pós- pan-ópticos da modernidade líquida. Embora a perda da privacidade possa ser a primeira coisa que vem à cabeça de muitos quando se debate o tema da vigilância, é fácil comprovar que a privacidade não é a baixa mais relevante. As questões do anonimato, da confidencialidade e da privacidade não devem ser ignoradas, mas também estão estreitamente ligadas a imparcialidade, justiça, liberdades civis e direitos humanos. Isso porque, como veremos, a categorização social é basicamente o que a vigilância realiza hoje, para o bem ou para o mal.²¹

Ao mesmo tempo, deve-se refletir sobre as consequências da vigilância, assim, temos outro binômio: Vigilância x Contra vigilância. Isso porque, na mesma medida que se fala em vigilância dos detentores das redes sociais ou ferramentas de comunicação na Internet, os indivíduos juntos ou separados podem fazer uma vigilância, isto é, realizar um controle de outros setores da sociedade civil que estejam precarizando, comprometendo ou violando direitos e garantias fundamentais.²²

Ao tratar deste binômio, trazemos a ideia de que, ao mesmo tempo em que estamos sendo vigiados, podemos controlar, vigiar, monitorar toda e qualquer transgressão a direitos próprios ou alheios.²³ O dilema aqui gira em torno do acesso de certo dados dos indivíduos e que setores da sociedade civil ditem perfis, estabeleçam tendências e fomentem cada vez mais uma invasão ilegítima dos espaços de cada um.

Posturas como cautela, atenção e cuidado são cada vez mais exigidas, uma vez que estando dentro de um cenário tecnológicos é preciso agir dessa maneira no intuito de evitar lesões ou ameaça de lesão de um ou alguns direitos, dos quais cada um de nós é detentor.

A privacidade na Era Digital

O último dilema é o da *privacidade*. A privacidade é um direito humano fundamental, reconhecido no plano internacional e nacional.²⁴ O cenário europeu ocidental

²¹ BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 20.

²² BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 20.

²³ BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 13.

²⁴ No caso específico dos direitos humanos, é evidente que a definição jurídica e a institucionalização de seus postulados constituem o quadro das importantes conquistas históricas proporcionadas pelas revoluções liberais do século 18. Sob esse ângulo, é possível afirmar que os direitos humanos tiveram um momento especial de reconhecimento institucional que se confunde com o próprio advento do Estado Moderno e se configura como elemento material de sua formação, como última instância de legitimação do Estado de

legislativo de reconhecimento e tutela do direito à privacidade apontam para crescimento deste.

Além disso, a esfera da privacidade é protegida nas áreas civil, criminal e constitucional em razão das inspirações legislativas internacionais decorrente de tratados e convenções que paulatinamente foram incorporadas nos sistemas jurídicos dos países europeus. Outro importante aspecto no tocante do reconhecimento da privacidade, enquanto direito refere-se a doutrina e a jurisprudência obtiveram um fortalecimento seja no plano da reflexão quanto da concretização deste direito.

Os sistemas jurídicos ocidentais da *civil law* e da *common law* dos países, possuem maneiras próprios de consagrar a proteção da privacidade. O sistema da *civil law* tem o condão de proteger seus direitos através da legislação escrita, elaboradas, discutidas e aprovadas, enquanto o reconhecimento jurídico feito pelo sistema da *common law* tem como sua fonte principal a jurisprudência proferida cortes judiciais.

A privacidade é conhecida em alguns países pela expressão “*intimidad*”, o que não devemos confundir com a intimidade. Em virtude da denominada teoria dos círculos concêntricos temos a intimidade em sentido amplo e que congrega algumas camadas, mais especificamente três. A parcela doutrina jurídica teve o condão de dividir a intimidade das pessoas em algumas camadas, visando permitir uma análise tanto plano teórico quanto no prático.

A teoria das esferas da personalidade, também conhecida por teoria dos círculos concêntricos da esfera privada²⁵ foi desenvolvidas através da doutrina Alemã durante o ano de 1953 por Heinrich Hubmann²⁶. O autor desta teoria estabeleceu divisões na esfera da vida privada do indivíduo em três círculos, cuja a razão de ser de cada um deles está amparada em seu grau de densidade.

Esses graus de densidade são compostos da seguinte maneira: a esfera maior refere-se à privacidade, a do meio é o segredo e o núcleo a intimidade. No Brasil,

Direito LUCAS, Douglas Cesar. Direitos Humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença. Unijui: Unijui, 2010. p. 37-38

²⁵ COSTA JUNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995, p. 36.

²⁶ HUBMANN, Heinrich. Das persönlichkeitsrecht. Münster: Böhlau-Verlag, 1953, apud COSTA JUNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995, p. 30.

quem apresentou esta teoria foi Elimar Szaniawski²⁷, entretanto constitui uma corrente de pensamento adotada pela minoria da doutrina.

Em 1957, o autor Heinrich Henkel promoveu uma separação do direito à vida privada também em três círculos que se somam, ganhando assim o caráter concêntrico.

Esta nova divisão por camadas possui uma peculiaridade, isto é, uma diferenciação se comparada com a teoria anteriormente mencionada, levando em consideração que o núcleo seria representado pelo segredo, enquanto a intimidade se encontra entre este e a privacidade.

No Brasil, Paulo José da Costa Junior foi o introdutor e difusor desta teoria, que é tida por majoritária e encontra amparo por Flávio Tartuce, Pablo Stolze Gagliano e Silmara Chinelato.

No entanto, quais seriam as questões relevantes que envolvem esta teoria para proteção da privacidade dos indivíduos em ambiente digitais?

É preciso compreender os motivos que levam a separação da vida privada em camadas. A teoria dos círculos concêntricos tem entre suas finalidades a de possibilitar que seja mensurado o dano extrapatrimonial levando em consideração as camadas divisórias da vida privada e quanto mais próximo do centro maior será o valor atribuído, uma vez que levar-se-á em consideração o nível de violação que o direito da personalidade sofreu.

Os círculos representativos dos direitos da vida privada, quais sejam: privacidade, intimidade e segredo também terão um nível de tutela, considerando o plano do direito afetado.

O primeiro dos círculos é a vida privada, também considerada como privacidade em sentido estrito. Aqui temos as relações de natureza interpessoal, de caráter mais superficiais e que possuem tais características em razão de um grau restrito de conhecimento da vida alheia. Outro importante fator é a restrição à acessibilidade ao público, asseverando que, por razões de interesse público, a sua mitigação é possível.²⁸

Entre os círculos, a intimidade está situada na zona intermediária e tem por característica um conjunto de informações de maior restrição a respeito dos

²⁷ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 357-358.

²⁸ COSTA JUNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 34.

indivíduos. O compartilhamento destas informações é realizado com pessoas de maior proximidade como amigos e a família.²⁹

O núcleo dos círculos concêntricos está o segredo. As pessoas em seu íntimo tem resguardadas informações mais importantes de sua vida, cabendo ressaltar que o interesse público não deve e não pode envolver-se em tais questões, havendo uma baixa probabilidade de compartilhamento destas informações com outras pessoas.³⁰

A relevância da teoria dos círculos concêntricos trafega na compreensão da privacidade em suas variadas formas de exteriorização, seja nos campos da vida privada, intimidade ou dos segredos.

A noção de vida privada foi construída ao longo do tempo e a teoria dos círculos concêntricos possibilita compreender o alcance e os limites do direito à privacidade das pessoas. No ambiente digital a superexposição compromete tais esferas, portanto muitos são os cuidados que precisam ser tomados.

A privacidade é um direito humano fundamental, reconhecido nos planos internacional e nacional.³¹ Além disso, conforme dispõe Danilo Doneda, “A privacidade é um aspecto fundamental da realização da pessoa e do desenvolvimento de sua personalidade”³²

O direito à privacidade envolve uma gramática de direitos, que são a imagem, a honra e a vida privada. Ademais, cabe frisar que estes direitos não podem ser violados a

qualquer custo, isto porque, muito embora não seja um direito absoluto, não parece cabível a sua mitigação a ponto de comprometer o espaço íntimo de cada indivíduo. A respeito do direito à privacidade, as tecnologias da informação vem provocando a chamada “ reinvenção da privacidade, que acordo com o pensamento de Stefano de Rodotà podemos perceber que :

²⁹ Idem, p. 34.

³⁰ COSTA JUNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 34.

³¹ No caso específico dos direitos humanos, é evidente que a definição jurídica e a institucionalização de seus postulados constituem o quadro das importantes conquistas históricas proporcionadas pelas revoluções liberais do século 18. Sob esse ângulo, é possível afirmar que os direitos humanos tiveram um momento especial de reconhecimento institucional que se confunde com o próprio advento do Estado Moderno e se configura como elemento material de sua formação, como última instância de legitimação do Estado de Direito LUCAS, Douglas Cesar. Direitos Humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença. Unijuí: Unijuí, 2010. p. 37-38.

³² DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8-9.

No entanto, a forte proteção de dados pessoais continua a ser uma “utopia necessária” (S. Simitis) se se deseja garantir a natureza democrática de nossos sistemas políticos. Se considerarmos o que aconteceu no último século, podemos descrever um processo de inexorável reinvenção da privacidade, baseado precisamente na implementação de valores democráticos, os quais podem ser facilmente entendidos se sumariamente considerarmos as diferentes definições de privacidade ao longo do tempo.³³

Na rede mundial de computadores, na Internet ou nas redes sociais, as pessoas estão passíveis a uma superexposição³⁴, tecendo comentário, divulgando fotos, indicando localidades de frequência entre outras condutas que podem ser praticadas no cyberspaço.

Stefano Rodotà trata desta questão do seguinte modo:

As novas dimensões da coleta e do tratamento de informações provocaram a multiplicação de apelos à privacidade, e ao mesmo tempo aumentaram, a consciência da impossibilidade de confinar as novas questões que surgem dentro do quadro institucional tradicionalmente identificado por este conceito. Hoje, porém, o problema não é adaptar uma noção nascida em outros tempos em outras terras a uma situação profundamente modificada, respeitando suas razões e sua lógica de origem.³⁵

A superexposição pode possibilitar violações aos direitos da personalidade, para tanto, cabe frisar a idéia de cautela, de consciência dos atos que praticados dentro destes ambientes, e conseqüentemente minimizar a ocorrência de problemas como violações.³⁶

³³ RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar,2008,p,15.

³⁴ Ao preservar, de indébita intromissão, a intimidade e a vida privada dos cidadãos, quis o texto constitucional assegurar a cada um, na sociedade, o direito de não ver tornados públicos fatos que só o titular do direito pode ser juiz da oportunidade de sua divulgação, se e quando a sua publicidade não venha a expô-lo a incômodos ou constrangimentos, destarte garantindo-se, a cada um, o direito de não ter sua vida privada devassada, via da publicidade de fatos de sua intimidade, feita por meio de fotografias, filmes ou textos escritos. PEREIRA, Áurea Pimentel. Estudos Constitucionais. São Paulo: Renovar, 2011, p. 73.

³⁵ RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar,2008,p,23.

³⁶ ONU alerta para violações do direito à privacidade na rede As plataformas digitais são preocupantes, sobretudo no direito à privacidade, relacionada à vulnerabilidade em termos de vigilância, interceptação e coleta de dados. Este é o alerta que a vice-alta comissária da ONU para os direitos humanos, Flavia Pansieri, fez ao Conselho de Direitos Humanos da ONU ao apresentar seu relatório. ‘As informações coletadas por meio da vigilância digital estão sendo usadas para atacar os dissidentes. Há também relatos credíveis que sugerem que as tecnologias digitais têm sido usadas para coletar informações que, em seguida, levam à

A superexposição enseja um comprometimento do espaço pessoal de cada um, dos setores estatais, do mercado ou até mesmo dos grupos aos quais os indivíduos estejam inseridos e que tenham acesso às suas informações e possam fazer uso delas visando a objetivos prejudiciais aos seus direitos.³⁷ Danilo Doneda apresenta argumentos no tocante a fragilização dos dados pessoais na Internet:

A utilização de dados pessoais, em especial dos chamados dados “sensíveis” – histórico clínico, orientação religiosa, política e sexual, histórico trabalhista e outros – em bancos de dados informatizados tornou possível a descoberta de aspectos relevantíssimos da intimidade dos cidadãos. Esta possibilidade cresce muito mais quando são utilizados os banco de dados cruzados, ou seja, ao serem relacionadas informações de diversos bancos de dados. Tal uso pode ter como objetivo o controle social operado por um Estado ou organizações totalitárias, ou mesmo fornecer indicativos de um futuro comportamento para um comerciante ou para um provável empregador.³⁸

Esse direito envolve uma gramática de direitos, possuindo ligações com a imagem, a honra e a vida privada. A violação a qualquer custo e descabida, isto porque, muito embora não seja um direito absoluto, é incabível a sua relativização a ponto de comprometer o espaço íntimo de cada indivíduo.

Tratar de inclusão digital, vigilância e direito da privacidade no espaço digital, nos remete a alguns dilemas cada vez mais constantes no “contexto de vida de cada um”. Para que possamos compreender os pontos positivos e negativos do

tortura e outras formas de mastratos’, disse Pansieri à Comissão. Ela ressaltou que, enquanto o direito internacional fornece uma estrutura robusta e universal para a proteção do direito à privacidade, inclusive no contexto da vigilância e armazenamento de dados pessoais, em muitos países, a deliberada falta de legislação nacional e aplicação adequada, as fracas garantias processuais e a fiscalização ineficaz contribuem para a impunidade generalizada sobre as interferências arbitrárias ou ilegais no direito à privacidade. Pansieri vai mais longe ao afirmar que os países têm a obrigação de garantir que a privacidade das pessoas seja legalmente protegida contra interferências ilegais ou arbitrárias e devem fornecer soluções eficazes para os casos de violações. Disponível em: <<http://jornalgggn.com.br/noticia/onu-alerta-para-violacoes-do-direito-a-privacidade-na-rede>>. Acesso em 01. ago. 2017.

³⁷ O surgimento da doutrina do right to privacy, em matiz fortemente identificado com o direito ao isolamento, corresponde justamente a um dos períodos de ouro da sociedade burguesa norte-americana, o final de século passado. (...) Tomado como garante do isolamento e da solidão, o direito à privacidade não se aprestava exatamente como uma realização de exigências naturais do homem, mas sim de uma classe. DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Considerações iniciais sobre bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 111-136. p. 113

³⁸ DONEDA, Danilo. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. 2000. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Consideracoes.pdf>. Acesso em: 30.mai.2017 p. 6.

Mundo tecnológico, é necessário refletir sobre estas questões que são de suma importância, na busca pela conscientização dos indivíduos e de uma melhoria na qualidade de vida de todos.

CONCLUSÃO

A partir dos pensamentos obtidos na doutrina foi possível identificar alguns dos dilemas que estão atrelados a inclusão, a vigilância e a privacidade em ambientes digitais. A Sociedade da Informação proporcionou uma série de impactos positivos e negativos no projeto de vida de cada um de nós e só podem ser solucionados através de um processo reflexivo e de ação constante por parte de todos.

Tratar de inclusão digital, vigilância e direito da privacidade no espaço digital, nos remete a alguns dilemas cada vez mais constantes no “contexto de vida de cada um”. Para que possamos compreender os pontos positivos e negativos do Mundo tecnológico, é necessário refletir sobre estas questões que são de suma importância, na busca pela conscientização dos indivíduos e de uma melhoria na qualidade de vida de todos.

É necessário um olhar abrangente visando à necessidade da inclusão digital na vida de todos no Planeta. Como também, é necessário ceder mecanismos para educar e aprimorar o conhecimento de todos neste mundo digital. O acesso à informação, faz o ser humano adquirir sabedoria, mas é necessária cautela neste mundo digital, para não ser uma vítima neste mundo de dados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede: Economia, Sociedade e Cultura**. v. 1. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2013.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CRUZ, Renato. **O que as empresas podem fazer pela inclusão digital**. São Paulo: Instituto Ethos, 2004. p.13. Disponível em: <http://www3.ethos.org.br/wp-content/uploads/2012/12/17.pdf> Acesso em 01/08/2017

DEMO, Pedro. **Marginalização Digital: digital divide**. B. Téc. Senac: a R. Educ. Prof., Rio de Janeiro, v. 33, n.2, maio/ago. 2007.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Considerações iniciais sobre bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DONEDA, Danilo. **Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade**. 2000. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Consideracoes.pdf>. Acesso em: 30.ago. 2017.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.
GREENWALD, Glenn. **Sem lugar para se esconder**. Editora Sextante, 2014.

GUBBI, Jayavardhana. Internet of Things (IoT): **A vision, architectural elements, and future directions**. *Future Generation Computer Systems*, v. 29, n. 7, p. 1645-1660, 2013.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos Humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença**. Unijuí: Unijuí, 2010.

MACHADO, Arlindo. Máquinas de Vigiar. In: **Máquinas e Imaginários**. São Paulo: Edusp, 1993.

PEOPLES, Cathryn. **Performance evaluation of green data centre management supporting sustainable growth of the internet of things**. *Simulation Modelling Practice and Theory*, v. 34, p. 221-242, 2013.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Estudos Constitucionais**. São Paulo: Renovar, 2011.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje**. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. Convergência digital, diversidade cultural e esfera pública. In: **Além das redes de colaboração: internet, diversidade cultural e tecnologias do poder**. Salvador: EDUFBA, 2008. v.1, p. 31-50.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TAKAHASHI, Tadao (Org.) **Sociedade da informação no Brasil: Livro Verde**. Brasília: MCT, 2000.

TEPEDINO, Gustavo (org.) **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Sites

Disponível em: <<http://jornalggcn.com.br/noticia/onu-alerta-para-violacoes-do-direito-a-privacidade-na-rede>>. Acesso em 15. ago. 2017.

INCLUSION COMPLIANCE

César Eduardo Lavoura Romão¹ e Claudia Cristina Tazitu²

Resumo

O amadurecimento das áreas de compliance permite que estas assumam um papel proativo no sentido de garantir a integridade dentro das corporações sem perder a perspectiva sobre os resultados. Esta integridade tem um escopo muito mais abrangente do que evitar fraudes ou atos de corrupção, ela está relacionada ao funcionamento harmonioso do ecossistema no qual está inserida a empresa. Um elemento fundamental desse ecossistema é o bem-estar da sociedade e este, está intrinsecamente ligado à dignidade humana. Por meio de um programa que assegure a inclusão de minorias, promova o aumento da diversidade e reduza a discriminação no ambiente de trabalho, as áreas de compliance podem potencializar os resultados da empresa ao mesmo tempo em que ampliam a sua integridade.

Palavras-chave: Integridade; Diversidade; Inclusão; Não discriminação; Compliance.

INCLUSION COMPLIANCE

Abstract

The evolution of compliance areas allows them to take a proactive role in ensuring integrity within corporations without losing perspective on financial performance. This integrity has a much broader scope than avoiding fraud or corruption, it is related to the harmonious functioning of the ecosystem in which the company is placed. A fundamental element of this ecosystem is the well-being of society and it is intrinsically linked to human dignity. Through a program that ensures the inclusion of minorities, promotes diversity and reduces discrimination in the workplace, compliance areas can increase the company's results while enhancing its integrity.

Keywords: Integrity; Diversity; Inclusion; Non-discrimination; Compliance.

¹ Advogado, defensor de Direitos Humanos; Mestre em Direito pela PUC/SP; Professor na faculdade de Direito da FMU e; INstrutor do IN Movimento Inclusivo.

² Administradora graduada pela FEA/USP; Trabalhou em multinacionais dos segmentos de tecnologia da informação e serviços financeiros; Estudante de Direito da FMU.

Introdução

A tecnologia da informação e comunicação transformou a sociedade de uma forma irreversível. Klaus Schwab (2016)³ aponta a revolução tecnológica como sendo a causa do que ele chama de quarta revolução industrial.

Esta revolução, do ponto de vista social, criou uma sociedade em rede, permanentemente conectada. Por suas características, esta rede transcende tempo e espaço ao mesmo tempo que faz com que floresça o poder da identidade. Este ambiente, no qual a comunicação é fluida e as informações são acessíveis, propicia o empoderamento das pessoas e, entre outras coisas, favorece o surgimento de movimentos sociais baseados em identidade, bem como, a propagação de intolerância e manifestações discriminatórias. Além disso, as gerações que nasceram durante esta revolução (gerações Y e Z) tendem a valorizar a experiência, a confiar em grandes empresas que demonstrem integridade e honestidade e a defender a promoção da igualdade e diversidade no âmbito empresarial.

O fortalecimento da identidade das pessoas, a nova amplitude do mercado consumidor provida pelas novas tecnologias e os desafios impostos pela globalização requerem um novo olhar, dentro das empresas, sobre a integridade na diversidade.

Compliance

Nos últimos anos, o termo *compliance* tem ganhado relevância no ambiente corporativo brasileiro principalmente depois da promulgação da popularmente chamada Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). O termo tem sua origem no verbo em inglês “to comply”, que significa “agir de acordo com uma ordem, um conjunto de regras ou um pedido” (Cambridge English Dictionary).

De acordo com Makishi (2018)⁴:

“Compliance” relaciona-se com os termos conformidade ou integridade corporativa, que abrange todos os conjuntos de regras que cada empresa deve observar e cumprir, e que podem variar conforme as atividades desenvolvidas por cada empresa. Isso inclui não apenas os assuntos ligados aos sistemas anticorrupção, como também ao cumprimento de obrigações trabalhistas, ambientais, concorrenciais,

³ SCHWAB, K. A quarta revolução industrial. 1ª ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Edipro, 2016. p.12-13.

⁴ MAKISHI, M. Afinal, o que significa Compliance? 2018. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/noticias/cotidiano/afinal-o-que-significa-compliance/123578/>>. Acesso em: 11 out. 2018.

fiscais (contábeis e tributárias), regulatórias, entre muitas outras.

Estar em “compliance” significa estar em conformidade com leis e regulamentos (internos e externos); ou seja, atender às leis e aos normativos dos órgãos reguladores e também aos regulamentos internos da empresa, em especial os relacionados aos seus controles internos e governança. Entende-se, inclusive, que os sistemas e regulamentos de controles internos e governança das empresas existem para assegurar o cumprimento das regras externas impostas.

No cenário mundial, o desenvolvimento da área de compliance foi influenciada, segundo Gonsales (2016)⁵, pelo aparecimento da Lei Sarbanes-Oxley, em 2002. A SOX, como é conhecida, foi editada, nas palavras de Borgerth (2011)⁶, com o objetivo de restaurar a confiança dos mercados após uma série de escândalos de natureza contábil descobertos nos Estados Unidos.

Em 2001, a descoberta das inconsistências contábeis da Enron que levaram, conseqüentemente, à sua falência, não afetou somente os funcionários, acionistas e a própria empresa, afetou todo o mercado de capitais americano à medida em que atingiu o seu principal pilar: a confiança. A confiança das milhares de pessoas que investiram seu futuro neste mercado e das pessoas que nele trabalhavam. Além disso, foi abalada a confiança nas instituições que, via de regra, teriam o papel de apoiar os investidores como as agências de classificação de risco, bancos de investimentos e as empresas de auditoria.

Na sequência, em 2002, a revelação de uma série de manipulações de natureza contábil envolvendo grandes empresas americanas como WorldCom, Xerox, Bristol-Myers Squibb, Merck e Tyco, evidenciou que os mecanismos de controle haviam tornado-se ineficientes.

Para que os investidores voltassem a aplicar seu dinheiro no mercado de capitais era preciso resgatar a credibilidade, dentre outros agentes, das companhias que dele faziam parte. Neste cenário surgiu a SOX, em julho de 2002, que tem por objetivo, conforme Borgerth (2011, p.19)⁷, “estabelecer sanções que coíbam procedimentos não éticos e em desacordo com as boas práticas de governança corporativa por parte das empresas atuantes do mercado norte-americano”.

⁵ GONSALES, A. Compliance – A nova regra do jogo. 1ª edição. São Paulo: LEC Editora, 2016. p.4.
⁶ BORGERTH, V. SOX : Entendendo a Lei Sarbanes-Oxley : um caminho para a informação transparente. 1ª ed., 3ª reimpressão. São Paulo: Cengage Learning, 2011. p.19.

⁶ BORGERTH, V. SOX : Entendendo a Lei Sarbanes-Oxley : um caminho para a informação transparente . 1ª ed., 3ª reimpressão. São Paulo: Cengage Learning, 2011. p.19.

⁷ BORGERTH, loc. cit.

O emblemático caso da Siemens, ocorrido em 2006, é tido por muitos como o marco do compliance moderno. A Siemens, multinacional alemã do ramo de engenharia, foi multada nos Estados Unidos por um caso de corrupção internacional, por violação ao Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). De acordo com Gonsales (2016, p.7)⁸: “O FCPA foi instituído em 1977 e, em larga medida, estabeleceu regras claras de competição para as empresas norte-americanas no exterior.”. O ato tinha por objetivo coibir a corrupção comercial internacional, por meio da determinação de sanções cíveis, administrativas e penais, de forma a garantir que as empresas pudessem competir em igualdade de condições. Ocorria que, no final dos anos 90, poucos países, principalmente as grandes potências europeias, criminalizavam a corrupção de agentes públicos pelas empresas e isto gerava uma concorrência desleal entre as companhias de diferentes países. Mediante a pressão dos Estados Unidos, a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), conforme Gonsales (2016, p.8)⁹: “estabeleceu uma convenção, em 1999, que exigia o comprometimento dos Países-membros (e de outros signatários) para criar leis nacionais e punir quaisquer empresas pelas práticas de suborno internacional de agentes públicos”.

Diante de todo o histórico, é possível constatar que, nas empresas que atuam no mercado de capitais americano, as áreas de *compliance* já percorreram uma longa trajetória e hoje estão prontas para ampliar seu escopo de atuação, saindo da posição inicial de ditador de regras e regulamentos em direção a um cenário em que torna-se um processo de negócios que tem por objetivo prevenir, detectar e remediar riscos.

No Brasil, apesar de o termo ter ganhado notoriedade em função do surgimento da Lei Anticorrupção e dos desdobramentos da operação Lava Jato, algumas empresas do segmento financeiro têm estruturadas áreas de governança corporativa há mais de vinte anos, com foco, inicialmente, na prevenção à lavagem de dinheiro.

Em território nacional, algumas leis foram editadas em decorrência de compromissos internacionais. A primeira lei de lavagem de dinheiro no Brasil foi editada em 1998 em consequência do que foi acordado na Convenção de Viena de 1988 - Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. A partir desta lei as instituições financeiras

⁸ GONSALES, op. cit., p.7.

⁹ Ibid., p.8.

começaram a estruturar os processos de controle interno e os programas para prevenção à lavagem de dinheiro.

Para concretizar os compromissos assumidos com a ratificação, em 2000, da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, no âmbito da OCDE, foi sancionada a Lei nº 12.846/13, regulamentada pelo Decreto nº 8.420/15.

Apesar do atraso de mais de dez anos, a popularmente chamada de Lei Anticorrupção brasileira trouxe muitas inovações no ordenamento jurídico. Entre as principais inovações podemos destacar: a) a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas sendo que, anteriormente, as sanções, em sua maioria, tinham como foco a pessoa física (art. 1º); b) a criação da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por atos lesivos praticados pelos colaboradores contra a administração pública nacional ou estrangeira, ou seja, independentemente da ciência, culpa ou dolo dos dirigentes, as empresas estão sujeitas a penalidades (art. 2º); c) a responsabilização da pessoa jurídica não impede a sanção da pessoa física, na medida de sua culpabilidade, pois a responsabilidade dos colaboradores, dirigentes ou administradores é subjetiva (art. 3º); d) as expressivas penalidades: dentre as diversas sanções, destaca-se, no caso da esfera administrativa, a multa a ser aplicada que pode variar de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento anual bruto excluídos os impostos e, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) (art. 6º); e) o incentivo ao controle interno empresarial, uma vez que a multa pode ser atenuada em função do procedimentos adotados pela empresa para dirimir e fiscalizar a atuação de seus agentes no que tange às infrações prevista na lei (art. 7º).

Sobre este último item, cabe esclarecer que dentre os vários critérios na aplicação das sanções o artigo 7º, inciso VIII, da Lei 12.846/13, estabelece que será considerada “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Conforme Barbosa (2014 apud LIVIANU, 2014, p. 187)¹⁰:

A inserção de tal critério pelo legislador parece demonstrar o reflexo da adoção de programas de *compliance* nesta forma de responsabilização,

¹⁰ BARBOSA, 2014 apud LIVIANU, R. Corrupção – Incluindo a Lei Anticorrupção. 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.187.

fomentando-se a autorregulação empresarial por meio de incentivos à adoção de modelos de organização empresarial de caráter preventivo com o objetivo de evitar a prática delitiva.

Um dos programas mais adotado por empresas no mundo todo é o Programa de

Compliance – Sete Elementos.

Este programa, alicerçado em sete pilares, amplamente divulgado pela HHS OIG (Office of Inspector General – U.S. Department of Health & Human Services) como um instrumento para propagar e gerenciar a integridade corporativa, tem como elementos, conforme Gieremek (2015)¹¹:

1. Papéis e responsabilidades (quem faz o que dentro da organização, sendo essencial a segregação de funções, a fim de evitar que quem aprove um pagamento seja a mesma pessoa responsável pela contratação, por exemplo);
2. Monitoramento do ambiente regulatório, de forma a que a empresa possa acompanhar a evolução das regras aplicáveis à sua respectiva indústria e às normas gerais;
3. Políticas e procedimentos, com o estabelecimento das leis internas da organização e seu código de conduta, que reflitam os valores definidos para todos os colaboradores, independentemente de posição hierárquica;
4. Treinamento e conscientização, que visam a dar conhecimento a todos na organização acerca do ambiente regulatório em que se acham inseridos — o que deve ser feito não apenas por meio de sessões presenciais mas também via web e com dicas diárias, as quais, por exemplo, podem estar disponíveis em mensagens deixadas no computador de cada funcionário, secretária eletrônica, etc. (quem duvida que um presidente, telefonando a cada um de seus colaboradores e dizendo a eles que acredita apenas em negócios limpos, tem o poder de influenciar positivamente toda uma organização?);
5. Monitoramento e testes de controle: a partir do momento em que as regras são claras e difundidas entre todos, faz-se necessário assegurar-se de que estejam sendo corretamente cumpridas.
6. Gestão de problemas de compliance: uma vez identificadas irregularidades, quais os procedimentos a serem adotados. Quem deve ser acionado e em que ordem? Jurídico, auditoria, Compliance, controladoria?
7. Por fim, o reporte: quem deve ser comunicado acerca daquilo que foi identificado, para decidir? Deve-se adotar o princípio

¹¹ GIEREMEK, R. Toda empresa deveria ter um sólido programa de compliance. 2015. Disponível em: <<http://www.lecnews.com/artigos/2015/06/25/toda-empresa-deve-ter-um-solido-programa-de-compliance/>>. Acesso em: 11 out. 2018.

“need to know”, ou seja, somente devem ser informados aqueles que tenham ações a tomar. Do contrário, corre-se o risco de aumentar exponencialmente as situações de perigo, em linhas gerais, para a empresa.

O escopo deste programa permite, inclusive, que se compatibilize todos os parâmetros que serão avaliados, no chamado Programa de Integridade, em caso de instauração de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) decorrente da suspeita de prática de atos lesivos contra a administração pública previstos na lei 12.846/13.

O Decreto 8.420/15 regulamenta a Lei 12.846/13 no que tange à responsabilização administrativa das pessoas jurídicas. O Capítulo IV, nos artigos 41 e 42, dispõe sobre o Programa de Integridade. O programa de integridade é definido da seguinte forma:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.[...]

O art. 42 enumera os parâmetros pelos quais o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, no caso das grandes empresas:

- [...]
- I. comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;
 - II. padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;
 - III. padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
 - IV. treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;
 - V. análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;
 - VI. registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

- VII. controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;
- VIII. procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;
- IX. independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;
- X. canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;
- XI. medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;
- XII. procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;
- XIII. diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
- XIV. verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;
- XV. monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e
- XVI. transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.[...]

Dentre as inúmeras vantagens que o Programa dos Sete Elementos apresenta, podemos destacar duas: a primeira está relacionada à aplicabilidade do programa para os diferentes tamanhos de empresas e os diversos segmentos de mercado e a segunda, à flexibilidade quanto à quantidade de normas - tanto internas quanto externas – que podem ser incorporadas.

Fox (2018)¹², que recentemente publicou um livro que exibe um guia prático para operacionalizar um programa de compliance, declara que *compliance*, mais do que um caminho para a ética, deve ser incorporado como cultura da organização.

¹² FOX, T. The Complete Compliance Handbook – A Guide to Operationalizing Your Compliance Program. Compliance Week, 2018. Forward.

Desta forma, as áreas de compliance deixam de ser consumidoras de recursos para tornar-se alavancadoras de receita, uma vez que “companhias que possuem um robusto programa de compliance, são melhores geridas, mais eficientes e mais lucrativas”.

Nesta linha, os horizontes de *compliance* ampliam-se para áreas aparentemente distantes mas ainda sim, conectadas com os objetivos de prevenção de riscos e, ao mesmo tempo, aumento de lucratividade, seja por redução de multas e sanções ou seja pelo aumento da produtividade.

Diversidade

Diversidade, segundo Bulgarelli (2013)¹³,

é o conjunto de diferenças e semelhanças que nos caracterizam, não apenas as diferenças. Diversos não são os outros que estão em situação de vulnerabilidade, desvantagem ou exclusão. Essa maneira de encarar a diversidade como uma característica de todos nós, e não de alguns de nós, faz toda a diferença quando trabalhamos o tema.

Bulgarelli propõe, dentro das corporações, um olhar no qual cada ser humano é visto como único, singular. E, portanto, a inclusão não é um ato de sumir com alguma característica e sim, um gesto que exige a disposição de todos os envolvidos para acolher outras possibilidades, estar aberto para a transformação. A inclusão e a transformação vêm da interação, do enriquecimento mútuo e da qualidade das relações. E é justamente na qualidade das relações que a diversidade ganha seu maior sentido e potencializa sua riqueza.

Um estudo recente da McKinsey&Co (Delivering through Diversity-2018)¹⁴, com mais de 1.000 empresas em 12 países, comprova que há uma correlação significativa entre um grau maior de diversidade na empresa (nível gerencial) e sua performance financeira acima da média do segmento. Ou seja, das empresas pesquisadas, as que contemplam a diversidade não só de gênero mas também etnia, LGBTQ+, idade/geração, experiência internacional, apresentaram maior probabilidade de obter um resultado financeiro (margem EBIT) acima da média do segmento do que as que promovem menos. É importante mencionar que,

¹³ BULGARELLI, R. Inclusão e Diversidade. 2013. Disponível em: <<https://www.ethos.org.br/cedoc/inclusao-e-diversidade/#.W-GF1tVKjIV>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

¹⁴ MCKINSEY & COMPANY. Delivering through Diversity Report. 2018. Disponível em: <<https://www.mckinsey.com/business-functions/organization/our-insights/delivering-through-diversity>>. Acesso em: 30 out. 2018.

apesar de existir uma significativa correlação entre as duas variáveis, não há necessariamente, uma relação de causalidade.

No mesmo estudo foram analisados, também, os esforços empregados por dezessete engajadas companhias, de diferentes regiões e setores de atuação, com o objetivo de identificar como estas empresas têm aproveitado, de forma exitosa, o potencial da Diversidade e Inclusão para atingir suas metas de crescimento. A conclusão a que se chegou que é organizações que desenvolveram e implementaram estratégias de D&I são mais capazes de atrair e reter os melhores talentos, de aprofundar o foco no cliente, de ampliar a satisfação dos funcionários e de aprimorar a tomada de decisão. Naquela linha, são fatores críticos de sucesso:

Haver o comprometimento genuíno do CEO e do Board da organização de modo que as estratégias sejam comunicadas e cascadeadas para todos os níveis hierárquicos e que os executivos e gerentes sejam encorajados e responsabilizados pela execução e pelos resultados das ações de inclusão;

Definir quais ações do programa de D&I são as mais adequadas para suportar a estratégia de crescimento do negócio;

Criar um portfólio de iniciativas para transformar a organização. Estas iniciativas, além de estarem alinhadas com as estratégias de crescimento, devem promover a construção de uma cultura organizacional inclusiva, coerente e que ecoe entre todos os agentes do sistema de forma a garantir a sustentabilidade da mudança;

Moldar a estratégia para maximizar o impacto local. A estratégia deve ser adaptada para as diferentes áreas do negócio, as diversas geografias e os múltiplos contextos socioeconômicos.

Existe também uma clara correlação entre diversidade e inovação. Um estudo realizado pelo Boston Consulting Group (The Mix that Matters - 2017)¹⁵, com 171 empresas alemãs, suíças e austríacas, demonstra o relacionamento existente entre a maior diversidade em cargos de gestão e a geração de receita advinda de novos produtos e serviços. Apesar de o estudo ter sido realizado com companhias de determinada região, acredita-se que os “insights” podem ser aplicados de forma global.

Neste estudo, a diversidade está relacionada aos seguintes tipos: conhecimento do mercado, país de origem, desenvolvimento de carreira, gênero, idade/geração e formação acadêmica. O relatório mostra que a diversidade de gênero tem alta

¹⁵ BOSTON CONSULTING GROUP. The Mix that Matters. 2017. Disponível em: <<https://www.bcg.com/publications/2017/people-organization-leadership-talent-innovation-through-diversity-mix-that-matters.aspx>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

correlação com a inovação: nas empresas com maior diversidade de gênero, onde 8 a cada 20 gerentes eram mulheres, aproximadamente 34% da receita dos últimos três anos advinha de novos produtos e serviços em comparação com 25%, caso das empresas em que 1 a cada 20 gerentes eram mulheres.

O estudo aponta, ainda, a importância de se criar um ambiente corporativo que favoreça a cultura da diversidade de forma a extrair o máximo de seu potencial. São apresentadas as seguintes condições:

Liderança participativa: líderes devem ouvir, genuinamente, as sugestões do time e permitir que as pessoas participem das decisões.

Abertura para diversidade cognitiva: promover um ambiente onde os empregados sintam-se livres para expressar suas ideias e onde é estimulado o debate construtivo.

Prioridade estratégica: a estratégia de diversidade deve ter apoio e incentivo do Board da companhia.

Frequente comunicação interpessoal: a empresa deve criar oportunidades para facilitar o diálogo entre pessoas com diferentes formações e perfis.

Garantir práticas trabalhistas igualitárias: apesar de parecer simples, esta condição nem sempre está totalmente implementada dentro das empresas.

Além de maior inovação, as companhias que criam um ambiente corporativo favorável à diversidade apresentam maior lucratividade, 17% de margem EBIT, quando comparadas às que não, 13% de margem EBIT.

Apesar de, atualmente, ser possível mensurar os benefícios quantitativos e qualitativos da Inclusão e Diversidade, é fato que alguns passos dessa trajetória foram impulsionados por alguma norma que tinha, mais do que um objetivo econômico, um propósito social.

Em nossa legislação pátria temos vigentes as seguintes leis e decretos que visam ampliar a diversidade e inclusão:

- Lei 8.213/91 - Art. 93: popularmente chamada Lei de cotas, determina percentuais de contratação de pessoas com deficiência ou reabilitados para empresas com mais de 100 empregados.
- Lei 12.288/10 - Estatuto da Igualdade Racial: o estatuto não institui cotas especificamente mas prevê, nos artigos 38 e 39, que o governo implemente medidas para promover a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra no setor público e incentive o mesmo nas organizações privadas.

- Lei 12.990/14: Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos que tenham três ou mais vagas a serem preenchidas para provimento de cargos efetivos e públicos no âmbito da administração pública federal (art. 1º, caput e §1º).
- Decreto nº 9.450/18 - Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional - PNAT: estabelece, no art. 5º, que na contratação de serviços, inclusive os de engenharia, com valor anual acima de R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão exigir da contratada o emprego de mão de obra formada por pessoas presas ou egressos do sistema prisional, nos termos da lei.

Não discriminação

A discriminação é um fenômeno que acontece desde os primórdios da civilização e, mesmo que em alguns momentos da história tenha tido consequências nefastas, ainda está, infelizmente, presente nos dias de hoje.

Ainda que não existam ações afirmativas e leis específicas que incentivem entrada no mercado de trabalho de todos os grupos e minorias é fato que qualquer pessoa tem, no ordenamento jurídico, a garantia de não ser discriminada.

A discriminação não é uma realidade que assola apenas os países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, ela está presente no mundo todo. Não é por acaso que organismos internacionais e as legislações locais adotem medidas, regulamentações e mecanismos para combatê-la.

Após a Segunda Guerra Mundial, os representantes de 50 países assinaram a Carta das Nações Unidas (1945, grifo nosso)¹⁶, que traz em seu Preâmbulo:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS

a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos **direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres**, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional

¹⁶ ONUBR: Nações Unidas do Brasil. A carta das Nações Unidas. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso em: 14 out. 2018.

possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

Há 30 anos a assembleia constituinte indicou seu desejo de instituir uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Essa intenção está no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que indica as diretrizes ideológicas da norma fundamental, *in verbis*:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A discriminação afronta de forma brutal o princípio da igualdade (art. 3º, inciso IV e art. 5º, caput), que é um dos pilares da Constituição e de uma sociedade democrática que tem como fundamento, um outro princípio, o da dignidade humana (art. 1º, inciso III).

No âmbito do trabalho, a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (1958¹⁷, promulgada pelo Brasil em 1968, tendo como objetivo dirimir a discriminação, determina:

ARTIGO 1º

Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende: Tôda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, côr, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprêgo ou profissão;

Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprêgo ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

As distinção, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprêgo não são consideradas como discriminação.

¹⁷ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. Convenção nº 111 da OIT. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_111.html>. Acesso em: 28 out. 2018.

Para os fins da presente convenção as palavras "emprego" e "profissão" incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego.

ARTIGO 2º

Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.

Num Estado Democrático de Direito, o Estado impõe tanto normas que visam pacificar a sociedade e garantir o bem comum como normas que visam transformar uma determinada situação.

As normas transformadoras, que têm por objetivo alterar o *status quo*, normalmente preveem sanções ou multas para aqueles que não as cumprem. Nos casos de mudança, muitas vezes estes são os principais motivadores para que a norma seja cumprida.

Para efetivar os compromissos assumidos após a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a ratificação da Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1969) e a da Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (ratificação sem reservas firmada em 2002), foram editadas algumas normas, que, didaticamente, serão agrupadas em três blocos:

As que têm por objetivo formular diretrizes, propor políticas e implementar ações afirmativas para combater a discriminação:

Decreto 4.886/03 - Instituiu a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial que tem, entre outros objetivos, a implementação de ações que assegurem de forma eficiente e eficaz a efetiva proibição de ações discriminatórias em ambientes de trabalho.

Decreto 7.388/10 - Instituiu uma nova competência para o Conselho Nacional de Combate à Discriminação - CNCD, que passou a ter por finalidade a formulação e propositura de diretrizes de ação governamental, em âmbito nacional, voltadas para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - LGBT.

Lei 13.146/15 - Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Leis que têm por objetivo combater e punir atos de discriminação que impeçam o acesso das pessoas, entre outras coisas, a estabelecimentos comerciais e de lazer, à relação de trabalho, às condições igualitárias de trabalho, a estabelecimentos de ensino e também punir atos de pessoas que pratiquem ou incitem a discriminação:

Lei 6.001/73 - Estatuto do Índio: No art. 14, estabelece “que não haverá discriminação entre trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores, aplicando-se-lhes todos os direitos e garantias das leis trabalhistas e de previdência social.”.

Lei 7.716/89 - Tipifica e define as penas aplicáveis para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Lei 9.029/95 - Tipifica e define as penas aplicáveis para os crimes resultantes de práticas discriminatórias que limitam ou impedem o acesso à relação de trabalho ou a sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade.

Leis 13.146/15 e 7.853/89 - Tipificam e definem as penas aplicáveis para os crimes resultantes de discriminação de pessoas com deficiência.

Além das leis específicas, no ordenamento jurídico pátrio é possível encontrar diversas menções à não-discriminação, sendo que a discriminação, no sentido de ofensa à dignidade da pessoa, torna-se passível de punição, tanto na esfera civil como na esfera criminal.

A Constituição, em seu art. 5º, inciso XLII, prevê que “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

No âmbito do Direito Civil, quem comete ato ilícito (art. 186 do Código Civil) e causa dano, por exemplo, moral, fica obrigado a repará-lo (art. 927 do CC).

Na esfera do Direito Penal, a injúria qualificada (art. 140, §3º), que consiste em ofender a dignidade de uma pessoa em razão de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou com deficiência, é classificada como um crime contra a honra.

Por fim, na seara do Direito do Trabalho, um dos motivos que justificam a demissão do empregado por justa causa é este ter cometido, no serviço, ato lesivo da honra ou da boa fama contra qualquer pessoa (art. 482, alínea “j” da Consolidação das Leis do Trabalho). Por outro lado, a CLT prevê também que a honra é um bem juridicamente tutelado inerente à pessoa física e que os danos,

classificados como de natureza extrapatrimonial, são passíveis de reparação (art. 223-A e seguintes).

Com tantas normas espalhadas pelo ordenamento jurídico, aumenta a possibilidade que as empresas percam a visibilidade desta categoria de risco.

Deperon e Rechter (2018)¹⁸ apresentam uma estatística bastante interessante:

De acordo com dados da The Equal Employment Opportunity Commission, em 2016 mais de 97.443 ações judiciais foram movidas por colaboradores de empresas nos EUA por conta de discriminação, chegando a prejuízos, por conta de indenizações, na ordem de U\$ 482 milhões (aproximadamente R\$ 2 bilhões de reais).

Alinhadas com a visão de Fox sobre os novos horizontes das áreas de compliance, estas mesmas autoras preconizam:

Atuar com temas que se relacionam à integridade e à reputação da empresa, em um sentido mais amplo, é papel, sem dúvidas, da área de Compliance, devendo ela, como os benchmarks nos indicam, atuar de forma bastante proativa quando se trata de criar e/ou implementar programas de D&I das empresas, participando não apenas da investigação de condutas abusivas e discriminatórias – inclusive ilícitas, praticadas por colaboradores ou executivos, mas também da criação e implementação de políticas relacionadas à não discriminação, de uma forma geral. (DEPERON;RECHTER, 2018)¹⁹

Ao detalharmos o Programa de *Compliance* - Sete Elementos, é possível identificar uma série de componentes que podem tanto atender aos fatores críticos de sucesso identificados pela McKinsey e BCG para ampliar o grau de diversidade quanto possibilitar a implantação de uma política de não discriminação.

Para aumentar a diversidade e extrair o seu potencial, as condições mencionadas:

a) Comprometimento do CEO e do Board, liderança participativa e prioridade estratégica podem ser satisfeitas por meio do Elemento 1 - Papéis e Responsabilidades (Tone of the top); b) Comunicação das estratégias para todos os níveis da organização e frequente comunicação interpessoal, por meio do Elemento 4 - Treinamento e Conscientização; c) Criar um portfólio de iniciativas para promover uma cultura organizacional inclusiva, abertura para diversidade cognitiva e frequente comunicação interpessoal, por meio do Elemento 3 -

¹⁸ 18DEPERON, M.; RECHTER, R.D. Diversidade, inclusão: novos desafios das áreas de compliance no Brasil. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/diversidade-inclusao-novos-desafios-das-areas-de-compliance-no-brasil-18092018>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

¹⁹ DEPERON; RECHTER, loc. cit.

Políticas e procedimentos (que inclui os Códigos de Ética e de Conduta) e; d) Moldar a estratégia para maximizar o impacto local, por meio do programa como um todo, uma vez que o mesmo é adaptado para a realidade local.

Com relação à implementação de uma política de não discriminação, a aderência do programa de compliance é ainda maior, uma vez que busca, além de ampliar a inclusão e transformar o comportamento (por meio do engajamento da alta liderança, da publicação de políticas, procedimentos e códigos de ética e de conduta e do treinamento e comunicação), prevenir e mitigar riscos (por meio de vários instrumentos de controle interno, canais de denúncia, política para casos de infração, auditorias).

Se, por um lado, já ficou comprovada a correlação entre diversidade e resultados financeiros e inovação, por outro, mensurado o risco ao qual estão expostas as empresas em caso de discriminação e, ainda, validada a abrangência dos programas de *compliance*, por que não harmonizar estas três evidências por meio de um programa de *Inclusion Compliance*?

Considerações Finais

A área de *compliance*, da forma como estruturou o seu programa desde o início, criou um arcabouço tão robusto e abrangente que hoje possibilita que esta seja a maior protagonista no projeto de cultura organizacional baseada na integridade corporativa.

Tal integridade, mais do que garantir o cumprimento das normas externas e regulamentos internos, está relacionada ao conceito de função social da empresa, o qual, em resumo, é traduzido pela expectativa que o Estado tem de que empresário utilize os bens de produção cuja propriedade lhe é garantida (art. 170, inciso VI da CF/88) para contribuir para a realização do bem estar e da justiça social (art. 193, CF/88).

Diante de tantas mudanças econômicas e, principalmente sociais, Almeida (2003, p.144, grifo nosso)²⁰ afirma que:

A atividade empresarial, igualmente, deve redefinir todos os seus conceitos e **modificar a interpretação dos elementos** que a compõem. Quer dizer, ao invés de ser entendida como meio de acúmulo de valores para o capitalista, a empresa deve ser observada como um sistema pelo qual se expressa a atividade humana no campo econômico, com objetivos múltiplos de realização pessoal do empresário e de todos que

²⁰ ALMEIDA, M.C. A Função Social da Empresa na Sociedade Contemporânea: Perspectivas e Prospectivas. ARGUMENTUM: Revista de Direito da Universidade de Marília, Marília, v. 3, p.144, 2003.

com ela colabora, assim, e notadamente, a sociedade civil na qual está inserida.

Modificar a interpretação e os próprios elementos que a compõem não implica, necessariamente, em piores resultados, pelo contrário, resulta em maior lucratividade, mais preparo para o futuro (inovação), atração e retenção dos melhores talentos, maior profundidade no entendimento do cliente e maior satisfação dos funcionários.

Num cenário em que a globalização e a tecnologia da informação intensificam os negócios entre os países, os consumidores potenciais estão em qualquer lugar do mundo e a moeda caminha para tornar-se digital, as empresas inovadoras, com reputação de marca e credibilidade e melhor preparadas para atender os diferentes consumidores serão as que mais se beneficiarão das oportunidades do futuro.

Referências:

ALMEIDA, M.C. A Função Social da Empresa na Sociedade Contemporânea: Perspectivas e Prospectivas. **ARGUMENTUM: Revista de Direito da Universidade de Marília, Marília**, v. 3, p.141-152, 2003.

BARBOSA, 2014 apud LIVIANU, R. **Corrupção – Incluindo a Lei Anticorrupção**. 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BORGERTH, V. **SOX : Entendendo a Lei Sarbanes-Oxley : um caminho para a informação transparente**. 1ª ed., 3ª reimpressão. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

BOSTON CONSULTING GROUP. **The Mix that Matters**. 2017. Disponível em:

<<https://www.bcg.com/publications/2017/people-organization-leadership-talent-innovation>

-through-diversity-mix-that-matters.aspx>. Acesso em: 09 nov. 2018.

BULGARELLI, R. **Inclusão e Diversidade**.2013. Disponível em:

<<https://www.ethos.org.br/cedoc/inclusao-e-diversidade/#.W-GF1tVKjIV>>.

Acesso em: 04 nov. 2018.

DEPERON, M.; RECHTER, R.D. **Diversidade, inclusão: novos desafios das áreas de compliance no Brasil**.2018. Disponível em:

<<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/diversidade-inclusao-novos-desafios-das-reas-de-compliance-no-brasil-18092018>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

FOX, T. **The Complete Compliance Handbook – A Guide to Operationalizing Your Compliance Program**. Compliance Week, 2018. Forward.

GIEREMEK, R. **Toda empresa deveria ter um sólido programa de compliance**. 2015. Disponível em:

<<http://www.lecnews.com/artigos/2015/06/25/toda-empresa-deve-ter-um-solido-programa-de-compliance/>>. Acesso em: 11 out. 2018.

GONSALES, A. **Compliance – A nova regra do jogo**. 1ª edição. São Paulo: LEC Editora, 2016.

MAKISHI, M. **Afinal, o que significa Compliance?** 2018. Disponível em:

<<http://www.administradores.com.br/noticias/cotidiano/afinal-o-que-significa-compliance/123578/>>. Acesso em: 11 out. 2018.

MCKINSEY & COMPANY. **Delivering through Diversity Report**. 2018. Disponível em: <<https://www.mckinsey.com/business-functions/organization/our-insights/delivering-through-diversity>>. Acesso em: 30 out. 2018.

ONU BR: Nações Unidas do Brasil. **A carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso em: 14 out. 2018.

SCHWAB, K. **A quarta revolução industrial**. 1ª ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Edipro, 2016.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. **Convenção nº 111 da OIT**.

Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_111.html>. Acesso em: 28 out. 2018.

INFIDELIDADE VIRTUAL NA ATUAL SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E SEUS EFEITOS

Yves Alessandro Russo Zamataro¹ e Jorge Shiguemitsu Fujita²

Resumo

A proposta do presente trabalho é abordar, mediante pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, a influência da internet nos relacionamentos interpessoais e, principalmente, as causas e consequências de uma nova modalidade de infidelidade, a infidelidade virtual. Sua realização foi baseada no método dedutivo, partindo-se de argumentos gerais para uma discussão particular acerca dessa infidelidade, suas provas, até alcançar-se o posicionamento controverso de nossos Tribunais quanto à possibilidade de indenização por danos morais decorrentes de tais atos.

Palavras-chave: Infidelidade Virtual, Internet, danos morais.

VIRTUAL INFIDELITY IN THE CURRENT INFORMATION SOCIETY AND ITS EFFECTS

Abstract

The proposal of this work is addressed through doctrinal and jurisprudential research, the influence of the internet on interpersonal relationships and, especially, the causes and consequences of a new modality of infidelity, the virtual infidelity. His achievement was based on deductive starting from general arguments for a particular discussion about this infidelity, their evidence, until

¹ Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo) e pós-graduando em Direito de Família e Sucessões aplicado pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo).

² Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Civil do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo). Professor Doutor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Professor Visitante do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Londrina – PR. Professor da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Coordenador do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito de Família e das Sucessões Aplicado do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Membro das Comissões de Direitos Infante-juvenis; de Direito Civil; de Biotecnologia e Biodireito; e do Acadêmico de Direito, todas da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo. Membro da Comissão de Bioética e Biodireito do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP. Advogado, consultor e parecerista.

reaching the positioning of our Courts controversial regarding the possibility of indemnification for moral damages arising out of such acts.

Keywords: Virtual Infidelity; Internet; moral damages.

INTRODUÇÃO

É inquestionável a transformação que a internet causou às relações interpessoais, propiciando a aproximação de pessoas em todo mundo e, com certeza, criando novas formas de interação entre elas.

Pesquisas apontam a procura do sexo como uma das características mais marcantes dessa verdadeira revolução causada pela rede mundial de computadores.

No Brasil, 99% dos usuários da internet visitam sites de relacionamento.

A possibilidade do anonimato proporciona aos indivíduos uma forma de extravasar as suas libidos e os desejos mais fantasiosos, por vezes escondidos.

Nesse passo, surge uma nova forma de relação afetiva, qual seja, o relacionamento virtual e, por consequência, a infidelidade virtual.

O presente artigo tem por escopo traçar breves considerações acerca dos relacionamentos virtuais na atual sociedade da informação e suas consequências no mundo jurídico.

INFLUÊNCIA DA INTERNET NOS RELACIONAMENTOS

É fato incontestável que a internet tomou conta da vida das pessoas e da nossa sociedade. As redes sociais passaram a ter um papel importante no cotidiano das pessoas e em seus relacionamentos.

Hoje é, praticamente, impossível encontrar uma pessoa sem um celular na mão, comunicando-se com outras pessoas, às vezes, amigos, parentes e namorados.

Todos fazem parte de, ao menos, um *site* de relacionamento, seja o Facebook, Instagram, Tinder, Namoro *online*.

Muitos se utilizam, ainda, das redes sociais como forma de conhecer novas pessoas, criar novos relacionamentos sejam reais ou virtuais.

Nas palavras de Andressa Tamiozzo (2015):

“Os relacionamentos reais representam a forma originária dos relacionamentos amorosos. No mundo real é clara a necessidade do

contato físico para que um relacionamento se inicie. Para isso, é indispensável que ocorram algumas fases, tais como: olhares, sinais, risos, conversas, boa aparência, etc. Além disso, para um maior envolvimento, é necessário tempo para que as pessoas se conheçam mais profundamente. Por outro lado, nos relacionamentos virtuais, o contato físico, bem como as fases antecedentes ao início de um relacionamento amoroso, inexistem. Nesse tipo de relacionamento, as pessoas podem até mesmo se manterem no anonimato, se preferirem, ou então forjar uma falsa identidade, podendo se conhecer, virtualmente, ainda que de forma errônea, em alguns minutos.”

Diferentemente dos relacionamentos reais, os virtuais iniciam-se, geralmente, em *sites* de relacionamentos, com uma conversa no bate-papo, troca de mensagens, fotografias e até mesmo vídeos. Muitas pessoas acabam por se apaixonar virtualmente pelas pessoas que encontram nesses *sites* de relacionamentos ou pela imagem que elas apresentam.

No mundo virtual, geralmente, as pessoas se apresentam da melhor forma possível, belas fotos, uma vida perfeita, sem defeitos. Cria-se a ideia de parceiros ideais e, conseqüentemente, de relacionamentos perfeitos.

Assim, o mundo virtual passa a ser perfeito, enquanto o real é visto com suas imperfeições.

Para Rodrigo da Cunha Pereira:(2005, p. 119)

“A realidade cibernética terá como consequência uma modificação inevitável das formas atuais, como casamento, sexo casual, namoro e infidelidade. Isto não significa que as relações online se tornarão a nova essência das experiências modernas, mas certamente trazem uma nova dimensão para estas experiências que serão cada vez mais populares.”

Outra vantagem que o mundo virtual oferece é a possibilidade de vários relacionamentos ao mesmo tempo com a expectativa de se tornarem reais ou não.

Pode ser que esses relacionamentos jamais ultrapassem o plano virtual. Contudo, devemos ter em mente que suas consequências e, principalmente, seus efeitos, poderão ser reais.

Isso porque, dentro desse ambiente virtual, poderão ocorrer relacionamentos extraconjugais e, por conseguinte, o que a doutrina buscou denominar de "infidelidade virtual", mediante o sentimento de desrespeito à dignidade do cônjuge traído, quebra do dever de fidelidade e das promessas firmadas no matrimônio.

INFIDELIDADE VIRTUAL

A infidelidade virtual caracteriza-se por ser um relacionamento virtual praticado por pessoa comprometida, seja pelo casamento ou pela união estável, a qual passa a experimentar diferentes experiências afetivas e/ou sexuais com pessoa estranha à relação conjugal ou relação convivencial.

Pode ocorrer a infidelidade com o namoro do cônjuge/companheiro com estranhos, sem a ocorrência da relação sexual propriamente dita, sendo caracterizado pela doutrina mais conservadora como conduta desonrosa e não como adultério.

Sobre o tema, Maria Helena Diniz assevera que: (2005, p.291)

“os problemas do dia-a-dia podem deteriorar o relacionamento conjugal, passando, em certos casos, o espaço virtual a ser uma válvula de escape por possibilitar ao cônjuge insatisfeito a comunicação com outra pessoa, cuja figura idealizada não enfrenta o desgaste da convivência. Tal laço erótico-afetivo, platônico com pessoa sem rosto e identidade, visto que o internauta pode fraudar dados pessoais, por exemplo, usando apelidos (nickname) e mostrar caracteres diferentes do seu real comportamento, pode ser mais forte do que o relacionamento real, violando a obrigação de respeito e consideração que se deve ter em relação ao consorte.”

Ainda, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 175) “na infidelidade virtual os relacionamentos extramatrimoniais dão-se no universo da informática, especificamente via internet”, o que, segundo ele, não deixa de caracterizar uma atitude de efetivo desrespeito ao outro cônjuge. Em busca de uma nova aventura, pessoas comprometidas passaram a se envolver virtualmente com outras pessoas interligadas pela rede, a fim de criar novos laços amorosos ou até mesmo com o único propósito de satisfazer-se sexualmente. Isso ocorre geralmente por meio da masturbação, caracterizando o que se pode chamar de sexo virtual.

Dentro desse contexto, surge uma questão de extrema relevância e que tem gerado uma calorosa discussão entre os operadores do Direito: a infidelidade virtual pode ser considerada como uma violação ao dever recíproco de fidelidade entre cônjuges?

O art. 1.566 do Código Civil, determina, em seu inciso I, o dever de ambos os cônjuges a fidelidade recíproca, onde a violação do dever de respeito pode chegar a gerar condenação.

A Constituição Federal, em seu artigo 226, §3º, compara a União Estável e o casamento em diversos aspectos, como o dever de fidelidade.

O descumprimento do dever de fidelidade ocorre através da conjunção carnal de um dos cônjuges ou companheiro com um terceiro ou de atos que demonstram a intenção de um comprometimento amoroso fora da sociedade conjugal. Neste caso, a infidelidade virtual.

Fato é que a infidelidade virtual, na atualidade, é motivo suficiente para o requerimento de indenização por danos morais pela parte traída.

Nesse sentido, Regina Beatriz Tavares da Silva aduz que: (1999, p. 184):

“A prática de ato ilícito pelo cônjuge que descumpre dever conjugal e acarreta dano ao consorte, ensejando a dissolução culposa da sociedade conjugal, gera arresponsabilidade civile impõe a reparação dos prejuízos, com o caráter ressarcitório ou compensatório, consoante o dano seja de ordem material ou moral”

Mas como provar a infidelidade virtual?

DAS PROVAS

Primeiramente, deve-se ter em mente que o que deve ser demonstrado é a prova do fato que gerou a ofensa.

De fato, a infidelidade virtual pode ser provada por todos os meios de prova em direito admitidos.

Maria Helena Diniz (2005, p. 291), uma das únicas autoras a falar sobre o tema, afirma que *“sendo demonstrada a correspondência virtual, configurado está o menosprezo pela família e o desrespeito ao outro cônjuge.”* Prossegue ainda a autora:

“Como provar tal infidelidade virtual? É preciso não olvidar que o espaço virtual é pouco discreto, o internauta tem privacidade relativa, mesmo que faça uso de apelido, pois a correspondência trocada fica armazenada na memória do computador e no provedor de acesso à rede e, mesmo que se utilize senha para bloquear o acesso do correio eletrônico, os especialistas podem descobri-la. O problema da prova da infidelidade virtual reside no fato de que esta, na maioria dos casos, só pode ser realizada com a quebra da privacidade do ofensor. A vítima, geralmente, acessa dados e e-mails particulares do ofensor para poder obter as informações e provas necessárias, sendo, muitas vezes, essa ação autorizada judicialmente, e gerando polêmica sobre a questão.”

Há quem defenda a possibilidade de utilização das mensagens trocadas através do correio eletrônico e do computador comuns entre os cônjuges, por haver o

compartilhamento das senhas e assim, não haveria que se falar em invasão à privacidade.

Nessa linha de raciocínio o Tribunal de Justiça do Distrito Federal em lide levada ao seu conhecimento em que a esposa requereu indenização por danos morais com base em e-mails trocados pelo cônjuge e sua amante que estavam no computador da família entendeu que se o e-mail estava gravado na memória do computador como qualquer outro arquivo, não estava protegido por sigilo. Eis um trecho da decisão:

“Assim, nas comunicações pessoais, o sigilo, que protege a invasão de privacidade é a regra, e a disponibilização de informações em princípio sigilosas, é exceção. Cediço que o correio eletrônico é uma inovação tecnológica que facilita a comunicação entre as pessoas. Por certo que o sigilo da correspondência a ele se estende.” (Proc. Nº 2005.01.1.118170- , 2ª Vara Cível do TJDF)

Em contrapartida, há quem entenda que mesmo com o *e-mail* e computador de uso comum não seria possível valer-se das mensagens trocadas como prova, levando-se em conta que o direito à privacidade de um cônjuge não pode ser mitigado em razão do direito à reparação do cônjuge traído.

EFEITOS JURÍDICOS

A infidelidade virtual ataca a intimidade, os sentimentos afetivos e a organização na entidade familiar, devendo observar-se a configuração do dano, que exige, entre outros, o nexu causal e a culpa resultante de dolo, correspondendo nestes casos, à violação do dever de fidelidade recíproca.

É inquestionável que a infidelidade é uma conduta moralmente reprovável, haja vista ter o Brasil adotado a monogamia como forma de relacionamento.

Diante do conceito de monogamia, fora estabelecido como dever conjugal a fidelidade e como dever dos companheiros a lealdade, a qual abrange também a fidelidade no aspecto físico e moral.

A violação do dever de fidelidade ou lealdade, enseja descumprimento dos deveres entre os cônjuges e companheiros, e, por conseguinte, a possibilidade de indenização por danos morais, além do pedido de divórcio.

Vale ressaltar que tal indenização não pretende punir o cônjuge ou companheiro pela falta de amor e afeto, haja vista que nem sempre a infidelidade pode ser considerada a causa de dissolução do relacionamento, sendo em alguns casos somente a consequência, diante de uma união já desgastada.

A infringência ao dever de lealdade e fidelidade atinge a dignidade da pessoa humana, a qual faz parte dos direitos de personalidade dos companheiros ou cônjuges, motivo pelo qual, quando violados, ensejam em muitos casos, o dano moral.

Faz-se importante esclarecer que a indenização não tem a pretensão de punir o cônjuge pela ausência do amor e afeto, uma vez que, em determinados casos, a relação já vem desgastada, necessitando apenas de um motivo para chegar a um ponto final.

Ainda existe grande divergência entre doutrinadores quanto à possibilidade de indenização por danos morais decorrentes da infidelidade virtual.

Para uma corrente, a responsabilidade no âmbito da família abrangeria tanto os casos de atos ilícitos previstos no Código Civil, nos artigos 186 e 187, como também os casos de descumprimento de algum dos deveres familiares.

Já a outra corrente defende que somente caberia falar em responsabilização civil quando o ato ilícito praticado estiver previsto dentre as causas gerais de ilicitude presentes no Código Civil, não ensejando reparação indenizatória a prática de ato diverso, inclusive os referentes ao dever familiar.

“Levando em conta o aspecto singular inerente ao Direito de Família, o qual tem o afeto como pilar, tem-se a segunda vertente como posição mais adequada. E isso não quer dizer que se estaria acobertando ilicitudes por ausência de previsão normativa. Os atos ilícitos, como a traição vexatória e a agressão, por exemplo, continuam passíveis de reparação civil. No entanto, desamor e falta de afeto são valores não-patrimoniais, que não se pode comprar, vender ou mesmo obrigar alguém a ter/dar.” (Araujo,2014)

Logo, incorreto afirmar que todo caso de infidelidade virtual seja capaz de gerar uma indenização por danos morais.

Nossa doutrina e jurisprudência brasileiras tendem a se direcionar no sentido que somente a infidelidade virtual que exponha o cônjuge traído, que o coloque numa situação vexatória, que extrapole a intimidade do casal, seria passível dessa indenização.

Ao tratar de um caso concreto, dois doutrinadores apresentam posições divergentes quanto ao julgamento efetuado pelo Juízo.

Trata-se do caso de um ex-marido considerado infiel condenado a pagar indenização por danos morais no valor de R\$ 20.000,00 porque manteve

relacionamento com outra mulher durante a vigência do casamento. A traição foi comprovada por meio de e-mails trocados entre o acusado e sua amante.

O Juízo entendeu que “[...] a simples comprovação da infidelidade atinge a honra subjetiva do cônjuge traído. Como se pode constatar, os “e-mails” trocados entre o requerido e MCMP, demonstram que possuíam um relacionamento íntimo, inclusive com relação carnal. De igual forma, mesmo que não tenha sido comprovado o adultério, na sua forma tradicional, a infidelidade virtual ficou claramente demonstrada, inclusive pela troca de fantasias eróticas de um com o outro (sexo virtual). [...] A situação dos autos agrava-se quando o requerido sugere à outra mulher, tendo em vista o seu desempenho sexual, que a autora seria uma pessoa “fria” na cama (fl. 32). Se a traição, por si só, já causa abalo psicológico ao cônjuge traído, no caso em tela, tenho que a honra subjetiva da autora foi muito mais agredida, em saber que seu marido, além de traí-la, não a respeitava, fazendo comentários difamatórios quanto à sua vida íntima, perante sua amante.” (Proc. Nº 2005.01.1.118170-, 2ª Vara Cível do TJDF)

No entendimento de **Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes**, o Juiz agiu com total acerto. (Fernandes, 2016)

De acordo com Fernandes, para configurar-se a possibilidade de indenização por dano moral são requisitos a existência de: ATO ILÍCITO, DANO E NEXO DE CAUSALIDADE.

Dispõe o artigo 186 do Código Civil brasileiro: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Já o artigo 1.566 também do Código Civil brasileiro disciplina como deveres de ambos os cônjuges: I - *fidelidade recíproca*; II - *vida em comum, no domicílio conjugal*;

III - *mútua assistência*; IV - *sustento, guarda e educação dos filhos*; V - *respeito e consideração mútuos*.

Resta evidente que, no presente caso, o ex-marido cometeu ato ilícito ao trair sua esposa.

Adiante, é próprio da relação familiar o envolvimento em sentimentos de amor e afeto. Quaisquer danos causados nessa esfera provocam consequências muito mais dolorosas.

No caso do dano moral provindo da relação matrimonial há de se distinguir o dano resultante da dissolução do casamento e o resultante da violação do dever

conjugal, uma vez que no primeiro caso é natural o abalo psíquico, porém totalmente aceitável, ressaltando-se sempre que ninguém é obrigado a manter-se em um casamento que já não deseja, assim o cônjuge que simplesmente dá causa a dissolução do vínculo conjugal só está em seu “regular exercício de direito”, “já no caso da infidelidade, há verdadeira prática de ato ilícito, sendo necessária que a conduta do consorte descumpridor do dever conjugal cause ao outro cônjuge situação de sofrimento excessivo, além da simples frustração do amor não correspondido.” (Belfort,2012)

Quanto ao último elemento caracterizador da Responsabilidade Civil, cabe ao cônjuge inocente demonstrar o NEXO DE CAUSALIDADE existente entre o dano e o ato praticado pelo cônjuge ofensor.

Corroborando com esse entendimento o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal já se manifestou no sentido que:

[...] Se a traição, por si só, já causa abalo psicológico ao cônjuge traído, tenho que a honra subjetiva da autora foi muito mais agredida, em saber que seu marido, além de traí-la, não a respeitava, fazendo comentários difamatórios quanto à sua vida íntima, perante sua amante, afirma a sentença. As provas foram colhidas pela própria esposa enganada, que descobriu os e-mails arquivados no computador da família. Ela entrou na Justiça com pedido de reparação por danos morais, alegando ofensa à sua honra subjetiva e violação de seu direito à privacidade. Acrescenta que precisou passar por tratamento psicológico, pois acreditava que o marido havia abandonado a família devido a uma crise existencial. Diz que jamais desconfiou da traição, só comprovada depois que ele deixou o lar conjugal. Em sua defesa, o ex-marido alegou invasão de privacidade e pediu a desconsideração dos e-mails como prova da infidelidade. Afirma que não difamou a ex-esposa e que ela mesma denegria sua imagem ao mostrar as correspondências às outras pessoas. Ao analisar a questão, o magistrado desconsiderou a alegação de quebra de sigilo. Para ele, não houve invasão de privacidade porque os e-mails estavam gravados no computador de uso da família e a ex-esposa tinha acesso à senha do acusado. Simples arquivos não estão resguardados pelo sigilo conferido às correspondências, conclui. (Proc. Nº 2005.01.1.118170-3 TJ-DFT TJDF, Sentença proferida pelo Juiz Jansen Fialho de Almeida).

Em posição contrária a esse julgamento, temos **Alexandre Morais da Rosa**.

Para ele não se trata de exposição pública do cônjuge ao ridículo social, com cartazes, postagens públicas, enfim, toda uma gama de situações vexatórias que não se compara com a narrada na decisão.

Rosa entende que com a indenização por danos morais decorrentes da infidelidade correríamos o risco de rebaixar o amor em algo comercializável nos mercados judiciais.

E é contra isso que se opõe: “Um casamento que anda se segurando nas amarras da obrigação e não do desejo é um casamento morto, cuja responsabilidade não pode ser maniqueísta. De um lado o malvado e do outro a vítima. Ambos precisariam assumir sua parcela de responsabilidade pelo acontecido e, quem sabe, deixar que nova possibilidade apareça, na esquina, no inesperado ou se reinventar. Ficar preso ao desejo de plenitude e de negação de sua responsabilidade pelo evento não deixa de ser conveniente.” (Rosa, 2016)

CONCLUSÃO

A infidelidade nos acompanha há muito tempo. Não se trata de uma causa recente para dissolução do casamento ou da união estável. O que modificou é a forma como ela ocorre. E com o avanço da internet, surgiu uma nova espécie que é a infidelidade virtual.

Diante dessa movimentação da nossa sociedade, tanto nossos doutrinadores com o próprio Poder Judiciário viram-se obrigados a posicionarem-se sobre esse tema. Não havia como deixar de fora, do nosso universo jurídico, essa triste realidade. De acordo com o que foi exposto, pode-se concluir que a infidelidade virtual e o conseqüente rompimento da relação proporcionam mais que abalo sentimental, causando uma grande repercussão nos atributos da personalidade. Assim, surge a discussão quanto à possibilidade de indenizar em decorrência da infidelidade ou apenas quando se tratar de grave humilhação e exposição do outro cônjuge.

Referências bibliográficas:

ARAUJO, Ingrid Pinto Cardoso. **Infidelidade Virtual**. Disponível em: <http://www.dimitresoes.com.br/2014/10/infidelidade-virtual-por-ingrid-pinto.html> Acesso em 28/10/2018

BELFORT, C. G. R. D. A. **A traição como objeto de indenização por danos morais**. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, mar 2012. ISSN 1518-0360, XV, n. 98. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11194 &revista_caderno=14. Acesso em 28/10/2018

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2005

FERNANDES, Fernanda Sell de Couto Goulart e ROSA, Alexandre de Morais. **Amor com dinheiro se paga: Autores divergem sobre indenização por cybertração.** Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/amor-com-dinheiro-se-paga-autores-divergem-sobre-indenizacao-por-cybertraicao>> Acesso em 29/10/2018

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 18. Ed. Direito de família. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

TAMIOZZO, Andressa. **A Infidelidade virtual e o dano moral nos relacionamentos pós-modernos.** Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2950>> Acesso em 27/10/2018

ZAMATARO, Yves. **Efeitos reais da infidelidade virtual.** Disponível em : <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199570,91041Efeitos+reais+da+infidelidade+virtual>> Acesso em 27/10/2018

INTERNET DAS COISAS E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Osmar Barreto¹ e Magali Souza²

Resumo

A internet das coisas é fundamental dentro do cenário da revolução informacional vigente, pois inova a maneira como a comunicação se dá. Com ela, o anseio de interconectividade constante; vira realidade, o que é bom por um lado, porque torna o dia a dia mais prático e ruim por outro, pois mitiga a privacidade e paradoxalmente reduz a segurança individual. A vigilância, provavelmente, será intensificada através de aparelhos eletroeletrônicos, a vida privada se tornará pública, as preferências e hábitos serão processados e sabidos por todos, em uma releitura real de George Orwell, só que mais preocupante, pois como dizia La Boétie, a submissão será voluntária. A liberdade e a privacidade devem se tornar direitos menos importantes e mais disponíveis, predominando a interação virtual, que proporciona dinamismo na resolução de problemas corriqueiros, dessa nova sociedade – a sociedade da informação. O objetivo deste artigo é tratar da internet das coisas em cotejo com a recém aprovada Lei Geral de Proteção de Dados, trazendo ao debate a questão de preservar o mínimo de privacidade e analisar a regulamentação, por meio de seus parâmetros para entender como se dará a incorporação da IoT ao sistema jurídico brasileiro. Conclui-se que na sociedade da informação, o direito se faz presente, perene e necessário, pois a cada invenção há a ameaça de perda de direitos ou afronta às leis, a internet das coisas não se difere neste tocante, sendo o desafio do direito equilibrar a evolução desta tecnologia com a manutenção das garantias constitucionais.

Palavras-chave: Internet das coisas; Direito; Sociedade da informação; Privacidade; Segurança.

¹ Mestre em Direito da Sociedade da Informação no Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU de São Paulo; Bolsista/Pesquisador CAPES; Especialista em Direito Privado Pela Escola Paulista da Magistratura – EPM; Advogado; Professor de Direito do Trabalho e do Consumidor na Universidade Guarulhos - UNG

² Mestra em Direito da Sociedade da Informação no Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas -FMU de São Paulo; Bolsista/Pesquisador CAPES;

Especialista em Gestão de Pessoas (MBA); Graduada em Administração; Advogada; Analista- SERPRO – MF

INTERNET OF THINGS AND THE GENERAL DATA PROTECTION ACT

Abstract

The Internet of things is fundamental within the context of the current informational revolution, because it innovates the way communication occurs. With it, the longing for constant interconnectivity; becomes reality, which is good on the one hand, because it makes the day to day more practical and worse for another, because it mitigates privacy and paradoxically reduces individual security. The surveillance will probably be intensified through electronic appliances, private life will become public, preferences and habits are processed and known by all, in a real rereading of George Orwell, only more worrying, because as La Boétie said, the submission will be voluntary. Freedom and privacy should become less important and more available rights, with a predominance of virtual interaction, which provides dynamism in the resolution of common problems, of this new society – the information society. The aim of this article is to deal with the internet of things in collation with the newly approved General Data Protection Act, bringing to the debate the question of preserving the minimum of privacy and analyzing the regulations, through its parameters to understand how to give the Incorporation of IoT into the Brazilian legal system. It is concluded that in the information society, the right is present, perennial and necessary, because with each invention there is the threat of loss of rights or affront to the laws, the Internet of Things is not different in this regard, being the challenge of the right to balance the evolution of this Technology with the maintenance of constitutional guarantees.

Keywords: Internet of things; Law; Information society; Privacy; Security.

Introdução

O presente artigo, cujo objeto central é a chamada internet das coisas (Internet of Things/IoT)³, tem origem em pesquisa desenvolvida no âmbito do Grupo de Trabalho e Pesquisa em Direito, Tecnologia e Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, na linha de pesquisa sobre Teoria da Relação Jurídica na Sociedade da Informação, com enfoque na proteção de dados pessoais na internet.

A internet das coisas nada mais é do que a expansão da internet que conhecemos e, que proporciona a interação homem-máquina e máquina-máquina. Ou seja, é

³ ASHTON, Kevin. That 'internet of things' thing. *RFiD Journal*, v. 22, n. 7, p. 97-114, 2009.

a tecnologia ligada em rede através de objetos. De maneira a oferecer dados, serviços e produtos por meio da conexão máquina – internet – homem. Aparentemente uma evolução necessária e aguardada, que levaria a sociedade da informação ao futuro tão descrito na ficção científica e que agora com o desenvolvimento de tecnologias que proporcionam a utilização de protocolos, radiofrequência, sensores, QR codes⁴ entre outros, finalmente possibilitou a comunicação das coisas (objetos) com a internet e através desta a interação com outras máquinas e com o ser humano.

Esta revolução tecnológica, na verdade é há muito tempo estudada, mas apenas no ano de 1999⁵, houve a possibilidade real de desenvolver essa ideia. A partir de então, várias potências do mundo estão trabalhando, para desenvolver produtos que utilizem essa tecnologia e, principalmente, se empenhando para criar uma rede global de internet das coisas a exemplo dos protocolos: TCP/IP, http, www. Assim, diversos países estão se reunindo para a criação da internet das coisas⁶, além de sua regulamentação, suas diretrizes e uma série de outros requisitos para que ela se torne comercialmente viável, segura e que seja acessível a todos.

No Brasil, a internet das coisas ganhou destaque nos últimos 6 ou 7 anos⁷, quando começou um movimento para sua regulação, além de pesquisas para a implantação da rede, com estudos voltados não apenas para a disponibilização da tecnologia em si, mas da sua viabilidade comercial, através de políticas de preços acessíveis.

No campo do direito há muito que se discutir sobre a internet das coisas, o maior debate, talvez seja, sobre a manutenção da privacidade das pessoas – prevista no art. 5.º, inciso X, da Constituição Federal - e de seus dados, uma vez que o Brasil não partilha do pensamento de outros países, de que só se tornando público o dado, esse estará protegido. Aqui, será ainda necessário muito debate para que se possa encontrar meios para garantia, mínima, da privacidade de dados e das imagens das pessoas, principalmente dos vulneráveis, como crianças e idosos e

⁴ https://iotcomicbook.files.wordpress.com/2013/10/iot_comic_book_special_br.pdf

⁵ SINGER, Talyta. Tudo conectado: Conceitos e representações da internet das coisas. 2012. <http://www.simsocial2012.ufba.br/modulos/submissao/Upload/44965.pdf> >. Citado, v. 2, p. 9, 2015.

⁶ SINGER, Talyta. Tudo conectado: Conceitos e representações da internet das coisas. 2012. <http://www.simsocial2012.ufba.br/modulos/submissao/Upload/44965.pdf> >. Citado, v. 2, p. 9, 2015.

⁷ MANCINI, Mônica. Internet das Coisas: História, Conceitos, Aplicações e Desafios. Disponível em <https://www.pmisp.org.br/slideshow/2617-internet-das-coisas> acesso em 15/04/17

garantias mínimas, também, de segurança dos equipamentos contra a ação de *crackers* entres outros.

Assim, o país promulgou sua Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) de n. 13.709/18, a qual determina como os dados dos cidadãos brasileiros podem ser coletados e tratados, e que prevê punições em casos de transgressões e entrará em vigor somente em 16 de fevereiro de 2020.

Tal lei é importante, pois entende-se que atualmente exista um estado de vigilância (*Surveillance State*)⁸, uma vez que vivemos num enorme *big brother*⁹, onde praticamente todos os nossos movimentos, fora de nosso domicílio, - e as vezes dentro dele, através de nossas próprias postagens ou mesmo do fornecimento de nossa localização - são capturados por câmeras de segurança/vigilância e por aparatos tecnológicos de terceiros, que mesmo sem a nossa permissão, se apoderam de nossa imagem, desrespeitando o direito a ela inerente.

Ademais, tais informações podem ser usadas a nossa revelia, por empresas, como por exemplo, no caso de monitoramento de carros para realização da cotação do valor de apólices de seguros, e até mesmo pelo Estado, para “controlar” nossos passos, e para que tais informações sejam usadas contra o cidadão em um processo ou na apuração do imposto de renda, exemplificativamente.

Outro aspecto desse estado de vigilância é o *Big Data*¹⁰, que mesmo não se valendo das imagens das pessoas, se utiliza de “rastros digitais” para delinear um perfil de consumo, que pode ser usado por empresas, e até mesmo mercantilizado por tais instituições. Neste artigo buscar-se-á verificar como a internet das coisas irá e já está mudando o cotidiano das pessoas. Para isso foram realizadas pesquisas de livros e artigos jurídicos, que tratam sobre o tema. Analisou-se o impacto jurídico dessa nova tecnologia na sociedade da informação, em especial após a promulgação da LGPD, buscando entender como esta tecnologia irá, ao mesmo tempo, possibilitar grande ganho de tempo, na apressada vida moderna, mas concomitantemente, fará com que a vida privada, praticamente desapareça. A intenção é, através da revisão bibliográfica, encontrar formas, que viabilize a inevitável expansão da internet das coisas e, simultaneamente, conserve o mínimo da privacidade das pessoas. De forma, que

⁸ HILL, Banyan. The Surveillance State is Here. Disponível em: [HTTPS://banyanhill.com/the-surveillance-state-is-here/](https://banyanhill.com/the-surveillance-state-is-here/). Acessado em: 15/04/2017.

⁹ ORWELL, George. 1984. 29. ed. São Paulo: Ed. Companhia Editora Nacional, 2005.

¹⁰ MAYER-SCHONBERG, Viktor; CUKIER, Kenneth. Big Data: Como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana. Elsevier Brasil. 2014.

sem interromper o “progresso”, também sejam conservados os direitos e garantias previstos na Constituição Brasileira.

O método de investigação utilizado é o da revisão bibliográfica crítica e o objetivo é contribuir para a produção do conhecimento a respeito da utilização da IoT, sob um enfoque ético-jurídico, trazendo ao debate a necessidade de preservar o mínimo de privacidade das pessoas, garantindo através da LGPD e do Marco Civil da Internet, parâmetros para a incorporação da internet das coisas ao sistema jurídico brasileiro e, à vida das pessoas. O artigo está estruturado em seis partes, iniciado por esta introdução. Em seguida, no segundo item, far-se-á um breve resumo do que é a internet das coisas. Depois, no terceiro tópico, tratar-se-á sobre a exposição e captura de dados. Na parte quatro, discutir-se-á sobre os desafios à privacidade e segurança; no quinto ponto tratar-se-á sobre a IoT e a LGPD. Por fim, são apresentadas as considerações finais e as referências.

O que é a internet das coisas

A internet das coisas (IoT) trata-se de uma evolução¹¹ da internet que conhecemos hoje, que por meio da utilização de diferentes protocolos¹², eleva-se a outro nível, no qual é possível através da utilização da radiofrequência¹³, acessar de eletrodomésticos a sistemas de iluminação e até brinquedos à distância, através de um *Smartphone* ou mesmo “interagir” com equipamentos através de comando de voz.

Aludida tecnologia gera uma hiperconectividade, que aumenta a integração entre (i) internet e pessoas; (ii) internet e dispositivos eletrônicos e, conseqüentemente; (iii) entre pessoas e pessoas. Novas tecnologias possibilitam o controle remoto de objetos e seu acesso como provedores de serviços, o que os torna inteligentes pela capacidade de comunicação e processamento aliados a sensores. Deste modo, dispositivos conectados via internet entre si, realizam atividades cotidianas, pelas pessoas.

É possível dizer que a internet das coisas levará e já está levando a sociedade da informação a outro patamar de existência, a interação homem/máquina, antes

¹¹ IOT BRASIL. Fórum. Disponível em: <<http://iotbrasil.org.br/home/o-forum/>>. Acesso em: 15 de abril de 2017. 10HERNANDEZ-BRAVO, Angel; CARRETERO, Jesús. Approach to manage Complexity in Internet of Things. *Procedia Computer Science*, v. 36, p. 210-217, 2014.

¹² HERNANDEZ-BRAVO, Angel; CARRETERO, Jesús. Approach to manage Complexity in Internet of Things. *Procedia Computer Science*, v. 36, p. 210-217, 2014.

¹³ 11SCIENCE DIRECT. Article. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S221201731400379X>>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

relegada a filmes de ficção científica e desenhos futuristas, está se tornando realidade, o que por um lado facilitará o dia a dia das pessoas, melhorará a mobilidade urbana, tornará a vida mais rápida e prática e de alguma forma mais segura; por outro lado, para que se tenha todos esses benefícios, se abrirá mão da liberdade, e principalmente da privacidade, conforme assevera Faccioni:

A IoT está diretamente associada a outro fenômeno, conhecido por “big data”, nome calcado na expressão da origem do universo, “big bang”, em que uma expansão inimaginável de dados está em processo. Tais dados são gerados e coletados por objetos e computadores, numa relação interativa sem precedentes, indicando um volume para memorizar e processar, com exigências de latência mínima e disponibilidade ininterrupta.¹⁴

Para que todos esses equipamentos se conectem à internet, são necessários sensores e algum tipo de microprocessador, que possibilite sua conexão à internet e o processamento das informações, além de sua interação com outras máquinas/aparelhos.

Ainda como observa Faccioni a internet das coisas tornou-se possível graças ao avanço específico do protocolo da internet, onde cada equipamento, agora, pode ter seu “endereço IP”, ou seja, um identificador que permite ser encontrado por qualquer outro equipamento conectado à internet. O protocolo anterior, conhecido por IPv4 (*Internet Protocol version 4*), permitia um máximo de 4,3 bilhões de endereços ($4,3 \times 10^9$). Um número restrito que rapidamente se esgotou, impedindo a conexão de outros aparelhos. Felizmente a *Internet Engineering Task Force* (IETF) desenvolveu uma nova versão, denominado *Internet Protocol version 6* (IPv6), que permite a identificação e localização de computadores e quaisquer outros objetos ou dispositivos em rede inclusive o roteamento na internet. Esse protocolo IPv6 utiliza endereço de 128 bits, que permite cerca de $3,4 \times 10^{38}$ endereços IP¹⁵.

Estudo recente da consultoria Gartner aponta que, em fevereiro de 2017, havia 8,4 bilhões de objetos conectados no globo (de smart TVs a sistemas de iluminação inteligentes por sensores), 31% a mais que no ano passado. Estima-se que em três anos, serão 20 bilhões de aparelhos ligados à internet. Ademais, outra pesquisa, desta vez, realizada pela McKinsey Global, calcula que o impacto de

¹⁴ FACCIONI FILHO, Mauro. **Internet das Coisas: livro digital**. Palhoça: Unisul Virtual, 2016. p. 11.

¹⁵ FACCIONI FILHO, Mauro. **Internet das Coisas: livro digital**. Palhoça: Unisul Virtual, 2016. p. 11.

IoT na economia global alcance de 4% a 11% do Produto Interno Bruto do planeta em 2025¹⁶.

O Brasil não está alheio a importância dos dados na economia global e a fim de não perder seu lugar no trem das mudanças tecnológicas, no ano de 2017 estabeleceu um consórcio liderado pela consultoria McKinsey com o escritório de advocacia Pereira Neto Macedo e participação do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações (CPqD) no qual desenvolvem, com financiamento do BNDES, um estudo para subsidiar o Plano Nacional de Internet das Coisas. O plano, o qual continua em consecução, deve guiar a adoção de políticas públicas até 2022. Durante o FutureCom, evento de tecnologia da informação, internet e telecomunicações, em São Paulo, o BNDES e o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) lançaram o relatório final. Chamou a atenção a projeção de injeção financeira ligada à IoT no país: de US\$ de 50 a US\$ 200 bilhões por ano em 2025¹⁷.

Assim, é possível dizer que todos os aparelhos eletroeletrônicos de uma casa estarão conectados à rede, e com eles todas as informações pessoais, gostos, preferência, poder aquisitivo, imagens, e um sem número de outras informações, estarão indiretamente disponíveis na rede, praticamente acabando com a noção de privacidade que temos hoje, além da insegurança que tudo que é ligado à internet possui, pois pode ser invadido por *crackers*, não apenas para roubar os dados pessoais, mas também é possível modificar o funcionamento de aparelhos, além de alterar ou liberar o acesso/senha; o que no caso de um computador já causa um grande dano, mas se a liberação feita for da porta de uma residência ou empresa, os prejuízos materiais podem ser bem maiores.

Portanto, é necessário pensar a internet das coisas não apenas como uma evolução desejada, mas também como um risco potencial, que precisa ser analisada detidamente, estudando-se seus aspectos éticos, verificando até que ponto essa “invasão de privacidade” traz verazes benefícios à sociedade e qual o limite do uso desses dados, além de discutir como se pode garantir um mínimo de segurança com a utilização desses equipamentos inteligentes, e de quem seria a responsabilidade pelo ressarcimento do dano, no caso de invasão desses sistemas.

¹⁶ ÉPOCA. **Tecnologia.** Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tecnologia/experiencias-digitais/noticia/2017/10/orisco-da-internet-das-coisas.html>>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

¹⁷ ÉPOCA. **Tecnologia.** Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tecnologia/experiencias-digitais/noticia/2017/10/orisco-da-internet-das-coisas.html>>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

Ademais, é necessário estabelecer limites e critérios para operar “dentro” da internet das coisas, hoje no Brasil, temos trânsito livre de mercadorias importadas, principalmente da china, nas quais faltam informações básicas sobre a empresa que produziu aquele equipamento, qual a forma de contato, e em geral, devido à dificuldade para contato com essas empresas, seus produtos quando aparentam defeitos são relegados ao fundo de alguma gaveta ou são simplesmente descartados, no caso da internet das coisas, se um desses aparelhos for invadidos por *crackers* mal-intencionados, dificilmente se conseguiria a punição ou ressarcimento da indústria produtora, esta é apenas uma das dificuldades da implementação da internet das coisas no Brasil.

Por isso, em tópico próprio será estudado o impacto da LGPD no que concerne a função de propiciar uma segurança jurídica na proteção de dados utilizados pela IoT, pois como entende Rob Van Kranenburg¹⁸ - autor do livro “internet das coisas, uma crítica à tecnologia do ambiente e à tecnologia RFID que tudo vê” - o cenário é ameaçador e bastante transparente, a evolução da internet é inevitável a interação entre homens e máquinas, e a tomada de decisão por essas últimas sem a interferência humana, será uma consequência lógica, todavia não se pode olvidar que a utilização indiscriminada destas tecnologias poderão tornar “tudo público”, exterminando o que hoje chamamos de privacidade, o que nos dizeres de Bauman¹⁹ se traduziria por vigilância líquida ou para Orwell²⁰ olhar ubíquo do “grande irmão”.

Exposição e captura de dados

A hipermobilidade²¹ e a ubiquidade gerados pela internet das coisas traz em seu bojo duas questões bastante controversas, por um lado a possibilidade de estar “presente” em mais de um lugar ao mesmo tempo, já que através da internet das coisas será possível não apenas acender as luzes de casa, como ligar o forno, monitorar as câmeras através de um simples celular e autorizar que sua geladeira compre os produtos alimentícios que acabaram, além é claro da possibilidade de comunicação com outras pessoas e até mesmo empresas; por outro essa utilização cada vez maior de aplicativos que ligados a IOT possibilitam inúmeras oportunidades, também torna o cidadão comum, hipervulnerável, pois todos

¹⁸ KRANENBURG, R. **The Internet of Things: a critique ambient technology and the all-seeing network of RFID**. Amsterdã: Institute of Networks Culture, 2008.

¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

²⁰ ORWELL, George. 1984. 29. ed. São Paulo: Ed. Companhia Editora Nacional, 2005.

²¹ SANTAELLA, Lucia. **Linguagens Líquidas na Era da Mobilidade**. São Paulo: Paulus, 2007. p. 155-188.

esses aplicativos trabalham com dados e é justamente a superexposição destes dados que torna a internet das coisas assustadora.

Tal espécie de mobilidade muitas vezes implica também na utilização de redes *Wifi* abertas, que ao serem acessadas conseguem capturar os dados contidos no celular, smartphone ou tablet utilizado, todavia esses aparelhos além dos dados neles contidos também se comunicam com as demais “coisas” conectadas a internet que utilizam o mesmo IP, ou seja, um simples acesso a uma rede “*wifi* pública” pode fornecer ou abrir uma infinidade de dados pessoais do indivíduo e não só este exemplo ao acessar determinada página da internet ou baixar um novo *app* o mesmo pode ocorrer, mostrando o quão vulneráveis são todos esses dados.

Nos dizeres de André Kadow e Carlos Eduardo Pires de Camargo os dispositivos para conexão à internet das coisas são programados com linguagem comum, ou seja, aquele que muitos programadores, profissionais ou não, utilizam, assim são enormes as chances de obtenção desses dados ilicitamente e para finalidades escusas:

Tecnicamente falando, um dos possíveis elementos facilitadores àqueles que querem se aproveitar ilicitamente da Internet das Coisas é a maneira como muitos dos dispositivos são programados. O desenvolvimento através de *Application Programming Interface* - APIs ou linguagem comuns é um enorme facilitador para os fabricantes e desenvolvedores, mas abre um leque enorme de possíveis brechas a serem exploradas²².

Essas práticas de captura e uso das informações, são perigosas não apenas pela afronta à privacidade do cidadão, mas também e principalmente pela comercialização indevida destes dados. O interesse na obtenção de dados dos consumidores mobiliza empresas a décadas não é à toa que inúmeras empresas tenham cartão fidelidade ou mesmo cadastros de vendas ou simplesmente requerem que os usuários deixem um endereço de e-mail quando seu site é acessado. Cada cadastro tem um valor para as empresas e quanto mais detalhado e com maior número de informações mais precioso se torna.

Em um mundo com aparelhos conectados com seus próprios endereços IPs ou outros identificadores necessários para a comunicação entre usuário e máquina, o campo para ataques acaba se tornando imenso. Mesmo com as linguagens comuns, para os administradores é

²² KADOW, André; CAMARGO, Carlos. Internet das Coisas: vulnerabilidade, privacidade e pontos de segurança. *Revista Competência*, Porto Alegre, RS, v.9, n.1, p. 153-161, Jan/jul. 2016. p.3.

praticamente impossível garantir a segurança de todos os aparelhos conectados e as ações funcionam cada vez mais da maneira que os fabricantes de antivírus para computadores trabalham, as soluções vão ocorrendo na medida em que os problemas vão aparecendo e não da maneira contrária²³.

Como se pode perceber os programas que operam com a internet das coisas não o fazem de forma proativa quando se trata de segurança, é claro que medidas de segurança são tomadas, no entanto, ocorrem falhas de segurança, que só são detectadas quando ocorrem invasão ou tentativa de invasão destes sistemas, então a partir do acidente de segurança é que se trabalhará para sanar aquela deficiência de segurança, geralmente no exato ponto em que ocorreu.

Desafios à privacidade e segurança

Quando se trata de segurança e privacidade de dados na internet das coisas duas vertentes bastante contraditórias aparecem, de um lado estão aqueles que como Pentland²⁴, defendem que as empresas informem prévia e claramente aos seus “clientes” quais dados serão coletados e utilizados para que os clientes possam decidir se irão ou não adquirir o produto ou serviço. Aqui o que se defende é a transparência, ou seja, as empresas podem sim coletar e usar os dados de seus clientes, desde que haja a anuência destes. É uma forma de proteção do cliente, mas também da empresa que evitaria problemas pela captação e utilização indevida de dados²⁵.

Acho que as empresas não percebem que os custos de uma estratégia do tipo ‘pegue todos os dados’ são muito altos. Elas estão assumindo enormes quantidades de risco na forma de violações de dados e danos a sistemas essenciais. Além de ser caro manter a segurança, as violações custarão cada vez mais caro. A Comissão Federal de Comércio²⁶

A outra vertente defendida por Kranenburg é a abertura completa de dados, pois segundo os defensores dessa linha a segurança de dados só pode realmente ser atingida caso seja de conhecimento “público” sua propriedade, ou seja, uma transparência total de dados, a tal ponto de todos terem acesso de forma

²³ KADOW, André; CAMARGO, Carlos. Internet das Coisas: vulnerabilidade, privacidade e pontos de segurança. *Revista Competência*, Porto Alegre, RS, v.9, n.1, p. 153-161, Jan/jul. 2016. p.156.

²⁴ PENTLAND, Alex. Com os grandes dados vêm grandes responsabilidades. *Harvard Business Review Brasil*, São Paulo, v. 92, n. 11, nov. 2014. p. 85-88.

²⁵ KADOW, André; CAMARGO, Carlos. Internet das Coisas: vulnerabilidade, privacidade e pontos de segurança. *Revista Competência*, Porto Alegre, RS, v.9, n.1, p. 153-161, Jan/jul. 2016. p.158.

²⁶ PENTLAND, Alex. Com os grandes dados vêm grandes responsabilidades. *Harvard Business Review Brasil*, São Paulo, v. 92, n. 11, nov. 2014, p. 85-88. p.86.

igualitária tanto para coleta quanto para utilização de dados. Para os defensores dessa corrente quanto mais aberto os dados estiverem seria melhor, porque o poder não estaria detido nas mãos de poucos, mas sim pulverizado por toda a sociedade.

[...] um bem comum maior pode ser estabelecido se a vigilância for igual para todos e se o público tiver o mesmo acesso [aos dados] de quem está no poder, por isso, defendemos que seria bom para a sociedade se a arquitetura da 'Internet das Coisas' fosse igual para todos, e o público tivesse as mesmas ferramentas dos que estão no poder.²⁷

A internet das coisas cria inúmeras possibilidades e opções de desenvolvimento tecnológicos para a sociedade da informação o que por um lado é bom, pois oportuniza a criação de produtos e serviços que melhoram e facilitam o dia a dia dos cidadãos, mas por outro gera insegurança. Alguns dos principais riscos na segurança da internet das coisas são:

- **Vulnerabilidade:** Falhas nos dispositivos podem viabilizar o ataque hacker para controle desses equipamentos e sequestro de dados (ataque ransomware);
- **Privacidade:** Quem terá acesso aos dados armazenados em seus dispositivos? Sua privacidade pode estar totalmente comprometida;
- **Infraestrutura:** Cada vez mais os dados e informações são armazenados em nuvem. Entretanto, a segurança nesta modalidade pode ser facilmente comprometida²⁸.

São justamente esses riscos que tornam necessário pensar nesse lado negativo da IoT, criando mecanismos, que se não diminuam a exposição de dados, ao menos deixe o usuário consciente dos riscos que está correndo e quais dados estão sendo captados ao utilizar determinado produto ou serviço. Mais do que simplesmente legislar sobre o sigilo ou privacidade de dados, é necessário criar uma consciência coletiva sobre os riscos dessa utilização indevida, para que o usuário possa ter o conhecimento necessário para tomar a decisão de expô-los ou não.

Um exemplo de dano alarmante que a falta de segurança relacionada ao uso da internet das coisas pode ocasionar, foi o caso que ocorreu no fim de agosto de 2017, quando 465 mil americanos precisaram devolver seus marca-passos sob o

²⁷ KRANENBURG, Rob van. **The internet of things: a critique of ambient technology and the all-seeing network of RFID**. Amsterdam: Institute of Network Cultures, 2008.p. 9.

²⁸ E-TRUST. **Blog**. Disponível em: <<https://www.e-trust.com.br/blog/seguranca-na-internet-das-coisas-iot-comogarantir-2/>>. Acessado em: 10 de novembro de 2018.

risco de terem o coração invadido por terceiros, pois os equipamentos faziam parte de uma série que vem conectada à internet. O objetivo é que o marca-passo envie dados por Wi-Fi para clínicas ou médicos que monitoram os pacientes. Contudo, os softwares possuíam brechas e precisavam ser atualizados, porque poderiam ser acessados por *crackers*, que provavelmente conseguiria alterar o funcionamento dos dispositivos, gerando risco de morte aos usuários. A US Food and Drug Administration (FDA), agência de fiscalização e regulamentação de alimentos e remédios nos Estados Unidos, pediu o recall dos produtos²⁹.

Porém, este não foi um caso isolado, outros objetos até então inocentes passaram a oferecer riscos. No mês anterior, o FBI emitiu um alerta aos pais para cuidarem da interação de seus filhos com os brinquedos conectados à internet. Porque, sistemas de reconhecimento de voz, GPS, microfones e câmeras capturam dados preciosos das crianças e podem ser usados para ameaçar sua segurança ou privacidade. “Babás eletrônicas já foram invadidas. Um cassino americano foi alvo de uma intrusão digital por um canal inóspito: um aquário conectado à internet. Em 2015, 80 mil ucranianos ficaram no escuro por três horas. A suspeita: um ataque hacker à rede elétrica”³⁰.

Como bem pontua Santaella³¹ a proteção da privacidade e da segurança, nunca esteve tão ameaçada, por um lado há o interesse público e privado na utilização dos dados dos cidadãos com a finalidade de obtenção de lucro, haja vista o *big data**, por outro lado *crackers* isolados ou grupos de ação ligados ao terrorismo digital e outros cibercrimes estão atentos as portas abertas pela internet das coisas para essa finalidade. Resta ao usuário assumir o risco de estar conectado as novas tecnologias ou não acompanhar o desenvolvimento tecnológico na tentativa de preservar sua segurança e de seus dados.

A IoT e a LGPD

A IoT trouxe uma diversidade de atividades e, em uma mesma transação abre-se portas para a associação de formas distintas de serviços, comunicações e mercadorias. Concomitantemente, porém, este novo ambiente gera inseguranças jurídicas. Assim, entra em destaque a segurança dos dados coletados e a questão da privacidade e do compartilhamento dessas informações.

²⁹ ÉPOCA. **Tecnologia.** Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tecnologia/experiencias-digitais/noticia/2017/10/orisco-da-internet-das-coisas.html>>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

³⁰ ÉPOCA. **Tecnologia.** Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tecnologia/experiencias-digitais/noticia/2017/10/orisco-da-internet-das-coisas.html>>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

³¹ SANTAELLA, Lucia. **Comunicação ubíqua: repercussão na cultura e na educação.** São Paulo: Paulus, 2013.

Assim, tendo a proteção da privacidade dos dados na internet, inclusive dos oriundos da IoT, como seu principal objetivo, foi sancionada recentemente em solo brasileiro a lei nº 13709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Que por sua vez altera a lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e que estabelece a lei brasileira de proteção e tratamento de dados pessoais, a qual passará a vigorar após 18 meses de seu sancionamento, período de *vacatio legis*, no qual o governo, as empresas e a sociedade poderão se adaptar aos ditames legais, até que a lei efetivamente entre em vigor com sua eficácia plena em todo o território nacional a partir de fevereiro de 2020.

Em decorrência da promulgação da aludida lei, aliada a uma quantidade expressiva de dispositivos conectados, que geram quantias massivas de dados, surge outra pergunta: como as empresas que atuam nesta área se comportam perante as imposições da LGPD, sem tornar economicamente inviável a implementação da IoT no Brasil?

Porque, o primeiro obstáculo criado pela LGPD às empresas de IoT, é que considerando que o uso de dados pessoais agora se baseia, primordialmente, no consentimento do usuário, obtido de maneira clara, simples, objetiva e especificando a maneira como os dados serão tratados e com qual finalidade, conforme determina o Art. 7º, da lei em comento, esta exigência se torna um entrave para muitos aplicativos de IoT.

Isto pois, como esses dispositivos têm a finalidade de juntar informações e processá-las para, a partir daí tomar uma decisão, a necessidade do consentimento do usuário inviabiliza o aproveitamento dos benefícios trazidos pela tecnologia³². Tal exigência, para cada forma de tratamento a ser realizada, resulta em trocas de dados na rede muito complexas e na redundância dos benefícios da maioria desses aplicativos. Assim, a cada atualização dos softwares dessa rede, a necessidade do consentimento leva à interrupção do fluxo de dados entre os dispositivos conectados³³.

Em segundo lugar, a LGPD garante aos usuários o direito de solicitar informações sobre o tratamento de seus dados, a eliminação desses, e até mesmo a portabilidade para outra companhia, o que faz com que as empresas devam armazenar todas as informações sobre o processamento das informações desse

³² JOTA. **Colunas**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novastecnologias/o-impacto-da-lgpd-sobre-a-implementacao-da-internet-das-coisas-14102018>>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

³³ WESTBASE. **GDPR and IoT implications**. Disponível em: <<https://www.westbase.io/gdpr-and-iotimplications/>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

usuário, além do seu consentimento, como forma de garantir e evidenciar o cumprimento da referida lei.

Desta forma, toda empresa que realize esse tipo de atividade deve se organizar de maneira que saiba onde e como os dados pessoais foram obtidos e manipulados. Além disso, devem estar preparadas para disponibilizar, de forma imediata, relatórios sobre tais ações, quando solicitadas pelos titulares. No entanto, em se tratando de Internet das Coisas, como o intercâmbio de dados é o insumo para a efetivação dos seus objetivos, a implementação da referida exigência gera um alto custo às empresas, que devem investir em setores de monitoramento e armazenamento dos dados de cada consumidor nas mais diversas funcionalidades que ocorrem em simultaneidade nesse ambiente³⁴.

Por último, outro fator contravertido concerne à segurança dos dados pessoais coletados. Pois, como os objetos em análise estão conectados à internet, eles podem ser acessados por pessoas que tenham conhecimentos computacionais avançados, com fins escusos de obtenção de dinheiro com tais invasões ou até mesmo com objetivos terroristas, por exemplo.

Tais exemplos aliados ao fato de não existir padronização nas regras de implementação da segurança nos dispositivos integrantes da IoT, possibilitam a ocorrência de ataques externos. A LGPD, com o intuito de evitar ataques deste tipo e de promover maior precaução de companhias com a segurança de dados pessoais coletados, instituiu que qualquer violação de segurança dessas informações deve ser relatada imediatamente às autoridades e aos usuários, assim como os riscos aos direitos e liberdades dos indivíduos.

Caso não sejam tomadas estas providências, a empresa está sujeita à multa simples ou diária de até 2% do faturamento, limitada a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração. Eventualmente, pode haver ainda o bloqueio de dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização, ou a proibição do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados, ou seja, do funcionamento da rede de IoT³⁵.

Porém, para cumprir tal demanda é necessário que haja o monitoramento em tempo real dos dispositivos, o que requer investimento e infraestrutura. Com isso

³⁴ JOTA. **Colunas**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novastecnologias/o-impacto-da-lgpd-sobre-a-implementacao-da-internet-das-coisas-14102018>>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

³⁵ JOTA. Disponível: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/o-impacto-dalgpd-sobre-a-implementacao-da-internet-das-coisas-14102018>>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

o custo de implementação dessa tecnologia aumenta, o que pode afastar empresas interessadas em realizar novos investimentos no país.

Assim, uma alternativa para as empresas do ramo de IoT contornarem essas questões e evitarem grande gasto de dinheiro a fim de cumprir as determinações da LGPD e garantir a viabilidade econômica da atividade, seria reforçar a classificação de dados nas políticas de segurança das empresas, a qual está disposta no Art. 5º da LGPD:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

- I. dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
- II. dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;
- III. dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

[...]

Destarte, tendo como base a classificação imposta pela Lei Geral de Proteção de Dados, acima exposta, os dados oriundos das atividades ligadas a IoT poderiam ser:

[...] classificados qualitativamente antes de iniciado o tratamento, de forma a respeitar a privacidade e segurança das informações dos clientes. Ações como esta representam importante caminho para delimitação do nível de seguridade de cada dado coletado e organização do que pode ou não ser acessado por terceiros

No mais, como dispositivos de IoT são considerados um alvo fácil para hackers, outra solução necessária é a adoção de estratégias de mitigação dos riscos nos casos de ataque, com o objetivo de reduzir os impactos do dano sobre os usuários - gerando mais segurança - assim como da multa que tal hipótese pode acarretar. Pois, como afirma Raúl Echeberría, vice-presidente de Engajamento Global da Internet Society:

A economia favorece a fragilidade da segurança. Pressões competitivas para lançamentos de mercado, assim como por produtos mais baratos, fazem com que muitos projetistas e fabricantes de sistemas de IoT, incluindo dispositivos, aplicativos e serviços, dediquem menos tempo e recursos à segurança. Cabe a todos nós – articuladores políticos,

empresas, membros da comunidade técnica e da sociedade civil – garantir que o impacto da IoT seja positivo³⁶.

Levando tal assertiva em consideração, a Internet Society (ISOC), organização sem fins lucrativos dedicada a garantir o desenvolvimento aberto da internet, apresentou o relatório “IoT Security for Policymakers”, durante a reunião da Cúpula do Consumidor do G20, na Argentina, que reuniu organizações de proteção ao consumidor em todo o mundo. Este estudo define uma base sólida sobre segurança em dispositivos Internet of Things (IoT). Cinco fatores-chave na segurança da IoT são destacados no relatório e devem ser considerados pelos governos e agentes reguladores:

1. A IoT é evolutiva e ainda não há um consenso de padrões internacionais de segurança;
2. IoT não são apenas dispositivos, mas software, sensores, plataformas, conectividade, serviços, armazenamento. Todas estas camadas devem estar seguras;
3. Os sistemas de IoT devem ser protegidos contra riscos para outras redes e usuários (segurança externa), bem como riscos para seus usuários e ativos (segurança interna);
4. Os sistemas de IoT vulneráveis podem ser comprometidos de qualquer lugar e usados para atacar qualquer pessoa;
5. Segurança é um processo contínuo. Os sistemas de IoT devem ser mantidos para permanecerem seguros³⁷.

Lembrando que nos anos 2000, a noção comum de segurança era um computador com antivírus atualizado. Hoje, é uma geladeira, uma cafeteira ou um coração 100% imunes a uma invasão digital. Aparelhos como relógios, TVs, hidrômetros, equipamentos médicos, veículos e embalagens ganharam chips capazes de se ligar à rede e a outros objetos para enviar e receber dados ou permitir algum tipo de controle remoto.

Assim, com a finalidade de gerar mais proteção a privacidade do usuário do sistema atrelado a IoT, Conceitos como *Privacy by Design*, quando uma solução é criada levando em conta os requisitos de privacidade, são especialmente importantes quando lidamos com projetos de internet das coisas – funcionalidades que poderiam colocar em risco a privacidade de pessoas podem

³⁶ SECURITY REPORT. **Destaques.** Disponível em: <http://www.securityreport.com.br/destaques/isoc-propoe regulamentacao-para-internet-das-coisas/#.W_GfkBNKiCU>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

³⁷ SECURITY REPORT. **Destaques.** Disponível em: <http://www.securityreport.com.br/destaques/isoc-propoe regulamentacao-para-internet-das-coisas/#.W_GfkBNKiCU>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

ser tratadas desde a concepção do produto, evitando ajustes futuros que podem ser custosos ou até inviabilizar sua aplicação³⁸.

Enfim, é relevante levar em consideração quais os tipos de informação são coletados, onde, como e quem tem acesso, bem como o plano de segurança estipulado, já que, havendo o entendimento desses fatores, é possível se adaptar às exigências da LGPD e preencher as lacunas nas políticas de privacidade da internet das coisas.

Considerações finais

Ao término da pesquisa, induz-se que a internet das coisas é algo inevitável, os olhos do mundo estão voltados para ela, e há inúmeras pesquisas e objetos sendo desenvolvidos para sua utilização.

Mas, apesar deste diagnóstico, é necessário que se criem ferramentas, normas e regras para que o sigilo da informação, a privacidade da imagem e dos dados de seus usuários sejam preservados. Pois, embora haja muitas pessoas, dispostas a abrir mão de sua liberdade e privacidade em busca de uma conectividade perene e ininterrupta, há outras tantas que fazem questão de manter seu anonimato, que não querem ter suas vidas expostas ao conhecimento público. Assim, é necessário pensar nessa outra parcela da população, e saber que alguns direitos humanos são, sim, indisponíveis, ainda que seu “detentor” prefira abrir mão deles, e cabe ao direito tutelar e resguardar essas garantias, até contra a vontade individual.

A aprovação da LGPD é sem dúvida um grande passo para isso, no entanto, ainda se torna necessário analisar a viabilidade e aderência da norma quando começar sua vigência. Pois não basta, como ocorre hoje, fazer uma política de acesso apenas para cumprir a lei, quando na prática essas políticas são textos gigantescos e padronizados, nos quais as empresas tentam se resguardar contra qualquer tipo de penalidade, mas que deixam o cidadão comum sem qualquer proteção.

Porque, além do texto ser de inviável leitura, ainda é do tipo aceite ou não terá acesso aplicativo ou serviço, de forma que induz o usuário a aceitar a política de acesso independente do conteúdo ali contido. As empresas também não possuem nenhuma ferramenta de controle para aferição das informações fornecidas pelos usuários. Ou seja, é preciso realmente colocar em prática e de maneira eficaz os ordenamentos da LGPD, caso contrário será mais um diploma legal a ser burlado

³⁸ ABRANET. **Artigos**. Disponível: <http://www.abranet.org.br/Artigos/GDPR-e-Lei-Geral-de-Protecao-de-Dadosimpactam-projetos-de-IoT-2007.html?UserActiveTemplate=site#.W_HKNRNKiCV>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

e que não funciona fora do papel. O desafio parece ser, agora, colocar a Lei Geral de Proteção de Dados em prática, sem tornar a IoT inviável economicamente aos cidadãos brasileiros.

Conclui-se que na sociedade da informação, o direito se faz presente, perene e necessário, pois a cada invenção há a ameaça de perda de direitos ou afronta às leis, a internet das coisas não se difere neste tocante, sendo o desafio do direito equilibrar a evolução desta tecnologia com a manutenção das garantias constitucionais.

Referências bibliográficas

ABRANET. **Artigos**. Disponível: <http://www.abranet.org.br/Artigos/GDPR-e-Lei-Geral-de-Protecao-de-Dados-impactam-projetos-de-IoT-2007.html?UserActiveTemplate=site#.W_HKNRNKiCV>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

ASHTON, Kevin. That 'internet of things' thing. **RFiD Journal**, v. 22, n. 7, p. 97-114, 2009.

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

ÉPOCA. **Tecnologia**. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tecnologia/experiencias-digitais/noticia/2017/10/o-risco-da-internet-das-coisas.html>>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

E-TRUST. **Blog**. Disponível em: <<https://www.e-trust.com.br/blog/seguranca-na-internet-das-coisas-iot-como-garantir-2/>>. Acessado em: 10 de novembro de 2018.

FACCIONI FILHO, Mauro. Internet das Coisas: livro digital. Palhoça: Unisul Virtual, 2016.

HERNANDEZ-BRAVO, Angel; CARRETERO, Jesús. Approach to manage Complexity in Internet of Things. **Procedia Computer Science**, v. 36, p. 210-217, 2014.

HILL, Banyan. **The Surveillance State is Here**. Disponível em: <<HTTPS://banyamhill.com/the-surveillance-state-is-here/>>. Acessado em: 15/04/2017.

IOT BRASIL. **Fórum**. Disponível em: <<http://iotbrasil.org.br/home/o-forum/>>. Acesso em: 15 de abril de 2017.

JOTA. **Colunas.** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/o-impacto-da-lgpd-sobre-a-implementacao-da-internet-das-coisas-14102018>>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

KADOW, André; CAMARGO, Carlos. Internet das Coisas: vulnerabilidade, privacidade e pontos de segurança. **Revista Competência**, Porto Alegre, RS, v.9, n.1, p. 153-161, Jan/jul. 2016.

KRANENBURG, R. **The Internet of Things: a critique ambient technology and the all- seeing network of RFID.** Amsterdã: Institute of Networks Culture, 2008.

MANCINI, Mônica. **Internet das Coisas: História, Conceitos, Aplicações e Desafios.** Disponível em <https://www.pmisp.org.br/slideshow/2617-internet-das-coisas> acesso em 15/04/17.

MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big Data: Como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana.** Elsevier Brasil. 2014.

ORWELL, George. **1984.** 29. ed. São Paulo: Ed. Companhia Editora Nacional, 2005.

PENTLAND, Alex. Com os grandes dados vêm grandes responsabilidades. **Harvard Business Review Brasil**, São Paulo, v. 92, n. 11, nov. 2014.

SANTAELLA, Lucia. **Linguagens Líquidas na Era da Mobilidade.** São Paulo: Paulus, 2007. p. 155-188.

SCIENCE DIRECT. **Article.** Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S221201731400379X>>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

SECURITY REPORT. **Destaques.** Disponível em: <http://www.securityreport.com.br/destaques/isoc-propoe-regulamentacao-para-internet-das-coisas/#.W_GfkBNKiCU>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

SINGER, Talyta. **Tudo conectado: Conceitos e representações da internet das coisas.** 2012. <<http://www.simsocial2012.ufba.br/modulos/submissao/Upload/44965.pdf>>. Citado, v. 2, p. 9, 2015.

WESTBASE. **GDPR and IoT implications.** Disponível em:
<<https://www.westbase.io/gdpr-and-iot-implications/>>. Acesso em: 10 de
outubro de 2018.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA INTERNET

Pamela Guimarães de Almeida¹ e Ana Carolina Gonçalves Xavier²

Resumo

O exercício do direito à liberdade de expressão tem sido pauta das principais discussões e debates jurídicos nos últimos tempos. A liberdade de expressão quando plenamente exercida na rede mundial de computadores (internet) por intermédio das redes sociais vem se mostrando um campo jurídico extremamente inseguro e instável. O presente estudo tem por objeto compreender a partir da análise de um caso jurídico concreto, como o exercício da liberdade de expressão por parte de um indivíduo ou de um grupo, pode resultar em uma ameaça ou ainda, violação direta aos direitos fundamentais e da personalidade de outro indivíduo ou grupo, por derradeiro, uma ameaça real para o processo democrático brasileiro. A sociedade brasileira passa por uma grande transformação no presente momento, principalmente em relação ao processo eleitoral e a divulgação de estudos, notícias informações, críticas e opiniões, relacionados aos candidatos, por intermédio da internet, nas redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas. Por ocasião da chegada da sociedade da informação, grande parte dos brasileiros usuários da rede mundial de computadores ainda não assimilaram as novas e necessárias condutas morais e éticas, assim como, compreender o exercício dos seus direitos e deveres no cenário digital, o que resulta em conflitos como o caso analisado no presente artigo. No caso jurídico em estudo, a liberdade de expressão, o direito a honra e imagem são tutelados, assim como a não incitação da violência. Contudo, trata-se de tema não pacificado pela doutrina, visto a novidade do assunto. A problemática trazida pelo presente artigo é justamente entendermos a relativização dos direitos fundamentais de ambos os envolvidos, assim como, a aplicação da legislação já existente no presente caso. A liberdade de manifestação do livre pensamento tem como premissa o desenvolvimento dos direitos de

¹ Possui Pós-Graduação em Direito Eletrônico pela Escola Paulista de Direito (2019), graduação em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (2015). Curso de extensão de Processo Judicial Tributário pela Faculdades Metropolitanas Unidas (2014). Tem experiência na área de Direito Tributário, com ênfase em Tributário Administrativo.

² Possui Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio (2017), graduação em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (2015) e graduação em Gestão Ambiental pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (2010). Tem experiência na área de Ciências Ambientais, com ênfase em Resolução de Conflitos Ambientais.

personalidade, com a finalidade de garantir a livre circulação de ideias e a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito, pois será apenas deste modo que se poderá perpetrar as demais garantias constitucionais e reiterar as condições dignidade da pessoa humana para todos os brasileiros. O direito a honra e a imagem também são protegidos pela Constitucional Federal de 1988, haja vista, a importância da dignidade do indivíduo para a Constituição Cidadã. A rede mundial de computadores, passa sensação para os usuários que é um espaço totalmente democrático, contudo, deve ser compreendido por se tratar de um local totalmente democrático, a internet deve ser tratada como qualquer outro meio em que já houve previsão constitucional para assegurar liberdades, de forma que não se perpetue possíveis inverdades com finalidades escusas.

Palavras-chave: Fake-News; Parlamentar; Liberdade; Expressão; Internet.

FREEDOM OF EXPRESSION AND THE RELATIVISM OF FUNDAMENTAL RIGHTS ON THE INTERNET

Abstract

The exercise of the right to liberty of expression has been the focus of the main discussions and legal debates in present day. Liberty of expression when fully exercised on the world wide web through social networks has proved to be an extremely insecure and unstable legal field. The purpose of this study is to understand from the analysis of a specific legal case, such as the exercise of freedom of expression by an individual or a group, can result in a direct threat or violation of fundamental rights and personality of another individual or group, by the last, a real threat to the Brazilian democratic process. The Brazilian society undergoes a major transformation in the present moment, mainly in relation to the electoral process and the dissemination of studies, news information, criticisms and opinions, related to the candidates, through the Internet, in social networks and instant messaging applications. In the legal case under study, liberty of expression, the right to honor and image are protected, as well as the non-incitement of violence. However, it is an issue not pacified by doctrine, given the novelty of the subject. The problem brought by this article is precisely to understand the relativization of the fundamental rights of both involved, as well as the application of the legislation already existing in the present case. Liberty of expression of free thought is premised on the development of personality rights, with the aim of guaranteeing the free circulation of ideas and the consolidation of the Democratic and Social State of Law, since it is only in this way that other guarantees can be perpetrated

constitutional and reiterate the conditions dignity of the human person for all Brazilians. The right to honor and image are also protected by the Federal Constitutional of 1988, given the importance of the dignity of the individual to the Citizen Constitution. The world-wide network of computers, passes sensation for the users that is a totally democratic space, nevertheless, must be to understand. Because it is a totally democratic place, the Internet must be treated like any other medium in which there has already been a constitutional provision to ensure freedoms, so as not to perpetuate possible untruths for the sake of excuse.

Keywords: Parliamentary; Freedom; Liberty; Expression. Internet.

INTRODUÇÃO

O presente artigo jurídico nasce diante da efervescência da sociedade da informação: as redes sociais e ausência de precedentes jurídicos de como pautar tal seara. O objeto de estudo do artigo é a análise de um caso jurídico prático, no qual temos, no polo ativo da demanda, um parlamentar e, no polo passivo, indivíduos da sociedade civil.

A questão jurídica suscitada é a defesa da imagem, da honra e da dignidade da pessoa humana do autor/parlamentar em face do direito à liberdade expressão dos indivíduos/cidadãos do polo passivo. A escolha do caso jurídico não foi ao acaso, a análise da interação do Direito Digital com Direitos Constitucionais e uma pincelada de Direito Eleitoral foi determinante para a sua escolha.

Embora o caso jurídico em análise não tenha ocorrido com influência direta do processo eleitoral de outubro de 2018, a escolha de uma lide contendo um parlamentar no polo da demanda foi determinante para o estudo.

A relativização dos Direitos Constitucionais no presente caso ganha contornos mais emblemáticos, pois está atrelado ao momento político atual. Os usuários das redes sociais, conseqüentemente muitos deles eleitores, estão compreendendo e apreendendo gradativamente a influência das redes sociais no processo eleitoral. Desta forma, os candidatos também estão cada vez mais preocupados com qualidade e veracidade das informações que circulam nas redes sociais sobre suas plataformas políticas, atitudes e comportamentos.

A relativização dos direitos constitucionais é um precedente jurídico devidamente decidido pelo STF abordado no presente artigo. Cuida analisar, trata-se de um precedente jurídico que possui mais de 05 (cinco) anos, ou seja,

há que se considerar um lapso temporal no qual diversas mudanças ocorreram na sociedade brasileira.

Desta feita, a dúvida que paira é a seguinte: será que com a Sociedade da Informação os precedentes jurídicos podem prevalecer imutáveis por tanto tempo? O presente artigo visa tão somente jogar luz a questão, buscando debater e fundamentar cada vez mais a temática da relativização dos direitos constitucionais na Sociedade da Informação.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA *INTERNET*

O presente artigo pretende analisar a questão da relativização dos direitos fundamentais na *internet* a partir do estudo de um caso jurídico prático, um julgado, de competência do Juizado Especial Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo do Estado de São Paulo. O caso foi selecionado em razão de um dos polos da demanda judicial termos um parlamentar.

Vivemos um momento de transição entre a fugacidade do mundo atual para a perenidade da memória do mundo virtual que, factualmente, alterou a forma das relações e percepções sociais. Um comentário simples, depreciativo ou não, emitido qualquer que fosse o contexto, perdia-se propagado naquele singelo momento.

Esse mesmo comentário, na internet, estará registrado de forma definitiva em seus indexadores, o que garantirá sua perpetuação na vida e memória de seus usuários. A percepção do que é opaco ou visível nas relações sociais foi definitivamente modificado. Na lição de Rodotà:

Assediados por computadores, espiados por olhos furtivos, filmados por telecâmeras invisíveis, os cidadãos da sociedade da informação correm o risco de parecerem homens de vidro: uma sociedade que a informação e a telemática estão tornando totalmente transparente.³

Diversos estudiosos da área, juristas, filósofos, sociólogos, pensadores, dentre outros, compreendem que estamos vivendo a chamada sociedade da informação. Frisa-se o pensamento do sociólogo e mestre Irineu Francisco Barreto Junior que leciona sobre o tema:

A sociedade contemporânea atravessa uma verdadeira revolução digital em que são dissolvidas as fronteiras entre telecomunicações,

³ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 4.

meios de comunicação de massa e informática. Convencionou-se nomear esse novo ciclo histórico de Sociedade da Informação, cuja principal marca é o surgimento de complexas redes profissionais e tecnológicas voltadas à produção e ao uso da informação, que alcançam ainda sua distribuição através do mercado, bem como, as formas de utilização desse bem para gerar conhecimento e riqueza.⁴

Não restam dúvidas de que a formatação de um novo sistema de comunicação em meio digital, global, que estabelece a interação em tempo real, além das redes interativas de computadores, que se expandem de forma exponencial, altera as relações sociais e, dialeticamente, é moldado e formatado por estas. Com isso, houve um impulso da dialética interativa entre o contexto da realidade socioeconômica, cultural e política, as ações e relações sociais que delas advêm e as transformações no sistema jurídico.⁵

A Carta Magna assegura aos cidadãos um irrestrito acesso à informação a partir de diferentes e mais variadas fontes, em um ambiente que se anseia que seja democrático, que garanta as liberdades de expressão e de imprensa. Entretanto o país ainda enfrenta defasagem em seu marco regulatório no campo da mídia.

A Constituição Federal de 1988 conta com uma legislação infraconstitucional que data de 1962 e, portanto, não responde aos desafios políticos e sociais postos e pela nova realidade social brasileira e, tampouco, atende à inquestionável revolução tecnológica pela qual passou e passa o setor. O país tem ainda de avançar em relação a diversificar suas fontes de informação, ampliando-as a canais governamentais e comunitários.⁶

No entanto, tem-se no atual cenário brasileiro uma grande quantidade de notícias falsas que circulam na internet, as chamadas “fake news”, que permeiam os debates no que tange ao resultado efetivo das eleições brasileiras do ano de 2018, debates estes permitidos por vislumbrarmos o ocorrido em tantos outros países em que ocorreu eleição recente.

Interessante salientar que termo “fake news” ainda não possui um conceito jurídico de consenso entre os juristas e estudiosos do tema. Inicialmente, merece

⁴ BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **Sociedade da Informações e seu lineamento jurídico**. In PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). *Direito na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 9/10.

⁵ BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **Aspectos sociológicos da Lei dos Delitos Informáticos na sociedade da informação**. In PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). *O Direito na Sociedade da Informação III- A Evolução do Direito Digital*. São Paulo: Atlas, 2013. p.117.

⁶ UNESCO. **Liberdade de Expressão no Brasil**. 2017. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/communication-and-information/freedom-of-expression/>>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

ser destacado que se trata de um estrangeirismo, o que por si só já dificulta sua aplicação prática nas decisões proferidas pelos magistrados.

Como o caso jurídico analisado no presente artigo é proveniente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao realizar uma busca pelo termo “*fake news*” pelo site do Tribunal de Justiça, encontramos tão somente 02 (dois) julgados, nos quais o termo é mencionado pelo Relator do processo.

Em ambos os casos, o termo foi empregado pelas partes, fazendo uma tradução literal, que seria notícias falsas, desta maneira, podemos compreender que os Juízes e os Desembargadores não estão familiarizados com tal terminologia.

No artigo O tratamento jurídico das Fake News, os juristas Gustavo Arthur Coelho Lobo de Carvalho e Gustavo Guilherme Bezerra Kanffer, apresentam o seguinte conceito para o termo:

Segundo o Dicionário de Cambridge o conceito *fake news* indica histórias falsas que, ao manterem a aparência de notícias jornalísticas, são disseminadas pela Internet (ou por outras mídias), sendo normalmente criadas para influenciar posições políticas, ou como piadas¹.

Com efeito, as *fake news* correspondem a uma espécie de “imprensa marrom” (ou *yellow journalism*), deliberadamente veiculando conteúdos falsos, sempre com a intenção de obter algum tipo de vantagem, seja financeira (mediante receitas oriundas de anúncios), política ou eleitoral.

É certo que, de uma maneira ou de outra, a disseminação de notícias falsas é tão antiga quanto a própria língua, muito embora a questão tenha alcançado especial importância como consequência do fato de que a Internet, em especial no popular ambiente das redes sociais, proporcionou acesso fácil a receitas provenientes de publicidade, de um lado, e de outro, do incremento da polarização política-eleitoral, com possibilidades reais de que a prática venha a influenciar indevidamente as eleições de um país.

A mecânica das redes sociais, bem como a compreensão das razões que levam determinada notícia a ser mais disseminada do que outras (fenômeno da chamada “viralização”), engloba o conceito de “compreensão da mídia” (ou *media literacy*).⁷

No caso jurídico objeto do estudo, a situação que ensejou a lide foi a votação de um projeto de lei que regulamenta a prática do rodeio como atividade de

⁷ O tratamento jurídico das Fake News. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-tratamento-juridico-das-fake-news-08032018> - Acesso em 25 de out. de 2018.

cultura popular, o Deputado Federal autor da demanda judicial tem como principal pauta a proteção aos animais.

Após a votação do projeto de lei na Comissão de Meio Ambiente na Câmara dos Deputados em Brasília, o Deputado passou a sofrer ofensas e críticas nas redes sociais por parte de um grupo de proteção dos animais, em razão da aprovação do projeto de lei na comissão.

Ocorre que, na realidade dos fatos, o Deputado não votou a favor da aprovação do projeto, inclusive os Requeridos na lide em análise, divulgaram informação contrária, ou seja, além das ofensas, afirmaram que o Deputado teria votado a favor do projeto de lei.

Ademais, em diversas publicações nas redes sociais, os Requeridos afirmaram que o Parlamentar faltava com a ética em suas condutas, assim como realizam acusações de recebimento de valores para orientar a votação, acusações que não possuíam fundamentação em provas ou fatos concretos.

Neste sentido, o caso jurídico analisado no presente artigo possui claras nuances de *“fake news”*, assim como, críticas e ofensas pautadas em falsas verdades.

O Brasil é um país recentemente democrático, e luta ainda contra resquícios de uma ditadura severa, contra censura prévia e tantas outras práticas comuns antes da Constituição de 1988 para tolir o direito de fala e a sua liberdade de expressão de todos os brasileiros de modo geral.

A Constituição Federal de 1988 surgiu com a promessa firme de não apenas reverter tal situação como assegurar as condições para uma democracia plural, tanto na esfera política quanto na esfera social.

Por essa razão, o amplo leque constitucional dos direitos e garantias fundamentais não apenas antecipou diversos direitos que asseguram a liberdade de expressão em seus mais abrangentes planos (manifestação do pensamento, comunicação social, liberdade artística, liberdade de reunião, liberdade de ensino e pesquisa, liberdade de consciência e liberdade de expressão religiosa) como também estabeleceu garantias para o exercício de tais liberdades, em especial, a proibição absoluta de todo e qualquer tipo de censura.

Em contrapartida, com o advento da informação rápida e líquida, temos as notícias veiculadas, invariavelmente na internet, que não se preocupam com a veracidade da informação e, ainda, tentam deturpar qualquer resquício de informação verdadeira, na intenção de mascarar uma possível realidade desfavorável aos seus interesses.

O Marco Civil parte do pressuposto de que a liberdade de expressão é a fundação conceitual do meio de comunicação internet. A internet é o canal por onde as pessoas e cidadãos se expressam e se envolvem em conteúdos e práticas.

Assim, com base no Marco Civil, deve-se analisar a liberdade de expressão, como “o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano”⁸. José Afonso da Silva aprofunda, citando Pimenta Bueno:

O homem porem não vive concentrado só em seu espírito, não vive isolado, por isso mesmo que por sua natureza é um ente social. Ele tem a viva tendência e necessidade de expressar e trocar suas ideias e opiniões com outros homens, de cultivar mutuas relações, seria mesmo responsável vedar, porque fora para isso necessário dissolver e proibir a sociedade.⁹

A Constituição, de forma contrária ao Marco Civil, abarca a liberdade de manifestação do pensamento em detrimento à liberdade de expressão. Nesse sentido, o art. 5º, inciso IV, da CF garante a liberdade de manifestação do pensamento, “sendo vedado o anonimato”. No artigo 220, a Constituição leciona que a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Não apenas a Constituição Federal adotou esse conceito. A Convenção Americana de Direitos Humanos estipulou, dispõe em seu artigo 13:

Artigo 13 – Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.¹⁰

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de expressão vs. direito da personalidade**. In: *Direitos fundamentais, informática e comunicação*, p. 80.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Op. cit., p. 244.

¹⁰ Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

Vislumbra-se que o legislador do Marco Civil, ao adotar os termos da Constituição, não a interpretou nas suas intenções e conteúdos dogmáticos, o que pode trazer confusões ao se interpretar o princípio da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão na internet, em face a consolidação constitucional do termo manifestação de pensamento, em que a liberdade de expressão é seu aspecto externo.

Igualmente, a liberdade de manifestação do pensamento tem como prerrogativa o desenvolvimento dos direitos de personalidade, a fim de promover a livre circulação de ideias e a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito.

Apenas com a liberdade de manifestação de pensamento garantida é que se pode praticar outras garantias constitucionais e reiterar a dignidade da pessoa humana. Contudo, a liberdade de manifestação de pensamento não é absoluta e tem seus limites impostos por outras garantias.

A questão consiste, por fim, em identificar quais são as situações em que a liberdade de expressão utilizada por alguns pode configurar como sendo ameaça ou ainda violação direta da liberdade de expressão de outros ou ainda uma ameaça direta para a democracia.

Neste sentido, importante destacar o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, de que não existem direitos fundamentais absolutos, ou seja, a liberdade de expressão não é mais importante do que o direito a dignidade da pessoa humana.

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades

a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

[MS 23.452, rel. min. Celso de Mello, j. 16-9-1999, P, DJ de 12-5-2000.]

Vide HC 103.236, rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-6-2010, 2ª T, DJE de 3-9-2010

"Marcha da Maconha". Manifestação legítima, por cidadãos da República, de duas liberdades individuais revestidas de caráter fundamental: o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à livre expressão do pensamento (liberdade-fim). A liberdade de reunião como pré-condição necessária à ativa participação dos cidadãos no processo político e no de tomada de decisões no âmbito do aparelho de Estado. Consequente legitimidade, sob perspectiva estritamente constitucional, de assembleias, reuniões, marchas, passeatas ou encontros coletivos realizados em espaços públicos (ou privados) com o objetivo de obter apoio para oferecimento de projetos de lei, de iniciativa popular, de criticar modelos normativos em vigor, de exercer o direito de petição e de promover atos de proselitismo em favor das posições sustentadas pelos manifestantes e participantes de reunião. Estrutura constitucional do direito fundamental de reunião pacífica e oponibilidade de seu exercício ao poder público e aos seus agentes. Vinculação de caráter instrumental entre a liberdade de reunião e a liberdade de manifestação do pensamento. Dois importantes precedentes do STF sobre a íntima correlação entre referidas liberdades fundamentais: HC 4.781/BA, rel. min. Edmundo Lins, e ADI 1.969/DF, rel. min. Ricardo Lewandowski. A liberdade de expressão como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma república fundada em bases democráticas. O direito à livre manifestação do pensamento: núcleo de que se irradiam os direitos de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de ideias. Abolição penal (*abolitio criminis*) de determinadas condutas puníveis. Debate que não se confunde com incitação à prática de delito nem se identifica com apologia de fato criminoso. Discussão que deve ser realizada de forma racional, com respeito entre interlocutores e sem possibilidade legítima de repressão estatal, ainda que as ideias propostas possam ser consideradas, pela maioria, estranhas, insuportáveis, extravagantes,

audaciosas ou inaceitáveis. O sentido de alteridade do direito à livre expressão e o respeito às ideias que conflitem com o pensamento e os valores dominantes no meio social. Caráter não absoluto de referida liberdade fundamental (CF, art. 5º, IV, V e X; Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 13, § 5º). [ADPF 187, rel. min. Celso de Mello, j. 15-6-2011, P, *DJE* de 29-5-2014.] Vide ADI 4.274, rel. min. Ayres Britto, j. 23-11-2011, P, *DJE* de 2-5-2012¹¹

Cabe salientar que o posicionamento da relativização dos direitos fundamentais entre si, adotados pelo Supremo Tribunal Federal, vigora até a presente data, ou seja, para a mais alta corte do nosso país, não existe hierarquia entre os direitos fundamentais, sendo todos relativos entre si, cabendo aos Magistrados a análise do caso concreto.

Visando a idoneidade e imparcialidade do presente artigo, as autoras optaram por ocultar o nome das partes envolvidas no processo¹², destacamos que se tratar de processo público sendo possível a consulta dos autos por intermédio do site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na mencionada demanda, o autor Deputado Federal do Estado de São Paulo ingressou com Ação de Indenização Por Danos Morais em face de 05 (cinco) Requeridos Ativistas da causa animal, distribuída em 30 de janeiro de 2017.

O presente artigo pretende analisar tão somente as decisões já proferidas no presente caso, na busca da análise de como os Magistrados estão julgando questões emblemáticas que envolvam a colisão de direitos constitucionais dentro da Sociedade da Informação.

Na mencionada lide, a parte autora postula pela indenização por danos morais em razão das mensagens vinculadas na rede de social *Facebook* pelos Requeridos sobre a sua participação na Festa de Peão de Boiadeiro, assim como, sua suposta postura contraditória na votação de projeto de lei relacionado causa animal.

Além disso, os Requeridos acusaram o Requerente de “ser uma fraude” (...) “Digo além das retardadas vendidas que sabem que você é uma falácia” (...) (...)

¹¹ **Constituição e o Supremo.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=31> - Acesso em 28 de out. de 2018.

¹² Processo nº 10009132.42.017.8.26.0016 de origem do Juizado Especial Cível- Anexo Vergueiro do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP – Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0G00056SY0000&processo.foro=16&uuiidCaptcha=sajcaptcha_a7eb03e4556f4bffa23479792a0d7abb – Acesso em 21 de set. de 2018.

“Cara de Pau” (...). Por derradeiro, a parte autora postulou pelo recebimento do valor de R\$ 35.520,00 (trinta e cinco mil, quinhentos e vinte e reais).

Das provas constituídas nos autos pela parte autora consistem, basicamente tal qual *prints* – captura de uma tela de *internet* – das telas do *Facebook*, sendo interessante destacar que não foram acostadas Atas Notariais de tais *prints*.

Cabe destacar que a inclusão das provas digitais nos processos judiciais brasileiros, especificadamente, perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não está pacificada, ou seja, sobre a obrigatoriedade ou não da prova digital em Ata Notarial lavrada por Tabelião Notarial para garantir a sua veracidade.

Interessante frisar que, nas Contestações apresentadas, a veracidade das provas acostadas com a exordial não foi questionada, o que já indica que entre os litigantes, a simples apresentação da página da rede social basta como prova.

Ademais, na fundamentação da sentença, o juízo da presente causou fixou que não existem divergências entre os fatos narrados na exordial e as defesas acostadas, sendo um indicativo que sua cognição já estava formada apenas com as provas documentais acostadas aos autos.

A linha de defesa apresentada pelos réus alega inicialmente que a parte autora é parlamentar, logo não poderia sofrer ofensas em razão da função pública/política que desempenha. Além disso, os réus se limitam a alegar que estavam apenas exercendo o direito de liberdade de expressão previsto constitucionalmente, inclusive mencionando que tal opinião estaria tutelada pelo ativismo em prol da proteção dos animais.

Ao proferir a sentença o juízo de 01^a grau fundamentou a questão da liberdade de expressão sobre a seguinte ótica:

2. Em outras palavras: é livre a manifestação do pensamento, mas o titular desse direito, ao exercê-lo (sem censura prévia), não está autorizado a provocar prejuízos materiais, morais ou à imagem de outrem. Impõe-se, desse modo, a compatibilização do direito de livre manifestação com a garantia de incolumidade do patrimônio e dos direitos da personalidade.
3. Ainda que o autor seja uma pessoa notória, por ocupar o cargo de deputado federal, isso não significa que seus direitos da personalidade estariam desguarnecidos da tutela assegurada aos demais indivíduos. [...]
4. No caso concreto, encontram-se em conflito, de um lado, o exercício da livre manifestação do pensamento, por parte dos réus; de outro, a honra e a imagem do autor. Torna-se

imprescindível, pois, para solucionar a controvérsia, uma "poderação complexa e delicada", diante da "colisão entre dois interesses merecedores de igual proteção na ordem jurídica". Tal tarefa equivale a "sopesar, no caso concreto, o grau de realização do interesse lesivo [...] com o grau de sacrifício do interesse lesado".¹³

O posicionamento adotado pelo Magistrado deixa claro que resta indissociável do indivíduo a sua honra e imagem, ou seja, que os direitos à personalidade da parte autora não teriam perdido a validade, em razão da função pública.

Ainda na mesma seara do Direito Constitucional, o Juízo de 01ª Grau salienta que a lide versa sobre dois direitos constitucionais de igual importância, a liberdade de expressão e a ofensa a honra e imagem.

Diante deste dilema, o Magistrado optou por "*sopesar, no caso concreto, o grau de realização do interesse lesivo [...] com o grau de sacrifício do interesse lesado [...]*". Realizando um julgamento pormenorizado da conduta de cada um dos réus, podemos extrair tais considerações da sentença:

"[...] Não há nenhuma dúvida de que, ao publicar as aludidas imagens, pretendia o Sr. Sérgio Luiz atingir a honra do autor (*animus injuriandi*). Como cidadão (e ativista), sem dúvida, estava-lhe assegurado o direito de criticar as atividades do autor, deputado federal. Mas, para tanto, não se fazia necessário insinuar o recebimento de vantagem indevida ("O Dinheiro chama mais alto!!!") ou adotar termos injuriosos, como "fraude" e "farsa".¹⁴

Explica a doutrina que:

Es claro que, según el régimen jurídico, nada impide considerar cierta restricción cuando la persona de que se trata, por sus actuaciones públicas se ha puesto en la vidriera, se há entregado en ciertas facetas de su personalidad a actividades que importan admitir la atractiva crítica de los medios y su difusión. [...] La medida de tal esfera activa brindada al público, si se quiere renunciada por causa del poder o de la fama, deberá establecerse em cada caso por la justicia, utilizando los principios propios de nuestro derecho. [...] Como se ha dicho en un fallo, una cosa es la crítica áspera o hiriente justificada por la libre discusión de las cuestiones públicas, para no quitar profundidad al

¹³ Processo nº 10009132.42.017.8.26.0016 de origem do Juizado Especial Cível- Anexo Vergueiro do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP – Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0G00056SY0000&processo.foro=16&uuidCaptcha=sajcaptcha_a7eb03e4556f4bffa23479792a0d7abb – Acesso em 21 de set. de 2018.

¹⁴ Ibidem.

debate, y otra la ofensa al funcionario, mero acto dirigido a su persona.¹⁵ Referido corr eu, de fato, não teria praticado nenhum ilícito se houvesse se limitado a criticar a postura do autor, no tocante   sua participa o nos debates de um determinado projeto de lei. Ultrapassou os limites dessa crítica, entretanto, porque passou a atacar diretamente a pessoa do autor, a quem atribuiu as designa es de "fraude" e de "farsa", além de sugerir o seu envolvimento em atos de corrup o. [...]” (grifo nosso)¹⁶

O Magistrado, priorizando o julgamento equilibrado e harmonioso, enfatizou em sua decisão a importância do Direito a Liberdade de Expressão, com a prote o a Honra e Imagem, delimitou que as críticas poderiam ser realizadas em referência ao projeto de lei com a temática de prote o animal, contudo, destacou que o réu teria infringido o direito da parte autora quando passa a realizar ofensas a sua honra diretamente, atribuindo denomina es vexatórias ao Parlamentar.

Da análise em particular do caso em estudo, podemos destacar que temos dois direitos constitucionais conflituosos entre si, ambos dentro da seara da sociedade da informa o, o que exige do Poder Judiciário uma compreensão inovadora e ponderada.

A equidade dos direitos em discussão no presente caso deve ser levada em considera o no momento do julgamento, portanto merece destaque o Magistrado que, de forma detalhada e fundamentada, buscou o equilíbrio necessário que a lide exigia em seu julgamento.

Cuida analisar que a linha que separa a ofensa da liberdade de expressão no presente caso   extremamente t nue, ainda mais, quando temos no polo ativo da presente demanda um Parlamentar.

A presença do Parlamentar no polo ativo   interessante, pois permite que no caso em análise seja discutido a liberdade do pensamento político, também garantido na nossa constitui o, contudo, limitado pelo direito a honra e imagem do Parlamentar.

No caso em estudo, uma das requeridas não foi condenada a indeniza o na sentença proferida, pois todas as mensagens que vinculou na rede social eram tão somente de cunho político, ou seja, o teor de suas críticas e comentários,

¹⁵ Processo n  10009132.42.017.8.26.0016 de origem do Juizado Especial Cível- Anexo Vergueiro do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP – Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0G00056SY0000&processo.foro=16&uuiidCaptcha=sajcaptcha_a7eb03e4556f4bffa23479792a0d7abb – Acesso em 21 de set. de 2018.

¹⁶ *Ibidem*.

conforme entendimento do juízo, não ensejariam mácula a honra e a imagem da parte autora.

Além do que se vê às fls. 13/14, nada mais há contra a Sra. Lilian. Se ela se limitou a reproduzir um trecho de vídeo relativo às atividades políticas do autor, não se vislumbra nenhuma ofensa à imagem. Tampouco se verifica vulneração da honra, porquanto as críticas, ainda que injustas, estão autorizadas pela livre manifestação de pensamento, haja vista a estreita ligação daquelas com o processo legislativo

Ademais, temos a ocorrência de *fake news*, pois no caso em análise improcedente a afirmação de suposto envolvimento com corrupção, fato este que, para um parlamentar, é uma afirmação extremamente lesiva.

Além disso, o Deputado autor da demanda afirma na exordial categoricamente que não votou a favor do projeto de lei, que seria contrário à sua plataforma de ideias e de governo, logo, as informações vinculadas pelos Requeridos nas redes sociais não são verdadeiras.

A parte autora comprovou nos autos da ação supramencionada, que as acusações de corrupção realizadas na rede social pelos réus, não eram verdadeiras, pois, trata-se de um Parlamentar que possui classificação como sendo ficha limpa.

Outra falta com a verdade no meio digital ocorreu quando a requerida Sra. Ângela afirmou em sua rede social que a parte autora, teria votado a favor do projeto de lei com a temática do rodeio, quando na verdade o Parlamentar se posicionou contrariamente a aprovação do projeto legislativo, conforme destacado em sentença:

Afora isso, ela ainda fez uma afirmação falsa (fato incontroverso), ao relatar que o autor votou "pela maldita 'regulamentação' da CRUELDADE EM RODEIOS", quando, na verdade, ele "se posicionou de forma contrária a aprovação do projeto" e "o voto do requerente apenas não foi computado por uma questão regimental interna" (v. fls. 5).¹⁷

Contudo, a ponderação do Magistrado não está determinada em legislação vigente, pois conforme é de conhecimento de todos os estudiosos da área do

¹⁷ Processo nº 10009132.42.017.8.26.0016 de origem do Juizado Especial Cível- Anexo Vergueiro do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP – Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0G00056SY0000&processo.foro=16&uuidCaptcha=sajcaptcha_a7eb03e4556f4bffa23479792a0d7abb – Acesso em 21 de set. de 2018.

direito digital, inexistente legislação específica sobre a colisão de direitos, como ocorreu no caso em tela.

Interessante que o Magistrado faz questão de fundamentar na sentença proferida a dicotomia entre ofensa e crítica, sendo possível a crítica, sendo agora passível de condenação a indenização por danos morais a ofensa pura e gratuita:

À semelhança do que se afirmou quanto à postura do Sr. Sérgio Luiz, também se vê um claro animus injuriandi no agir da Sra. Angela, na medida em que ela não se limitou a tecer críticas civilizadas às atividades do autor. Adotou, em vez disso, termos ofensivos, como "pulhas" e "palhaçada". []

Seja como for, sua atitude mais ofensiva foi vincular a imagem do autor à de um "palhaço" ou à de um "pulha" (ou seja, à de um indivíduo "calhorda" ou "canalha"). Com isso, infelizmente, extrapolou o direito de manifestar o seu pensamento e, ao mesmo tempo, contribuiu para a disseminação do ódio. Esse seu texto agressivo, em síntese, atenta contra os ideais democráticos, contra a pluralidade de ideias. (grifo nosso)

Ainda que seja indiscutível a nobreza da causa pela qual os réus lutam (proteção dos animais contra a crueldade), isso não lhes dá o direito de praticar agressões contra a honra de políticos, especialmente quando tais agressões se encontram baseadas em fatos não verdadeiros. Em vez de chamar a atenção para a importância da proteção que merecem os animais, a Sra. Angela incitou a agressividade contra a classe política. (grifo nosso)¹⁸

Na sentença proferida, o juízo foi categórico ao salientar que a condenação dos réus em indenização por danos morais estava sendo arbitrada tão somente em razão da afronta a honra da parte autora, assim como, embasar os seus comentários em fatos não verdadeiros.

Em relação a um dos réus, o Magistrado teve a sensibilidade de elencar que parte dos comentários realizados nas redes sociais são válidos, principalmente os inerentes ao processo legislativo, contudo, o réu foi condenado, pois não se conteve e acabou por ofender a honra da parte autora.

10. Com relação ao Sr. **George Sallouti Goiaci Guimarães**, as críticas por ele desenvolvidas às fls. 20 encontravam-se dentro dos padrões de civilidade. Isso porque diziam respeito exclusivamente à atuação no processo legislativo, sem nenhuma ofensa à pessoa do autor.

¹⁸ Processo nº 10009132.42.017.8.26.0016 de origem do Juizado Especial Cível- Anexo Vergueiro do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP – Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0G00056SY0000&processo.foro=16&uuidCaptcha=ajcaptcha_a7eb03e4556f4bffa23479792a0d7abb – Acesso em 21 de set. de 2018.

Em outros textos, entretanto, o Sr. **George** não se conteve. Chegou a exclamar: que o autor havia perdido "a vergonha na cara"; que, nas últimas eleições, ele teria vendido "ladainha e dissimulação"; que contaria "lorota" às pessoas (v. fls. 20/21); que sofreria de "confusão mental" etc. (v. fls. 23); que seria "cara de pau" (v. fls. 24) etc. **Torna-se a afirmar: a nobreza da causa e a livre manifestação do pensamento não autorizam tamanha hostilidade. (grifo nosso)**¹⁹

Outro aspecto interessante evidente no presente julgado foi o uso de imagens fora do contexto, visando tão somente lesar a imagem da parte autora.

A Sra. Marta, tal como os demais cidadãos, ostenta o direito de criticar as atividades dos agentes políticos. Isso não a autoriza a abusar, a praticar atentados contra os direitos da personalidade dos ocupantes dos cargos públicos. As fotografias de fls. 31, associadas e publicadas fora de contexto, traduzem indiscutível desrespeito à imagem e à honra do autor.

Recorre-se, mais uma vez, à doutrina: "A aposição de imagens para ilustrar um fato inteiramente diverso daquele do qual elas foram originadas apresenta-se como clara mácula ao referido atributo da personalidade". Afinal, a "imagem é polissêmica por natureza, pois depende das experiências sociais e culturais em que cada indivíduo está embebido, e, por isso, o contexto no qual determinada imagem é divulgada é tão importante".⁵ (grifo nosso)

Uma das Requeridas empregou imagens fora de ordem cronológica, visando única e exclusivamente lesar a imagem da parte autora, fato esse que foi devidamente reconhecido pelo juízo, bem como fora empregado como fundamentação para a condenação pelos danos morais sofridos.

Novamente, no trecho supra destacado, o juízo de 01ª Instância destaca que a tese empregada pelos réus merece ser acolhida tão somente em relação às críticas as atividades políticas desenvolvidas pelos agentes políticos, não sendo tutelado ou amparado pela legislação atual o direito de ofender, ou ir contra os direitos da personalidade dos ocupantes de cargos públicos.

Ou seja, no presente caso, para o Magistrado de 01ª Grau, o direito a imagem e a honra sobrepesou ao direito da liberdade de expressão, pois os textos publicados

¹⁹ Processo nº 10009132.42.017.8.26.0016 de origem do Juizado Especial Cível- Anexo Vergueiro do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP – Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0G00056SY0000&processo.foro=16&uuiidCaptcha=sajcaptcha_a7eb03e4556f4bffa23479792a0d7abb – Acesso em 21 de set. de 2018.

nas redes sociais pelos réus não foram interpretados como críticas políticas, mas sim como ofensas a honra e a imagem do Parlamentar.

A sentença condenatória em indenização por danos morais no aporte de R\$ 35.520,00 (trinta e cinco mil, quinhentos e vinte reais) para quatro réus foi objeto de Recurso Inominado, e este foi devidamente processado e julgado pela 08ª Turma Cível do Colégio Recursal Central da Capital, que teve provimento negado.

Da fundamentação jurídica apresentada no Acórdão proferido pela 08ª Turma Cível do Colégio Recursal Central da Capital, de Relatoria da Juíza Mônica Senise Ferreira de Camargo, merecem destaques os seguintes pontos:

A eles se acrescenta, que os requeridos, na defesa da causa animal e preocupados com o sofrimento a eles imposto em determinadas atividades, tem direito de expressar seu descontentamento com a atuação do deputado quando entendem que a atuação dele não foi coerente. Da mesma forma, possuem o direito de cobrar dele conduta coerente com as crenças que afirma defender. **Porém o direito à liberdade de expressão, conforme bem ressaltou o Magistrado de primeiro grau, não é ilimitado, eis que a mesma Constituição Federal que garante a primeira, também garante a qualquer cidadão, direito à honra e à imagem.**

É certo que o autor, na qualidade de deputado federal, tem a sua conduta parlamentar sujeita a críticas, em garantia à liberdade de expressão, porém estas não podem ser feitas de modo a atingir a honra e a imagem do primeiro.

Os recorrentes não negam as críticas descritas na inicial. Limitam-se a considerá-las válidas entendendo não terem praticado qualquer ato ilícito.

Entretanto, o fato de o autor não possuir, segundo o entendimento dos requeridos, conduta coerente com o direito que alega defender, não os autoriza a tecer nas redes sociais e disseminar ofensas que atinjam a honra e a imagem do autor como parlamentar.

Se SÉRGIO entende que criticar o mandato do deputado é forma de cumprir a função pública de defesa do meio ambiente, deve fazê-lo sem atingir a honra de ninguém.

O fato de que os requeridos achem inimaginável que populares não venham a se utilizar de termos pejorativos ou palavras de baixo calão para se manifestar, demonstrar repulsa ou exteriorizar sua discordância, não significa que o judiciário deva privilegiar a incitação à violência e ao ódio e a falta de educação.

Por fim, ao contrário do que alegam os requeridos, não se verificou tentativa de intimidar e censurar os ativistas, eis que continuam eles com o direito de se manifestar e expor as supostas contradições da atuação parlamentar do autor, porém devem fazê-lo de forma a não

ferir a sua honra ou sua a imagem, também garantidas constitucionalmente. (grifo nosso)²⁰

No acórdão proferido interessante destacar que a Relatora faz questão de afastar a tese apresentada pelos réus de aplicação de censura, pois, conforme a própria Magistrada, os Requeridos continuaram a poder expressar suas ideias e convicções nas redes sociais.

Indo além, a Relatora destaca o dever do Poder Judiciário de coibir a incitação da violência, assim como, a falta de educação, deixando claro que, independentemente da liberdade de expressão, o direito a honra e imagem serão protegidos, assim como a não incitação da violência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A grande questão que permeia o presente artigo é a identificação das situações em que a liberdade de expressão utilizada por alguns pode ser interpretada como uma ameaça ou ainda, violação direta aos direitos a personalidade de outros, por derradeiro, uma ameaça latente para o processo democrático brasileiro e internacional.

No caso prático analisado, tem-se que a liberdade de expressão, o direito a honra e imagem estão protegidos, assim como a não incitação da violência.

Contudo, trata-se de tema não pacificado pela doutrina, visto a novidade do assunto em voga. A lei que conhecemos como Marco Civil da Internet é, por vezes, omissa quanto a alguns pontos constitucionais sensíveis, um destes é a liberdade de expressão, tutelada pela Carta Magna como ponto fulcral desta.

Ressaltamos, novamente, a liberdade de manifestação do pensamento tem como prerrogativa o desenvolvimento dos direitos de personalidade, a fim de promover a livre circulação de ideias e a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito, pois somente desta maneira é que se pode praticar as demais garantias constitucionais e reiterar a dignidade da pessoa humana para todos, sejam esses parlamentares no exercício da profissão ou cidadãos comuns, os tidos como homens médios.

O acesso à internet é extremamente democrático, motivo pelo qual devemos todos ser vigilantes ao tolhermos quaisquer outras liberdades previstas e

²⁰ Processo nº 10009132.42.017.8.26.0016 de origem do Juizado Especial Cível- Anexo Vergueiro do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP – Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0G00056SY0000&processo.foro=16&uuidCaptcha=sajcaptcha_a7eb03e4556f4bffa23479792a0d7abb – Acesso em 21 de set. de 2018.

garantidas constitucionalmente, o mesmo ocorre com as palavras, uma vez ditas no meio digital, serão indexadas de forma permanente, de forma a perpetuar uma possível inverdade.

A relativização dos direitos fundamentais, na qual o STF pauta os seus julgamentos, está embasada em julgados de 2010 e 2014, ambos os períodos a influência da *internet* na vida dos cidadãos brasileiros não era semelhante ao que ocorre na presente data.

Se o Parlamento brasileiro já compreendeu a necessidade da criação de novas leis, tais como, o Marco Civil da Internet e Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018) será que a Corte Máxima do país terá que reformular o seu posicionamento em face da Sociedade da Informação?

A sociedade brasileira passa por uma constante transformação com o advento da sociedade da informação, ocorre que os indivíduos inseridos nessa sociedade ainda não tiveram tempo para assimilar novas condutas, assim como, compreender o exercício dos seus direitos e deveres no cenário digital, o que resulta em conflitos como o caso analisado no presente artigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **Aspectos sociológicos da Lei dos Delitos Informáticos na sociedade da informação**. In PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). O Direito na Sociedade da Informação III- A Evolução do Direito Digital. São Paulo: Atlas, 2013.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **Sociedade da Informações e seu lineamento jurídico**. In PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). Direito na sociedade da informação. São Paulo: Atlas, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de expressão vs. direito da personalidade**. In: *Direitos fundamentais, informática e comunicação*, p. 80.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Op. cit.,

AMERICANOS, Organização dos Estados. **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**. 1969. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

Processo nº 10009132.42.017.8.26.0016 de origem do Juizado Especial Cível-Anexo Vergueiro do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP – disponível em https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0G00056SY0000&processo.foro=16&uuidCaptcha=sajcaptcha_a7eb03e4556f4bffa23479792a0d7abb – Acesso em: 21 set. 2018.

UNESCO. **Liberdade de Expressão no Brasil**. 2017. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/communication-and-information/freedom-of-expression/>>. Acesso em: 20 maio 2018.

JOTA. **O tratamento jurídico das Fake News**. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-tratamento-juridico-das-fake-news-08032018> - Acesso em 25 de out. de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=31> - Acesso em 28 de out. de 2018.

MULTIPARENTALIDADE: A ADEQUAÇÃO DO JUDICIÁRIO AOS NOVOS PARADIGMAS FAMILIARES NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Adriano de Salles Oliveira Barcha¹ e Bárbara Flor de Maio Caldas Bueno²

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto da filiação sob a ótica da multiparentalidade, conceituando-a de acordo com a jurisprudência, princípios e doutrina trabalhados pelo direito de família. Na mesma esteira, serão apuradas suas implicações e reflexos no ordenamento jurídico através de uma análise axiológica, tendo em vista uma ampliação do conceito de filiação para que este se adeque às transformações familiares decorrentes das intensas mudanças nas estruturas sociais que surgiram na Sociedade da Informação, vislumbrando suas causas e efeitos em decorrência da grande complexidade das relações sociais, especificamente no que concerne ao âmbito familiar.

O embasamento direcionado pelos direitos humanos e fundamentais previstos em nossa Constituição Federal é visto, neste ponto, como uma forma de fundamentar a parentalidade múltipla a fim de abarcar uma nova concepção de família, de forma ampla e multifacetada. Pretende-se, por fim, estudar a evolução sofrida para que haja a coexistência de parentalidades consanguínea e socioafetiva, o que nos leva, finalmente, à multiparentalidade.

Palavras-chave: Multiparentalidade; Efeitos Jurídicos; Direito de Família; Princípios Constitucionais; Sociedade da informação.

MULTIPARENTALITY: THE JUDICIARY'S FITNESS FOR THE NEW FAMILY PARADIGMS IN THE INFORMATION SOCIETY

Abstract

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, mestrando do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5442547910009961> email: adrianobarcha@gmail.com

^{1 2} Estudante do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3222059476404929> e-mail: bflorbueri@gmail.com

"The purpose of this study is to analyze the institute of affiliation from the perspective of multiparentality, conceptualizing it according to the jurisprudence, principles and doctrine worked by the family law. In the same vein, its implications and reflections in the legal system will be determined through an axiological analysis, with a view to expanding the concept of membership so that it adapts to the family transformations resulting from the intense and effervescent changes in the social structures that appeared in the Society of Information, looking at its causes and effects as a result of the great complexity of social relations, specifically with regard to the family. The foundation for human and fundamental rights envisaged in our Federal Constitution is seen here as a way to support multiple parenting in order to embrace a new conception of family, in a wide and multifaceted way. Finally, we intend to study the evolution undergone so that there is coexistence of inbreeding and socio-affective parenting, which finally leads to multiparentality."

Keywords: Multiparentality; Legal Effects; Family right; Constitutional principles; Information Society.

INTRODUÇÃO

A discussão da multiparentalidade, e o reconhecimento de forma equivalente da parentalidade socioafetiva com a parentalidade biológica, vem sendo cada vez mais difundida no âmbito jurídico. O instituto familiar, como base da sociedade e merecedor de proteção social do Estado, tem sofrido inúmeras e relevantes transformações nos últimos anos, com novos e complexos arranjos socialmente praticados. Conseqüentemente, faz-se necessária a reflexão da atual extensão do reconhecimento jurídico da parentalidade múltipla, para que seja possível rever e reconstruir os paradigmas enraizados na sociedade. Este texto trata sobre a análise destes paradigmas e a possibilidade de uma atualização dentro do Direito de Família, fazendo com que este se adapte as novas realidades sociais, deixando de ser um empecilho àqueles que justamente necessitam de sua tutela.

Busca-se então, perquirir quanto a razoabilidade da ascensão deste novo modelo familiar, analisando, a priori, a evolução histórica da família e a conceituação atual de filiação no direito brasileiro. Outrossim, é imprescindível o estudo da multiparentalidade em convergência com as premissas constitucionais, tendo o intuito de fazer a sua correlação, principalmente, com a primeira dimensão dos Direitos Humanos e, a partir disso, com o preceito fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, presente na Constituição Federal de 1988, avaliando, ainda, de

maneira análoga, os princípios que abordam este debate. Após, será feita uma investigação quanto aos reflexos jurídicos nas matérias pertinentes a este subsistema jurídico como: Alimentos, Sucessões, Guarda e Visita.

Este estudo é uma pesquisa de vertente jurídico-sociológica, realizada por meio da análise jurisprudencial e doutrinológica visando ampliar o entendimento e fomentar o debate sobre o tema.

FAMÍLIA

Breve evolução histórica da caracterização de família no Brasil

Conforme estudos arqueológicos e sociológicos, a família, como instituição, passou por diversas transformações, iniciando sua trajetória com a chamada família consanguínea³, evoluindo para a punalua⁴, sindiásmica⁵ e, finalmente, a monogâmica patriarcalista⁶. Entretanto esta última, por mais que ainda aparente na sociedade contemporânea⁷, foi suprimida por uma manifestação social mais visceral que a necessidade de reprodução ou o surgimento de riquezas: a crença religiosa.

Pouco a pouco, no entanto, o mundo cresceu sua primeira juventude. Cada reino expandido; a família se tornou uma tribo, a tribo uma nação. Cada um desses grupos de pessoas reunidos em torno de um centro comum e reinos apareceram. O impulso nômade foi substituído pelo impulso social. Os acampamentos deram lugar a cidades, tendas a palácios, arcos a templos. Os líderes desses estados embrionários ainda eram pastores, mas pastores de pessoas; os cajados de seus pastores já estavam começando a parecer cetros.

³ Caracterizada por grupos familiares onde os laços conjugais eram por gerações, ou seja, todos os avôs e avós de um grupo seriam maridos e mulheres entre si, seguindo a diante para a nova geração e assim sucessivamente. ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**: Trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. Tradução de Leandro Konder. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1984. p. 37-39.

⁴ Organização familiar onde irmãos deixam de se relacionar sexualmente, passando a surgir um novo laço familiar específico, a do companheiro íntimo (punalua). *Ibidem* p. 39-48.

⁵ Este ordenamento familiar foi caracterizado pelo matriarcado, uma vez que a mulher era responsável pelos encargos da família e extinguiu-se o relacionamento por grupos, cada mulher se relacionaria intimamente apenas com um homem. *Ibidem* p. 48-58.

⁶ Conforme a evolução natural da organização sindiásmica, a monogamia parece inevitável, o núcleo familiar é reduzido a sua fração binária: homem e mulher, e agora, deixando de fazer parte de um grupo, o homem passa a ter um papel chave com a criação de animais e atividades agrícolas, surgindo assim o patriarcado colocando o pai como o responsável pela subsistência familiar. *Ibidem* p. 49-62 e 66-70.

⁷ “Desaparecida a família pagã, a cristã guardou esse caráter de unidade de culto, que na verdade nunca desapareceu por completo, apesar de o casamento ser tratado na história mais recente apenas sob o prisma jurídico e não mais ligado à religião oficial do Estado.” VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Família. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2017. p. 21.

Tudo ficou resolvido e fixo. Religião assumiu uma forma; a oração era ditada por rituais, adoração por dogmas. Assim, o sacerdote e o rei compartilhavam a paternidade de seu povo; uma a sociedade teocrática substituiu a patriarcal.⁸

Neste trecho da obra do poeta francês Victor Hugo, vemos o entrelaçar dos moldes sociais com os familiares e sua evolução para uma organização estatal centralizada e religiosa. A família passa a contar com o casamento como ferramenta primordial de sua caracterização. Porém estes moldes iriam perdurar da idade média até o período das grandes guerras mundiais, ao menos para o mundo ocidental, devido às quebras de paradigmas provenientes do relativo aumento de atribuições da mulher durante e após este período⁹.

Durante as guerras, as mulheres passaram a aumentar gradativamente suas responsabilidades, fosse pela duração do conflito, fosse por se alistarem no serviço militar, ou até mesmo pela morte do marido. O fato é que os padrões foram alterados e a sociedade iria sofrer esta mudança. Mais mulheres ingressaram no mercado de trabalho e passaram a conciliar as tarefas de casa com atividades externas para poderem sustentar suas famílias ou mesmo simplesmente como busca de independência financeira.

Conforme a sociedade muda, o legislativo precisa adaptar o ordenamento. O Código de Civil brasileiro de 1916 tornou-se ultrapassado frente as inovações das percepções sociais de justiça e igualdade surgindo então o Estatuto da Mulher Casada, em 1962 (Lei nº 4.121/62) diminuindo o abismo que havia entre direitos e deveres de homens e mulheres matrimonialmente ligados. Após, foi editada a Emenda Constitucional nº 9, de 28.6.1977, que permitia a instituição do divórcio¹⁰. Com o surgimento das pílulas anticoncepcionais e os movimentos feministas (durante a década de 1960) uma maior percepção social com relação a proteção da mulher e sua liberdade, fomenta o surgimento da lei que versa sobre o assédio sexual¹¹. Além das modificações sociais, evoluções na biologia e tecnologia, como o

⁸ HUGO, Victor; BLACKMORE, E. H.; BLACKMORE, A. M. *The essential Victor Hugo*. Oxford: Oxford University Press Inc., 2004. p. 18. No original: “Little by little, however, the world outgrew its first youth. Every realm expanded; the family became a tribe, the tribe a nation. Each of these groups of people gathered around a common centre, and kingdoms appeared. The nomadic impulse was replaced by the social impulse. Camps gave way to cities, tents to palaces, arks to temples. The leaders of these embryonic states were still shepherds, but shepherds of people; their shepherds’ staffs were already starting to look like sceptres. Everything became settled and fixed. Religion assumed a form; prayer was dictated by rituals, worship by dogmas. Thus priest and king shared the fatherhood of their people; a theocratic society replaced a patriarchal one.”

⁹ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. Vol. 5. p. 51.

¹⁰ Após seria promulgada a Lei nº 6.515, de 26.12.1977.

¹¹ Lei nº 10.224 de 15.05.2001.

aprimoramento nos estudos sobre o DNA¹² e as experiências com células-tronco pressionam a comunidade jurídica a se adaptar e responder as novas indagações criadas. Surgem então a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, reconhecendo a família monoparental, a união estável (que trataremos mais adiante) e garante igualdade entre cônjuges e entre filhos provenientes ou não de um matrimônio¹³.

No início do terceiro milênio, uma nova pauta torna-se latente: a chancela judicial da união homoafetiva. O debate e os movimentos sociais ganham força na Europa com o reconhecimento da união por diversos Estados e manifestações sociais públicas ocorriam de Lisboa até Moscou¹⁴. O Brasil também se adaptou a este novo entendimento social e ao julgar a ADPF¹⁵ n° 132 de 2008 e a ADI¹⁶ n° 4.277 de 2009, em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu como nova entidade familiar a união constituída por pessoas do mesmo sexo. A chamada união homoafetiva passou a constituir a quarta entidade familiar, ao lado do casamento, união estável e da família monoparental¹⁷. Porém o regulamento civil de 2002 não atende as indagações criadas no início do século sobre a instituição familiar, tão pouco oferece subsídios para uma convergência doutrinária e jurisprudencial sobre os novos debates. Por mais que esta lacuna seja observada pelo poder legislativo¹⁸ este, por vezes, é moroso, forçando o judiciário a invadir sua esfera buscando a necessária adaptação de nosso ordenamento à sociedade que está contido. Com isso, temos algumas (poucas, porém de grande relevância) decisões admitindo a multiparentalidade¹⁹ e as famílias simultâneas²⁰.

Mas, para tal adaptação legislativa, devemos antes analisar qual o conceito de filiação e seus fundamentos.

¹² Ácido desoxirribonucleico.

¹³ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Vol. 5 Direito de Família. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. p. 51-52.

¹⁴ Até 2005 Bélgica, Holanda e Espanha já admitem legalmente o casamento entre pessoas do mesmo sexo. *Ibidem* p. 53.

¹⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

¹⁶ Arguição de Declaração de Inconstitucionalidade.

¹⁷ NADER, Paulo. *op. cit.*, p. 54.

¹⁸ O Projeto de Lei n° 470 de 2013 pretende criar o Estatuto das Famílias, buscando ampliar o debate sobre o tema.

¹⁹ Sucintamente: [quando] “uma pessoa possui mais de um pai ou de uma mãe em registro de nascimento” NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Vol. 5 Direito de Família. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. p. 55.

²⁰ Sucintamente: [quando] “alguém participa de duas uniões estáveis ou de um matrimônio e de uma união estável.” *Ibidem* p. 55.

Conceito de filiação no direito brasileiro

A filiação, parafraseando Flávio Tartuce²¹: “é a relação jurídica existente entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, ou seja, entre pais e filhos. Tal relação é regida pelo princípio da igualdade entre os filhos”. Ela decorre, também, da posse do estado de filho, conceito este fundamental para a deflagração da filiação socioafetiva, já adotado há muito tempo em leis estrangeiras, tais como a italiana, a francesa, a espanhola e a belga, mas que não tem previsão expressa em nossa legislação. Todavia, o artigo 1.605 do Código Civil de 2002 versa que:

Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

- I. quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;
- II. quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

Ou seja, entende-se que a posse do estado de filho está prevista tacitamente em nosso ordenamento. Entretanto, a partir de uma análise axiológica, muito mais relevante para a configuração para o estado da filiação é a convivência familiar e a afetividade, estando estas acima e independentes do provimento judicial, apesar deste ser indispensável para que a multiparentalidade possa produzir seus efeitos legais.

A doutrina e a jurisprudência (conforme será trazido a diante) já consideram que existe a predominância da relação de afeto entre pais e filhos acima do próprio vínculo biológico, conforme será melhor explanado nos próximos tópicos.

Modelos familiares modernos: matrimonial, união estável, união homoafetiva, monoparental e pluriparental

A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e

²¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 6. ed. São Paulo: Editora Forense Ltda., 2015. p. 1370.

mesas consequências da união estável heteroaferiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011)²².

Conforme explanado neste acórdão do Supremo Tribunal Federal, além das formas previstas na Constituição, a família, como instituto, tem sofrido alterações frequentes e, baseados nas demandas sociais, os tribunais tem se adaptado as inúmeras formas que este instituto tem tomado. No caso apresentado, resta pacificado o entendimento de não haver hierarquia nem diferença entre um modelo familiar matrimonial (com base no casamento civil e raízes no canônico)²³, a união estável e a união homoafetiva.

Para Sílvio Venosa:

Na união estável existe a convivência do homem e da mulher sob o mesmo teto ou não, mas *more uxorio*, isto é, convívio como se marido e esposa fossem. Há, portanto, um sentido amplo de união de fato, desde a aparência ou posse de estado de casado, a notoriedade social, até a ligação adúltera. Nesse sentido, a união estável é um fato jurídico, qual seja, um fato social que gera efeitos jurídicos.²⁴

E sobre união homoafetiva, podemos apontar o AgRg-RE 477.554 de relatoria do Ministro Celso de Mello:

União civil entre pessoas do mesmo sexo – Alta relevância social e jurídico- constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas – Legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.²⁵

Sobre a monoparentalidade, de maneira sucinta: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”²⁶, ou seja, a simples ideia de uma família formada por apenas uma figura materna (ou paterna) é usualmente aceita dada a aleatoriedade da vida. Não

²² STF. Recurso Extraordinário: RE 646.721/2017. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 10/05/2017. Disponibilizado em 11/09/2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+646721%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+646721%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mzepo8h>> Acesso em: 07 nov. 2018.

²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família**. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2017. p. 41.

²⁴ *Ibidem*, p. 49.

²⁵ STF. Recurso Extraordinário: RE 477.554/2011. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 16/08/2011. Disponibilizado em 25/08/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf>> Acesso em: 10 nov. 2018.

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família**. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2017. p. 18.

seria razoável fazer com que uma família tivesse que (por exemplo), além de lidar com uma eventual morte de um ente familiar próximo, ter também que lidar com eventuais perdas de direitos familiares ou assistências estatais. Por outro lado, de uma maneira agregadora, sobre a pluriparental, Maria Berenice Dias explica que:

A convivência familiar dos parentes colaterais recebe o nome de família pluriparental. Não importa a igualdade ou diferença do grau de parentesco entre eles. Assim, tios e sobrinhos que vivem em família constituem uma família pluriparental. Igualmente, os irmãos e até os primos que mantêm convivência familiar, são outros exemplos. (...) Assim é possível identificar duas espécies de entidades familiares parentais que se diferenciam pelo elo de parentesco de seus integrantes: monoparental é a formada por um ascendente e seus descendentes e pluriparental, entre parentes da linha colateral.

(...)

Também se encaixam no conceito de pluriparentalidade os vínculos que se estabelecem com mais de duas pessoas desempenhando as funções parentais. Estas são novas realidades cada vez mais freqüentes, principalmente quando são utilizadas as modernas técnicas de reprodução assistida, em que mais de uma pessoa faz parte do processo procriativo. Nada justifica alijar qualquer delas do vínculo de filiação. Nestas novas conformações é indispensável reconhecer que o filho tem mais de dois pais, o que lhe garante direitos com relação a todos e todos devem assumir os deveres decorrentes do vínculo pluriparental.²⁷

Ou seja, a pluriparentalidade é uma realidade da sociedade brasileira. Seja ela caracterizada por um grande grupo familiar composto de tios, primos, irmãos etc., que mantenham uma convivência familiar, seja pelas inovações tecnológicas nas práticas de reprodução, a pluriparentalidade, assim como a união estável e o matrimônio (independente do sexo) são modelos familiares aceitos e previstos pelo sistema jurídico pátrio.

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA X BIOLÓGICA: A MULTIPARENTALIDADE

A paternidade biológica nem sempre vem acompanhada do convívio social e da afetividade. É cediço a importância socioafetiva no núcleo familiar, aliás, é pacífico o entendimento de que o vínculo socioafetivo é de maior relevância que o biológico

²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Família pluriparental, uma nova realidade**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/15_-_fam%EDlia_pluriparental,_uma_nova_realidade.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2018.

pelos nossos tribunais.²⁸ Porém, quando essas paternidades se chocam, pode surgir um híbrido agregador: a multiparentalidade. Em uma decisão recente, o ministro Luiz Fux, analisando um caso que versava sobre o assunto, entendeu que: “Nós decidimos que a paternidade afetiva convive com a paternidade biológica. Isso significa que é possível que uma pessoa registrada em nome do pai socioafetivo depois promova também o registro do pai biológico.”²⁹

As decisões favoráveis a multiparentalidade possuem suas bases em princípios constitucionais, que passaremos a pontuar agora.

PRINCÍPIOS DA MULTIPARENTALIDADE.

A Multiparentalidade é, em essência, consoante com os Princípios Fundamentais previstos na Constituição Cidadã, uma vez que estes são provenientes das dimensões dos Direitos Humanos, e, dentre eles, temos os mais relevantes para a nossa análise, que são justamente de Primeira Dimensão (direitos de liberdade), e Segunda Dimensão (direitos de igualdade).

Na Primeira Dimensão, de acordo com Emerson Malheiro³⁰, estamos diante de um “dever de não fazer” do Estado, isto é, para que haja o efetivo acesso a esses direitos faz-se necessário que o Estado se abstenha de restringir certos assuntos, por terem estes caracteres meramente particulares. Neste entendimento, a multiparentalidade seria também uma representação da liberdade do indivíduo de ter, legalmente, mais de duas figuras parentais. Vale ressaltar que não existem impeditivos legais para o reconhecimento da multiparentalidade, portanto, constata-se que, a objeção quanto à multiparentalidade decorre de um excesso de apego a tradicionalismos familiares e pré-conceitos, o que é uma afronta aos direitos de liberdade. Outrossim, em um caso em que haja concordância das partes, sejam elas os pais biológicos ou sócioafetivos, e o filho que será contemplado com a multiparentalidade, não há razão para que esta não seja declarada em juízo, a não ser a vinculação a pensamentos conservadores ultrapassados.

Considerando-se então os Direitos Humanos de Segunda Dimensão, temos o “dever de fazer” do Estado, que foi, assim como os direitos de Primeira Dimensão, incorporado ao nosso ordenamento jurídico nos Direitos Fundamentais previstos

²⁸ ZENI, Bruna Schlindwein. O afeto como reconhecimento da filiação. **Direito em Debate**: revista do departamento de estudos jurídicos da UNIJUI, Ijuí, a. XVIII, n. 32, p.85-108, dez. 2009. O artigo de Bruna Schlindwein Zeni recolhe uma considerável gama de decisões neste sentido.

²⁹ RAMALHO, Renan. STF permite que identidade contenha nome do pai afetivo e do biológico. **G1**. Brasília, set. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/09/stf-admite-duplo-registro-em-rg-com-pais-afetivo-e-o-biologico.html>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

³⁰ MALHEIRO, Emerson. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017. p. 18.

na Constituição Federal, do qual decorre os fundamentos e princípios que iremos analisar a seguir.

Dignidade da pessoa humana

O art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 consta como um postulado central do ordenamento pátrio, um fundamento axiológico sobre o qual está embasado o Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da República. Este é um parâmetro orientador de aplicação e exegese. É um valor constitucional que irradia sobre todo o ordenamento brasileiro em seus mais diversos âmbitos (civil, penal, administrativo, eleitoral etc.), orientando as atividades estatais dos três poderes devido a eficácia vertical dos direitos fundamentais, bem como atividades privadas (eficácia horizontal), atuando como piso protetivo mínimo.

Segundo Emerson Malheiro³¹, importante analisarmos o cumprimento dos direitos sociais estabelecidos no art. 6º da Constituição Federal, que traz um rol desses direitos sociais formando um parâmetro para aplicação deste princípio: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Ou seja, no nosso ordenamento pátrio a família possui um papel central e este princípio é um de seus alicerces.

É pacificado no Supremo o entendimento deste princípio como inerente à família: “A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art.1º, III, CF) e da busca da felicidade.”. Nos ensinamentos de Roberto Senise Lisboa: “as relações jurídicas privadas familiares devem sempre se orientar pela proteção da vida e da integridade biopsíquica dos membros da família, consubstanciada no respeito e asseguramento dos seus direitos da personalidade”³².

Seguindo a linha do solidarista, passaremos a analisar então o princípio da Solidariedade Familiar.

³¹ MALHEIRO, Emerson. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017. p. 36.

³² LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil: Direito de Família e das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 46.

Solidariedade familiar

Sobre este princípio, além dos ensinamentos mencionados acima, também ressaltamos sua inclusão no ordenamento a partir da Constituição de 1988, sobretudo no artigo 3º, inciso I: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”. Podemos entender este dispositivo de duas formas complementares: é uma responsabilidade do Estado (através de políticas públicas, por exemplo) fomentar a solidariedade familiar como um de seus objetivos constitucionais e, também, é um dever individual de cada membro familiar perceber este princípio e trabalhar em prol dele, visando que os demais membros de seu grupo familiar sejam assistidos em direção ao desenvolvimento biopsíquico.³³

Começamos a ver que os próprios membros familiares desempenham funções cruciais para a harmonia social como um todo, conforme a Constituição Cidadã. Aliás, sobre isso, Paulo Luiz Netto Lôbo entende que:

[...] podemos afirmar que o princípio da solidariedade é um dos grandes marcos paradigmáticos que caracterizam a transformação do Estado liberal e individualista em Estado democrático e social (por alguns, justamente denominado Estado solidário), com suas vicissitudes e desafios, que o conturbado século XX nos legou. É a superação do individualismo jurídico pela função social dos direitos.³⁴

Temos então que um dos princípios basilares da multiparentalidade é uma ruptura de um Estado antigo para um novo, que em seus 30 anos já passou por muitas modificações, porém continua evoluindo conforme a sociedade assimila estes novos paradigmas e abraça a sua relativamente recém conquistada liberdade.

Melhor interesse da criança e do adolescente

Conforme as novas liberdades sociais crescem em uma sociedade pós-ditadura militar, algum tempo ainda levaria para que ela florescesse, porém, a base, como estamos acompanhando pela análise dos princípios, está na Constituição. Da mesma forma não será diferente com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que é previsto no artigo 227 da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à

³³ Ibidem., p. 53.

³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Parte Geral** volume 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 105.

saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Esta posituação da proteção dos interesses da criança e do adolescente também encontra fundamento no Código Civil de 2016: “Art. 1.612. O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor.” E também, por natural, este princípio também encontra previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

(...)

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

O princípio está enraizado em nosso ordenamento quase que de maneira exaustiva, fomentado o entendimento de proteção do interesse do menor sobre seus interesses familiares.

Afetividade

Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo: “A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos.”³⁵. Dadas as constantes mudanças sociais, a família deixou de ter um condão econômico e passou a ser pautada e percebida pela cumplicidade, solidariedade mútua e o afeto existente entre seus membros. Tal princípio, já foi exaustivamente debatido pela doutrina e encontra suas raízes na Constituição, conforme apontado por Paulo Luiz Netto Lôbo:

³⁵ TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio, organizadores. **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2011. p. 50.

- a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);
- b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-
- d) se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º);
- e) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta
- f) assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).³⁶

E ainda, segundo Flavio Tartuce:

[...] os princípios (...) estruturam o ordenamento, gerando consequências concretas, por sua marcante função para a sociedade. E não restam dúvidas que a afetividade constitui um código forte no Direito Contemporâneo, gerando alterações profundas na forma de se pensar a família brasileira.³⁷

Portanto, a afetividade, pode ser compreendida como princípio constitucional com foco em relacionar as pessoas com base nos sentimentos íntimos destas, fomentado assim a criação de uma nova ótica familiar que contribui para a felicidade do indivíduo e da sociedade como um todo.

REFLEXOS JURÍDICOS

Uma vez analisadas as bases históricas, sociais e principiológicas da multiparentalidade, nos resta abordar agora seus reflexos práticos em nosso ordenamento.

Alimentos

A ação de pedido de alimentos é fundamentada no direito que assiste uma pessoa para exigir de outra, diante de uma situação de parentesco, os alimentos ou provisões necessárias para garantia de sua subsistência.³⁸ Basicamente, todos que se encontram em uma situação desprivilegiada, poderão buscar o poder público para

³⁶ Ibidem., p. 51.

³⁷ TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2012. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

³⁸ SILVA, de Plácio e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 7.

exigir um auxílio para sua subsistência de determinados parentes, por meio de uma ação de alimentos.

Para Marcos Jorge Catalan, este direito é pautado na solidariedade e cidadania:

Ao se pensar o dever de prestar alimentos e o direito a recebê-los como uma relação fundada na noção de cuidado, é possível afastar visões assistencialistas e alocar, em seu lugar, posturas que privilegiam a promoção da pessoa humana, o efetivo acesso à cidadania e a promoção da justiça social.³⁹

Trata-se de uma ação com as mesmas raízes da própria proteção familiar. Com um cerne basilar e fundamental na estruturação da sociedade. Aliás, “se a razão fundante dos alimentos é a necessidade de viabilizar o acesso à vida em sua plenitude e se esse aspecto deriva de solidariedade, aparentemente, por mais essa razão, a conexão proposta se solidifica e não tem como ser desfeita.”⁴⁰

Este direito social foi legitimamente abordado podendo ser utilizado na apreciação no caso da multiparentalidade, uma vez que ele serve para o vínculo biológico e socioafetivo, conforme trecho da seguinte decisão já pacificada: “Estando provado o vínculo jurídico de filiação, a alegação de inexistência do liame biológico é irrelevante e vazia, pois não paira dúvida alguma sobre o vínculo socioafetivo, decorrente da posse do estado de filho, nem que o alimentante era o provedor do núcleo familiar.”⁴¹ Ou seja, uma vez caracterizado o vínculo multiparental, todos os pais poderão ser cobrados da prestação de alimentos e vice-versa, uma vez que este direito também se estende dos filhos para os pais.⁴²

Interessante ressaltar que tal direito pode ser pleiteado perante quaisquer dos pais (no caso da multiparentalidade), uma vez que as alterações sociais contemporâneas nos levam a um entendimento moderno sobre este pleito, “não devendo essa obrigação ser vista hoje exclusivamente como um ônus do marido”⁴³, mas sim do membro familiar que estiver apto, conforme o artigo 1.696 do Código

³⁹ BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick, organizadores. **Direito de Família: em perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012. p. 3.

⁴⁰ BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick, organizadores. **Direito de Família: em perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012. p. 4.

⁴¹ TJRS Agravo de Instrumento: nº 70007798739, Relator: Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 18/02/2004. Disponibilizado em 10/03/2004. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70007798739&num_processo=70007798739&codEmenta=772894&temIntTeor=true> Acesso em: 07 nov. 2018.

⁴² SILVA, de Plácio e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 7.

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família**. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2017. p. 158.

Civil. Em suma, a questão dos alimentos é simples, se um filho poderá pleitear alimentos de seus pais, independente da quantidade e o mesmo pode ser dito sobre os pais de seus filhos.

Sucessões

Para Flávio Tartuce: “o Direito Sucessório está baseado no direito de propriedade e na sua função social. Porém, mais do que isso, a sucessão mortis causa tem esteio na valorização constante da dignidade humana, seja do ponto de vista individual ou coletivo”⁴⁴. Todavia, antes de analisarmos as sucessões no caso de multiparentalidade, devemos nos atentar aos artigos 1.784 do Código Civil: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.” E 1.829:

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I. - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da
- II. separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- III. - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV. - aos colaterais.

O inciso I versa sobre a possibilidade de não haver um testamento ou disposição de última vontade, neste caso deverão receber a herança os filhos, netos e cônjuge. Já o inciso II expressa que, na falta de descendentes, o direito de sucessão se estenderá aos ascendentes (concomitantemente com o cônjuge), o III traz a possibilidade de não existirem ascendentes ou descendentes e, por fim, o inciso IV abrange os parentes que relação próxima (de ascendência ou descendência), mas que dividem um ancestral em comum já falecido. Ou seja, nota-se que o legislador, ao ordenar a sucessão desta forma, buscou valorizar o princípio da afetividade, privilegiando os que possuíam maior contato com o falecido.

Apesar do sistema jurídico permitir a partilha dos bens pautado em um ato de última vontade, como um testamento, é importante ressaltar que esta partilha não será total, uma vez que o artigo 1.846 do Código Civil expressa que: “Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança,

⁴⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 6. ed. São Paulo: Editora Forense Ltda., 2015. p. 1479.

constituindo a legítima.” Então, o testador apenas poderá dispor de metade dos seus bens, a não ser que este não possua herdeiros necessários.

A partir desses pontos podemos adentrar a questão no que concerne a multiparentalidade.

A Constituição Federal, em seu artigo 277, §6º, garante a isonomia filial independente de casamento, ou dos pais estarem vivos, e como a paternidade socioafetiva já é uma realidade no nosso ordenamento jurídico, a herança deverá ser dividida de forma igualitária entre todos. Além disso, esta herança é uma garantia fundamental e, a partir do momento em que um filho é reconhecido, ele já goza deste direito. Ou seja, além do Direito Sucessório ser pautado nos princípios da Solidariedade e Isonomia ele também encontra raízes no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, restando claro a impossibilidade de diferenciação entre os herdeiros (ao menos não *post mortem*).

Vale ressaltar que, assim como no caso dos alimentos, falamos de uma via de mão dupla. Segundo Tartuce:

Por exemplo, se uma pessoa pode receber herança de dois pais, é preciso recordar que também pode ocorrer o contrário, pois a tese aprovada produz efeitos em ambas as direções: direito do filho em relação aos múltiplos pais ou mães, mas também direitos dos múltiplos pais ou mães em relação ao filho.⁴⁵

Conforme analisado, conclui-se pela possibilidade da herança nos casos de multiparentalidade frente aos entendimentos pátrios de filiação socioafetiva, isonomia dos herdeiros e, até mesmo, da validação da multiparentalidade.

Guarda e visita

Uma vez compreendido (após a análise introdutória dos temas: alimentos e sucessões) que todos os direitos inerentes à filiação estão presentes nos casos de multiparentalidade, verificaremos então que no caso da guarda e visita não será diferente. Este direito é relevante não apenas pela possibilidade da convivência com os progenitores, mas também demais membros familiares, conforme o parágrafo único do artigo 1.589 do Código Civil: “O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.” De uma maneira geral, a legislação, visando o melhor interesse da criança e do adolescente, busca o ambiente que melhor assegure o bem-estar físico e moral, não

⁴⁵ TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2012. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

se restringindo apenas ao núcleo familiar, conforme o Enunciado 333 do STJ: “O direito de visita pode ser estendido aos avós e a pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse.” Além disso, segundo Tartuce:

a extensão do direito de visitas a terceiros, sejam eles parentes ou não da criança ou do adolescente, fica garantida por força da interpretação constitucional do Código Civil. (...) o ex-marido da mãe da criança, o padrasto, que com ela criou laços afetivos, tem direito de visitas, sempre atendendo ao melhor interesse da criança e do adolescente. Também têm o direito de visitas os irmãos do menor.⁴⁶

O menor será assistido pela Justiça e deverá ficar no local que atenda seus interesses. Os principais pontos que serão levados em consideração na apreciação de um pedido de guarda serão pautados, principalmente, na afetividade, no ambiente que for mais sociável e em um espaço seguro para o seu desenvolvimento.⁴⁷ Critérios normalmente presentes no habitual lar daquele que já exerce a guarda, motivo pelo qual é difícil haver alteração judicial.⁴⁸ De qualquer forma, além das possibilidades acima mencionadas, não podemos esquecer que a socioafetividade já está pacificada em nosso ordenamento, ou seja, as possibilidades não se restringem apenas aos vínculos biológicos.

Desta forma, entende-se que, independente de quem ficará com a guarda do menor, no específico caso da multiparentalidade, o direito de guarda poderá ser requerido por qualquer dos pais constantes na certidão e o direito de visita está resguardado da mesma maneira, cabendo (como de praxe) ao juiz decidir no caso de eventual dissenso entre os genitores^{49, 50}.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família foi a primeira estrutura social da humanidade. Ao longo dos anos de evolução, a espécie refinou esta instituição e moldou a sociedade à sua imagem e semelhança. Fosse pela preservação da espécie, pela religiosidade ou pelo acúmulo de capital, a família sofreu alterações que redesenharam a sociedade inúmeras vezes até chegarmos na nossa concepção atual. Conforme nos aventuramos na

⁴⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 6. ed. São Paulo: Editora Forense Ltda., 2015. p. 1318.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 310 – 311.

⁴⁸ TARTUCE, Flávio. op. cit., p. 1320.

⁴⁹ Ibidem., p. 1325 – 1326.

⁵⁰ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Direito Civil**: Família. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2008. p. 235.

mais dinâmica de nossas eras, a instituição familiar apresentou algumas inovações conforme a Sociedade da Informação se estabeleceu. Com a dinamicidade dos meios de propagação de informação, as alterações sociais mostram-se mais notáveis, forçando o poder judiciário a responder de forma rápida e precisa sobre novos temas.

De uma forma orgânica, a multiparentalidade, assim como outras organizações familiares, se apresentou de forma contundente no século passado, tomando forma, alcançando a aceitação social e, principalmente, se alinhando aos princípios já positivados em nosso democrático ordenamento. Conseguindo, cada vez mais, alcançar seu espaço e sua relevância, visando assistir os diversos interesses de uma sociedade informatizada, que se torna mais complexa a cada dia. Conforme seu respaldo nos diversos princípios constitucionais, suas repercussões jurídicas tornam-se brandas, ou, ao menos, lógicas frente a contínua adaptação jurídico-social de nossa época.

Muitos questionamentos ainda irão surgir, porém, sem nenhum alarde da comunidade jurídica, uma vez que está possui o condão de normatizar a sociedade visando manter as expectativas estáveis⁵¹. Ou seja, o sistema jurídico existe para frequentemente regularizar as alterações sociais.

Assim, no que tange as possíveis críticas em relação à multiparentalidade, podemos ressaltar que: feliz daquela pessoa que tenha em sua vida mais de uma figura de pai ou mãe, ou, até mesmo, que a perda de um desses (por mais que insubstituível e imensurável) será suportada com o auxílio do afeto dos demais membros familiares. Alias, enquanto a multiparentalidade for analisada pelas óticas de afeto e solidarismo, ela sempre será tida como agregadora e otimista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Direito Civil: Família**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2008.

BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick, organizadores. **Direito de Família: em perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Família pluriparental, uma nova realidade**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/15_-_fam%EDlia_pluriparental,_uma_nova_realidade.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁵¹ LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p.150.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado:** Trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. Tradução de Leandro Konder. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1984.

HUGO, Victor; BLACKMORE, E. H.; BLACKMORE, A. M. *The essential Victor Hugo.*

Oxford: Oxford University Press Inc., 2004.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil:** Direito de Família e das Sucessões. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil:** Parte Geral volume 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System.* Oxford: Oxford University Press, 2008.

MALHEIRO, Emerson. **Direitos Humanos e Cidadania.** São Paulo: Editora Max Limonad, 2017.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil:** Vol. 5 Direito de Família. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

RAMALHO, Renan. STF permite que identidade contenha nome do pai afetivo e do biológico. **G1.** Brasília, set. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/09/stf-admite-duplo-registro-em-rg-com-pais-afetivo-e-o-biologico.html>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

SILVA, de Plácio e. **Vocabulário Jurídico Conciso.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil:** volume único. 6. ed. São Paulo: Editora Forense Ltda., 2015.

_____, Flávio. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família.** 2012. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio, organizadores. **Dicionário de Princípios Jurídicos.** Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Família. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2017.

ZENI, Bruna Schlindwein. O afeto como reconhecimento da filiação. **Direito em Debate**: revista do departamento de estudos jurídicos da UNIJUI, Ijuí, a. XVIII, n. 32, p.85-108, dez. 2009.

NOVAS PERSPECTIVAS PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO BRASILEIRO: CONTRIBUIÇÕES DA SUSTENTABILIDADE

Luiz Henrique Santos da Cruz¹ e Sandra Mara Lima Maciel²

Resumo

Em virtude da constante mudança no cenário econômico do Brasil, em especial a tentativa de implantar um novo modelo de desenvolvimento no país, substituindo o antigo modelo histórico de desenvolvimento baseado na substituição de importações, pelo modelo baseado na abertura comercial e financeira do país, conseguimos visualizar uma brecha para pensar em outras perspectivas de desenvolvimento econômico. Com base nisso, o presente artigo realiza uma reflexão sobre o as possíveis interfaces entre desenvolvimento e sustentabilidade no Brasil. Por meio de pesquisa bibliográfica, foi possível concluir que as novas mudanças no desenvolvimento econômico nacional são uma excelente oportunidade para incluir nessa busca por desenvolvimento econômico perspectivas de desenvolvimento social e de proteção ao meio ambiente.

Palavras-chaves: Sustentabilidade; transformação social; finanças; políticas públicas; regional.

NEW PERSPECTIVES FOR BRAZILIAN ECONOMIC DEVELOPMENT: CONTRIBUTIONS OF SUSTAINABILITY

Abstract

Considering the constantly changes in the Brazilian economic scenario, especially the attempt to implant a new development model in the country, replacing the

¹ Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA; Bolsista da CAPES no Programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA-PR; Estudante de Pós Graduação - Especialização em Registro Públicos pela Universidade Cândido Mendes-UCAM-RJ-RJ; Mediador Judicial pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro-RJ.

² Doutora em Sociologia pela Universidade Federal do Paraná (2009). Mestre em Administração pela Universidade Federal do Paraná (2002). Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Paraná (1993). Coordenadora de Tutoria do Curso de Especialização em Gestão de Organizações Públicas - UFPR/UAB (2012/2014). Líder do Grupo de Pesquisa Observatório sobre Direito à Saúde e Cidadania (CNPq/UNICURITIBA) e Membro do Grupo de Pesquisa em Sociologia da Saúde (CNPq/UFPR). Professora do Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Fez estágio Pós-Doutoral na Universidade Federal do Paraná (2015/2016). Tem experiência em: Direito à Saúde. Sociologia da Saúde. Subjetividade. Tecnologias Médicas. Políticas Públicas e Metodologia Científica.

old historical model of development based on import substitution, based on the commercial and financial opening of the country, we achieved view a loophole to think about other perspectives of economic Based on this, the present article reflects on the possible interfaces between development and sustainability in Brazil. Through bibliographic research, it was possible to conclude that the new changes in national economic development are an excellent opportunity to include in this search for economic development perspectives of social development and protection of the environment.

Keywords: sustainability; social transformation; finance; public policy; regional.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas temos acompanhado um movimento de intensas transformações no cenário econômico brasileiro, em especial profundas mudanças no que diz respeito à tentativa de inauguração de um novo modelo de desenvolvimento no país. Essa tentativa busca substituir o antigo modelo histórico de desenvolvimento baseado na substituição de importações, pelo modelo baseado na abertura comercial e financeira do país.

Nesse sentido, a história da economia brasileira aponta que o período de maior e continuado crescimento da economia no país compreende os cinquenta anos ocorridos entre 1930 e 1980. Foi durante esse período que vigorou o padrão de desenvolvimento baseado na substituição das importações no Brasil, sendo que esse padrão também foi implementado em outros países latino-americanos.

Diante do desafio de uma mudança paradigmática e contínua de modelo de desenvolvimento econômico, revela-se essencial analisar alguns aspectos teóricos que envolvem a temática. A mudança na política econômica, na transformação do país de uma economia primário-exportadora para industrial deve ser avaliada considerando a incapacidade do país superar, até hoje, as graves desigualdades econômicas e sociais que, em última análise, podem ser vistas como diferenças regionais, limitadores da expansão do mercado interno e do crescimento e desenvolvimento nacional.

Assim, propõe-se no presente artigo realizar uma reflexão sobre as possíveis interfaces entre desenvolvimento e sustentabilidade no Brasil.

Por meio de pesquisa bibliográfica, este artigo apresenta considerações teóricas de dois grandes economistas brasileiros e depois considerações sobre o desenvolvimento econômico no país. Ao final, será abordada uma visão alternativa deste desenvolvimento, em especial o conceito de sustentabilidade de

Enrique Leff e nas conclusões serão feitas algumas reflexões sobre o tema da pesquisa, qual seja o desenvolvimento econômico nacional.

ANÁLISE SOBRE O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NO BRASIL

Para entender e até mesmo criticar uma opção de desenvolvimento de algum governo, país ou região, é muito importante analisar primeiro a sua história e ver quais atitudes desse sujeito foram bem-sucedidas e quais não foram.

O histórico do desenvolvimento econômico no Brasil

Adotamos como marco teórico para a análise do histórico do desenvolvimento econômico brasileiro a obra “Perspectivas do Desenvolvimento Brasileiro”, organizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) no ano de 2010 (IPEA, 2010).

A economia do século XIX era baseada principalmente na cultura cafeeira. Nesse período, a força de trabalho escrava era dominante e representava um entrave ao mercado interno, bem como também um obstáculo ao desenvolvimento econômico do Brasil.

Entretanto, na última década daquele século, começou a fase inicial da industrialização brasileira que representou de certa forma uma superação da economia primário exportadora e da própria escravidão.

Nada obstante, nas décadas iniciais do século XX o Brasil era um país de pouca expressão no cenário internacional, sendo que sua relação com o restante do mundo se dava basicamente pela exportação de produtos primários e importação de bens industrializados.

No período de 1890 até 1930, o Brasil passou a focar na indústria de bens de consumo não-duráveis. Após 1930 passou para outra etapa formando uma industrialização de bens de consumo duráveis, que só foi consolidada algumas décadas depois.

Assim, a partir de 1930, se firma um novo padrão de acumulação com a inauguração de um novo pacto de classes na tentativa de fazer do Brasil, um país moderno. Foi nesse período que a face social do Brasil começa a mudar, pois passou a surgir uma grande massa de população operária formando os grandes centros urbanos, classe vinda principalmente no meio rural e da região do nordeste brasileiro.

A partir de 1948, o desenvolvimentismo no continente passou a contar com a importante e decisiva contribuição da Cepal, a Comissão Econômica para a América Latina, órgão criado pela ONU, com sede em Santiago, Chile. Seus principais formuladores foram os economistas Celso Furtado (1920- 2004), do Brasil, e Raul Prebisch (1901-1986), da Argentina. Largamente influenciada pelas idéias de John Maynard Keynes, suas diretrizes advogavam uma redefinição do papel do Estado e à perspectiva de uma nova inserção internacional da América Latina. A solução proposta para os impasses continentais era a industrialização, através de um processo de substituição de importações. O paradigma ficaria conhecido como o *nacional-desenvolvimentismo*. (IPEA, 2010, p. 19)

Essas formulações não prescindiam da participação do capital estrangeiro, na verdade, este seria fundamental para complementar o investimento público. Assim, o subdesenvolvimento não era uma etapa do desenvolvimento, mas uma preparação do capitalismo consistente, fundamentado na divisão internacional do trabalho e que só com planejamento seria superado.

O Brasil dos anos 1950 ainda padecia de uma industrialização restringida pela impossibilidade de constituir internamente o departamento produtor de bens de capital. A não instalação desse departamento acarretaria, ao longo de toda a década, graves déficits no balanço de pagamentos, por conta da necessidade de importações de máquinas e equipamentos. Essa crise tomará vulto e se agravaria no início dos anos 1960, criando contradições insanáveis no modelo. [...] No terreno econômico, tratava-se de fortalecer o lado internacionalizante, conservador e antidemocrático do desenvolvimentismo. Para seguir atraindo o capital externo, o país teria de domesticar as reivindicações trabalhistas e criar um ambiente politicamente estável. (IPEA, 2010, p. 19-20)

Para resolver de imediato o problema estrutural do déficit do balanço de pagamentos, herdado da década anterior, o governo do Presidente Vargas adotou duas alternativas: restringiu fortemente a demanda interna e internalizou a produção de bens de capital (IPEA, 2010, p. 21).

Em análise a isso, Caio Prado Junior (1954; 1987; 1988; 2012) apresentou algumas críticas teóricas, que colocavam em xeque a concepção de que essas medidas iriam de fato fortalecer a economia do país. Nesse sentido, João Antônio de Paula (2006) ressalta:

As vicissitudes do desenvolvimento econômico brasileiro, desde 1954, têm dado razão a Caio Prado Júnior em muitas de suas teses. A substituição de importação, a melhoria dos padrões tecnológicos efetivamente alcançados pela economia brasileira, de fato, não

alteraram a sua situação estrutural, que continuou dependente. De outro lado, a ênfase na necessidade de controle das relações econômicas internacionais do país é cada vez mais contundentemente atual. Por tudo isso, reconheça-se a justeza de se colocar Caio Prado Júnior como um dos mais lúcidos intérpretes do desenvolvimento econômico brasileiro. A lucidez de Caio Prado Júnior, talvez, explique o silêncio que tem acompanhado a sua interpretação do desenvolvimento econômico brasileiro. Num tempo de euforia desenvolvimentista, de efetivos avanços industriais, a descrença de Caio Prado Júnior não poderia ter mesmo maior recepção. Por outro lado, a situação contemporânea - de 25 anos de crescimento medíocre, de virtual estagnação econômica - acentua a atualidade intransigente de sua visão. [...] Se se ampliar a análise para contemplar a trajetória da economia brasileira, desde a crise da dívida externa de 1982, será forçoso reconhecer o quão pertinente e ainda mais atual se faz a tese de Caio Prado Júnior. [...] Na verdade, esse processo de “vulnerabilização” da economia brasileira, sob a tutela do chamado Consenso de Washington, vinha do governo anterior que foi pródigo em uma abertura comercial, que indiscriminada e abrupta, afetou mesmo setores-chave da indústria brasileira. (DE PAULA, 2006, p. 10-12)

Entretanto, em decorrência do crescimento do PIB, em torno de uma taxa de 6,5% ao ano entre 1930 e 1980 (IPEA, 2010), o Brasil foi considerado o melhor país do mundo, por ter conseguido fazer a transição de uma economia baseada na agronomia para uma economia industrial moderna. Não se questionava como todo esse desenvolvimento econômico vinha impactando o desenvolvimento social e em que medida ele promovia a independência econômica do país.

Já nos anos de 1980, uma grande recessão começou a surgir, provocada por instabilidades monetárias e cambiais, ocasionando uma paralisação do mercado internacional de crédito e inflação.

No Brasil, o fim dos anos 1980 significaram igualmente a transição para um novo padrão de acumulação, financeirizado e patrimonialista. A crise internacional desmantelou os mecanismos de crescimento da economia brasileira construídos nas décadas anteriores. Isso se deu através da paralisação do mercado internacional de crédito, do redirecionamento dos fluxos de investimento direto para os Estados Unidos e seu afastamento da rota da periferia e da transferência maciça de recursos da periferia para o centro. A verdadeira natureza da crise por que passou o país nos anos 1980 foi, assim, a crise de uma economia industrializada e altamente internacionalizada, que se viu excluída da rota dos movimentos internacionais de capital, financeiros e produtivos. O ambiente econômico brasileiro da “década perdida” foi marcado por taxas elevadas de inflação e pela já mencionada crise da dívida externa, cuja política de enfrentamento, através da transferência

de recursos reais ao exterior, acarretou dura recessão e provocou o colapso das finanças públicas do país. (IPEA, 2010, p. 23)

Nesse ambiente de colapso das finanças públicas do país, surgiram as tentativas heterodoxas de conter a inflação e sair da crise, como o Plano Cruzado, em 1986, e os planos seguintes: Cruzado II, Plano Bresser e Plano Verão. Entretanto, o fracasso desses planos levou à ampliação da crise econômica, com a elevação da inflação e expectativas de novos congelamentos de preços.

Diante deste cenário, foi primordial a reformulação de um modelo de substituição de importações defendido pelos setores ligados à indústria nacional. Então, como alternativa de combate à crise brasileira, surgiu a ideia de que a inclusão brasileira no processo de globalização provocaria a melhoria das condições de vida da população.

Com a maxidesvalorização do real no final dos anos 1990, foram inseridas medidas de política econômica que se tornariam emblemáticas na primeira década do século XXI, como o câmbio flutuante, regime de metas de inflação e metas de *superávit* primário elevadas. Em razão da estabilidade de preços, a economia brasileira foi marcada no período como um regime de crescimento instável e de pouco dinamismo até o ano de 2004.

Já na segunda metade dos anos 2000, há novamente uma mudança de rumo no cenário econômico nacional:

A implantação do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) mostra que houve recuperação do planejamento de longo prazo, abandonado nas décadas anteriores de liberalização da economia. A primeira edição do referido Programa teve início em janeiro de 2007 [...] cujo objetivo central era o de recuperar a deteriorada infraestrutura e reduzir a desigualdade social. Suas principais ações estão voltadas para o setor de energia, transporte, construção de habitações populares, saneamento básico, recuperação de áreas urbanas ocupadas pela população de baixa renda, fornecimento de água e ações para o desenvolvimento das descobertas do Pré-sal. [...] O PAC mostra uma nova face do Estado, menos capturado pelas políticas recessivas de estabilização de preços e mais voltado para estruturar o desenvolvimento e explorar as potencialidades da economia nacional. Até porque uma das características desta nova fase é a estabilidade dos preços e das contas públicas, com significativa redução da dívida líquida do setor público. A materialização dessa estratégia resultou no acelerado crescimento da demanda, proporcionando a criação de um potente mercado interno apoiado na ampliação do consumo de massa, capaz de tornar a economia mais resistente às crises externas, como a que ocorreu em 2008. Os avanços sociais se juntaram à expansão

econômica, gerando um círculo virtuoso capaz de se contrapor e superar os efeitos contencionistas de uma ainda severa política monetária apoiada em juros elevados e câmbio sobrevalorizado. (IPEA, 2010, p. 27)

Nesse período, a retomada da intervenção do BNDS, Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal teve um papel muito importante no atendimento à demanda por crédito e financiamento por prazos mais longos. Aliado a isso, os bancos públicos tiveram um papel fundamental na crise mundial de 2008, sendo um contraponto na contração do crédito privado e evitando que a economia brasileira fosse arrastada para a recessão. Esses bancos, no período de 2008 e 2009, foram responsáveis pela expansão do crédito de financiamento da economia.

Outro fator preponderante a ser destacado foi o crescimento das operações de crédito, que decorreram da expansão do emprego formal e do processo de mobilidade social ascendente, ampliando o caminho para o acesso ao crédito por setores da sociedade que antes não o tinham.

O cenário contemporâneo e atual

As expectativas de crescimento para os próximos anos, já previstas pelas atividades da Petrobrás, especialmente em relação ao pré-sal bem como nas demais áreas onde a Petrobrás já atua, já é esperado um substancial impacto sobre a economia brasileira em termos da construção de cadeias produtivas que utilizarão ciência e tecnologia mais avançadas e de maior complexidade. Por conta disso tudo indica que, haverá grande geração de postos de trabalho para profissionais qualificados, renda e arrecadação de impostos, garantidos pela execução de uma consistente carteira de projetos de uma das mais importantes empresas da indústria do petróleo do mundo.

Não resta dúvida de que para transformar o petróleo em riqueza estratégica em favor do desenvolvimento é necessária uma política de defesa dos interesses nacionais, para tanto é necessário ter um modelo regulatório de controle pelo Estado da gestão das reservas, bem como o planejamento estratégico da produção e do refino, de forma a permitir que ocorra a partilha dos recursos com o conjunto da sociedade. Ademais, é importantíssimo que esse desenvolvimento a ser perseguido não leve em conta somente os aspectos econômicos, mas também os políticos e sociais.

Com relação ao Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, sua ênfase inicial focada no ressurgimento da indústria naval brasileira, que ficou esquecida pelo estado sendo sucateada por aproximadamente 20 anos. Retomados os investimentos navais via PAC, o país passou a deter a quarta maior carteira mundial de encomendas de petroleiros.

As formas de tornar o Brasil um país de crescimento sustentável economicamente, envolvem também investimentos sociais como, por exemplo, o Bolsa Família. Vale dizer que esses investimentos estão longe de ser simples políticas paternalistas, assistenciais ou somente despesas para as contas públicas.

Pelo contrário, tais medidas estimulam o crescimento, ao mesmo tempo em que reduzem as desigualdades sociais e regionais tão bem já debatidas e sinalizadas por alguns autores, como veremos adiante.

CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

O desenvolvimento econômico se desenvolveu de maneira cíclica na Teoria de Políticas Econômicas, em períodos de maior ou menor interesse desde estudos seminais dos economistas clássicos que contribuíram com suas teorias do crescimento econômico.

A discussão sobre o desenvolvimento econômico, com o passar dos anos, passou a incorporar elementos relativos ao progresso tecnológico e outras variáveis como educação, capital humano, distribuição de renda, combate à desigualdade social, sustentabilidade e meio ambiente, etc. Essas outras facetas do discurso de desenvolvimento ampliam as conexões entre crescimento social e sustentável e o desenvolvimento econômico.

Nesse viés, Celso Furtado (2008; 2007) foi o autor que abordou primeiro, de maneira efetiva, a questão estrutural do desenvolvimento brasileiro, limitando-o e considerando os papéis das desigualdades regionais e do mercado interno. Os aspectos enfatizados são relacionados com abordagens associadas na linguagem influente, entendida como um conjunto de características que estimulam a capacidade de rápida recuperação e desenvolvimento de uma organização seja ela uma indústria por exemplo uma região ou país.

Analisando as teorias de Celso Furtado, Mendes e Teixeira (2004) explicitam:

Trata-se, porém, de uma construção teórica não usual da economia, não apenas por sua insistência em adotar elementos multidisciplinares como em incluir delimitações analíticas em termo de espaço e tempo

(geografia e história), noções ausentes na ortodoxia econômica. [...] As principais contribuições de Furtado à abordagem estruturalista são consideradas em três aspectos principais: a inclusão da dimensão histórica; a análise das relações entre crescimento e distribuição de renda e a ênfase do sistema cultural como característica específica do subdesenvolvimento das economias periféricas. Considera-se aqui como mais uma contribuição teórica de Furtado a ênfase dada ao aspecto regional como limitante de um projeto nacional-integrado de desenvolvimento. [...] Ao inserir no debate sobre o subdesenvolvimento a questão das desigualdades (sociais e de renda), o caráter regional é considerado como elemento central de análise, enfatizando também do ponto de vista político, de maneira mais direta na região Nordeste. (MENDES; TEIXEIRA, 2004)

Assim, percebe-se que Furtado trouxe a análise do desenvolvimento econômico para um ponto de vista que considera a desigual realidade brasileira, os aspectos locais e como alcançar as regiões mais pobres do país. Nessa visão, o subdesenvolvimento não é uma etapa no processo de desenvolvimento, mas sim uma condição em que alguns países se encontram, em detrimento de outros (MAIA, 2018, p. 47).

O rumo do desenvolvimento, então, não é atingir a realidade de outros países, mas sim lidar com as desigualdades existentes no próprio país subdesenvolvido:

[...] as economias de países como o Brasil são fortemente caracterizadas por um alto grau de desperdício, sendo a pior delas aquelas que degrada vidas através do déficit de oportunidades de trabalho decente. A maioria pobre se encontra à margem do processo de desenvolvimento. Dessa forma, a inclusão justa é um elemento essencial ao desenvolvimento. O desenvolvimento incluyente faz oposição ao padrão de crescimento excludente do mercado e do consumo, e concentrador de renda e riqueza. (ALVES; CUNHA; SOUSA, 2018, p. 497)

Deste modo, o desenvolvimento a ser buscado pelos países subdesenvolvidos não trilha um caminho onde o ponto de chegada é a realidade dos países desenvolvidos. Trata-se, na verdade, de uma dicotomia. Os aspectos econômicos são analisados a partir de uma visão crítica sobre a relação entre os países desenvolvidos e os subdesenvolvidos. Tornam-se relevantes, então, os aspectos e particularidades locais sobre desenvolvimento.

Uma medida que exemplifica isso são as exigências de estatais de que um certo percentual de componentes nacionais sejam incorporados no produto final produzido naquele país. Essas exigências são:

Utilizados para diminuir as desigualdades enfrentadas pelas empresas nacionais em relação às estrangeiras, produzem seu mister através do aumento da participação da indústria nacional em setores específicos da atividade econômica, melhoram o desenvolvimento tecnológico nacional, criam oportunidades de trabalho gerando melhoria da renda dos cidadãos, mantem diversificação econômica, promovem elos intersetoriais e diminuem a dependência de fornecedores em determinados fatores, aumentando a capacidade de criação de valor agregado, além de permitir que empresas nacionais compitam regional e internacionalmente. (MAIA, 2018, p. 49)

Encontramos, ainda nesse sentido, também na nossa Constituição outra medida que implica atenção ao aspecto local quando falamos de desenvolvimento:

[...] a Constituição traz em seu bojo o dever da ordem econômica respeitar o meio ambiente, de forma que o Princípio da defesa ao meio ambiente trata da utilização racional dos recursos naturais visando equilibrar o desenvolvimento econômico, e o direito constitucionalmente garantido de que as gerações presentes e futuras tenham acesso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado [...] Os aspectos ambientais não podem ser tratados em separado dos aspectos econômicos e das possíveis implicações sociais decorrentes da exploração econômica, uma vez que, nem sempre a preservação dos recursos naturais será, por si só, capaz de satisfazer as necessidades humanas [...]. (OLIVEIRA, 2018, p. 243).

Tomando por base essas críticas, que chamam a atenção para outros aspectos além do econômico na análise do desenvolvimento, vamos abordar um em específico: a sustentabilidade.

NOVAS FACES DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NO BRASIL: A SUSTENTABILIDADE

Analisando o histórico econômico brasileiro, é possível perceber que a preocupação com elementos de desenvolvimento além do aspecto econômico não ocupou muito espaço ao longo dos anos. Entretanto, nos últimos anos vemos uma emergência dessa preocupação, com a adoção de políticas econômicas de desenvolvimento social, proteção ambiental, busca do bem-estar coletivo além do capital:

O termo desenvolvimento historicamente se construiu ligado à ideia de crescimento econômico, aumento da renda, inovação tecnológica e industrialização. Nesse amplo espectro, o bem-estar e a qualidade de vida das pessoas é tomada como uma consequência natural desses processos, isto é, a vida se tornará melhor conforme for alcançado o crescimento econômico. Contudo, inúmeras pesquisas realizadas nos

últimos anos [...] tem questionado de maneira contundente a existência da necessária relação entre essa concepção de desenvolvimento e o ganho em qualidade de vida para as pessoas em geral, demonstrando, dentre outros pontos, a inexistência de uma relação sempre crescente entre aumento de renda e bem-estar ou expectativa de vida. Compreender o desenvolvimento sob essa perspectiva unilateral e reducionista da realidade e das normas que informam a ordem econômica impõe relegar as pessoas à dimensão das consequências e não dos fins, leitura que se mostra incompatível caso se queira compreender o direito ao desenvolvimento no atual estado da arte dos direitos humanos e fundamentais. Para tanto, é inarredável reconhecer a centralidade que a dignidade humana deve desempenhar na formulação do conceito, com toda a sua carga axioteontológica, a exigir a fruição dos direitos fundamentais, representados, entre outros, pela qualidade de vida e o bem estar do cidadão, como finalidade, e não meio, do desenvolvimento. (RIBEIRO; BAMBIRRA, 2018, p. 336)

Assim, novos aspectos têm sido analisados quando se fala em desenvolvimento. Importante trazer que, além desse aspecto social, é necessário ampliar a visão para novos aspectos, dentre eles a sustentabilidade. Aqui, utilizaremos as riquíssimas contribuições de Enrique Leff (2000; 2003), que conceitua sustentabilidade a partir de uma visão que considera o homem parte da natureza e dela dependente.

Trata-se da racionalidade ambiental, que é baseada nos potenciais ecológicos e nas identidades culturais. Em outras palavras, “a racionalidade ambiental é fundada no proveito da produtividade dos ecossistemas com base nas condições ecológicas”, bem como “das bases sustentáveis aos processos de industrialização, integrando processos ecológicos com processos tecnológicos” (ALVES; CUNHA; SOUSA, 2018, p. 502).

Enrique Leff assim fala sobre a natureza e a construção dessa realidade:

A natureza é, ao mesmo tempo, um recurso econômico e uma herança cultural. Essas estratégias culturais para a gestão produtiva da natureza oferecem princípios para aumentar a produtividade sustentável dos recursos naturais, preservando as condições para o desenvolvimento de racionalidades alternativas e práticas diversificadas de construção e manejo da natureza e coevolução com a cultura. [...] valores culturais, entrelaçados em conhecimento, em formações ideológicas e em organização social e produtiva, constituem condições para o desenvolvimento sustentável. Essas formas de coesão social e auto-suficiência hoje permitem a sobrevivência de diferentes populações. Por sua vez, essas práticas de uso múltiplo de recursos naturais estão reafirmando identidades e enraizando uma racionalidade ambiental em territórios culturais para o desenvolvimento sustentável. [...]

descobrir a sustentabilidade ecológica e descongelar o tempo que eles foram embalado significados culturais, negado e desconhecido para o egoísmo e megalomania da racionalidade econômica. Esta defesa do meio ambiente local não depende apenas da avaliação econômica de natureza e cultura, mas a atualização e reconfiguração das identidades e da emergência de novos atores sociais que podem construir uma nova racionalidade produtiva, com base no potencial ecológico da natureza e os significados culturais dos povos. (LEFF, 2000, p. 61-63, tradução nossa)

Assim, falar de desenvolvimento e de sustentabilidade mostra que é muito importante repensar os padrões de conduta do Estado com relação à economia.

A economia não pode produzir a natureza: a energia contida em uma molécula de carbono ou no átomo, mesmo se posta em produção pela economia moderna, não foi produzida por seres humanos; Nenhum país, nenhuma sociedade, nenhum povo produziu ferro, óleo ou água. No entanto, a degradação da matéria e energia no solo, na água e na poluição do ar é produzida pelo processo econômico e considerada “externalidades” do sistema econômico. (PORTO-GONÇALVES; LEFF, 2015, p. 67, tradução nossa)

Para construir um desenvolvimento econômico e um futuro sustentável, precisamos:

1) o transbordamento da interdisciplinaridade como combinatória e integradora das perspectivas advindas das disciplinas existentes e de seus (reificados) referentes do mundo, para o diálogo do conhecimento. Isso implica que a compressão e a intervenção social na natureza vão além do campo privilegiado da ciência e da racionalidade dominante para pensar a sustentabilidade a partir do encontro de seres constituídos pelo conhecimento; 2) a construção de uma racionalidade ambiental dentro de um campo conflitivo de interesses e concepções diversas, que põe em jogo uma disputa sobre os sentidos da sustentabilidade, problematizando o lugar do conhecimento, racionalidade, conhecimento e ética na construção de um futuro sustentável; 3) pensar e construir sociedades sustentáveis transcendendo a relação de conhecimento com a objetividade de uma realidade produzida pelo efeito das formas de compreender o mundo, abrindo a porta da história a partir da relação ética do Ser com o Outro. (LEFF, 2003, p. 15, tradução nossa)

Trata-se do diálogo entre desenvolvimento econômico, sustentabilidade e desenvolvimento social:

Em sua dimensão social, a sustentabilidade tem como objetivo inibir modelos sociais que sejam excludentes, os quais permitem a

sobrevivência de poucos às custas de uma miserabilidade imposta por um modo de produção capitalista hegemônico e profundamente desigual. Tal dimensão exige a melhoria da qualidade de vida da população, bem como a equidade na distribuição de renda e de diminuição das diferenças sociais. (SOUZA- LIMA; MARTINI, 2016, p. 204)

Assim, precisamos que o Estado considere novas opções de desenvolvimento econômico, que considerem o aspecto social e o aspecto sustentável. O crescimento dos próximos anos não pode continuar levando em conta somente o aspecto econômico, como foi ao longo da história do país, uma vez que essa visão já foi comprovada que altera muito a realidade de desigualdade do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisar o histórico econômico do Brasil leva-nos a constatar a constante priorização do desenvolvimento somente em seu aspecto econômico. Entretanto, o Brasil recentemente vem colocando a vida dos cidadãos brasileiros em novos patamares, financiando e garantindo o acesso a direitos sociais. A situação do país tem mudado para melhor e existem, hoje, grandes oportunidades na economia brasileira.

Os índices econômicos mostram um Brasil com uma face muito mais dinâmica e fértil para o desenvolvimento em seu aspecto social. O Estado passou novamente a intervir, ativando mecanismos de financiamento do investimento produtivo, da infraestrutura e do consumo, através dos bancos públicos como o BNDES, Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal.

Como esses novos sinais de crescimento econômico e social estão demonstrando o que parece ser o ressurgimento de um novo período de desenvolvimento para a economia brasileira, importantíssimo analisar novas facetas do conceito de desenvolvimento.

Nessa visão, podemos adotar os ensinamentos de Enrique Leff (2000; 2003) sobre futuro sustentável, porque esse autor leva em conta não somente o aspecto econômico como também o social e o ambiental, trazendo diversos requisitos para definir o que é o desenvolvimento sustentável.

O aumento da produtividade com certeza é fundamental para dar curso ao desenvolvimento, para elevar a competitividade externa da economia brasileira e para alcançar níveis de renda cada vez mais altos e mais acessíveis à toda a população. Mas também é extremamente importante que esse desenvolvimento

venha acompanhado de políticas sociais e ambientais, auxiliando a reduzir as desigualdades sociais e a exploração do meio ambiente.

Do ponto de vista da economia, a estabilização da política monetária e a utilização de instrumentos alternativos de controle da inflação por outras áreas do governo é muito importante, como a política tributária, industrial e, sobretudo, agrícola, pois é no setor de alimentos que tem persistido o foco inflacionário. É urgente a necessidade de adotar medidas específicas para eliminar os gargalos estruturais da inflação. A princípio as condições de sustentabilidade do recente desenvolvimento brasileiro não estão, portanto, garantidas.

O fato do país estar avançando não implica na minimização dos desafios para suplantarmos o modelo herdado da fase histórica anterior, de desigualdade e dominação das elites. Fica a certeza de que um avanço efetivo só será possível se houver um aprofundamento na redução das desigualdades entre ricos e pobres, entre as regiões do país, no acesso aos direitos fundamentais, e, não menos essencial, nas relações comerciais e financeiras com o resto do mundo.

Por isso, precisamos aproveitar as chances de superar os desajustes da economia brasileira e ampliar o acesso das pessoas mais pobres a esse desenvolvimento, sempre respeitando a natureza e os recursos naturais.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Irivaldo; CUNHA, Belinda Pereira da; SOUSA, John Brehmer de. Desenvolvimento e desenvolvimento sustentável: uma revisão contemporânea para pensar políticas públicas num ambiente de complexidade. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, Curitiba, v. 1, n. 50, p. 484-213, 2018.

DE PAULA, João Antônio. Caio Prado Júnior e o desenvolvimento econômico brasileiro. **Pesquisa e Debate**, São Paulo, v. 17, n. 1 (29), p. 1-19, 2006.

FURTADO, Celso. **Economia do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008. v. 2.

_____. **Formação Econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Perspectivas do desenvolvimento brasileiro**. Livro 10. Brasília: Ipea, 2010.

LEFF, Enrique. Espacio, lugar y tiempo: la reapropiación social de la naturaleza y la construcción local de la racionalidad ambiental. **Desenvolvimento e meio ambiente**, Curitiba, PR, n. 1, p. 57-69, jan/jun., 2000.

_____. Racionalidad ambiental y diálogo de saberes: sentidos y senderos de un futuro sustentable. **Desenvolvimento e meio ambiente**, Curitiba, PR, n. 7, p. 13-40, jan/jun., 2003.

MAIA, Annuska Macedo Santosde França Paiva.

Conteúdo local como oportunidade de desenvolvimento para o Brasil. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável, 2018, Salvador. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/47080pq8/v6iNWCrT4154uxWl.p df>> Acesso em: 09 nov. 2018.

MENDES, Constantino Cronemberger; TEIXEIRA, Joanílio Rodolpho. **Desenvolvimento Econômico Brasileiro: uma releitura das contribuições de Celso Furtado**. In: Texto para discussão n. 1051, Brasília: IPEA, out. 2004. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/237266229_Desenvolvimento_Economico_Brasileiro_Uma_Releitura_das_Contribuicoes_de_Celso_Furtado>. Acesso em: 02 nov. 2018.

OLIVEIRA, Junia Gonçalves. **Desenvolvimento sustentável: uma análise comparativa do desenvolvimento econômico frente ao princípio da sustentabilidade**. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável, 2018, Salvador. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/47080pq8/m6hZ82PQ7o1Y33N8.pdf>> Acesso em: 09 nov. 2018.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter; LEFF, Enrique. Political Ecology in Latin America: the Social Re-Appropriation of Nature, the Reinvention of Territories and the Construction of an Environmental Rationality. **Desenvolvimento e meio ambiente**, Curitiba, PR, v. 35, p. 65-88, dez., 2015.

PRADO JUNIOR, Caio. **Diretrizes para uma Política Econômica Brasileira**. São Paulo: Urupês, 1954.

_____. **A Revolução Brasileira**. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. **Evolução política do Brasil: colônia e império**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. **História Econômica do Brasil**. 43. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

RIBEIRO, Renato de Araújo; BAMBIRRA, Felipe Magalhães. **Conceito de desenvolvimento adequado à concretização dos direitos humanos e fundamentais:** reflexões a partir do caso da mineração em Barro Alto/GO e a proposta de desenvolvimento como liberdade. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável, 2018, Salvador. Disponível em: <

<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/47080pq8/72Q49P114Prj0kbr.pdf>

> Acesso em: 09 nov. 2018.

SOUZA-LIMA, José Edmilson de; MARTINI, Karlla Maria. O campo jurídico e a face oculta da sustentabilidade. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, Curitiba, v. 2, n. 43, p. 185-215, 2016.

O COMMON LAW E A FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Lucas Ramos Guimarães¹ e Aline Souza Camargo²

Resumo

O Common Law é um sistema de organização e operação jurídica, tem como berço, a Inglaterra, onde passou a ser aplicado desde a Baixa Idade Média. A disciplina jurídica passou a ser integrada e exercitada com a finalidade de pacificação social, nos chamados Tribunais de Westminster, popularmente conhecidos como Tribunais Reais. Entre uma vasta série de peculiaridades exclusivas deste sistema, e suas principais características, destaca-se a importância dos julgados e a valorização destes para aplicação do Direito, desta forma, pode-se concluir que o Common Law é um direito jurisprudencial, elaborado pela figura do juiz. Torna-se portanto, objeto deste artigo resgatar a formação do Common Law, com ênfase no sistema de valorização da jurisprudência, e assim, por conseguinte, dos precedentes judiciais, tal como, sua respectiva formação e características no ordenamento jurídico inglês.

Palavras-chave: Common Law; Tribunais de Westminster; Direito jurisprudencial.

THE COMMON LAW AND THE BUILDING OF THE JUDICIAL PRECEDENTS

Abstract

The Common Law, is a system of legal organization and operation, was born in England, where it has been applied since the early Middle Ages. The legal subject started being integrated and exercised with the purpose of social pacification, in Westminster Courts, popularly called King's Courts. Among a variety of unique peculiarities of this system, and its main characteristics, stands out the importance of those being judge and their value for the application of the law, thus, it is safe to say that the Common Law is a Jurisprudential law, elaborated by the figure of the judge. Therefore, the objective of this article is to rescue the building of the common law, with emphasis in the system of valuation of case

¹ Lucas Ramos Guimarães, autor deste artigo, é acadêmico de Direito do quarto semestre, no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) - Casa Metropolitana do Direito.

² Aline Souza Camargo, é coautora deste artigo, é acadêmica de Direito do quarto semestre, no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) - Casa Metropolitana do Direito.

law and judicial precedents, such as their respective training and characteristics in the English legal order.

Keywords: Common Law; Westminster Tribunals; Judge Made Law.

Introdução

Common Law, corresponde ao sistema jurídico elaborado em Inglaterra, à partir do século XII pelas decisões das jurisdições reais, conservando fortes influências do Direito Anglo - Saxão, considerado por muitos, o antecessor do próprio direito inglês, em consequência de sua maior popularidade, esta, que se encerrou após o domínio de Roma sob a Ilha.

Como menciona o brilhante John Gilissen³, em sua obra *Introdução Histórica ao Direito*: "A expressão common law é utilizada desde o século XIII, para designar o direito comum da Inglaterra, por oposição aos costumes locais, próprios de cada região". Ressaltou ainda em sua obra, que durante vários séculos, o sistema jurídico inglês foi chamado pelos juristas de *comune ley*⁴, dado à comunidade jurídica que ainda se valia do Direito Francês.

O Direito Inglês não é composto apenas pelo common law em si, mas encontra disciplina jurídica no statute law (direito dos estatutos), ou seja, aquela disciplina regrada, delimitada e promulgada pelo legislador, que se desenvolveu conjuntamente com o direito jurisprudencial.

Ainda quanto à mecânica imputada ao common, tem-se a valorização das decisões judiciais, passando estas, além de confeccionar coisa julgada material, a também, apresentar uma dinâmica de vinculação da decisão judicial à demais casos similares.

Dentro desta clara valorização dos julgados, houve também, um grande desenvolvimento quanto à segurança jurídica dos entendimentos das Cortes e Tribunais voltadas à aplicação do Direito, adicionando à estes, a possibilidade de vincular o precedente, e, certa prioridade para a revogação de um precedente, podendo esta ser: uma revogação parcial ou total.

A Inglaterra apesar de ter conservado esta dualidade em seu sistema jurídico, inevitavelmente, em 1875, concretizou a unificação de ambos - o statute law e o

³ John Gilissen, "Introdução Histórica ao Direito", página 207, 3ª edição da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2001. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macáista Malheiros.

⁴ *Comune ley*, ou, Lei comum, foi a denominação que os juristas ingleses utilizavam como nomenclatura para o sistema adotado, valendo-se ainda das influências do Direito Francês.

common law- em um único sistema funcional, tratando de ambos uníssonamente.

Na atualidade a Inglaterra vem apresentado uma dinâmica única e célere, envolvidos quanto aos precedentes e as técnicas que os compõem. Todavia, foi neste cenário de alto desenvolvimento do common law como direito jurisprudencial, que a Inglaterra deu um passo ao Civil Law, quando reuniu e codificou uma série de normas no Civil Procedure Rules, visando maior segurança jurídica ao Processo e sua tramitação, encarregando aos precedentes jurídicos a complementação e celeridade que os dispositivos legais positivados e reduzidos a termo não apresentam na mesma proporção.

Esta produção acadêmica, fulcra-se diretamente na temática de precedentes, e para isso adotou o berço deste instituto, o Common Law Inglês. Outro ponto medular, com o qual este artigo se compromete, é averiguar e explicitar os reflexos que cada sistema tem gerado ao outro, durante a pós modernidade, tal como, estes ordenamentos jurídicos vêm caminhando em direção à um regime misto.

Exemplificam essas alterações: o recente Civil Procedure Rules no direito inglês, e a inserção da temática de precedentes judiciais ao ordenamento jurídico brasileiro, através do Novo Código de Processo Civil (Lei Federal 13.105 de 16 de Março de 2015).

Por intermédio desta produção acadêmica, prestamos agradecimentos ao acadêmico do quarto semestre do Curso de Direito no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), Gabriel Henrique Pinheiro Rodrigues, que como pesquisador deste grupo, desempenhou fundamental colaboração para esta produção, fornecendo material para os autores, e também, ao professor orientador dos trabalhos do Grupo de Pesquisa e Trabalho Direito Processual, Civil Law Common Law, o Dr. Fabrizzio Matteucci Vicente.

“verum ac factum conventuntur”

“Honestre vivere neninem laedre, suum cuique tribuere”

“Remedies precede Rights” tradução: “o processo precede o direito”

Common Law

Para compreender o sistema jurídico que abrange o Direito Inglês, é necessário trazer à luz, os elementos que o compõem, de toda forma, ainda que a dualidade do sistema inglês tenha se extinguido no século XIX, com a absorção do Statute Law (Direito Estatutário) pelo Common Law.

Nada obstante, vale mensurar que o Common Law, desde o princípio apresentou como principal fonte de aplicação do Direito, os julgados e decisões expedidas pelas cortes, reaproveitando estas supracitadas para instruir futuros julgamentos, o que, na atualidade veio a se tornar, o que têm-se como jurisprudência, e, à crivar o judge-made-law como pilar de sustentação definitivo do Direito Inglês.

Precipuamente, os julgados eram a principal fonte do Direito Inglês, enquanto omissa, incumbia-se a lei de preencher tais obscuridades, para então, reger as relações interpessoais, tais como o diálogo efetivo do Estado para com a sociedade inglesa. Sendo assim é de suma importância analisar o processo de formação do Common Law, tal como a formulação dos precedentes, bem como, o reaproveitamento de julgados, focando na evolução deste sistema.

Processo de Formação do Common Law

Quanto ao seu processo de formação, ainda cabe salientar que deu-se início com a Dinastia Tudor, e, por influências dos normandos na Ilha, com a adoção de um poder centralizador, a Inglaterra teve uma experiência distinta quanto ao feudalismo, uma vez que Guilherme I, cautelosamente, buscou formas de manter a figura do senhor feudal como algo de poder, mas com a limitação necessária para que estes, em hipótese alguma, se tornassem uma ameaça.

Por influência de Guilherme I, concedeu-se aos senhores feudais, a aplicação das leis, que, em condições de extrema urgência careciam dessa intervenção real⁵, poderiam ser presididas pelo próprio rei, na County Court⁶.

Durante o reinado de Henrique II, o direito inglês, ainda em formação, recebeu uma de suas mais marcantes influências e principais características - aquilo que ficaria conhecido como a lei comum. Nesta época, ciente desta recém - formação de um sistema jurídico, o rei criou um conjunto de leis comuns, para assegurar que o Direito fosse aplicado de forma uniforme à todo cidadão.

Apesar de revolucionar e otimizar a proporção da aplicação das leis, o Rei não pôde - por limitações culturais e sociais - modificar a conjuntura de costumes ,

⁵ Como aos assuntos hábeis à prejudicar a paz no reino, ou de interesse da realeza, eventualmente;

⁶ As County Courts, assembleias presididas pelos senhores feudais para aplicação da lei, também ficaram conhecidas pela nomenclatura de Hundred Court;

muito menos alterá-los, ainda que fossem tênues, como também fez alusão em sua produção acadêmica, a brilhante, Ana Beatriz Ximenes de Queiroga⁷:

“Quando Henrique II assumiu, em 1154, planejou criar um sistema jurídico que aplicasse uma lei comum para a Inglaterra toda, sem exceções. Ele sabia que não poderia mudar os costumes do local sem causar um desastre, então pensou que seria mais seguro pegar os princípios já existentes, os costumes, e fazer com que eles adquirissem novos significados”.

Ainda no tocante às reformas do Rei Henrique II, vale destacar que o mesmo foi precursor dos Tribunais de Westminster, ou seja, Tribunais Reais, que passaram a julgar as ações de instância penal, caso o delito fosse praticado contra a Paz do Rei, sendo este, o bem jurídico sob maior tutela do estado.

Para atender às demandas oriundas das causas cíveis, portanto, aquelas atreladas ao Direito Civil Inglês, foram destinadas à atuação dos júris - um tipo de prática legítima, exercida pelos Tribunais, onde ocorria um grande retrocesso por trás da aplicação do direito⁸.

Caso o ingresso ao juízo não atendesse aos interesses das partes, a figura real poderia ser procurada, para pacificar a lide existente.

Ainda no período de regência de Henrique II, foram criados os mandados reais (“Writs”), algo que informalmente e de forma bem primária, pode ser enxergada como os primeiros passos de uma via recursal; os writs eram os instrumentos obtidos através dos Chancellors⁹, que findava prover a transferência do caso, dos Lordes Tribunes para os Tribunais Reais, popularizados como Tribunais de Westminster.

Vale sobressaltar que a matéria de um writs, era que cada um destes mandados, era regido por um rito especial, regrado a sequência de atos, a possibilidade da oferta de representação, a previsão do método de execução da decisão, tal como as regras de formalismo ante o vocabulário e postura à serem seguidas.

⁷ QUEIROGA, Ana Beatriz Ximenes, “O Direito Inglês”, artigo publicado no site: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-ingles,49678.html> , no dia 29 de Agosto de 2014, acessado às 19:50 do dia 7 de novembro de 2018;

⁸ aqui destacam-se os duelos e disputas que eram utilizados para definir e apurar, sob qual das partes caberia o gozo do Direito, no entanto, este tipo de prática era quase inconclusivas, ou de impossível realização, além de proporcionarem um alto grau de periculosidade;

⁹ Os Chancellors ou Chanceleres eram os oficiais da coroa incumbidos de verificar a possibilidade, e necessidade do caso concreto ser encaminhado aos Tribunais Reais.

A partir desta herança do Rei Henrique II (unificação das leis inglesas), cria-se o Common Law.

O surgimento da Equity/Equidade (1485 - 1832)

Apesar de primordial para a estruturação do Estado e da sociedade, a herança do Rei Henrique II (Common Law), ainda era excessivamente formal, e apresentava grandes resistências quanto à renovação das normas.

Isto posto, é possível concluir que além de excessivamente formal, as normas não dispunham da liberdade necessária para sua renovação. Em conta desta problemática, o direito se tornou incompatível com os costumes, deixando de atender as demandas sociais e cometendo injustiças, ensejando o surgimento da Equity, um sistema que objetivava contrapor o Common Law.

Como já mencionado, com a instituição dos writs ao direito inglês, instaurou-se uma via recursal das decisões expedidas pelos Tribunais Reais, sob alegação de injustiça ou erro de julgamento, assim, podendo a parte vencida, apelar, aos Tribunais de Westminster, como também, recorrer ao Chancellor, solicitando a apreciação do caso concreto, pelo Monarca.

Contudo, por razões históricas, a Inglaterra no período de Guerras, vinha à sobrecarregar o Rei com as demandas militares, como ocorreu durante a Guerra das Duas Rosas¹⁰, sendo assim, o Rei não dispunha de tempo para resolver a demanda de cada lide.

Posto isto, cabe concluir que a atividade jurídica foi acrescida entre os Chanceleres, para que assim, a demanda de recursos à corte fosse cumprida, assim, inspirados pelo direito canônico e agora, incumbidos das atividades jurídicas, passaram a construir sentenças em juízo, regidas por fortes influências dos clérigos, que antes, aplicavam a lei moral, portanto, o que se entendia como justo segundo os costumes sociais, decidindo as lides, através da equidade (equity, em inglês); tal como pelo Direito Romano, aproximando a carga decisória e sentenças aos ideais de justiça, desta forma, consequentemente, satisfazendo a população.

¹⁰ Foi a disputa pelo trono inglês, como corolário da forte rivalidade entre os Lancaster e os York, protagonizado por Henrique IV da Casa Lancaster, e Ricardo York (nobre que tentou derrubar o rei, sob a concepção de que a administração real era fraca), com duração de aproximadamente 30 anos, e uma série de episódios, marcados por confrontos entre as duas famílias. O desfecho dessa Guerra Civil, ocorreu na Batalha de Bowsworth (1455), onde Henrique Tudor (Henrique VII), venceu Ricardo York, assumindo o trono, e casando com a filha de seu rival, Isabel, unindo assim as duas famílias, e pondo fim ao conflito armado.

Desta forma, explica Joseph Dainow¹¹ Law:

“The system of writs became so highly formalized that the laws the courts could apply based on this system often were too rigid to adequately achieve justice. In these cases, a further appeal to justice would have to be made directly to the king. This difficulty gave birth to a new kind of court, the court of equity, also known as the court of Chancery because it was the court of the king’s chancellor.”

Tradução integral:

“O sistema de escrita, se tornou tão altamente formalizado que as cortes de leis puderam aplicar baseado nesse sistema, no qual muitas vezes eram rígidas demais para alcançar adequadamente a justiça. Nesses casos, um apelo a justiça poderia ser feito diretamente com o rei. Essa dificuldade deu o nascimento para um novo tipo de corte, a corte de equity, também conhecida como Corte de Chancery, porque era a corte do Rei Chancellor.”

Além de gozarem desta nova técnica de julgamento, como bem ressalva Ana Beatriz Ximenes Queiroga¹²:

“A Chancelaria tinha poderes para forçar a execução de sanções ou a apresentação de provas e documentos, sendo mais eficiente.”.

Dessarte, a Chancelaria além de adquirir atuação judicial¹³, ainda adquiriu formas de tornar a execução da sanção, mais célere e dinâmica.

Desta maneira, foi gerada uma série de suposições quanto ao destino do Common Law, conquanto, sua aplicabilidade, por resistência de juristas e do parlamento, que objetivavam utilizá-lo para controlar a ação dos Reis, que por outro lado, viam a Equity como uma forma de aliviar a sobreposição de funções sobre a coroa, o que, obviamente viria a conquistar seu apoio.

A Equity ante a Lei Comum, o Common Law na modernidade

Posteriormente às discussões jurídicas acerca da problemática, foi concluído entre os membros da comunidade jurídica, na época, que a Equity, deveria se

¹¹ DAINOW, Joseph, “The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison”, publicado no The American Journal of Comparative Law, volume 15, n° 3 (1966 - 1967), página 419-435;

¹² QUEIROGA, Ana Beatriz Ximenes, “ O Direito Inglês ” , artigo publicado no site: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-ingles,49678.html> , no dia 29 de Agosto de 2014, acessado às 20:25 do dia 8 de novembro de 2018;

¹³ ou seja, solicitar a apresentação de provas, e documentos, que pudessem formar seu convencimento de forma livre, efetuando o que costumeiramente, denominamos como dilação probatória;

adaptar ao conjunto de normas e leis, e não o contrário, o que certamente poderia gerar uma grande instabilidade jurídica e a falta de razoabilidade na aplicação do direito.

Conclui-se, que a Equidade deveria ser compatível com o conjunto de leis, isto significa, não contrariar suas disposições e extensões, vindo então à aperfeiçoar o direito inglês, por esta razão, a Inglaterra adotou e conservou um modelo dualista, mantendo a valorização da jurisprudência, e o que mais tarde ficou conhecido por Statute Law¹⁴. Visando suprir essa coexistência, o ordenamento jurídico optou por distribuir entre os Tribunais a legitimidade para julgar por Equidade, enquanto outros recebiam ordens para julgar conforme o conjunto de leis e estatutos.

Após anos da consolidação da Equity, e com o dispêndio dos séculos da existência deste caráter dual, das fontes de aplicação do Direito no sistema jurídico Inglês, e em decorrência da instituição dos Judicature Acts (ocorrendo por volta de 1875), unificou - se a aplicação da Equidade e da lei por todos os tribunais sob jurisdição Inglesa, definindo as fontes de aplicação do direito no Common

Relata, com propriedade esta dualidade sistemática, com as claras influências do Civil Law, sua unificação e aplicação na atualidade, em uma brilhante reflexão a Berkeley Law¹⁵:

“Courts of law and courts of equity thus functioned separately until the writs system was abolished in the mid-nineteenth century. Even today, however, some U.S. states maintain separate courts of equity. Likewise, certain kinds of writs, such as warrants and subpoenas, still exist in the modern practice of common law. An example is the writ of habeas corpus, which protects the individual from unlawful detention. Originally an order from the king obtained by a prisoner or on his behalf, a writ of habeas corpus summoned the prisoner to court to determine whether he was being detained under lawful authority”

Tradução integral:

“As cortes de direito e as cortes de equity funcionavam separadamente até o sistema escrito ser abolido em meio ao século XIX. Mesmo hoje em dia, alguns estados dos U.S mantêm as cortes de equity separado. Assim como alguns tipos de direitos, como finanças e intimações, continuam existindo na prática moderna do Common Law.

¹⁴ termo que veio à abranger o conjunto de leis, uma vez que o termo common law, passou a ser utilizado como nomenclatura referente à ambas fontes de integração do direito.

¹⁵ Disponível em <https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/pdf/CommonLawCivilLawTraditions.pdf> ; acessado no dia 12 de novembro de 2018, às 21:38

Como exemplos, temos o direito de habeas corpus, no qual protege o indivíduo de ser preso por ilegal detenção. Originalmente, era uma ordem do rei obtida por um prisioneiro ou em seu nome. O direito de habeas corpus convoca o prisioneiro até a corte para determinar se ele estava sendo detido sob autoridade legal.”

Serão aplicados os precedentes, jurisprudências (equidade), e naquilo que forem omissos, ou incapazes de pacificar as problemáticas existentes, a aplicação da lei far-se-á necessária e obrigatória. Tal conclusão é oriunda da absorção da lei pela equidade¹⁶, submetendo-a à compatibilidade com as leis, e destinando a aplicação legal para suprir possíveis demandas não apreciadas ainda pelas cortes, ou causas em que haja obscuridade da Equity, como propriamente já fora mencionado nesta produção acadêmica.

Precedentes Judiciais

Precedente, oriundo dos julgamentos da Equity confeccionados ao longo da evolução do Direito Inglês, é a decisão judicial¹⁷ tomada à luz de um caso concreto, cuja essência, denominada por muitos como “núcleo essencial”, pode servir como molde ou instrução para julgamento de casos posteriores.

Surgimento dos precedentes no Common Law

Os precedentes, no sistema de Common Law, surgiram no século XIX, com a adesão do Stare Decicis, instaurando o sistema de precedentes, como instituto complementar à Equity¹⁸.

O Common Law e a Equity foram o corpo estrutural de precedentes, porém, vale destacar que em seu surgimento, a Equity era livre de precedentes, ou seja, ainda não utilizava decisões judiciais anterior a casos semelhantes para seus julgamentos. Somente no século XIX, foi criado o Stare Decicis (Latim: deixe a decisão ficar) que seria os precedentes utilizados até hoje na Inglaterra e nos Estados Unidos.

¹⁶ processo comumente conhecido como absorção do direito estatutário inglês, que ocorreu durante o século XX.

¹⁷ Cabe lembrar que, todo precedente decorre da decisão judicial, mas nem toda decisão judicial apresenta aptidão para instruir futuros julgados, carecendo de elementos primordiais para isso (circunstâncias fáticas compatíveis com demais demandas, e ratio decidendi com potencial para sanar e formas a mesma convicção do juiz ante ao caso concreto.

¹⁸ PORTO, Giovane M. aspectos históricos do instituto do precedente judicial, REGRAD, UNIVEM/MARILIA-SP, v.9, n.1, p. 191, agosto de 2016.

Baseado em decisões da Equity, os precedentes começaram a valer, segundo Vitor Galvão Fraga¹⁹ em seu artigo O sistema do Common Law:

“Paulatinamente, dentro das próprias decisões baseadas na equity, passou a valer a regra do precedente, adquirindo por volta do século XIX tanta rigidez quanto a Common Law.”

Ressalva, com muita propriedade quanto à cronologia histórica desta formação, Lenio Luiz Streck²⁰:

“O termo precedente foi utilizado pela primeira vez em 1557. A doutrina dos precedentes consiste em teoria que alça as decisões judiciais como fonte imediata do Direito junto à equidade e legislação. Dessa maneira, a doutrina dos precedentes vincula as Cortes no julgamento de casos análogos. Essa doutrina, para ser aplicada, demanda dos juízes a avaliação de quais razões jurídicas foram essenciais para o deslinde das causas anteriores.”

Ainda que já mensurada a estrutura deste instituto jurídico, faz-se necessário discriminar, os precedentes judiciais da jurisprudência, como institutos jurídicos; em especial, pela costumeira e fácil assimilação de ambos como sinônimos, pelas legislações que recentemente vem instituindo estes mecanismos, em seus ordenamentos jurídicos, exemplo disto é no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). Desta forma, salienta-se que a jurisprudência é o conjunto de decisões subsequentes dos Tribunais em um sentido condicionado pelo entendimento destes, portanto, ocorrendo durante o julgamento de uma causa, então, para isto, é necessária uma ampla discussão jurídica e a cognição das divergentes opiniões quanto a interpretação da lei, do caso supracitado, ou até mesmo da aplicação do Direito Material. Isto é, quando fala-se em jurisprudência, há uma direta consideração do relevante número de decisões reiteradas que apontem entreluzindo o mesmo norte à repetitiva demanda apreciada nos autos. Assim sendo, esgotado este prisma, cumpre concluir que o precedente, dispensa veemente essa pluralidade de decisões reiteradas, tal como, toda discussão jurídica envolta na laboração da jurisprudência, portanto, ambas divergem claramente quanto à formalidade em sua elaboração, bem como o processo de composição das supracitadas.

¹⁹ FRAGA, Vitor Galvão, “O sistema do Common Law”, publicado em <https://jus.com.br/artigos/22816/o-sistema-do-com-mon-law>, em outubro de 2012, acessado às 13:52 em 20 de novembro de 2018.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz O que é isto- decido conforme minha consciência?- 4^o ed. Ver. Porto alegre: livraria do advogado, 2013.

Composição dos Precedentes Judiciais

Para compreender o núcleo essencial do precedente judicial, logo, sua composição, será necessário resguardar a exploração destes elementos de forma pormenorizada, assim, desmembrando este subtópico em duas partes - as circunstâncias fáticas propriamente ditas, e a *ratio decidendi*.

As circunstâncias fáticas, são os fatos intrínsecos ao caso concreto, que embasam a controvérsia havida entre as partes naquela determinada relação processual, sendo assim, as circunstâncias caracterizadoras da lide, que narram ao juízo, as versões e alegações dos polos litigantes, e a provocação do poder judiciário.

No que concerne à *ratio decidendi*, cabe avultar que a mesma percebe, os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão judicial, por conseguinte, aquilo que formou o convencimento do juiz sobre o caso, e estruturou seu entendimento, quanto à aplicação do Direito ao caso concreto.

Ainda neste processo de formulação é primordial destacar que o precedente, no direito inglês, pode ser formulado nas instâncias mais baixas, pois os julgamentos, ainda que nas instâncias inferiores, são presididos por um colegiado, portanto, ainda que não goze de um efeito vinculante²¹, sua formação é garantida, podendo, assim instruir futuras decisões.

Somente sob reconhecimento das Instâncias superiores, poderá o precedente formulado por Tribunais Inferiores na hierarquia destas instâncias supracitadas, receber poder para vincular as demais sentenças, uniformizando a aplicação do Direito em todos os tribunais operantes na jurisdição inglesa.

Não obstante, em análise futura de decisão tomada no passado, ou seja, durante a efetuação de um juízo de admissibilidade do precedente, recai ao analisador, ou intérprete, averiguar os fatos que emanam a controversa naquele caso, seguidos da fundamentação jurídica, que extinguiram a demanda, é, desta forma, que se extrai o precedente judicial.

Peculiarmente, ante à outros institutos jurídicos, os precedentes geram uma exigência interpretativa muito complexa e densa, afinal, antes da aplicação concreta, deve ser percebido pelo julgador da causa atual, se há uma plena compatibilidade das circunstâncias fáticas, e se houve plena pacificação do conflito, espelhando este mesmo rigor, à *ratio decidendi*, principalmente no que

²¹ afinal nenhum Tribunal hierarquicamente superior se encontra obrigado a aplicá-lo, ao menos que reconheça no precedente formulado, uma perfeita integração da lei comum e costumes, qualificados a ponto de extinguir o conflito entre as partes, por fim, as repetitivas demandas.

tange à sua vocação de propagar estes mesmos entendimentos, efetuando a extinção do conflito inter partes.

A Análise do Precedente Judicial, “Distinguishing”

Precipuamente, como já abordado nesta produção acadêmica, um precedente é composto por dois elementos - os elementos fáticos, e, a ratio decidendi.

O complexo processo de análise desta norma jurídica, centra-se na compatibilidade de elementos oriundas no precedente formulado, assim como, da lide em questão.

A ratio decidendi, implica na sustentação jurídica ofertada pelos juízes, na decisão que gerou o precedente e justamente nesse caráter, a análise se torna complexa, uma vez que, não necessariamente esta fundamentação na sua totalidade seja instrutiva, ou até mesmo necessária para a resolução de outros casos, bem como, para a construção do precedente, o que recebeu a nomenclatura de “*Obter Dictum*”²².

Estes fundamentos deverão ser pormenorizados, e analisados, sendo incumbido ao julgador, classificar o grau de importância e relevância de cada um dos supracitados, enquadrando tudo aquilo que não for essencial para a sustentação do precedente, na nomenclatura, e aqueles que efetivamente compõem uma ratio, por conseguinte, uma diretriz com a função de nortear o julgamento.

Cabe notabilizar novamente, que o grau de complexidade no processo de análise do precedente, é justamente uma forma de garantir a coerência de sua aplicação no ordenamento jurídico.

Contudo, não somente a análise do precedente, esgota as extensões dos precedentes como instituto jurídico, somadas à aplicação prática e costumeira destes, surgem diversas técnicas²³ para atribuir maior segurança jurídica ao uso desta norma para integração do direito.

Ordem de aplicação do Distinguishing (distinção)

1. Decisão que gerou o precedente judicial;
2. Analisar a compatibilidade das circunstâncias fáticas do precedente, com as circunstâncias fáticas do caso atual;
3. Pormenorizar a percepção dos fundamentos jurídicos, enquadrando aquilo que se destaca como essencial para a instrução dos próximos julgamentos, e aquilo

²² Ainda neste antro, existem os argumentos secundários, logo, aqueles que não constituem ratio, ou seja, não vincula a instrução de futuros casos, terá a mesma finalidade, aquilo classificado como *Obter Dictum*.

²³ Dentre elas estão o: *Overruling*, *Overriding*, e a Técnica de Sinalização

que compete ao Obter Dictum, ou exerce papel secundário na formação do convencimentos dos julgadores, assim, observando se esta ratio, detém potencial para esgotar a divergência personificada nos autos, com o conflito dos polos.

Essa comparação, e análise de compatibilidade do caso atual, com o caso que gerou o precedente, consiste na Técnica de Confrontação, onde, caso haja incompatibilidade dos elementos constitutivos do precedente, o supracitado não será aplicado.

Nesta hipótese de incompatibilidade concreta e integral, caberá à Corte, alegar que há uma Diferença Fundamental, impedindo a aplicação prática e concreta daquele precedente em questão. Desta forma, promovendo esta sucessão de atos, a figura do julgador, estará realizando o distinguishing.

Posto isto, cabe delimitar que há dois tipos de distinção:

- a) **Distinção Restritiva/ Interpretação Restritiva:** aquela que visa suprimir e restringir a aplicação da ratio em questão.
- b) **Distinção Ampliativa/ Interpretação Ampliativa:** aquela que objetiva a ampliação da aplicação concreta desta ratio.

Destarte, o distinguishing é uma técnica de comparação e confrontação do precedente, com o caso atual, definindo assim, de forma primordial, os moldes de aplicação deste.

Técnica de Overruling

Overruling é a técnica onde dar-se-á superação total do precedente judicial, dessarte, é justamente através desta técnica que se compreende a validade, a aplicação do precedente e dá-se propulsão para o início da reformulação do supracitado.

Essa superação integral pode se desdobrar em duas formas distintas: de forma expressa (mediante declaração expressa de um Tribunal que está superando-o), ou, tacitamente (situação em que não há uma declaração expressa, desta superação, mas, tacitamente, ou seja, através da leitura da resolução dos casos onde, pode salientar-se a superação total do precedente, uma vez que o mesmo deixe de figurar o convencimento de outros julgadores, em proporções significativas²⁴)

²⁴ Nota-se que esta condição, muito assemelha-se com o desuso do precedente, e até mesmo, com a falta de utilidade prática do mesmo, para instruir os atuais julgamentos, desta forma, salientando a superação deste precedente, sem uma declaração dos Tribunais.

Técnica de Overriding

Diferentemente do Overruling, o fulcro por trás desta técnica - o Overriding - é obter, a superação parcial do precedente, para o reaproveitamento de um de seus elementos, ou então, de parte deles; ou então, para adaptá-lo aos avanços da sociedade, respeitando o ensejo de manter o dinamismo destas reformas, sem prejudicar o andamento da justiça e a seguridade dela.

Isto é, sua aplicação seguirá ocorrendo em vindouros julgamentos, contudo, de forma mitigada ou limitada, para que assim, mantenha-se o dinamismo na modernização e adaptação desta norma jurídica, tão essencial ao direito inglês, uma vez que a mesma, busca, à todo momento, oferecer um dinamismo e segurança, inerentes ao passo que a sociedade dá em sentido de inovações, e superações paradigmáticas.

Técnica de Sinalização

A Técnica de Sinalização tem como fito, conferir maior segurança jurídica das partes, atribuindo um processo de revogação do precedente, onde, ao que o entendimento das Cortes e demais Tribunais estão mudando, por conseguinte clara e concreta, o precedente não está alheio à estas mudanças, devendo refleti-las, assim, justamente observando esta situação, poderá o Tribunal sinalizar este descompasso.

Neste caso o Tribunal emite um sinal/ um aviso, para que os jurisdicionados e aqueles que compõem as Cortes, consigam perceber que aquele precedente está sendo, não somente superado, mas também, substituído por outra ratio, em decorrência da sua desatualização.

À vista disto, cabe alumbrir que essa técnica é de extrema importância para o sistema de precedentes, uma vez que, a supracitada, conserva a segurança jurídica, e, aquilo que podemos nominar como “saúde” dos julgados.

Ainda, à título de conclusão deste extenso tópico, é justo salientar que o dinamismo, praticidade e resiliência do Common Law aplicado como sistema jurídico, só faz-se possível, e popularizou-se, em decorrência destas técnicas.

Civil Procedure Rules, o passo que o Common Law puro, deu ao Civil Law

Em 1994, o Lord Chancellor, delegou ao conhecido magistrado, Lord Woolf de Barnes, a tarefa de efetuar pesquisas quanto a situação da England Civil Justice (Justiça Cível Inglesa) sob ótica crítica, oferecendo soluções para aprimorar seu

desempenho, de forma à considerar também, as diversas críticas e comparações do sistema jurídico inglês com outros sistemas de Civil Law, ou, os sistemas mistos.

Woolf notou uma grande problemática inerentes ao sistema processual: a lentidão excessiva, custo processual avaliado em níveis exorbitantes, e a carência de uma fácil compreensão; tornando a acessibilidade algo dificultoso, sendo também esta, a fonte geradora de incertezas e interpretações diversas da lei, estando ela, ou não, positivada e codificada.

Como resultado de sua pesquisa, as frentes de análise, reduziram-se à dois relatórios encontrados pelo Lord: o Interim Report de 1995, e, Final Report de 1996; que contextualizava duas situações extremas - a calorosa recepção de uma reforma, ou, uma notável rejeição²⁵.

Contudo, o Civil Procedure Act de 1997, anunciou o ímpeto de criar um próximo código, que unificasse as regras procedimentais do processo civil inglês, que apesar do clima de mudanças e reformas, contextualizados pelos acontecimentos daquele ano (ascensão da classe trabalhadora ao poder), não perdeu, de forma alguma, seu caráter e ensejo reformista.

Naquele mesmo ano, Sir Peter foi responsável pela redação de um complexo relatório, que iria a recomendar a instituição das soluções e críticas, prestadas pelo Lord Woolf de Barnes, seguida das suas sugestões de modificações, o que resultara, por fim, no RCP Inglês.

Nada obstante, a Inglaterra, um país de Common Law puro, sem constituição escrita, frente às dificuldades e complexidades no antro processual cível, unificou e reduziu a termo suas regras procedimentais em um código, o que, inegavelmente, é uma prática característica de outro sistema jurídico, no caso, o Civil Law.

Conclusão

Posto isso, cumpre concluir que na atualidade os sistemas jurídicos apresentam soluções para problemas existentes nestes; à título exemplificativo, nesta própria produção acadêmica vimos a criação do RCP Inglês, para suprimir a obscuridade e equívocas interpretações das regras procedimentais.

²⁵ Algo que fora claramente explicitado pelo brilhante, MOREIRA, José Carlos Barbosa em "Uma novidade: o Código de Processo Civil Inglês"

Ainda analisando o passo que os sistemas jurídicos, têm dado ao que podemos nominar como sistemas mistos, temos o Novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, que instituiu ao ordenamento jurídico brasileiro, o sistema de precedentes, após um movimento de valorização da jurisprudência e posteriormente, da súmula que tornou-se vinculante, onde, essas adesões e inspirações oriundas do Common Law, foram instituídas visando: atribuir um fim à sobrecarga das vias processuais, tal como, ambiciona atribuir maior carga de celeridade à aplicação do Direito.

Desta forma, temos, até o momento, sistemas puros, que pela primeira vez em séculos, para corrigir consequências da pós-modernidade, bem como, da sociedade atual e seus problemas, renovaram-se com inspirações e experiências de outros sistemas jurídicos.

Estará o Direito Inglês caminhando para um sistema misto? Ou seria este, um sistema de Common Law, somado à práticas de um Civil Law mitigado? Ao tempo desta produção acadêmica é cedo para dizer, todavia, percebe-se o caráter complementar dos sistemas supracitado, quando instituídos e aplicados harmonicamente.

Bibliografia

GILISSEN, John, "Introdução Histórica ao Direito", 3ª edição da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2001. Tradução de A. M. Hespanha e L.

M. Macaísta Malheiros;

QUEIROGA, Ana Beatriz Ximenes, "O Direito Inglês", artigo publicado no site: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo_o-direito-ingles,49678.html, no dia 29 de Agosto de 2014.

DAINOW, Joseph, "The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison", publicado no The American Journal of Comparative Law, volume 15, nº 3 (1966 - 1967)

Reflexão de Berkeley Law School Disponível em

<https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/pdf/CommonLawCivilLawTraditions.pdf> ;

FRAGA, Vitor Galvão, “O sistema do Common Law”, publicado em <https://jus.com.br/artigos/22816/o-sistema-do-common-law>, em outubro de 2012;

PORTO, Giovane M. aspectos históricos do instituto do precedente judicial, REGRAD, UNIVEM/MARILIA-S P, v.9, n.1, p. 191, agosto de 2016;

STRECK, Lenio Luiz O que é isto- decido conforme minha consciência?- 4º ed. Ver. Porto alegre: livraria do advogado, 2013;

MOREIRA, José Carlos Barbosa, em “Uma novidade: o Código de Processo Civil Inglês”;

O COMPROMETIMENTO DA EUROPA SETENTRIONAL COM OS DIREITOS HUMANOS: ASCENSÃO OU DECLÍNIO

Ana Letícia Palácio Hortolani¹

Resumo

O século XX foi marcado pela construção do Estado de bem estar social na Escandinávia, trazendo benefícios como o acesso gratuito à educação de qualidade com índices extremamente baixos de corrupção, e os maiores IDH do mundo. Entretanto, estes países não se limitam em apenas garantir a preservação dos direitos básicos de seus cidadãos, mas também possuem um grande engajamento internacional no que se refere à defesa dos direitos humanos. Ao longo deste artigo, será analisada a participação destes países nos maiores mecanismos de proteção dos direitos humanos do mundo, e também as perspectivas para a continuidade deste envolvimento.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Países Nórdicos; Escandinávia; Organizações Internacionais.

THE COMMITMENT OF THE NORTHERN EUROPE TO THE HUMAN RIGHTS: ASCENSION OR DECLINE

Abstract

The 20th century was marked by the foundation of the welfare state in Scandinavia, bringing benefits such as free access to quality education with extremely low levels of corruption and the highest HDI in the world. However, these countries are not only limited to ensure the preservation of basic rights to their citizens but also have a relevant engagement on the defense of human rights at the international level. Throughout this article, the participation of these countries in the major human rights protection mechanisms will be analyzed, as well as the perspectives for the continuity of this involvement.

Keywords: Human Rights; Nordic Countries; Scandinavia; International Organizations.

¹ Graduanda em Relações Internacionais pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas.

Introdução

O século XX foi marcado por diversas crises econômicas, políticas e militares no mundo inteiro. Os países ao norte da Europa não estiveram à margem desta situação; entretanto, a maneira como lidaram com estas questões foi primordial para a construção do chamado Estado de bem-estar social escandinavo. Estes países encontram-se regularmente no topo dos índices que buscam classificar a qualidade de vida, tais como nível educacional e o acesso à saúde.

Esse compromisso em garantir a proteção dos direitos básicos dos cidadãos não se limitou apenas ao âmbito interno, mas também, apresentou uma vertente além das fronteiras. Podemos observar projetos fundados por estes países em diversas regiões onde se encontram populações em situação de risco, como mulheres e povos indígenas.

Através da análise do engajamento em organizações internacionais e destinação orçamentária e técnica, é possível compreender como funciona de fato esse comprometimento na promoção e afirmação de direitos humanos em nível nacional e internacional dos países nórdicos.

Contexto histórico dos países nórdicos no século XX

Os países nórdicos² podem ser considerados como os que mais investem em políticas públicas voltadas para o bem estar de sua população. Essas políticas foram formuladas por meio do conceito de “cidadania total” (MARSHALL, 1950), que busca conferir igualdade de participação a todos os indivíduos na sociedade.

No entanto, as economias dos países nórdicos nem sempre foram estáveis. As décadas de 1970 e 1980 foram marcadas por diversas crises na economia mundial, o que causou sérios problemas econômicos nestes países. Sofreram com a inflação alta, déficits em conta corrente, perda da participação no mercado (devido à concorrência com o mercado asiático), altos impostos e gastos sociais, déficits públicos e fraco crescimento do PIB (MJOSET, 1996). Esse período de recessão coincidiu com um novo conjunto de pressões externas, tais como o segundo choque do petróleo, a reavaliação do valor do dólar e o aumento das taxas de juros (MJOSET, 1996). A reação da maioria dos governos a estas crises foi estimular a demanda agregada³. Na Escandinávia isso foi feito com a combinação

² Compreendidos neste artigo como: Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia.

³ De acordo com Keynes, a demanda agregada ilustra a capacidade e disponibilidade de consumo da população (KEYNES, 2007). Para o autor, em uma economia de recessão não existem forças de auto

de um rápido crescimento de empregos no setor público (ANDERSEN; CLASEN; OORSCHOT; HALVORSEN, 2002).

Simon Szreter (apud SUNDIN; WILLNER, 2007, p.31) observou, de acordo com a experiência polonesa do século XX⁴, uma mudança no liberalismo econômico em relação à saúde pública e implantando reformas de bem-estar social, o que trouxe benefícios para toda a nação. De acordo com o autor, a falta de Estado e instituições providas destes valores e intenções pode produzir menos confiança e segurança, levando os cidadãos a buscarem formas excludentes de vincular seu capital social, tal como no setor privado (apud SUNDIN; WILLNER, 2007, p.32). Trazendo essa hipótese para a experiência nórdica, foi possível manter as despesas sociais (investimento no setor público) compatíveis com um sistema econômico baseado no mercado aberto e competitivo (AZEVEDO, 2006).

Além disso, o alto nível de capital social nos países escandinavos pode ser explicado pelo elevado grau de igualdade econômica, o baixo nível de corrupção e a predominância de uma “não discriminação” universal dos programas de bem-estar social (ROTHSTEIN; STOLLE, 2003). Ou seja, sem contrapartida econômica a todos os setores da sociedade.

Como membros da União Europeia (salvo a Noruega), esses países setentrionais baseiam suas ações no compartilhamento de valores voltados aos direitos humanos, à democracia e à economia de mercado. Deste modo, são responsáveis por exportar seu modelo de garantia do bem estar social, contribuindo, desta forma, para a melhoria na qualidade de vida dos países em fase de desenvolvimento.

A partir de uma breve contextualização histórica dos países nórdicos, mais precisamente no século XX, será possível adquirir um maior aprofundamento das conjunturas enfrentadas por estes, a fim de compreender os caminhos que levaram ao desenvolvimento e à construção de modelos políticos voltados para o bem-estar social. Desta maneira, serão analisados individualmente os países nórdicos e seus contextos próprios.

ajustamento, por isso se torna necessária à intervenção do Estado por meio de uma política de gastos públicos. Tal posicionamento é chamado de princípio da demanda agregada (VASCONCELLOS; GARCIA, 2009).

⁴ A crise econômica aguda dos anos 1980, aliada ao colapso do bloco comunista ao fim da década, ajudou a fomentar a oposição política ao intervencionismo estatal a favor do livre mercado (RAMOS, 2010).

Noruega

A Noruega, assim como outros países localizados ao norte, preserva sua tradição monárquica constitucionalista hereditária. Também possui um parlamento, cujos integrantes são eleitos democraticamente⁵.

Durante a Segunda Guerra Mundial, o país foi invadido pela Alemanha. Todavia, diferentemente dos demais países nórdicos, a Noruega possuía políticos pró-nazistas e antisemitas, facilitando a captura de cerca de 1700 judeus noruegueses (ARENDR, 1999). Permaneceu em domínio alemão até o término da guerra em 1945⁶, e seguidamente, foi um dos primeiros a assinar a Carta de São Francisco, que deu origem à ONU.

No início da Guerra Fria, a Noruega deixou de ser um país neutro ao ser um dos fundadores da OTAN. Até os dias de hoje, o país continua sendo membro da organização, representando um importante aliado dos Estados Unidos da América devido à sua localização geográfica.

Em relação aos aspectos econômicos recentes, a Noruega enfrentou uma crise bancária que durou de 1988 até 1993, onde os bancos responsáveis por quase 66% dos empréstimos bancários para o setor doméstico (não-financeiro) entraram em crise, principalmente devido a profusão da concessão de empréstimos a longo prazo. (MOE; SOLHEIM; VALE, 2004). No final de 1992, a Noruega desatrelou sua moeda do ECU⁷ tornando-a flutuante e possibilitando quedas na taxa de juros. Desta forma, o PIB começou a crescer novamente (MOE; SOLHEIM; VALE, 2004).

Em 1990, iniciou-se um estudo para a criação de estratégias de desenvolvimento do setor público no país. A igualdade e a justiça são reconhecidas como uma das características distintivas do modelo educacional norueguês (MOLLER; SKEDSMO, 2015). Políticos e administradores em vários países têm considerado tais características como ingredientes vitais na renovação do setor público em geral, incluindo a educação (MOLLER; SKEDSMO, 2015).

Em relação à sua adesão à União Europeia, foi realizado um referendo em 1994 com o objetivo de determinar a vontade nacional em aderir ao bloco. A decisão de permanecer um Estado não-membro não significou o fim do relacionamento

⁵ Disponível em <<http://www.nationsencyclopedia.com/economies/Europe/Norway-POLITICS-GOVERNMENT-AND-TAXATION.html>>. Último acesso em 08 de Maio de 2018.

⁶ Disponível em <www.samfunnskunnskap.no/?page_id=815&lang=pt>. Último acesso em 25 de abril de 2018.

⁷ Eastman Credit Union.

com o resto da Europa. Pôde-se observar o desejo de fortalecer a integração europeia, contudo, salvaguardando os interesses nacionais com uma reserva de não-membro⁸.

A Noruega, a partir dos objetivos de sustentabilidade das Nações Unidas e agenda para 2030, busca implementar políticas de desenvolvimento que incluem mais do que ajuda humanitária, mas também o comércio, o investimento, a cooperação tecnológica, a cooperação na investigação, a cooperação cultural e os esforços no reforço da ordem jurídica internacional⁹.

Suécia

O fim do século XIX e início do XX foram marcados por diversas transformações econômicas e sociais no país. A indústria sueca desenvolveu-se rapidamente neste período, transformando-se em uma potência industrial europeia no final da Segunda Guerra Mundial¹⁰.

Atualmente é uma monarquia parlamentar democrática, na qual, em nível nacional, a população é representada pelo Parlamento Sueco (RIKSDAG). O desenvolvimento de reformas, que juntas fundaram o estado de bem-estar social sueco nos anos 1940 e 1950, tiveram início com a ascensão dos Sociais Democratas ao poder¹¹.

A Suécia se declarou neutra durante as guerras mundiais, focando em seu desenvolvimento político interno. Durante a perseguição judaica, ofertou asilo político e inclusive a nacionalidade sueca aos apátridas (ARENDR, 1999). Após a guerra, em 1946, uniu-se à Organização das Nações Unidas.

A recessão dos anos 1980 e 1990 afetou gerando a falência de diversos bancos, desemprego e desvalorização da moeda. A fim de evitar maiores consequências, o governo aumentou taxas, reduziu despesas com políticas de bem-estar social e enrijeceu as leis de imigração¹².

Em 1995 tornou-se membro da União Europeia, mas não aderiu à Zona do Euro, por não preencher as lacunas necessárias para fazê-lo (INDRUCHOVÁ, 2013). Os

⁸ Disponível em <http://www.ipv.pt/millennium/15_esf2.htm>. Último acesso em 10 de Agosto de 2018.

⁹ Disponível em <<https://www.norway.no/pt/brasil/valores-prioridades/politica-desenvolvimento-hum/>>. Último acesso em 25 de Julho de 2018.

¹⁰ Disponível em <<https://sweden.se/society/history-of-sweden/>>. Último acesso em 12 de Julho de 2018.

¹¹ Disponível em <<https://www.government.se/how-sweden-is-governed/>>. Último acesso em 13 de Julho de 2018.

¹² Disponível em <<https://www.sweden.org.za/early-20th-century-to-present-day.html>>. Último acesso em 13 de Julho de 2018.

fundos direcionados para o orçamento europeu pela Suécia contribuem para financiar programas e projetos em todos os países da União Europeia¹³.

Desde então, a Suécia estabilizou sua economia, diminuiu os índices de desemprego para 6,5% em 2018¹⁴, preservando a aplicação dos direitos humanos, sendo este o ponto central de sua política externa, inclusive direcionando recursos a fim de contribuir para que sejam aplicados em todos os países.

Em 2008 foram estabelecidos pelo governo oito áreas prioritárias de atuação da política externa para os direitos humanos, sendo estas: manutenção da democracia, fortalecimento da liberdade de expressão, abolição da pena de morte, combate à tortura, combate às execuções sumárias e detenções arbitrárias, proteção do estado de direito, proteção dos direitos humanos e leis humanitárias internacionais e a luta contra a discriminação¹⁵.

Finlândia

A República da Finlândia (a única república nórdica) tem seu poder político exercido através de um presidente e um parlamento unicameral. O Parlamento Finlandês foi o primeiro do mundo a adotar a igualdade de gênero, permitindo a participação de mulheres¹⁶.

No ano de 1917, a Revolução Russa permitiu a Finlândia voltar ao status autônomo (KLINGE, 2000). Pertencente à Suécia até o início do século XVIII, para se tornar posteriormente um Grão-Ducado da Rússia, a Finlândia só veio declarar sua independência e República no final de 1917, através da aprovação do Parlamento Finlandês e do reconhecimento desta pelo governo de Lênin.

Apesar da independência pacífica, o ano de 1918 foi marcado por uma guerra civil, travada por socialistas, os “Vermelhos” e os opositores, os “Branços”. O fim do conflito trouxe a vitória ao exército Branco, através da ajuda dos alemães, distanciando o país da zona de influência soviética (JÄNTTI;SAARI;VARTIAINEN, 2005). Consequentemente, a eclosão da Primeira Guerra Mundial aproximou a Alemanha do país, militar e economicamente. Essa

¹³ Disponível em <https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries/sweden_pt>. Último acesso em 25 de Julho de 2018.

¹⁴ Disponível em <<https://pt.tradingeconomics.com/sweden/unemployment-rate>>. Último acesso em 25 de Julho de 2018.

¹⁵ Disponível em <<https://sweden.se/society/sweden-and-human-rights/>>. Último acesso em 25 de Julho de 2018.

¹⁶ Disponível em <<https://finland.fi/life-society/finlands-parliament-pioneer-of-gender-equality/>>. Último acesso em 16 de Setembro de 2018.

aproximação só terminou com o colapso alemão ao fim da guerra (KLINGE, 2000).

As exigências territoriais feitas à URSS levaram à invasão do país no início da Segunda Guerra Mundial, em 1939, rompendo o acordo de não agressão com a Alemanha¹⁷. A Guerra de Inverno cessou em 1940, e o precário exército finlandês (chamados de soldados de esqui) conseguiu preservar sua independência dos soviéticos.

A Finlândia foi o único país envolvido na Segunda Guerra Mundial, que cumpriu plenamente com as obrigações relacionadas ao pagamento das dívidas de guerra, uma vez que estava ao lado dos países que a perderam (KLINGE, 2000). Apesar de estarem ao lado do Eixo, nunca abordaram a questão judaica, ou seja, não houve perseguição antissemita no país. (ARENDDT, 1999).

Em 1955, o país tornou-se membro da ONU e do Conselho Nórdico. Durante a Guerra Fria, a participação como membro das Nações Unidas fortaleceu seu posicionamento internacional, principalmente devido ao caráter multilateralista da Organização¹⁸.

A implementação da liberalização do comércio e a melhoria das condições comerciais aqueceram a economia finlandesa. Entretanto, na década de 1990, o desenvolvimento declinou na Europa, o que afetou significativamente o país, que dependia das exportações (KLINGE, 2000).

No início de 1993, a Finlândia entrou em colapso com uma grande taxa de desemprego e aumento da dívida pública, provocada principalmente devido ao superaquecimento da economia (que gerou confiança na concessão de empréstimos e, posteriormente, grande endividamento), e a desvalorização da moeda (PIKKARAINEN;SUVANTO;HUKKINEN;PYYHTIÄ, 1997). A economia finlandesa começou a se recuperar da recessão através do aumento das exportações e pela adoção do regime cambial flutuante.

Em 1996, juntamente da Suécia e Áustria, a Finlândia tornou-se membro da União Europeia, e atingiu o estágio de união monetária em 1998 ao tornar-se membro da Zona Euro¹⁹. Assim como a Suécia, a Finlândia não é membro da

¹⁷ Disponível em <<https://finland.fi/pt/vida-amp-sociedade/resumo-dos-principais-fatos-historicos-da-finlandia/>>. Último acesso em 08 de Agosto de 2018.

¹⁸ Disponível em <<http://www.finlandun.org/public/default.aspx?nodeid=35893&contentlan=2&culture=en-US>>. Último acesso em 08 de Agosto de 2018.

¹⁹ Disponível em <https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries/finland_en>. Último acesso em 08 de Agosto de 2018.

OTAN, colocando-se como um país neutro no cenário internacional em relação à influência norte-americana, inclusive liderando as negociações de paz que cessaram a guerra engendrada pela OTAN na Iugoslávia (KLINGE, 2000, p.167).

As políticas de desenvolvimento são partes importantes da política externa finlandesa²⁰ e atuam com o objetivo principal de oferecer suporte aos países em desenvolvimento, principalmente através da propagação da cooperação internacional.

Dinamarca

Desde 1894, a Dinamarca é uma Monarquia Constitucional com um sistema parlamentar de governo²¹.

Como consequência da guerra contra a Prússia em 1864, a Dinamarca perdeu parte de seu território ao sul (Jutland), que só foi restituído ao fim da Primeira Guerra Mundial através de um referendo nacional. Durante a Guerra, o país adotou uma postura de neutralidade, investindo no comércio e indústria.

Em 1940, no decorrer da Segunda Guerra Mundial, a Dinamarca teve seu território ocupado pela Alemanha de maneira passiva, através do argumento de proteção (JESPERSEN, 2003)²². Entretanto, essa “política de colaboração” entrou em colapso no ano de 1943, iniciando um movimento de resistência contra a ação alemã e a perseguição judaica, auxiliando no transporte dos judeus aos países neutros (ARENDDT, 1999). Desta maneira, ao fim da guerra, foi convidado a se tornar um membro fundador da Organização das Nações Unidas em 1945.

A OTAN tem sido o pilar da política de defesa dinamarquesa desde 1949.

Durante a Guerra Fria, foi ela quem garantiu a segurança e independência do país²³.

Em 1952, foi criado em Copenhague o Conselho Nórdico, uma organização interparlamentar que busca reforçar e compartilhar a cultura, história e tradição democrática da região nórdica. A Organização tem como membros fundadores a

²⁰ Disponível em <<https://um.fi/development-policy-and-development-cooperation>>. Último acesso em 09 de Agosto de 2018.

²¹ Disponível em <<http://brasilien.um.dk/pt/sobre-a-dinamarca/dinamarca-em-geral/>>. Último acesso em 04 de Agosto de 2018.

²² Disponível em <<http://denmark.dk/en/society/history>>. Último acesso em 11 de Agosto de 2018.

²³ Disponível em <<http://www.fmn.dk/eng/allabout/Pages/NATO-TheCornerstoneofDanishSecurity.aspx>>. Último acesso em 05 de Agosto de 2018.

Dinamarca, Islândia, Noruega e Suécia, e posteriormente a Finlândia, Groelândia, Ilhas Faroe e o Arquipélago de Aland.

A Dinamarca se tornou membro da União Europeia em 1973²⁴, mas não aderiu a Zona do Euro. Juntamente ao Reino Unido, o governo dinamarquês possui um status que confere a não obrigatoriedade de adesão ao euro. No entanto, podem se associar, caso sigam os critérios exigidos (INDRUCHOVÁ, 2013).

No decorrer da crise dos anos 1980 e 1990, os bancos dinamarqueses sofreram perdas com empréstimos, similar ao ocorrido na Noruega (MOE; SOLHEIM; VALE, 2004). Entretanto, essa crise não gerou maiores consequências aos bancos do país, uma vez que, diferentemente da Noruega, possuía regulamentação mais rigorosa do setor financeiro. Em 1991, os bancos conseguiram recuperar capital para suportar as perdas com empréstimos (MOE; SOLHEIM; VALE, 2004).

Após a Guerra Fria, houve uma mudança ideológica, e a Dinamarca, que possuía uma política externa mais restrita, se esforçou para cooperar em uma economia mundial liberal enquanto buscava uma frente internacional unida²⁵.

Juntamente da Noruega, Suécia, Luxemburgo e Grã Bretanha, a Dinamarca pertence ao grupo de países que atingiram o objetivo da ONU em fornecer 0,7% de sua renda nacional bruta para promover assistência no desenvolvimento de outros países²⁶.

Organizações como OTAN, ONU, UE e OSCE, têm sido primordiais para que a Dinamarca salvasse seus interesses políticos de segurança e promova a paz e a promoção de direitos humanos²⁷.

Participação em organizações voltadas para a promoção de direitos humanos

O engajamento em organizações que promovem a aplicação dos direitos humanos é essencial para países que discursam a seu favor. Defender os direitos humanos, tanto em solo nacional, quanto internacional, é assegurar qualidade de

²⁴ Disponível em <<http://um.dk/en/foreign-policy/denmark-in-the-eu/>>. Último acesso em 06 de Agosto de 2018.

²⁵ Disponível em <https://english.eu.dk/en/denmark_eu/european-policy/>. Último acesso em 06 de Agosto de 2018.

²⁶ Disponível em <<http://um.dk/en/news/NewsDisplayPage/?newsID=45D3761D-1726-4D64-AE02-011F46032052>>. Último acesso em 27 de Agosto de 2018.

²⁷ Disponível em <<http://www.fmn.dk/eng/allabout/Pages/NATO-TheCornerstoneofDanishSecurity.aspx>>. Último acesso em 06 de Agosto de 2018.

vida para sua população. Portanto, pode-se considerar como parte da garantia do bem-estar dos indivíduos a salvaguarda de seus direitos como seres humanos.

Desde o surgimento da ONU em 1945 foram criadas diversas organizações com o objetivo de promover os direitos humanos. As Nações Unidas, inclusive, possuem agências e órgãos vinculados a ela, que visam melhor atender as necessidades específicas de cada grupo social.

A partir da análise destas organizações e da presença dos países nórdicos nas mesmas, será possível compreender a importância que lhes é concedida e o engajamento em mantê-las funcionando.

Principais instituições voltadas para a promoção dos direitos humanos

Estabelecido em 2002, o Tribunal Penal Internacional é uma organização internacional com o objetivo de punir individualmente pessoas acusadas de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes de agressão²⁸.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos (ACNUDH) é o principal escritório da ONU, e busca, desde 1993, promover os direitos humanos através de Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁹.

O ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados) foi criado em 1951 a fim de assegurar os direitos dos refugiados pós Segunda Guerra Mundial³⁰. A agência continua sendo de extrema importância até os dias de hoje, visto que a quantidade de pessoas que deixam os seus países em situações de guerra é crescente.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) é uma organização internacional que trabalha junto à ONU³¹. Criada em 1945, é voltada para a garantia da paz através da cooperação entre os Estados, buscando encontrar soluções comuns para problemas de desenvolvimento social. Além disso, busca preservar o patrimônio comum da humanidade, sendo eles os direitos humanos ligados a questões culturais.

²⁸ Disponível em <<https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works>>. Último acesso em 30 de Agosto de 2018.

²⁹ Disponível em <<https://www.ohchr.org/EN/AboutUs/Pages/WhatWeDo.aspx>>. Último acesso em 16 de Agosto de 2018.

³⁰ Disponível em <<http://www.unhcr.org/history-of-unhcr.html>>. Último acesso em 30 de Agosto de 2018.

³¹ Disponível em <<https://en.unesco.org/about-us/introducing-unesco>>. Último acesso em 15 de Agosto de 2018.

O UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância) é um órgão das Nações Unidas, que começou sua missão em 1946, a fim de levar assistência às crianças no fim da Segunda Guerra Mundial. Seu objetivo logo se expandiu a ajudar crianças em situações de risco em países emergentes. Desta forma, o objetivo da organização é a defesa dos direitos intrínsecos das crianças definidos na Convenção sobre os Direitos das Crianças³².

O Movimento Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho é a maior rede humanitária do mundo³³. É uma organização não governamental que desde sua criação em 1863, tem como principal objetivo oferecer ajuda às vítimas de conflitos armados no mundo inteiro, assim como garantir a aplicação do Direito Internacional Humanitário³⁴.

País	TPI	ACNUDH	ACNUR	UNESCO	UNICEF	CRUZ VERMELHA
Finlândia	Membro desde 2000	Eleito até 2007	Membro do Comitê 2017/2018	Membro desde 1956	Eleito 9 vezes ao quadro executivo	Estabelecido em 1877
Noruega	Membro desde 2000	Eleito até 2012	Membro do Comitê 2017/2018	Membro desde 1946	Eleito 11 vezes ao quadro executivo	Estabelecido em 1865
Suécia	Membro desde 2001	-	Membro do Comitê 2017/2018	Membro desde 1950	Eleito 8 vezes ao quadro executivo	Estabelecido em 1865
Dinamarca	Membro desde 2001	-	Membro do Comitê 2017/2018	Membro desde 1946	Eleito 9 vezes ao quadro executivo	Estabelecido em 1864

Através da tabela, podemos observar que os quatro países nórdicos tornaram-se membros do TPI antes mesmo de sua vigência em 2002. Isso demonstra a importância que lhe é concedido pelos mesmos.

³² Disponível em <https://www.unicef.org/mdg/28184_28229.htm>. Último acesso em 07 de Setembro de 2018.

³³ Disponível em <<https://www.icrc.org/pt/o-cicv>>. Último acesso em 15 de Agosto de 2018.

³⁴ Disponível em <<https://www.icrc.org/en/document/what-international-humanitarian-law>>. Último acesso em 15 de Agosto de 2018.

Em relação ao ACNUDH, temos o Conselho de Direitos Humanos, que é um órgão subsidiário da Assembleia Geral, composto por 47 Estados-Membros da ONU, eleitos por três anos e não mais que dois mandatos consecutivos. Suas principais funções são: analisar as violações graves e sistemáticas dos direitos humanos e desenvolver o direito internacional dos direitos humanos³⁵. A Finlândia e a Noruega cumpriram seus mandatos em 2007 e 2012, respectivamente. Entretanto, a Suécia e a Dinamarca ainda não tiveram a oportunidade de participar do Conselho da ACNUDH³⁶.

O comitê executivo do ACNUR também consiste em um órgão subsidiário da Assembleia Geral, com representantes de Estados membros da ONU, que demonstram interesse e devoção à solução dos problemas relativos aos refugiados. A eleição é feita através de um processo que inclui a Assembleia Geral e o ECOSOC³⁷. Atualmente, todos os países nórdicos participam deste comitê, que tem por função: dar diretrizes ao Alto Comissariado sobre o uso do UNREF³⁸, aconselhar o Alto Comissariado quando for apropriado prover assistência internacional para solucionar problemas específicos para refugiados, autorizar o Alto Comissariado a fazer pedidos de fundos à comunidade internacional, aprovar projetos para a assistência de refugiados e dar diretrizes ao Alto Comissariado sobre o uso de fundos de emergência³⁹.

É possível observar, através da tabela, que a maioria dos países nórdicos tornaram-se membros da UNESCO logo após sua criação. O país que mais demorou a se tornar membro da UNESCO foi a Finlândia, provavelmente devido à sua aliança com a Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial. Portanto, passou a fazer parte da UNESCO e da ONU, cerca de 10 anos após sua criação. Todavia, essa participação “tardia” não comprometeu seu desempenho dentro da organização, uma vez que está sempre no topo dos relatórios de melhor educação do mundo, e sua população possui alto desempenho educacional, de acordo com os relatórios do PISA⁴⁰.

³⁵ Disponível em <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/02/Folheto-Mecanismos-DH-PORTUGUES1.pdf>>. Último acesso em 03 de Setembro de 2018.

³⁶ Disponível em <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/PastMembers.aspx>>. Último acesso em 07 de Setembro de 2018.

³⁷ Conselho Econômico e Social das Nações Unidas.

³⁸ Fundo das Nações Unidas para os Refugiados.

³⁹ Disponível em <<http://www.sinus.org.br/preparacao/GuiaACNURInternet.pdf>>. Último acesso em 03 de Setembro de 2018.

⁴⁰ Disponível em <<http://www.compareyourcountry.org/pisa/country/FIN?lg=en>>. Último acesso em 03 de Setembro de 2018.

O Conselho Executivo é o corpo diretivo do UNICEF, fornecendo apoio e supervisão intergovernamental à organização de acordo com a orientação política geral da Assembléia Geral das Nações Unidas e do Conselho Econômico e Social⁴¹. Todos os anos ocorrem eleições a fim de nomear países membros da ONU de cinco regiões do globo⁴², onde permanecerão por três anos (não obrigatoriamente)⁴³. Os países nórdicos estão dentre os que mais foram eleitos para o Conselho Executivo, mas devido a divergências na duração dos mandatos, não são os que lá atuaram por mais tempo. Entretanto, de acordo com relatórios da UNICEF⁴⁴, a Dinamarca é o país desenvolvido mais justo para as crianças, seguido da Finlândia, Noruega e Suíça, empatados em segundo lugar⁴⁵.

Sobre a Cruz Vermelha, podemos destacar a atuação da Dinamarca como sendo um dos primeiros países a assinar o tratado e fundar uma sede em seu país. Concomitantemente, os demais países nórdicos fundaram uma Cruz Vermelha em seus respectivos territórios na mesma década. O último país a ter essa organização instalada em seu território foi a Finlândia, que instaurou a sua sede em 1977.

Através da análise, pode-se constatar que há um intenso engajamento por parte dos países nórdicos em estar presente nos principais órgãos voltados para a defesa dos direitos humanos no mundo. Com isso, podemos entender que há uma preocupação em promover os direitos humanos não só em solo nacional, mas no mundo inteiro.

Tratados Internacionais para Direitos Humanos

De acordo com o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, os países nórdicos estão dentre os países que mais possuem tratados de direitos humanos ratificados. A ratificação do tratado internacional é de extrema importância, pois o que foi definido nele passa a ter validade internacional e nacional.

País	Tratados Ratificados	Ano de ratificação	Assinados	Não-Assinados
	Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as	1970	Convenção	Convenção

⁴¹ Disponível em <<https://www.unicef.org/about/execboard/>>. Último acesso em 07 de Setembro de 2018.

⁴² África, Ásia, América Latina Caribe, Europa Oriental, Europa Ocidental e outros Estados.

⁴³ Disponível em <https://www.unicef.org/about/execboard/index_59998.html>. Último acesso em 07 de Setembro de 2018.

⁴⁴ Publicados em 2016.

⁴⁵ Disponível em <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/RC13_eng.pdf>. Último acesso em 07 de Setembro de 2018.

País	Tratados Ratificados	Ano de ratificação	Assinados	Não-Assinados
Finlândia	formas de discriminação racial		Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados (2007)	Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias
	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos	1975		
	Protocolo opcional para o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Político	1975		
		1991		
	Segundo Protocolo sobre o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, visando a abolição da pena de morte.	1975		
	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais	2014		
	Protocolo opcional para o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais	1986		
	Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher	2000		
	Protocolo opcional para a Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher	1989		
	Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes	2014		
	Protocolo opcional para a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes	1991		
		2002		
	Convenção sobre os Direitos da Criança Protocolo opcional para a Convenção sobre os Direitos da Criança em conflitos armados	2002		
	Protocolo opcional da Convenção sobre os Direitos da Criança relativos a venda de crianças, prostituição e pornografia infantil			
	2015			
	2016			
	2016			
	1971	Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra os Desaparecimentos	Protocolo opcional para o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos,	
Dinamarca	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos	1972		
	Protocolo opcional do Pacto Internacional sobre			

País	Tratados Ratificados	Ano de ratificação	Assinados	Não-Assinados
	Direitos Cívicos e Políticos	1972	Forçados (2007)	Sociais e Culturais
	Segundo Protocolo opcional do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, visando à abolição da pena de morte	1994		
	Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais			
	Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher	1972		
	Protocolo opcional para a Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher	1983		
	Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes	2000		
	Protocolo opcional para a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes	1987		
	Convenção sobre os Direitos da Criança	2004		
	Protocolo opcional para a Convenção sobre os Direitos da Criança em conflitos armados	1991		
	Protocolo opcional da Convenção sobre os Direitos da Criança relativos à venda de	2002		
	crianças, prostituição e pornografia infantil	2003		
	Protocolo opcional da Convenção sobre os Direitos da Criança relativos a procedimentos de comunicação	2015		
	Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	2009		
	Protocolo opcional da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	2014		
	Protocolo opcional da Convenção sobre os Direitos da Criança relativos a procedimentos de comunicação	2015		
	Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	2016		
	Protocolo opcional da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	2016		
	Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial	1971	Convenção Internacional para a	Protocolo opcional
Dinamarca	Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos	1972	Proteção de todas as	para o Pacto
	Protocolo opcional do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos	1972	Pessoas contra os	Internacional sobre
	Segundo Protocolo opcional do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, visando à abolição da pena de morte	1994	Desaparecimentos	Direitos Económicos,
			Forçados (2007)	Sociais e Culturais

País	Tratados Ratificados	Ano de ratificação	Assinados	Não-Assinados
	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais			
	Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher	1972		
	Protocolo opcional para a Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher	1983	contra os Desaparecimentos	Econômicos, Sociais e
	Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes	2000		
	Protocolo opcional para a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes	1987		
	Convenção sobre os Direitos da Criança	2004		
	Protocolo opcional para a Convenção sobre os Direitos da Criança em conflitos armados	1991		
	Protocolo opcional da Convenção sobre os Direitos da Criança relativos à venda de crianças, prostituição e pornografia infantil	2002		
	Protocolo opcional da Convenção sobre os Direitos da Criança relativos a procedimentos de comunicação	2003		
	Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	2015		
	Protocolo opcional da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	2009		
		2014		

Suécia

Conforme indicado, esses países setentrionais assinaram e ratificaram a maior parte dos tratados de direitos humanos, no que se refere à defesa das minorias e outras pessoas em situações de vulnerabilidade. Percebe-se que se trata de uma quantidade considerável de tratados ratificados, principalmente quando comparados a grandes países do sistema internacional. Dos 18 tratados de direitos humanos existentes, os Estados Unidos possuem 5 tratados ratificados e 4 assinados. A Rússia ratificou 11 tratados e a China 8⁴⁶.

O tratado relativo à proteção e direitos dos migrantes é constantemente debatido, visto a situação atual que a Europa enfrenta. Nenhum dos cinco países nórdicos o assinou, assim como grande parte dos países do mundo todo. Ainda existem muitos estigmas negativos ligados a imigração, principalmente os oriundos de países africanos e árabes, por envolver questões políticas, econômicas, sociais e

⁴⁶ Disponível em <<http://indicators.ohchr.org/>>. Último acesso em 21 de Agosto de 2018.

culturais. No entanto, já estão sendo desenvolvidos estudos que visam solucionar essa questão e buscar ganhos para ambas as partes.

Direcionamento de recursos para estruturas regionais

Além dessas estruturas internacionais, existem os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. As estruturas analisadas serão: Organização dos Estados Americanos, o Conselho da Europa e a União Africana.

Organização dos Estados Americanos

Com 35 Estados membros de toda a América, a OEA⁴⁷ é uma organização internacional que atua a fim de fortalecer a cooperação no continente. Seus membros atuam conjuntamente buscando a promoção dos direitos humanos, defesa de interesses comuns e soluções para problemas da região. São contabilizados 70 Estados como membros observadores permanentes, incluindo a Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia⁴⁸.

A Dinamarca oferece suporte para a OEA realizar projetos voltados para a promoção da democracia, direitos humanos e para o desenvolvimento dos países membros⁴⁹. O país vem apoiando programas que visam aumentar o respeito pelos direitos humanos das pessoas historicamente discriminadas e excluídas, tais como mulheres, povos indígenas e pessoas em situação de extrema pobreza. Através disso, a CIDH⁵⁰, emitiu recomendações e solicitou a ação da Nicarágua, Guatemala e Honduras, para fortalecer a política de proteção destes grupos⁵¹. Em 2016, contribuiu com US\$212,681⁵² para a CIDH, representando 4% das doações todas feitas no mesmo ano⁵³.

Como membro observador permanente, a Finlândia apoia a atuação da OEA na área de direitos humanos, democracia e problemas ambientais. Nos últimos anos, auxiliou na preparação da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos

⁴⁷ Organização dos Estados Americanos.

⁴⁸ Disponível em <http://www.oas.org/en/ser/dia/perm_observers/countries.asp>. Último acesso em 21 de Agosto de 2018.

⁴⁹ Disponível em <<http://usa.um.dk/en/denmark-in-us/development-assistance/oas/>>. Último acesso em 27 de Agosto de 2018.

⁵⁰ Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁵¹ Disponível em <http://www.oas.org/en/ser/dia/perm_observers/contributions.asp>. Último acesso em 27 de Agosto de 2018.

⁵² Disponível em <<https://www.oas.org/en/iachr/mandate/finances/2016-Financial-Resources.pdf>>. Último acesso em 27 de Agosto de 2018.

⁵³ Disponível em <http://www.oas.org/saf/dfams/2016/11/sf_table_contpo_20161130_en.pdf>. Último acesso em 27 de Agosto de 2018.

Indígenas, do Relatório Especial sobre os Direitos das Mulheres, assim como projetos voltados para a melhoria dos direitos das mulheres vítimas de violência sexual⁵⁴. Também contribuiu para o projeto “Fortalecimento da Liberdade de Expressão nas Américas”, que levou à promulgação de duas novas leis sobre o acesso a informação pública na Colômbia e Paraguai⁵⁵. Suas contribuições financeiras, desde que se tornou membro, somam a ordem de US\$ 3.624,452⁵⁶.

A Noruega apoia diversos projetos da organização, sendo um desses: “Educação em direitos humanos como chave para o futuro democrático”, que busca promover a educação em direitos humanos, fortalecer o acesso à justiça e à segurança do cidadão (em especial para as mulheres indígenas), impulsionar democracias com mais participação e inclusão de pessoas vulneráveis, promover o respeito e garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais. Para tanto, a Noruega realizou uma doação de US\$ 2,8 milhões. Em 2016, contribuiu com US\$ 14.048.254.00 para os fundos da OEA⁵⁷.

Na América Latina, a Suécia concentra seus esforços no desenvolvimento da democracia na Bolívia, onde contribuiu para a redução da corrupção na administração pública. Na Colômbia, auxiliou na adoção da lei contra violência sexual, e na Guatemala, ajudou cerca de 40,000 mulheres a escaparem da pobreza extrema. A Agência de Cooperação e Desenvolvimento Internacional da Suécia (SIDA) age em 10 áreas: ajuda humanitária, democracia, direitos humanos, liberdade de expressão, igualdade de gênero, meio ambiente, desenvolvimento econômico, agricultura e segurança alimentar, educação, desenvolvimento social sustentável, resolução de conflitos, e manutenção da paz e segurança. Em 2014, atou na reaproximação dos governos de Belize e Guatemala, através de doações para o Fundo de Paz da OEA⁵⁸. De acordo com relatórios da Organização dos Estados Americanos, a Suécia realizou a segunda maior contribuição

⁵⁴ Disponível em <<http://formin-origin.finland.fi/public/default.aspx?contentid=284402&nodeid=48024&contentlan=2&culture=en-US>>. Último acesso em 21 de Agosto de 2018.

⁵⁵ Disponível em <http://www.oas.org/en/ser/dia/perm_observers/contributions.asp>. Último acesso em 27 de Agosto de 2018.

⁵⁶ Disponível em <http://www.oas.org/en/ser/dia/perm_observers/countries.asp>. Último acesso em 04 de Setembro de 2018.

⁵⁷ Disponível em <http://www.oas.org/en/ser/dia/perm_observers/countries.asp>. Último acesso em 04 de Setembro de 2018.

⁵⁸ Disponível em <http://www.oas.org/en/ser/dia/perm_observers/contributions.asp>. Último acesso em 27 de Agosto de 2018.

orçamentária (de um não-membro) em 2017, doando cerca de US\$ 2,2 milhões para a organização⁵⁹.

Conselho da Europa

O COE⁶⁰ é uma organização internacional, fundada em 1949, com o objetivo de proteger os direitos humanos, promover a democracia e o cumprimento da lei. A organização é líder na promoção dos direitos humanos na Europa e possui 47 membros, dentre eles, 28 são membros da União Europeia. Dentre os membros permanentes temos a Dinamarca, Noruega e Suécia⁶¹, que são membros fundadores, e a Finlândia, que se tornou membro em 1989.

As ações da COE nesses países incluem: a prevenção da tortura, a luta contra o racismo, proteção dos direitos sociais, luta contra a corrupção e lavagem de dinheiro, promoção da democracia através da lei, luta contra o tráfico humano e a promoção de justiça eficiente⁶².

A Dinamarca ratificou 139⁶³ dos 224⁶⁴ tratados do Conselho da Europa. Possui orçamento de € 466.045,100, em 2018, e contribuições de € 4.561,542⁶⁵. Em dezembro de 2017, o governo dinamarquês realizou uma contribuição voluntária de € 540,000 para apoiar projetos do Conselho da Europa na Turquia. A doação foi alocada em dois projetos, a fim de aprimorar a efetividade das investigações de alegações de maus tratos e combate a sua impunidade, e também para proteger os direitos dos refugiados e imigrantes.

A Finlândia foi o 23º Estado a se tornar membro do Conselho da Europa, e possui 113 tratados ratificados⁶⁶. O governo finlandês realizou uma contribuição⁶⁷ voluntária, em 2018, de € 320,000, a fim de apoiar Comissariado para Direitos Humanos na prevenção de violência contra a mulher, o Plano de Ação para a

⁵⁹ Disponível em <<https://fas.org/sgp/crs/row/R42639.pdf>>. Último acesso em 27 de Agosto de 2018.

⁶⁰ Conselho da Europa.

⁶¹ Disponível em <<https://www.coe.int/en/web/about-us/who-we-are>>. Último acesso em 27 de Agosto de 2018.

⁶² Disponível em <<https://www.coe.int/en/web/portal/finland>>. Último acesso em 27 de Agosto de 2018.

⁶³ Disponível em <<https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-states/-/conventions/chartStats/DEN>>. Último acesso em 27 de Agosto de 2018.

⁶⁴ Disponível em <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list>>. Último acesso em 02 de Outubro de 2018.

⁶⁵ Disponível em <<https://www.coe.int/en/web/portal/denmark>>. Último acesso em 27 de Agosto de 2018.

⁶⁶ Disponível em <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-states/-/conventions/treaty/country/FIN/RATIFIED?p_auth=oDcN6L39>. Último acesso em 27 de Agosto de 2018.

⁶⁷ Disponível em <<https://www.coe.int/en/web/programmes/-/finland-makes-voluntary-contributi-1>>. Último acesso em 27 de Agosto de 2018.

Inclusão de Roma e Viajantes (2016-2019), a Escola Cívica de Educação (Moscou), assim como um projeto de infográficos para auxiliar o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O orçamento de 2018 para a Finlândia é de € 466.045,100, e sua contribuição de €3.459,993.

A Noruega ratificou 153⁶⁸ tratados desde sua entrada na organização. Seu orçamento para 2018 é de € 466.045,100 e contribuições de € 6.100,985⁶⁹. O Secretário Geral da organização, Thorbjørn Jagland, é de nacionalidade norueguesa e foi eleito em 2009. Em 2018, a representante permanente da Noruega na COE confirmou que o país continuaria apoiando o trabalho da organização na Ucrânia, tanto política quanto economicamente. Uma nova contribuição, realizada pelo governo norueguês, trouxe um total de € 4,6 milhões para o Plano de Ação na Ucrânia⁷⁰.

As atividades de representação da Suécia centram-se na condução de sua política e na representação dos interesses do país nos principais domínios do Conselho da Europa, sendo eles: cooperação europeia em matéria de democracia, promoção do respeito pelos direitos humanos e pelo estado de direito⁷¹. O país possui 141 tratados do COE ratificados. Seu orçamento para 2018 é de € 466.045,100, e sua contribuição de €7.261,146⁷².

União Africana

A UA⁷³ é uma organização internacional, consagrada em 2002, que busca a integração do continente africano, assim como livrar os países dos vestígios da colonização e apartheid, e promover a unidade e solidariedade entre os Estados Africanos, coordenando a cooperação para o desenvolvimento, salvaguardando a soberania e integridade territorial dos membros e promovendo a cooperação internacional no âmbito das Nações Unidas⁷⁴.

⁶⁸ Disponível em <<https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-states/-/conventions/chartStats/NOR>>. Último acesso em 27 de Agosto de 2018.

⁶⁹ Disponível em <<https://www.coe.int/en/web/portal/norway>>. Último acesso em 27 de Agosto de 2018.

⁷⁰ Disponível em <<https://www.coe.int/en/web/programmes/-/norway-makes-voluntary-contributi-2>>. Último acesso em 27 de Agosto de 2018.

⁷¹ Disponível em <<https://www.swedenabroad.se/en/embassies/strasbourg-council-of-europe/about-us/>>. Último acesso em 27 de Agosto de 2018.

⁷² Disponível em <<https://www.coe.int/en/web/portal/sweden>>. Último acesso em 27 de Agosto de 2018.

⁷³ União Africana.

⁷⁴ Disponível em <<https://au.int/en/history/oau-and-au>>. Último acesso em 27 de Agosto de 2018.

Todos os países nórdicos possuem parcerias com a UA⁷⁵. Além disso, a Suécia, Dinamarca e Noruega, estão dentre os maiores doadores para organizações regionais africanas, direcionando consideráveis recursos à UA.

A Dinamarca vê a UA como uma peça chave para o desenvolvimento sustentável, integração regional, estabilidade e segurança na África, e por isso, é o principal parceiro do país para questões relacionadas à paz e segurança na região⁷⁶. Um dos maiores veículos de integração entre o país e a UA é o Programa Africano pela Paz⁷⁷, que é implementado através da cooperação com outros países. Os objetivos do programa é a promoção da paz e segurança como base para um desenvolvimento sustentável na África, através do apoio ao desenvolvimento de uma capacidade operacional africana de prevenção de conflitos, fortalecimento da arquitetura de segurança e governança, além da promoção de uma relação mais próxima entre a sociedade civil e as organizações regionais⁷⁸. A destinação orçamentária para o programa foi de DKK 200 milhões.

A Finlândia apoia a União Africana nos níveis políticos, temáticos e práticos, além de enfatizar a autonomia da organização durante a cooperação. Além disso, ressalta a importância de desenvolver a mediação da paz na África, participando destes esforços no âmbito da ONU e da UE⁷⁹. O país também apoia o desenvolvimento da Sociedade do Conhecimento na África, através do programa de liderança em ICT⁸⁰, o ALICT (Instituto de Liderança Africana para Transformação da Comunidade), e a operacionalização da AUDA (Arquitetura da União Africana para a Deficiência)⁸¹. Ademais, governo finlandês realizou uma doação, em 2017, de US\$ 20 milhões para cinco países africanos⁸² atingidos pela fome⁸³.

⁷⁵ Disponível em <<https://au.int/en/organs/Non-African-States>>. Último acesso em 19 de Setembro de 2018.

⁷⁶ Disponível em <<http://etiopien.um.dk/en/about-etiopia/regional-cooperation/engagement-with-african-regional-organisations/>>. Último acesso em 08 de Setembro de 2018.

⁷⁷ APP – African Peace Program.

⁷⁸ Disponível em <<http://etiopien.um.dk/en/about-etiopia/regional-cooperation/african-peace-program/>>. Último acesso em 08 de Setembro de 2018.

⁷⁹ Disponível em <<http://www.finland.org.et/public/default.aspx?nodeid=34610&contentlan=2&culture=en-US>>. Último acesso em 08 de Setembro de 2018.

⁸⁰ Tecnologia da Informação e Comunicação.

⁸¹ Disponível em <<http://www.finland.org.et/public/default.aspx?nodeid=34610&contentlan=2&culture=en-US>>. Último acesso em 08 de Setembro de 2018.

⁸² Sudão do Sul, Uganda, Somália, Etiópia e Nigéria.

⁸³ Disponível em <<https://allafrica.com/stories/201703280375.html>>. Último acesso em 08 de Setembro de 2018.

A Noruega e a UA possuem uma parceria estratégica, que envolve acordos de cooperação em diversas áreas, incluindo paz, segurança, democracia, desenvolvimento sustentável e criação de empregos. Todavia, sua principal colaboração para com a UA é com a educação, apoiando a AU-CIEFFA (Centro Internacional da União Africana para a Educação de Meninas e Mulheres na África)⁸⁴. Em 2018, a Noruega (juntamente do Reino Unido e dos Estados Unidos) pressionou a UA para revitalizar o acordo de paz no Sudão do Sul⁸⁵. Além disso, em 2014, com o surto da Ebola na África, o país direcionou US\$ 2,7 milhões para a UA a fim de apoiar a operação contra a doença⁸⁶.

A Suécia é um forte aliado da UA, destinando esforços para uma África integrada, próspera e pacífica. Também tem participação ativa em projetos que incentivam a igualdade de gênero e o empoderamento da mulher na africana⁸⁷. Há também, uma intensa preocupação da Suécia em ressaltar a importância de fortalecer os diálogos entre ONU e UA, além de uma representação mais adequada do continente no Conselho de Segurança. Atualmente o país contribui com US\$ 15 milhões, todos os anos, para a organização⁸⁸.

Perspectivas

Ao longo deste artigo foi possível observar o intenso engajamento dos países nórdicos frente a questões voltadas à promoção dos direitos humanos. Entretanto, tendo em vista as atuais conjunturas políticas europeias, podemos compreender que estamos perpassando um período de mudanças, oriundas do retorno ao nacionalismo frente à globalização, complementadas por conflitos na África, Ásia e Oriente Médio, dentre outros acontecimentos nacionais e internacionais. Diante disso, a perspectiva deste engajamento se coloca em possível situação de mudança. Essas mudanças no sistema internacional

⁸⁴ Disponível em <<https://www.norway.no/en/ethiopia/norway-ethiopia/news-events/news2/statement-to-the-african-union-prc/>>. Último acesso em 07 de Setembro de 2018.

⁸⁵ Disponível em <<https://www.crisisgroup.org/africa/b135-seven-priorities-african-union-2018>>. Último acesso em 07 de Setembro de 2018.

⁸⁶ Disponível em <<https://au.int/en/newsevents/26990/norway-signs-usd-275-million-direct-support-african-union-ebola-operation-commends>>. Último acesso em 07 de Setembro de 2018.

⁸⁷ Disponível em <<https://au.int/en/newsevents/26990/norway-signs-usd-275-million-direct-support-african-union-ebola-operation-commends>>. Último acesso em 07 de Setembro de 2018.

⁸⁸ Disponível em <https://www.regeringen.se/4aa971/contentassets/edbbd6d8a49947b68794b3cfe0588516/srk_blad_en_afrika-2.pdf?_t_id=1B2M2Y8AsgTpgAmY7PhCf%3D%3D&_t_q=Swedish+integration+policy&_t_tags=language%3Aen%2Csiteid%3Ac5a774ab-a6e3-4456-8f59-3bde614ae911&_t_ip=66.249.79.154&_t_hit.id=RKWeb_Models_Media_PdfFile/_e60f7781-5f3d-49c4-b691-bc87274b5f21&_t_hit.pos=189>. Último acesso em 07 de Setembro de 2018.

poderão, portanto, afetar de alguma forma o posicionamento destes países perante os direitos humanos.

Um ponto relevante para se analisar as potenciais mudanças de perspectiva dos países nórdicos são as eleições, pois é através delas que são escolhidos os representantes que darão um novo rumo à política do país.

A Finlândia é o único país nórdico que possui um presidente. Reeleito no primeiro turno do pleito, em 2018, Sauli Niinisto possui uma longa carreira política dentro do governo finlandês, tendo, inclusive já exercido a presidência do Partido Nacional da Coalizão, de linha conservadora moderada. Nas eleições, que o levaram ao seu segundo mandato, decidiu não se filiar a nenhum partido político⁸⁹, denominando-se um candidato do “movimento de cidadãos”⁹⁰. Niinisto também é contra algumas propostas defendidas pelo seu antigo partido, como por exemplo, a entrada da Finlândia na OTAN, além de ter criticado a política instaurada por Donald Trump, que consistia na proibição de nacionais de sete países muçulmanos⁹¹.

O Parlamento Finlandês possui 200 membros e os três partidos que mais possuem assentos são: Partido do Centro, Partido Nacional da Coalizão e Partido Social Democrata⁹². Desta forma, podemos perceber que os três maiores partidos do país são de posição mais moderada. O Primeiro Ministro, Juha Sipilä, pertence ao Partido do Centro, já declarou ser desnecessária a integração com a União Europeia em todos os domínios políticos. Ou seja, o Primeiro Ministro, demonstra tendências nacionalistas e anti-europeias, considera importante a manutenção da autonomia do país⁹³.

Em 2017 as eleições parlamentares norueguesas resultaram na reeleição da Primeira Ministra Erna Solberg, de linha conservadora. A coalizão da minoria governante conservadora e o Partido Progressista populista (que são contra a imigração), juntamente de dois aliados da centro-direita, ganharam a maioria de

⁸⁹ Nas leis finlandesas, isso só é possível se o candidato coletar 20 mil assinaturas, a fim de a população demonstrar estar de acordo com a sua participação nas eleições.

⁹⁰ Disponível em <<https://finland.fi/pt/vida-amp-sociedade/finlandia-eleicoes-presidenciais-sem-surpresas/>>. Último acesso em 16 de Setembro de 2018.

⁹¹ Disponível em <https://yle.fi/uutiset/osasto/news/president_niinisto_us_immigration_ban_contrary_to_western_values/9432313>. Último acesso em 18 de Setembro de 2018.

⁹² Disponível em <<https://www.eduskunta.fi/EN/kansanedustajat/Pages/default.aspx>>. Último acesso em 16 de Setembro de 2018.

⁹³ Disponível em <<https://finland.fi/pt/vida-amp-sociedade/novo-governo-finlandes-prepara-o-terreno/>>. Último acesso em 18 de Setembro de 2018.

89 assentos de 169⁹⁴. Entretanto, ainda sendo a minoria no governo, precisariam do apoio dos outros partidos para garantirem sua governabilidade, principalmente através de concessões em relação a acordos de meio ambiente e exploração de petróleo⁹⁵. A crise migratória e a desaceleração da economia norueguesa auxiliaram o apoio ao partido de coalização, Partido Progressista, que reforçou sua mensagem contra a imigração, com base nos gastos públicos utilizados para este fim⁹⁶. Apesar de o Partido Progressista ser conservador, ainda é considerado moderado, se comparado com as demais tendências europeias.

O Primeiro Ministro dinamarquês, Lars Lokke Rasmussen, líder do Partido Liberal (que segue a linha conservadora moderada), já deu declarações que podem ser consideradas contra a imigração no país. Em 2017 afirmou que continuaria protegendo suas fronteiras da imigração (considerada por ele demasiadamente alta) até a Europa encontrar uma forma de conter esse fluxo de pessoas⁹⁷. Análises realizadas pelo Ministério de Finanças da Dinamarca apontam que a imigração de países subdesenvolvidos para a Dinamarca custa € 4 bilhões por ano, o que de acordo com membros do Partido Social Democrata, seria uma perda para a manutenção do estado de bem estar social⁹⁸.

Os três maiores partidos no parlamento dinamarquês são: Partido Social Democrata, de centro-esquerda, Partido do Povo Dinamarquês, de extrema-direita, e o Partido Liberal⁹⁹. Nas eleições de 2015, o Partido do Povo Dinamarquês conquistou a colocação de segundo maior partido do país¹⁰⁰, sendo notadamente contra o islamismo (aprovou a proibição do uso de lenços em público) e a imigração.

⁹⁴ Disponível em <<https://www.independent.co.uk/news/world/europe/norway-parliamentary-election-conservative-party-wins-right-wing-government-erna-solberg-labour-oil-a7941831.html>>. Último acesso em 17 de Setembro de 2018.

⁹⁵ Disponível em <<https://www.thelocal.no/20180115/norway-confirms-new-minority-coalition-government-after-negotiations>>. Último acesso em 17 de Setembro de 2018.

⁹⁶ Disponível em <<https://www.theguardian.com/world/2017/sep/11/norways-rightwing-coalition-set-to-retain-power-by-slender-margin>>. Último acesso em 17 de Setembro de 2018.

⁹⁷ Disponível em <<https://www.express.co.uk/news/world/805375/European-Union-Denmark-Lars-Lokke-Rasmussen-migrant-crisis-immigration-Brussels>>. Último acesso em 18 de Setembro de 2018.

⁹⁸ Disponível em <<https://socialsciences.ku.dk/news/the-danish-social-democratic-case/>>. Último acesso em 18 de Setembro de 2018.

⁹⁹ Disponível em <<https://www.thedanishparliament.dk/en/members/members-in-party-groups>>. Último acesso em 18 de Setembro de 2018.

¹⁰⁰ Disponível em <<https://www.b.dk/politiko/nordiske-medier-er-optaget-af-df-sejr>>. Último acesso em 18 de Setembro de 2018.

As eleições parlamentares da Suécia ocorreram em 2018, gerando um resultado que fragmentou o cenário político do país. O Primeiro Ministro reeleito, Stefan Lofven, pertence ao Partido Social Democrata, de linha centro-esquerda. Apesar da vitória dos sociais democratas, o Partido Democratas Suecos, de direita, conquistaram a terceira posição¹⁰¹ no parlamento (com 62 assentos) e são declaradamente contra a imigração na Europa. Mesmo a maioria pertencendo aos partidos de centro-esquerda e centro (Partido Social Democrata e Partido Moderado), vislumbra-se necessário um acordo entre os partidos para que a governança se torne possível.

A questão da imigração foi circunstancial para a perda de popularidade dos partidos de esquerda nos países nórdicos. O Primeiro Ministro Sueco era bastante flexível em relação às políticas de acolhimento (de 200.000 imigrantes que chegavam à Suécia, 165.000 ficavam)¹⁰²; talvez isso tenha feito com que sua popularidade diminuísse e aumentasse o apoio aos partidos de direita. Além disso, o líder do partido Democratas Suecos, Jimmie Akesson, é a favor da saída do país da UE, considerando-a uma organização supranacional corrupta, apresentando um espaço amplo para o sentimento anti-europeu.

Conclusão

A partir da breve análise do contexto histórico escandinavo, compreendeu-se que modelos voltados para o bem-estar social foram construídos ao longo do século XX. Antes disso, os países nórdicos enfrentaram grandes dificuldades econômicas e políticas. Todavia, a instabilidade interna de outrora deu lugar, a um comprometimento com o avanço da qualidade de vida de suas populações. O controle cambial e o investimento em obras públicas foram primordiais para alavancar a economia nórdica.

Os frutos dos investimentos em educação, saúde e igualdade social, feitos na metade do século XX, são colhidos atualmente. Se analisarmos os maiores índices de desenvolvimento humano (IDH), veremos que a Noruega se posiciona em primeiro lugar, seguido da Islândia (6º lugar), Suécia (7º lugar) Dinamarca (11º lugar) e Finlândia (15º lugar)¹⁰³. Além disso, a Dinamarca é considerada o país

¹⁰¹ Disponível em <<http://www.riksdagen.se/en/the-election-2018/the-new-riksdag-after-the-election/>>. Último acesso em 18 de Setembro de 2018.

¹⁰² Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/03/internacional/1536002282_322435.html>. Último acesso em 18 de Setembro de 2018.

¹⁰³ Dados da UNDP, 2017. Disponível em <<http://hdr.undp.org/en/composite/HDI>>. Último acesso em 24 de Setembro de 2018.

menos corrupto do mundo¹⁰⁴ e a Finlândia o país com a população mais feliz do mundo¹⁰⁵.

A preocupação para com a promoção dos direitos humanos também se faz presente na agenda externa desses países. Dos 18 tratados internacionais de direitos humanos existentes atualmente, os países da Europa setentrional ratificaram sua maioria. E, além da ratificação, demonstraram-se comprometidos a diminuir suas violações no mundo inteiro. Um exemplo disso é a participação nos principais mecanismos internacionais de promoção dos direitos humanos e o direcionamento de recursos a fim de mantê-los em funcionamento.

Portanto, esse comprometimento visando a qualidade de vida dos cidadãos ultrapassa a fronteira estatal. Como dito, é possível observar o engajamento destes países em diversos âmbitos. Neste artigo, foram analisadas três organizações regionais voltadas, também, para proteção aos direitos humanos: a Organização dos Estados Americanos, o Conselho da Europa e a União Africana. Os países nórdicos se fazem presentes nos três continentes onde estas organizações estão localizadas, concedendo doações e auxílio técnico através do desenvolvimento de projetos que visam diminuir a desigualdade de gênero, raça e o incremento da educação.

Todavia, o mundo perpassa um período complexo na política internacional. A volta do nacionalismo pode ser um entrave à continuidade e expansão deste comprometimento internacional. O debate sobre os gastos públicos utilizados para o auxílio aos países mais pobres e às pessoas em situações de vulnerabilidade já existe nestes países, alguns de maneira mais moderada e outros em ascensão.

A discussão sobre os direitos humanos parecia estar acima de qualquer posicionamento político, entretanto, no contexto atual, outras questões aparentam ter mais relevância, e estes tremores parecem surtir efeitos até mesmo no extremo norte do planeta.

Referências

ANDERSEN, J. G. et. al. **Europe's new state of welfare: Unemployment, employment policies and citizenship**. Bristol: The Policy Press, 2002.

¹⁰⁴ Disponível em <<https://nordic.businessinsider.com/denmark-is-the-least-corrupt-country-in-the-world-2017-1/>>. Último acesso em 24 de Setembro de 2018.

¹⁰⁵ Disponível em <<https://www.cnn.com/2018/03/16/these-are-the-top-10-happiest-countries-in-the-world.html>>. Último acesso em 24 de Setembro de 2018.

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

AZEVEDO, Fátima. **Modelos de capitalismo: A singularidade nórdica**. Departamento de Prospectiva e Planejamento. Informação Internacional. Suplemento, 2006.

CASTRO, K; SILVA, A; VALLIM, A; NAKAMURA, L. **Construindo juntos o nosso futuro comum: Guia de Estudos SINUS**. Disponível em: <<http://www.sinus.org.br/preparacao/GuiaACNURInternet.pdf>> Acesso em 21 de Setembro de 2018.

CEBRIÁN, Belén. **Extrema direita ganha peso na Suécia a poucos dias de eleições cruciais para a UE**, 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/03/internacional/1536002282_322435.html> Acesso em 19 de Setembro de 2018.

FREDAG, D. **Nordiske medier er optaget af DF-sejr**, 2015. Disponível em: <<https://www.b.dk/politiko/nordiske-medier-er-optaget-af-df-sejr>> Acesso em 19 de Setembro de 2018.

HAMALAINEN, Unto. **Eleições Presidenciais sem surpresas**, 2018. Disponível em: <<https://finland.fi/pt/vida-amp-sociedade/finlandia-eleicoes-presidenciais-sem-surpresas/>> Acesso em 19 de Setembro de 2018.

HAMALAINEN, Unto. **Novo governo finlandês prepara o terreno**, 2015. Disponível em: <<https://finland.fi/pt/vida-amp-sociedade/novo-governo-finlandes-prepara-o-terreno/>> Acesso em 19 de Setembro de 2018.

HENLEY, Jon. **Norway's rightwing coalition claims victory in general election**, 2017. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2017/sep/11/norways-rightwing-coalition-set-to-retain-power-by-slender-margin>> Acesso em 19 de Setembro de 2018.

INDRUCHOVA, Eva. **European Union member states outside the Euro Area: Their legal status and approach towards the euro**. TLQ 3/2013. Disponível em: <www.ilaw.cas.cz/tlg> p. 225-234, Último acesso em 21 de Setembro de 2018.

JÄNTTI, M.; SAARI, J.; VARTIAINEN, J. **Growth and equity in Finland**. Wider Discussion Papers. World Institute for Development Economics. nº 06, Helsinki, 2006.

JESPERSEN, K. J. **Factsheet Denmark**. Copenhagen: Ministry of Foreign Affairs of Denmark, 2003.

KEYNES, John Maynard. **The General Theory of Employment, Interest and Money**. London: Macmillian, 2007.

KLINGE, Matti. **Breve história da Finlândia**. Keuruu: Otava, 2000.

KORPELA, Salla. **Finland's Parliament: Pioneer of Gender Equality**, 2016. Disponível em: <<https://finland.fi/life-society/finlands-parliament-pioneer-of-gender-equality/>> Acesso em 19 de Setembro de 2018.

MARSHALL, Thomas. **Citizenship and social classes**. Cambridge: The Syndics of the University Press, 1950.

MJOSET, Lars. **Nordic economic policies in the 1980s and 1990s**. Oslo: Department of Sociology and Human Geography, 1996.

MOE, T.; SOLHEIM, J.; VALE, B. **The Norwegian Bank Crisis**. Norges Banks Skriftserie. Occasional Papers. nº 33, Oslo, 2004.

MOLLER, J.; SKEDSMO, G. **Nova gestão pública na Noruega: O papel do contexto nacional na mediação da reforma educacional**. Educ. Soc., Campinas, v. 36, nº. 132, p. 779-800, jul-set, 2015.

NEDERGAARD, Peter. **The immigration policy turn: The Danish Social Democratic case**, 2017. Disponível em: <<https://socialsciences.ku.dk/news/the-danish-social-democratic-case/>> Acesso em 19 de Setembro de 2018.

PARFITT, Tom. **EU needs a "miracle" Denmark Hits out: PM warns he will Ignore Brussels' border orders**, 2017. Disponível em: <<https://www.express.co.uk/news/world/805375/European-Union-Denmark-Lars-Lokke-Rasmussen-migrant-crisis-immigration-Brussels>> Acesso em 19 de Setembro de 2018.

PIKKARAINEN, P. et. al. **Monetary policy in Finland: Experiences since 1992**. (2018). Disponível em <<https://www.bis.org/publ/plcy02c.pdf>> p.28-43, Último acesso em 22 de Setembro de 2018.

RAMOS, Emiliano. **A economia da Polônia após as duas décadas de transição**. 2010. 91f. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

SAMPSON, Anastacia. **Sweden History – Early 20th century to present day**, 2015. Disponível em: <<https://www.sweden.org.za/early-20th-century-to-present-day.html>> Acesso em 13 de Julho de 2018.

STOLEN, H; DAGENBORG, J. **Norway's right-wing government claims narrow victory in parliamentary election**. Disponível em: <<https://www.independent.co.uk/news/world/europe/norway-parliamentary-election-conservative-party-wins-right-wing-government-erna-solberg-labour-oil-a7941831.html>> Acesso em 19 de Setembro de 2018.

SUNDIN, J.; WILLNER, S. **Social change and health in Sweden: 250 years of politics and practice**. Solna: Swedish National Institute of Public Health, 2007.

VASCONCELLOS, M.; GARCIA, M. **Fundamentos de Economia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

ZETTERBERG, Seppo. **Resumo dos principais fatos históricos da Finlândia**. Disponível em: <<https://finland.fi/pt/vida-amp-sociedade/resumo-dos-principais-fatos-historicos-da-finlandia/>> Acesso em 08 de Agosto de 2018.

Sítios Pesquisados

AFRICAN UNION. African Union Commissioner for Political Meets with the Minister of Foreign Affairs of the Kingdom of Sweden. Disponível em: <<https://au.int/en/pressreleases/20180417/african-union-commissioner-political-meets-minister-foreign-affairs-kingdom>> Acesso em 08 de Setembro de 2018.

AFRICAN UNION. AU in a nutshell. Disponível em: <<https://au.int/en/history/oau-and-au>> Acesso em 27 de Agosto de 2018.

AFRICAN UNION. Norway signs USD 2.75 million direct support to African Union Ebola operation Commends the African Union for its leadership in the Ebola response. Disponível em: <<https://au.int/en/newsevents/26990/norway-signs-usd-275-million-direct-support-african-union-ebola-operation-commends>> Acesso em 08 de Setembro de 2018.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. O que fazemos. Disponível em <<http://www.icrc.org/pt/o-cicv>> Acesso em 15 de Agosto de 2018.

COUNCIL OF EUROPE. Finland makes voluntary contribution. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/programmes/-/finland-makes-voluntary-contributi-1>> Acesso em 27 de Agosto de 2018.

COUNCIL OF EUROPE. Norway makes voluntary contribution. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/programmes/-/norway-makes-voluntary-contributi-2>> Acesso em 27 de Agosto de 2018.

COUNCIL OF EUROPE. Who we are. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/about-us/who-we-are>> Acesso em 27 de Agosto de 2018.

DANISH MINISTRY OF DEFENSE. NATO – The cornerstone of Danish security. Disponível em: <<http://www.fmn.dk/eng/allabout/Pages/NATO-TheCornerstoneofDanishSecurity.aspx>> Acesso em 05 de Agosto de 2018.

DENMARK IN ETHIOPIA. Africa Programme for Peace. Disponível em: <<http://etiopien.um.dk/en/about-etiopia/regional-cooperation/african-peace-program/>> Acesso em 08 de Setembro de 2018.

DENMARK IN THE USA – MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF DENMARK. Organization of American States. Disponível em: <<http://usa.um.dk/en/denmark-in-us/development-assistance/oas/>> Acesso em 27 de Agosto de 2018.

EMBAIXADA REAL DA NORUEGA EM BRASÍLIA. Política de desenvolvimento e esforço humanitário. Disponível em: <<https://www.norway.no/pt/brasil/valores-prioridades/politica-desenvolvimento-hum/>> Acesso em 25 de Julho de 2018.

EMBASSY OF FINLAND, ADDIS ABABA. Finland and the African Union. Disponível em: <<http://www.finland.org.et/public/default.aspx?nodeid=34610&contentlan=2&culture=en-US>> Acesso em 08 de Setembro de 2018.

EUROPEAN UNION. Suécia em síntese. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries/sweden_pt> Acesso em 25 de Julho de 2018.

FINLAND'S PERMANENT MISSION IN THE UN. Finland in the UN. Disponível em: <<http://www.finlandun.org/public/default.aspx?nodeid=35893&contentlan=2&culture=en-US>> Acesso em 08 de Agosto de 2018.

GOVERNMENT OFFICES OF SWEDEN. How Sweden is governed. Disponível em: <<https://www.government.se/how-sweden-is-governed>> Acesso em 13 de Julho de 2018.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF RED CROSS. What is international humanitarian law?. Disponível em <<http://www.icrc.org/en/document/what-international-humanitarian-law>> Acesso em 15 de Agosto de 2018.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. How the court works. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works>> Acesso em 30 de Agosto de 2018.

INTERNATIONAL CRISIS GROUP. Seven Priorities for the African Union in 2018. Disponível em: <<https://www.crisisgroup.org/africa/b135-seven-priorities-african-union-2018>> Acesso em 08 de Setembro de 2018.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES DA DINAMARCA. Dinamarca em geral. Disponível em: <<http://brasilien.um.dk/pt/sobre-a-dinamarca/dinamarca-em-geral>> Acesso em 04 de Agosto de 2018.

MINISTRY FOR FOREIGN AFFAIRS OF FINLAND. Development policy and development cooperation. Disponível em: <<https://um.fi/development-policy-and-development-cooperation>> Acesso em 09 de Agosto de 2018.

MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF DENMARK. Denmark in the UN. Disponível em <<http://um.dk/en/foreign-policy/denmark-in-the-eu/>> Acesso em 06 de Agosto de 2018.

MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF FINLAND. Registry of support to OAS. Disponível em: <<http://forin-origin.finland.fi/public/default.aspx?contentid=284402&nodeid=48024&contentlan=2&culture=en-US>> Acesso em 21 de Agosto de 2018.

NATIONS ENCYCLOPEDIA. Norway politics, government and taxation. Disponível em: <<http://www.nationsencyclopedia.com/economies/Europe/Norway-POLITICS-GOVERNMENT-AND-TAXATION.html>> Acesso em 08 de Maio de 2018.

NORWAY IN ETHIOPIA. Statement by H.E. Ambassador Andreas Gaarder to the Permanent Representatives' Committee of the African Union. Disponível em: <<https://www.norway.no/en/ethiopia/norway-ethiopia/news-events/news2/statement-to-the-african-union-prc/>> Acesso em 08 de Setembro de 2018.

POLITÉCNICO DE VISEU. Noruega e a União Europeia. Disponível em:
<http://www.ipv.pt/millenium/15_esf2.htm> Acesso em 10 de Agosto de 2018.

RIKSDAGEN. The new Riksdag after the election. Disponível em:
<<http://www.riksdagen.se/en/the-election-2018/the-new-riksdag-after-the-election/>> Acesso em 19 de Setembro de 2018.

SAMFUNNSKUNNSKAP. História, Geografia e Modo de vida. Disponível em:
<http://www.samfunnskunnskap.no/?page_id=815&lang=pt> Acesso em 25 de Abril de 2018.

SWEDEN ABROAD: EMBASSY OF SWEDEN. Council of Europe. Disponível em:
<<https://www.swedenabroad.se/en/embassies/strasbourg-council-of-europe/about-us/>> Acesso em 27 de Agosto de 2018.

THE DANISH PARLIAMENT. Denmark's foreign policy. Disponível em:
<http://english.eu.dk/en/denmark_eu/european-policy> Acesso em 06 de Agosto de 2018.

THE OFFICIAL SITE OF SWEDEN. History of Sweden. Disponível em:
<<https://sweden.se/society/history-of-sweden/#>> Acesso em 12 de Julho de 2018.

THE OFFICIAL SITE OF SWEDEN. Sweden and human rights. Disponível em:
<<https://sweden.se/society/sweden-and-human-rights/>> Acesso em 25 de Julho de 2018.

THE OFFICIAL WEBSITE OF DENMARK. History. Disponível em:
<<http://denmark.dk/en/society/history>> Acesso em 11 de Agosto de 2018.

THE UN REFUGEE AGENCY. History of UNHCR.
Disponível em:
<<http://www.unhcr.org/history-of-unhcr.html>> Acesso em 30 de Agosto em 2018.

UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. UNESCO in brief. Disponível em:
<<https://en.unesco.org/about-us/introducing-unesco>> Acesso em 15 de Agosto de 2018.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. What we do. Disponível em:
<<https://www.ohchr.org/EN/AboutUs/Pages/WhatWeDo.aspx>> Acesso em 16 de Agosto em 2018.

YLE UUTISET. President Niinisto: US immigration ban “contrary to Western values”. Disponível em:

<https://yle.fi/uutiset/osasto/news/president_niinisto_us_immigration_ban_contrary_to_western_values/9432313> Acesso em 19 de Setembro de 2018.<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/02/Folheto-Mecanismos-DH-PORTUGUES1.pdf>

http://www.oas.org/saf/DFAMS/2017/12/SF_TABLE_CONTOAS_20171231_EN.pdf

https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/RC13_eng.pdf

http://www.oas.org/saf/dfams/2016/11/sf_table_contpo_20161130_en.pdf

<https://www.oas.org/en/iachr/mandate/finances/2016-Financial-Resources.pdf>

<https://fas.org/sgp/crs/row/R42639.pdf>

<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/08039410.2017.1382088?scroll=top&needAccess=true>

https://www.regeringen.se/4aa971/contentassets/edbbd6d8a49947b68794b3cfe0588516/srk_blad_en_afrika-2.pdf?t_id=1B2M2Y8AsgTpgAmY7PhCfg%3D%3D&t_q=Swedish+integration+policy&t_tags=language%3Aen%2Csiteid%3Ac5a774ab-a6e3-4456-8f59-3bde614ae911&t_ip=66.249.79.154&t_hit.id=RKWeb_Models_Media_PdfFile/e60f7781-5f3d-49c4-b691-bc87274b5f21&t_hit.pos=189

<http://www.compareyourcountry.org/pisa/country/FIN?lg=en>

<http://www.eduskunta.fi/EN/kansanedustajat/Pages/default.aspx>

<https://www.thedanishparliament.dk/en/members/members-in-party-groups>

<https://pt.tradingeconomics.com/sweden/unemployment-rate>

<https://www.unicef.org/about/execboard/>

http://www.oas.org/en/ser/dia/perm_observers/countries.asp

https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-states/-/conventions/treaty/country/FIN/RATIFIED?p_auth=oDcN6L39

https://www.unicef.org/about/execboard/index_59998.html

<https://www.coe.int/en/web/portal/denmark>

<https://www.coe.int/en/web/portal/sweden>

<https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-states/-/conventions/chartStats/NOR>

<https://www.coe.int/en/web/portal/norway>

<https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-states/-/conventions/chartStats/DEN>

<https://www.coe.int/en/web/portal/finland>

http://www.oas.org/en/ser/dia/perm_observers/contributions.asp

<http://indicators.ohchr.org>

https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries/finland_en

<http://hdr.undp.org/en/composite/HDI>

<https://www.cnbc.com/2018/03/16/these-are-the-top-10-happiest-countries-in-the-world.html>

<https://nordic.businessinsider.com/denmark-is-the-least-corrupt-country-in-the-world-2017-1/>

O FIM DA FILOSOFIA NA ERA DA TÉCNICA E A FORMAÇÃO DO PROFISSIONAL DO DIREITO

Márcia Aparecida de Freitas¹

Resumo

O artigo desenvolve a reflexão sobre a tarefa do pensamento com o fim da filosofia e sobre os perigos da tecnologia e da construção de máquinas às quais são confiadas operações próprias do ser humano. Na concepção de Martin Heidegger, a filosofia (metafísica) chega ao seu estágio terminal com o advento da cibernética. Para Nicola Abbagnano tanto as operações quanto a correção das operações são guiadas por mensagens (informações) transmitidas e recebidas. Por isso, a teoria da comunicação é base integrante da cibernética. Aponta-se ainda a abordagem feita por Niklas Luhmann sobre o poder como meio da comunicação e seus reflexos no âmbito jurídico. No mundo globalizado, a codificação e a descodificação levam à reflexão sobre a substituição dos profissionais do Direito pela máquina

Palavras-chave: cibernética; codificação; descodificação; tecnologia; metafísica.

THE END OF PHILOSOPHY IN THE AGE OF TECHNIQUE AND THE TRAINING OF THE PROFESSIONAL OF THE LAW

Abstract

The article develops the reflection on the task of thought with the end of philosophy and on the dangers of technology and the construction of machines to which human operations are entrusted. In Martin Heidegger's conception, philosophy (metaphysics) reaches its terminal stage with the advent of cybernetics. For Nicola Abbagnano both the operations and the correction of the operations are guided by messages (information) transmitted and received. Hence, the theory of communication is an integral basis of cybernetics. It is also pointed out the approach made by Niklas Luhmann on power as a medium of communication and its reflexes in the legal sphere. In the globalized world, codification and decoding lead to reflection on the substitution of law professionals for the machine."

Keywords: cybernetics; codification; decoding; technology; metaphysics.

¹ Advogada, mestranda pela UNIVEM, aluna convidada da FMU.

Fim da Metafísica

A metafísica abriga diversas vertentes, todas elas sustentam o primado da essência sobre a existência, o verdadeiro seria a essência e não a existência. No mundo contemporâneo, a vertente denominada filosofia da consciência, com as suas noções de razão e método, é quem preside a ciência moderna, cujos avanços resultam na submissão do mundo aos domínios da técnica. A filosofia hermenêutica de Martin Heidegger é uma posição contrária ao pensamento metafísico.

Heidegger sustenta que, à medida que tudo se ordena de acordo com a concepção de ideias ou de razão, vai-se perdendo a concepção da verdade como revelação. O homem já não sente o ser como algo que constantemente aparece e desaparece do seu alcance; antes o vê sob a forma da presença estática e imutável de uma ideia. Isto significa que o pensamento que visa à verdade não se fundamenta na existência, mas sim na percepção de uma essência atemporal; o ser não é concebido em termos de experiência vivida, mas sim em termos de ideia (Palmer, 2006: 148). A metafísica foi construída sobre essa noção, motivo pelo qual o conhecimento afastou-se da facticidade da experiência vivida, foi colocado fora do fluxo da vida factual e histórica e se enveredou para o tecnicismo. Afinal, como se deu este processo de dissolução da filosofia na ciência e desta na técnica?

No texto *Que é Isto – Filosofia?* Heidegger reconhece que as ciências só foram possíveis graças à filosofia. Destaca que a filosofia precedeu e possibilitou o surgimento e o desenvolvimento das ciências e das técnicas:

“A energia atômica descoberta e liberada pelas ciências é representada como aquele poder que deve determinar a marcha da história. Entretanto, a ciência nunca existiria se a filosofia não a tivesse precedido e antecipado. A palavra grega liga nosso diálogo a uma tradição historial, mostra-nos a direção de um caminho” (Heidegger: 1973: 213).

Também no texto *O Fim da Filosofia* Heidegger indica que um traço decisivo da filosofia é o desenvolvimento das ciências, fala do fim da filosofia enquanto metafísica e de sua transformação em ciência empírica, cuja especificidade é de natureza técnica:

“Esquecemos que já na época da filosofia grega se manifesta um traço decisivo da Filosofia: é o desenvolvimento das ciências em meio ao horizonte aberto pela Filosofia. O desenvolvimento das ciências é, ao mesmo tempo, sua independência da Filosofia e a inauguração de

sua autonomia. Este fenômeno faz parte do acabamento da Filosofia. Seu desdobramento está hoje em plena marcha, em todas as esferas do ente (...). Quando falamos do fim da Filosofia queremos significar o acabamento da Metafísica (...). A Filosofia entrou em seu estágio terminal (...). A Filosofia transforma-se em ciência empírica do homem, de tudo aquilo que pode tornar-se objeto experimentável de sua técnica, pela qual ela se instala no mundo, trabalhando-o das múltiplas maneiras que oferecem o fazer e o formar” (Heidegger, 1973: 270).

Para Heidegger, não é necessário ser profeta para reconhecer que as modernas ciências serão determinadas e dirigidas pela nova ciência básica chamada cibernética:

“Esta ciência (cibernética) corresponde à determinação do homem como ser ligado à *praxis* na sociedade. Pois ela é a teoria que permite o controle de todo planejamento possível e de toda organização do trabalho humano. A cibernética transforma a linguagem num meio de troca de mensagens. As artes tornam-se instrumentos controlados e controladores da informação” (Heidegger, 1973: 270).

Segundo Nicola Abbagnano (2003: 133-134), a partir da década de 1940, a palavra cibernética passou a ser entendida como a ciência que estuda as comunicações e, em particular as comunicações com vistas à construção de máquinas calculadoras: autômatos, cérebros eletrônicos. A cibernética é, assim, o estudo para a construção e controle de máquinas cada vez mais complexas às quais são confiadas operações e tarefas que eram consideradas próprias do ser humano.

Conforme Abbagnano, essas máquinas são capazes de realizar operações que, durante a execução, podem ser corrigidas com a finalidade de cumprir melhor seus objetivos. Tanto as operações quanto a correção das operações são guiadas por mensagens (informações) transmitidas e recebidas. Por isso, a teoria da comunicação é base integrante da cibernética. O esquema da comunicação é constituído por três elementos básicos: a mensagem transmitida, a transmissão e a mensagem recebida. A mensagem transmitida é codificada por quem transmite (emissor) e deve ser decodificada por quem a recebe (receptor) e guiar a sua conduta.

Essas breves informações possibilitam dizer que o estudo das comunicações (cibernética) repercute em todos os campos da ciência e da técnica. No âmbito do Direito podemos citar:

- A. O estudo de Niklas Luhmann sobre o poder como meio da comunicação e seus reflexos no âmbito jurídico, principalmente as noções de: a) complexidade, seletividade e contingência; b) código como um conjunto de

- símbolos generalizados; c) funções da codificação; d) organização do poder e) legitimidade e poder; f) poder e influência: autoridade, liderança e reputação.
- B. O estudo de Tercio Sampaio Ferraz Jr sobre a teoria da norma jurídica como comunicação (troca de mensagens), principalmente as noções de: a) princípio de interação e situação comunicativa, que correspondem a um modelo de perguntas e respostas; b) estrutura do discurso: monológica e dialógica; c) discurso normativo: relato e cometimento; imunização da norma jurídica: condicional e finalística.
- C. O estudo de Tercio Sampaio Ferraz Jr sobre a interpretação jurídica como poder de violência simbólica, principalmente as noções de: a) função simbólica da linguagem; b) uso competente da língua; c) relações de poder; d) língua normativa e língua realidade; e) língua hermenêutica e legislador racional.
- D. Sugerimos o estudo das repercussões da cibernética no direito do consumidor, especificamente: a) o uso de código de barras nas mercadorias; b) a codificação e decodificação desse código; c) a importância desse código no comércio internacional.
- E. Sugerimos também o estudo das repercussões da cibernética no direito penal e de família, especificamente as mudanças produzidas pelo código genético (DNA) como meio de prova.

Outros temas poderiam ser sugeridos no sentido de abarcar as noções de codificação e decodificação no Direito do mundo globalizado. Todavia, o que nos interessa neste artigo é refletir sobre a tarefa do pensamento com o fim da filosofia e sobre os perigos da tecnologia e da construção de máquinas às quais são confiadas operações próprias do ser humano.

Como dito, Heidegger entende que com o advento da cibernética a filosofia (metafísica) chega ao seu estágio terminal:

“Ela encontrou seu lugar no caráter científico com que a humanidade se realiza na práxis social. O caráter específico desta cientificidade é de natureza cibernética, quer dizer, técnica. Provavelmente desaparecerá a necessidade de questionar a técnica moderna, na mesma medida em que mais decisivamente a técnica marcar e orientar todas as manifestações no Planeta e o posto que o homem nele ocupa” (Heidegger, 1973: 270-271).

A filosofia se dissolveu nas ciências e estas na técnica. As ciências interpretam tudo sob o ponto de vista da técnica, até a verdade científica é identificada com a eficiência que os instrumentos trazem para o progresso da pesquisa:

“‘Teoria’ significa agora: suposição de categorias a que se reconhece apenas uma função cibernética, sendo-lhe negado todo o sentido ontológico. Passa a imperar o elemento racional e os modelos próprios

do pensamento que apenas representa e calcula (...). O fim da Filosofia revela-se como o triunfo do equipamento controlável de um mundo técnico-científico e da ordem social que lhe corresponde” (Heidegger, 1973: 271).

Oswaldo Giacóia Jr entende que é urgente pensar com Heidegger porque a obra deste filósofo nos alerta sobre os perigos da tecnologia moderna:

“Heidegger se pergunta se o desenvolvimento tecnológico não se encontra enredado em uma escala compulsiva, em uma espiral infinita, que, em vez de resolver nossos impasses, nos impele cada vez mais para a catástrofe, por exemplo, ecológica, o que coloca em risco as possibilidades de uma autêntica vida humana (...). A dinâmica das tecnologias sugere que estas não se deixam submeter ao controle e ao planejamento por parte das modalidades tradicionais de poder social, econômico e político, o que evidencia, antes, um imenso potencial para colonizar e tornar dependentes de si as diversas formas de organização da sociedade. Como toda reprodução coercitiva, também esta é sintoma de perda de controle e revela-se um delírio de onipotência, essencialmente moderno. Desse modo, somos confrontados com a necessidade de despertar dessa *hybris*, para conquistar, pelo pensamento, uma potência de segundo grau: a capacidade de nos subtrair à compulsão de percorrer sempre os mesmos caminhos, que, em vez de salvação, potencializam o perigo, enredando-nos mais profundamente na alienação. Esse despertar só pode ser feito por meio de outro pensar, que ousa tomar a seu encargo a reflexão sobre o pensar calculatório, operacional e instrumental que predomina nas ciências contemporâneas” (Giacóia Jr, 2013: 10-11).

Por isso, é importante repensar o ensino do direito, sobretudo, para reforçar o estudo de teorias interpretativas, afastando o estudo puramente da “*decoreba*” de leis, o que é o que se propõe.

Neste sentido, o estudo teórico, sobretudo o da hermenêutica filosófica, mostra-se importante para conduzir um processo judicial, em que o caso concreto deve ser analisado e compreendido com parâmetros do fluxo factual e histórico.

Além disso, a razão de incrementar a hermenêutica filosófica ao estudo de formação jurídica se deve ao fato de que se deve atentar à formação de cientistas do direito e não repetidores de técnicas jurídicas.

Era da Técnica e Tarefa do Pensamento

Heidegger pergunta: com o fim da filosofia, qual seria a tarefa reservada para o pensamento, um pensamento que não pode ser nem metafísico nem ciência? Heidegger diz que na modernidade a filosofia convocou o pensamento para “a

questão mesma". Segundo ele, desde Descartes, o chamado "à questão mesma" exige método adequado à filosofia, portanto, com a filosofia da consciência a elaboração do método é "a questão mesma". Até em Husserl, o chamado "à questão mesma" visa garantir a elaboração do método:

"No tratado de Husserl, A Filosofia como Ciência Rigorosa, o chamado 'à questão mesma' procura precaver contra a psicologia naturalística que pretendia ser o autêntico método para a exploração da consciência. O chamado 'à questão mesma' dirige-se, ao mesmo tempo, contra o historicismo (). Todavia a questão da pesquisa filosófica continua, para Husserl, a ser a subjetividade da consciência. O chamado 'à questão mesma' visa a garantia e elaboração do método" (Heidegger, 1973: 273).

Heidegger entende que o método (seja cartesiano, kantiano ou husserliano) não tem uma resposta para a tarefa do pensamento no fim da filosofia porque continua preso à metafísica, à subjetividade (à consciência), portanto, o que interessa ao pensamento no fim da filosofia ainda continua oculto. É necessário perguntar pelo que permanece impensado (velado) tanto na filosofia como em seu método. Perguntar pelo que está oculto e não pode ser mais pensado pela metafísica como questão que lhe compete. Enfim, Heidegger enxerga no processo de dissolução da filosofia e da ciência na técnica um signo do esquecimento do ser.

Para Heidegger, o que interessa ao pensamento no fim da filosofia não pode ser pensado pela metafísica, pois "a questão mesma" não é o método, é a questão do ser que se tornou uma questão esquecida, é a questão do ser do ente, o sentido do ser. Tal questão aparece a partir de si mesma, tornando-se assim presença.

"Tal aparecer acontece necessariamente em certa claridade. Somente através dela pode mostrar-se aquilo que aparece, isto é, brilha. A claridade, por sua vez, porém, repousa numa dimensão de abertura e de liberdade que aqui e acolá, de vez em quando, pode clarear-se. A claridade acontece no aberto e aí a luta com a sombra" (Heidegger, 1973: 275).

Heidegger entende que somente esta abertura, que ele designa de clareira, garante a marcha do pensamento e a possibilidade de um aparecer e de um mostrar-se:

"A clareira da floresta contrasta com a floresta cerrada (...). O substantivo "clareira" vem do verbo "clarear" (...). Clarear algo quer dizer: tornar algo leve, tornar algo livre e aberto, por exemplo,

tornar a floresta, em determinado lugar, livre de árvores. A dimensão livre que assim surge é a clareira” (Heidegger, 1973: 275).

Para Heidegger, a clareira é o aberto para tudo que se apresenta e ausenta. O próprio fenômeno, a clareira, nos afronta com a tarefa de, questionando-se, dele aprender, isto é, deixar que nos diga algo. A clareira é o caminho que possibilita o desvelamento do ser dos entes. A existência humana (Dasein) é essa abertura que possibilita o manifestar-se do ser dos entes:

“Todo o pensamento da Filosofia, que, expressamente ou não, que segue o chamado ‘às coisas mesmas’, já está, em sua marcha, com seu método, entregue à livre dimensão da clareira. Da clareira, todavia, a Filosofia nada sabe. A Filosofia fala da luz da razão, mas não atenta para a clareira do ser” (Heidegger, 1973: 276).

Heidegger entende que o desvelamento certamente foi nomeado no começo da filosofia, mas não foi pensado como tal pela filosofia nas eras posteriores. Segundo ele, desde os gregos a filosofia como metafísica pensou o ente e esqueceu o ser. O desvelamento como clareira não pode ser identificado à verdade da filosofia do ser (metafísica clássica) ou da filosofia da consciência (metafísica moderna) que desemboca na perspectiva da adequação, no sentido de concordância entre consciência e realidade. A verdade mesma somente pode no elemento da clareira.

“Isto foi assim porque a clareira não é pura clareira da presença, mas clareira da presença que se vela. Mas se for assim, então apenas com um questionamento do porquê ocorreu assim é que poderemos atingir o caminho que se dirige para a tarefa do pensamento no fim da Filosofia” (Heidegger, 1973: (278).

Conforme Ernildo Stein (em Heidegger, 1973: 265-266), o fim da filosofia significa a sua dissolução nas ciências da era da técnica. No entanto isto deve ser compreendido como um novo começo, ou seja, o fim da filosofia é a “última possibilidade” que, enfrentada, torna-se a “primeira possibilidade”, a partir da qual se refaz a “questão do pensamento”. Heidegger – diz Stein – tem consciência de que a afirmação da auto-supressão da filosofia só pode significar sua renovada autoafirmação. Esta sintetizada na expressão “questão do pensamento”, que na filosofia da consciência foi a subjetividade levada a seu momento extremo: o método. Heidegger, procurando superá-lo, afirma como nova questão do pensamento a *alétheia*. Com esta palavra compreende o sentido, a verdade, o desvelamento, o velamento, a clareira do ser.

Teremos então, diz Stein, no fim da filosofia como metafísica, nem apenas um novo questionamento do que é pensamento, nem apenas um novo voltar-se do pensamento sobre si para se autoquestionar. Resta, em síntese, a unidade de uma questão que se pensa e de um pensamento que se questiona. Não teremos apenas uma questão do pensamento simplesmente dada, mas também, e, sobretudo, uma questão do pensamento, em que este desempenha uma função eminentemente ativa na constituição da questão.

Domínio da técnica

Heidegger, em *Ser e Tempo*, indica que o esquecimento do ser, o esquecimento da diferença ontológica entre ser e ente resultou na submissão do mundo ao domínio da técnica. Também no ensaio “Que é Metafísica?” faz um alerta sobre os perigos deste domínio, o perigo da tecnologia moderna, das especializações e da dispersão e distanciamento das disciplinas científicas. Segundo ele:

“Os domínios das ciências distam muito entre si. Radicalmente diversa é a maneira de tratarem seus objetos. Esta dispersa multiplicidade de disciplinas é hoje ainda apenas mantida numa unidade pela organização técnica de universidades e faculdades e conserva um significado pela fixação das finalidades práticas das especialidades. Em contraste, o enraizamento das ciências, em seu fundamento essencial, desapareceu completamente” (Heidegger, 1973: 233).

Heidegger critica o ambiente acadêmico de seu tempo pela ausência de reflexão sobre a cibernética (metafísica do nosso tempo) e a postura de silêncio sobre os perigos da tecnologia moderna.

Para Heidegger, o pensar não se separa originariamente do agir. O pensar age enquanto se exerce como pensar. Nesse sentido, o pensamento não se transmuda em ação por causa do efeito que pode resultar de sua aplicação. O pensar é um agir em sentido elevado, não está separado da ação por nenhum abismo a ser recoberto ou transposto pelas formas diversas de aplicação ou emprego. Somente um pensamento já capturado pelos dispositivos da racionalidade técnica se especializa em divisões rigidamente compartimentadas, como a que segmenta o trabalho filosófico em disciplinas como ética, estética, lógica, etc.

Ernildo Stein (em Heidegger, 1973: 225) entende que é tarefa primordial da filosofia conduzir o homem para além da pura imediatidade e instaurar a dimensão crítica. Segundo ele, a meditação filosófica é capaz de nos mostrar principalmente o verdadeiro lugar da ciência e da técnica na construção da história humana. Todo determinismo que se quer imprimir à sociedade e à

consciência, mediante a absolutização da tecnologia, deve ser desmascarado pela consciência crítica instaurada pela filosofia. Ela é um instrumento de libertação das amarras deste novo positivismo tecnocrático com que o sectarismo e o interesse nos querem prender. Para Stein, o texto de Heidegger “Que é Metafísica?” contém elementos importantes para o despertar de uma consciência crítica. Nele o filósofo desenvolve o horizonte metafísico em que o cientista antecipa a visão da totalidade e clarifica as condições de sua própria existência de pesquisador.

Palmer (2006: 150-151) anota que a vontade de poder tem sede de um poder cada vez maior e, nos tempos que correm, esta vontade de poder se expressa num desejo frenético de domínio tecnológico. O pensamento torna-se tecnológico, molda-se às exigências de conceitos e de ideias que permitirão um controle sobre os objetos e sobre as experiências. Pensar já não é uma questão de resposta direta ao mundo, antes se coloca como tentativa inconsciente para dominar; o pensamento não se mantém nem atua como protetor dos ricos da terra, antes esgota o mundo ao tentar reestruturá-lo de acordo com as finalidades do homem. Um rio, por exemplo, deixa de ter valor intrínseco e o homem orienta o seu curso para satisfazer os seus objetivos, construindo grandes barragens e descarregando nele resíduos venenosos. Os deuses fugiram e a terra está a ser implacavelmente consumida. É assim, diz Palmer, que segundo Heidegger se dá o desenlace melancólico do desenvolvimento do pensamento desde Platão, passando por Descartes e Nietzsche até nossos dias.

O fim da filosofia enquanto metafísica mostra (desvela) a crise das ciências que é a crise da razão.

Crise da Razão

Segundo Ernildo Stein (em Heidegger, 1973: 202), enquanto a filosofia das ciências põe todo seu empenho em promover a atividade científica na era da técnica, através dos subsídios indispensáveis da reflexão metodológica, Heidegger vê, em todo este processo, um signo do esquecimento do ser. Sua crítica à invasão do planeta pelo domínio da técnica não deve ser vista como postura anticientífica ou pessimista; ele quer salvar um espaço essencial para o humano, que não pode ser dissolvido no processo tecnocrático. Quando diz que “a ciência não pensa”, não o faz como uma crítica, mas como uma constatação do que é a estrutura interna da ciência. Heidegger quer impedir que a razão se instrumentalize inteiramente e perca a visão do todo.

Oswaldo Giacóia Jr (2013: 9) confirma que o pensamento contemporâneo enreda em paradoxos, aporias e contradições, que se anunciam como a crise da razão, a qual se abate sobre todos os domínios da vida espiritual: nas ciências, nas artes, na moralidade, na religião.

Também Boaventura de Sousa Santos, em sua obra *Um Discurso Sobre as Ciências*, entende que a crise da razão é uma crise que atinge o paradigma das ciências. Segundo ele, o paradigma dominante que preside a ciência moderna constitui-se a partir do século XVII inspirado no racionalismo de René Descartes e no empirismo de Francis Bacon e consolida-se com o positivismo filosófico, quando este prescreve que só existem duas formas de conhecimento científico: as disciplinas formais da matemática e da lógica e as ciências empíricas segundo o modelo mecanicista das ciências naturais. Segundo Santos, inicialmente esse modelo dominou as ciências naturais e, a partir do século XIX, estendeu-se às ciências sociais emergentes, como a antropologia e a sociologia.

Palmer (2006:149) confirma que com Descartes o pensamento sofre uma nova e decisiva viragem. A verdade para Descartes é mais do que mera adequação entre aquele que conhece e o que é conhecido, é a certeza racional que o sujeito tem desta adequação. Com Descartes passamos do conhecimento das coisas tais como são em si mesmas (metafísica grega) para a filosofia da consciência (metafísica moderna). Nesta o estatuto do mundo se fundamenta na subjetividade humana, passa a centrar-se no sujeito.

Santos observa que a ciência moderna estabeleceu o postulado segundo o qual o conhecimento é tanto mais rigoroso quanto mais restrito é o objeto sobre o que incide. Nisso reside o que hoje se reconhece ser o dilema básico da ciência moderna, ou seja, o seu rigor aumenta na proporção direta da arbitrariedade com que reparte seu objeto. Sendo um conhecimento disciplinar, tende a ser um conhecimento disciplinado, isto é uma organização do saber orientada para policiar as fronteiras entre as disciplinas e reprimir os que as quiserem transpor. A redução do objeto do saber científico faz do cientista um ignorante especializado e isto acarreta efeitos negativos. Esses efeitos são visíveis principalmente no domínio das ciências aplicadas. A ciência jurídica, por exemplo, ao reduzir o saber jurídico à análise do “sistema de regras de direito positivo”, transformou o saber jurídico em um saber meramente dogmático que se torna cada vez mais inoperante diante da complexidade da vida jurídica. Nesse sentido, diante de um “sistema de direito positivo”, o modo de operar dogmático do jurista e dos tribunais se reduz a meras sistematizações, classificações e deduções.

Enfim, na era da técnica, o ser desaparece no pensamento que calcula.

Ser e Nada

Na era da técnica a tarefa do homem é dominar o mundo, a natureza. As ciências ganham relevo, pois servem a vontade de domínio (vontade de poder) presente no homem. O homem não reconhece qualquer meta ou sentido que não estejam fundamentados na sua própria certeza racional. Tudo tem fundamento no homem. O homem não é aquele que recebe emanções do ser que lhe é anterior. O homem já não é uma criatura; ele é antes um criador, o fundamento de um mundo que ele próprio forma e projeta (Palmer, 2006: 149).

A filosofia hermenêutica, ao contrário da filosofia metódica, entende a verdade como desvelamento. Nesse sentido, Heidegger propõe uma filosofia que estabeleça as bases de um processo compreensivo, que nós já sempre antecipamos em todos os nossos discursos. A filosofia hermenêutica funda-se, portanto, no exame das condições e dos elementos antecipatórios da compreensão, ou seja, um processo compreensivo que aponta para uma pré-compreensão que sempre acompanha e antecipa o nosso esforço de conhecimento. A filosofia hermenêutica cuida de explicitar esse modo de conhecer.

Para Heidegger, a interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar isenta de pressuposições. Segundo ele, a interpretação tem como fundamento básico uma estrutura prévia. Isto significa que a interpretação já pressupõe algo que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.

Na interpretação, o intérprete já possui uma pré-compreensão daquilo que vai interpretar. Essa pré-compreensão está impregnada de concepções prévias que o intérprete adquiriu ao longo de sua vida. Por isso se diz que o “ser” do intérprete interfere na interpretação porque, sendo ele um indivíduo inserido num contexto cultural, social, linguístico, etc., a interpretação estará, necessariamente, associada às suas impressões anteriores. A compreensão, portanto, não constitui um ato cognitivo de um sujeito isolado do mundo, que detém um determinado método que lhe possibilita descobrir as essências das coisas. A compreensão envolve uma dimensão existencial do ser-no-mundo. Isso significa que o mundo já compreendido se interpreta, ou seja, o sujeito compreende para interpretar.

A hermenêutica filosófica se empenha em revelar, pretende esclarecer o que é velado. A revelação aponta para a tarefa de dialogar (perguntar). Perguntar é um

meio de revelação porque um diálogo acarretará um desvelamento. Enfim perguntar “obriga” o ser a mostrar-se.

Conforme Palmer (2006: 152-154), quando a verdade é concebida como algo que simultaneamente emerge e de novo se esconde, quando o ato hermenêutico coloca o intérprete na fronteira de um vazio (nada), então a interpretação tem que ser criativamente aberta ao que ainda não foi dito. Porque o “nada” é o pano de fundo criativo de toda criação positiva; esse nada é significativo no contexto do ser, como uma revelação do ser.

No texto “O que é Metafísica?” Heidegger faz a pergunta sobre o nada:

“Se quisermos apoderar-nos da existência científica então devemos dizer: Aquilo para onde se dirige a referência ao mundo é o próprio ente – e além dele nada. Aquilo de onde todo o comportamento recebe sua orientação é o próprio ente – e além dele nada. Aquilo com que a discussão investigadora acontece na irrupção é o próprio ente – e além dele nada. Mas o estranho é que precisamente, no modo como o cientista se assegura o que lhe é mais próprio, ela fala de outra coisa. Pesquisado deve ser apenas o ente e mais – nada; somente o ente e além dele – nada; unicamente o ente e além disso – nada (...). A ciência nada quer saber do nada. Mas não é menos certo também que, justamente, ali, onde ela procura expressar sua própria essência, ela recorre ao nada. Aquilo que ela rejeita, ela leva em consideração” (Heidegger, 1973: 234).

Segundo Heidegger (1973: 235), a ciência rejeita o nada como aquilo que “não existe”. Todavia, diz ele, quando perguntamos: o que é o nada? Já supomos antecipadamente o nada como algo que “é”, assim como um ente. Ocorre que o nada se distingue do ente, como se fosse o seu contrário. Mas, essa resposta parece impossível, pois o nada seria alguma coisa.

Conforme Heidegger (1973: 241), a pergunta pelo nada implica em ir para além do ente enquanto tal. Nesse sentido, a metafísica antiga concebe o nada no sentido de não-ente e a dogmática cristã entende o nada como oposto ao ente verdadeiro, a Deus enquanto *ens increatum*. A dogmática cristã sequer se preocupa com a dificuldade de que, se Deus cria do nada, justamente precisa poder entrar em relação com o nada. Essas recordações históricas mostram o nada com oposto ao ente. Por isso:

“O nada suscita a verdadeira questão metafísica a respeito do ser do ente. O nada não permanece indeterminado oposto ao ente, mas se desvela como pertencente ao ser do ente (...). O ser e o nada são o mesmo, cooperentem”.

Em suma, o homem é o que constrói a ponte entre o ser que se esconde e o que se revela. O homem ao falar interpreta o ser. Justamente por isso Heidegger define o pensamento verdadeiro como revelação daquilo que estava velado.

Conclusão

Olney Queiroz Assis em um artigo intitulado O dom na sociedade do “*animal laborans*” retoma a lição de Tercio Sampaio Ferraz Jr, para afirmar que, na era da técnica, o homem e o Direito tornaram-se objetos descartáveis.

A ideia básica de Ferraz Jr (1995) é a de que na Antiguidade o Direito era resultado da ação, uma atividade partilhada exercida no espaço público (polis) entre homens livres e iguais, homens políticos que se entendiam no diálogo, na conversação. A ação era ilimitada (agir era iniciar continuamente relações) e imprevisível (suas consequências não podiam ser determinadas logicamente de antemão). A única estabilidade possível era aquela que decorria da própria ação, uma espécie de virtude, como o equilíbrio e a moderação da prudência. Mas, para que essa estabilidade fosse alcançada eram necessárias certas condições - as fronteiras territoriais para as cidades, as leis para o comportamento, a cerca para a propriedade, etc. - que eram consideradas limites à ação. Essas condições resultavam não da ação, mas do trabalho do arquiteto, do legislador, uma atividade dominada pela relação meio/fim.

Assim, na Antiguidade, a legislação enquanto resultado do trabalho do legislador não se confundia com o Direito enquanto resultado da ação. Havia uma diferença entre *lex* e *jus* na proporção da diferença entre trabalho e ação. O que condicionava o *jus* era a *lex*, mas o que conferia estabilidade ao *jus* era algo imanente a ação: a virtude do justo, a justiça.

Na Era Moderna há uma progressiva perda do sentido antigo da ação, que passa a se confundir, cada vez mais, com trabalho, uma atividade finalística. Desse modo há uma redução progressiva do *jus* à *lex*, do Direito à legislação, do homem político ao *homo faber*. No mundo do *homo faber*, a concepção de que o homem é um fabricante de coisas, conduz à conclusão de que o homem só consegue se relacionar com outras pessoas trocando produtos com elas.

Na sociedade dominada pela ideia de troca, o Direito passa a ser considerado como um bem que se produz (um objeto). É a identificação do *jus* com *lex*. O Direito considerado objeto de uso é o Direito definido como conjunto abstrato de normas, independentemente das situações reais, dos casos concretos. No correr da Era Moderna, repercutindo no mundo contemporâneo, ocorrerá a progressiva absorção da ideia de trabalho pela ideia de labor, quando então

passamos para a concepção de mundo dominada pela ideia do *animal laborans* e o Direito torna-se objeto de consumo, portanto, cada vez mais instável e descartável, devido às incessantes mudanças de seus conteúdos.

O homem, dominado pela concepção do *animal laborans*, é indiferente ao mundo; o centro de suas preocupações é a luta pela sobrevivência que coage os indivíduos e os isola uns dos outros, não há espaço para conversação ou diálogo. Movido pela necessidade o homem se imobiliza, não conhece outro valor, nem outra necessidade, senão a sua própria sobrevivência. O mundo do *animal laborans* é a sociedade de consumo onde tudo se torna descartável, inclusive o próprio homem.

Nessa sociedade confere-se à força de trabalho (ser humano) o mesmo valor que se atribui às máquinas, portanto, transforma coisas e homens em bens para serem consumidos numa escalada cuja velocidade provoca espanto, como bem se vê na rapidez com que tudo se supera na era da técnica. O Direito segue o mesmo compasso, torna-se descartável com a intensificação do processo legislativo. A velocidade que se imprime às mudanças torna os livros de dogmática jurídica descartáveis de um semestre para o outro. Tornou-se impossível manter uma biblioteca de dogmática jurídica atualizada. O que se ensina em um semestre tende a ser superado no semestre seguinte. E o processo de ensino continua o mesmo, a mesma decoreba, como se não houvesse mudança alguma.

Na sociedade de consumo, tudo que não serve ao processo vital é destituído de significado. Até o pensamento se torna simples ato de prever consequências e só nessa medida é valorizado. Entende-se assim a valorização dos saberes técnicos, sobretudo quando se percebe que os instrumentos eletrônicos exercem aquela função calculadora muito melhor do que cérebro humano. Nessa trilha, o saber jurídico se torna um mero saber técnico, saber reprodutivo, e também descartável.

Segundo Ferraz Jr (2014), o último estágio dessa sociedade técnica requer de seus membros um funcionamento puramente automático, uma vida inserida num tipo funcional de condutas entorpecidas. Daí a possibilidade de substituir juízes, promotores, advogados pelas máquinas, como já está acontecendo com o advento da Revolução 4.0.

A sociedade técnica do *animal laborans* decretou a irrelevância do ser humano e, em consequência, destruiu os interesses da cidadania, desintegrou os laços humanos, imprimiu o processo corrosivo de tudo que não é mercado, que não é

interesse privado ou que não reflita uma eficiência medida em dinheiro. Tudo isso é absorvido com muita tranquilidade ou bastante indiferença pelas pessoas.

Os efeitos devastadores da sociedade do *animal laborans* continuam em curso. Tercio Sampaio Ferraz Jr, no seu mais recente livro O Direito, Entre o Futuro e o Passado, diz que no Século XXI o *animal laborans* é substituído pelo *homo ludens*. A existência passa a ser um espetáculo (*show*). O *homo ludens* converte o mundo circundante no espetáculo da diversão. O ser humano não é mais uma *persona* de ações concretas, mas sim um *performer*, que não age, mas digita. O que lhe resta das mãos são apenas os dedos, com os quais tange um teclado.

Com isso, temos o indivíduo coletivizado da mídia tecnológica, na qual estamos todos separados (cada um no seu computador) e, ao mesmo tempo, juntos, em termos de uma imensa uniformidade (consumidores das mesmas mensagens, etc.). Ou seja, indivíduos isolados e difusos e, simultaneamente, integrados e uniformes.

No mundo tecnológico contemporâneo, que é a sociedade do *homo ludens*, o ser humano passa a ser apenas um acessório da máquina. Tudo é uma questão de padrão, no sentido de bula farmacêutica, de manual de instrução de uso, de *software*; inclusive o Direito.

É preciso repensar o futuro da formação jurídica, que tem inserido os profissionais do Direito, cada vez mais, no mundo tecnológico, transformando-os em repetidores de manual de instrução.

Um bom caminho, pensamos, para destacar o profissional do direito das máquinas é priorizar o ensino das teorias de interpretação, sobretudo, o ensino da hermenêutica filosófica.

Referências

ABBAGNANO, Nicola (2003) Dicionário de Filosofia. São Paulo. Martins Fontes.

ASSIS, Olney Queiros e Outros (2017) – Instituto dos Advogados de São Paulo. Linguagem e Direito: Identificação, Interpretação e Aplicação. São Paulo. RG Editores.

ASSIS, Olney Queiroz (2012) O dom na sociedade do “*animal laborans*”. Jornal Carta Forense de 03/05/2012.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio (2014) O Direito, Entre o Futuro e o Passado. São Paulo. Noeses.

_____(1995) Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo. Atlas S/A.

FLUSSER, Vilem (1963) Língua e Realidade. São Paulo. Editora Herder.
GADAMER, Hans-George (2016) Verdade e Método I. Petrópolis Editora Vozes.

GIACCOIA JR, Oswaldo (2013) Heidegger Urgente: Introdução a um novo pensar. São Paulo. Três Estrelas.

HEIDEGGER, Martin (2012) Ser e Tempo. Petrópolis. Editora Unicamp e Editora Vozes.

HEIDEGGER, Martin (2013) Ontologia (Hermenêutica da Faticidade). Petrópolis. Editora Vozes.

HEIDEGGER, Martin (1973) Os pensadores. São Paulo. Abril Cultural. PALMER, Richard E. (2006) Hermenêutica. Lisboa – Portugal. Edições 70.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1996) Um Discurso Sobre as Ciências. Porto. Afrontamento.

STRECK, Lenio Luiz (2009) Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Porto Alegre. Livraria do Advogado.

STRECK, Lenio Luiz (2008) Verdade e Consenso. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris.

O PAPEL DO ESTADO CONTEMPORÂNEO NA PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS

Roberto Montanari Custódio¹ e Ricardo Cotrim Chacur²

Resumo

Este artigo analisa a origem da concepção do Estado a partir da proposta de Thomas Hobbes e busca uma ótica dos dias atuais para compreensão o que é o Estado hoje e qual o seu papel na proteção dos refugiados. Para análise da proteção, leva-se em consideração os sistemas internacionais e regionais de proteção dos refugiados, a partir do princípio do non-refoulement, que adquiriu status de norma jus cogens, e a extensão de seu conteúdo normativo por outros instrumentos de direito internacional. Por fim, é analisada a repercussão das ondas contemporâneas de refugiados no Parlamento Europeu buscando as discussões mais relevantes e com ligação a proteção dos refugiados. A pesquisa envolveu levantamento bibliográfico, documental e matérias jornalísticas em mídia digital.

Palavras-chave: Refugiados; Non-refoulement; Parlamento europeu.

THE ROLE OF THE CONTEMPORARY STATE IN PROTECTING REFUGEES

Abstract

This article analyzes the origin of the conception of the State from the proposal of Thomas Hobbes and looks for an optic of today to understand what the State is today and what its role in the protection of refugees. For protection analysis, consideration is given to international and regional refugee protection systems, based on the principle of non-refoulement, which has acquired the status of jus cogens standard, and the extension of its normative content by other international law instruments. Finally, the repercussions of contemporary refugee waves in the European Parliament are analyzed, seeking the most

¹ Graduando em Direito, Membro e Secretário do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional e Monitor das disciplinas de Teoria e História do Direito e Direito Tributário nas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Foi bolsista do programa de iniciação científica (2016).

² Mestre em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Professor de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais das Faculdades Metropolitanas Unidas. Advogado.

relevant discussions and with a link to refugee protection. The research involved bibliographical, documentary and journalistic research in digital media.

Keywords: Refugees; Non-refoulement; European parliament.

INTRODUÇÃO

Os seres humanos nos primórdios viviam no estado de natureza, o que Thomas Hobbes descreve como guerra de todos contra todos onde não há uma garantia de propriedade e vale a lei do mais forte. Por isso, os homens buscam uma forma de vida mais segura que possa lhes conferir uma perspectiva de vida mais segura através do contrato social.

No contrato social proposto pelo autor citado, os homens abrem mão de uma parcela de sua liberdade para que um soberano os governe e lhes garanta segurança à vida e à propriedade. Há uma passagem do estado de natureza para o estado civil.

Porém, essa é uma definição que não atende mais a toda as questões inerentes ao Estado da atualidade, pois os avanços industriais, tecnológicos, a globalização, fizeram emergir a necessidade de uma nova compreensão. Destaca-se dentro disso a inserção do Estado dentro de uma comunidade internacional que também é fonte produtora de direito.

Dessa fonte surgem um sistema de proteção de refugiados por meio do direito internacional, principalmente pela Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado e pela Declaração de Cartagena, que contém recomendações aos Estados signatários daquela.

A análise principal que se faz é do princípio do *non-refoulement*, que proíbe que os Estados devolvam refugiados aos seus locais de origem ou impeçam a sua entrada. Trata-se de uma norma que obriga a todos, mesmo que não sejam signatários da Convenção, por ser *jus cogens* (imperativa, vinculante).

Esse princípio em sua criação levou em conta um contexto específico de época, o que lhe deixou vago a respeito de algumas outras situações contemporâneas, o que motivou uma expansão de seu conteúdo normativo por meio de outros instrumentos de direito internacional como a Convenção Contra a Tortura.

Demonstra-se, portanto, que há uma rede de proteção aos refugiados por meio desse princípio inserido em diversos instrumentos de direito internacional e também por documentos regionais como a Declaração de Cartagena.

O impacto que a onda de refugiados tem gerado no Parlamento Europeu também foi analisado no artigo, de modo a trazer as principais discussões realizadas que envolvam a questão.

Destacando-se como principais discussões realizadas a criação de cotas para recebimento de refugiados e a punição para estados membros que se recusem a receber refugiados.

A pesquisa foi realizada a partir de um amplo levantamento bibliográfico, de livros e artigos científicos, a respeito dos aspectos técnicos e teóricos sobre o assunto, bem como análise de matérias jornalísticas digitais sobre as principais discussões ocorridas no Parlamento Europeu.

ORIGEM DO ESTADO E A NECESSIDADE DE UMA NOVA CONCEPÇÃO

As conhecidas Teorias sobre o Contrato Social começaram a ser difundidas por Thomas Hobbes em sua obra *Leviatã*, no ano de 1651. Por meio destas, há buscas de fundamentação para as razões pelas quais os homens deixam o seu estado de natureza, abdicando de um pedaço de sua liberdade para a formação do Estado, isto é, uma investigação a respeito da necessidade de criação do Estado.

No estado de natureza os homens vivem sem uma autoridade soberana, senão a lei do mais forte que os deixam em constante disputa pelas mais variadas razões, em uma situação de igualdade em que todos têm condições de se destruírem uns aos outros, a situação que é denominada de guerra de todos contra todos (HOBBS, 2003, p. 131).

É justamente dessa igualdade que surge os conflitos, pois não há uma definição do que é propriedade privada, uma garantia de proteção dos bens ou de aplicação de justiça, portanto, se diversos homens desejarem um determinado bem ao mesmo tempo, acabarão por se tornar inimigos.

Isso ocorre em virtude de o homem não se contentar apenas com sua própria subsistência, tendo uma busca constante pelo poder de modo a se sobrepor e dominar outros pela sua ambição, de onde vem a ideia de que o homem é o lobo do próprio homem, o que faz o estado de natureza ser um ambiente de constantes disputas em que todos estão a todo tempo em um estado de ameaça. (WOLLMANN, 1993, p. 39).

Esse ambiente hostil faz com que nem mesmo os mais fortes tenham segurança de sua vida e propriedade, é uma imersão em um estado de guerra onde o homem vive reiteradamente com a vida ameaçada e com medo da morte. A isso

pode se atribuir uma vida sem tranquilidade e esperança de prosperidade, não há uma condição de certeza sobre o futuro.

Sem garantias, tudo que é feito poderá a qualquer instante ser perdido, criando um homem que vive de forma precária³. Trata-se de um fator determinante para que os homens nesse estado busquem uma condição de mais segurança e paz para que seja melhorada sua qualidade de vida, é isso que fundamenta a origem e existência do Estado, isto é, o motivo pelo qual os homens abdicam de uma parcela de sua liberdade para que um poder soberano os proteja.

O medo da morte e o desejo de segurança, portanto, dão espaço a razão em detrimento da barbárie, conforme expõe Hobbes:

As paixões que fazem os homens tender para a paz são o medo da morte, o desejo daquelas coisas que são necessárias para uma vida confortável, e a esperança de consegui-las através do trabalho. E a razão sugere adequadas normas de paz, em torno das quais os homens podem chegar a acordo. (HOBBS, 2003, p. 111).

O acordo ao qual os homens chegam é o contrato social, pelo qual uma multidão de cidadãos fundará o Estado Civil⁴ conferindo a uma única pessoa que os representará, o soberano, a autoridade sobre eles, para que este garanta a paz e a segurança. (HOBBS, 2003, p. 141).

É um produto da razão humana que cria uma solução para afastar a violência e a insegurança comum no estado de natureza, portanto, o Estado Civil é a forma como o homem garantirá sua sobrevivência em sociedade.

O objetivo do artigo não é tratar da formação do Estado em Hobbes, apenas é necessário tratar do tema em linhas gerais para que fique clara a origem e necessidade dele para que avancemos no que diz respeito aos dias atuais em que há uma necessidade de incrementar algumas coisas nessa concepção original devido ao avanço social.

O contrato social e suas diversas nuances tem diversas interpretações e visões difundidas, mas a Teoria Geral do Estado tem classicamente adotado a definição

³ O estado de natureza descrito por Hobbes, guardadas as devidas proporções, demonstra-se muito semelhante as condições empíricas em que vivem aqueles que são refugiados hoje. O local em que anteriormente ao refúgio viviam encontra-se em situação sem uma autoridade soberana e, comumente, em guerra; o local para qual vão lhes oferece uma condição de vida precária, hostil e sem reconhecimento de direitos e em uma incerteza constante pela grande possibilidade de serem expulsos ou rejeitados.

⁴ Hobbes faz distinção entre estados, sendo o anterior ao contrato social o estado de natureza e o posterior o estado civil, o que nos dias atuais nós conhecemos apenas como Estado.

de alguns elementos comuns de formação do Estado, sendo eles: território, povo e poder político soberano.

O território é o limite territorial estabelecido por meio de fronteiras onde o povo por meio do poder político constitui o Estado, e onde este tem o exercício do poder. (CARVALHO, 2015, p. 63).

Já o povo é o conjunto de indivíduos, ou o que Hobbes chama de multidão, que dentro do território se une para transferir seu poder para um poder soberano que os representará. Daí decorre um vínculo político-jurídico por meio do qual se permite ao povo o exercício do poder soberano. É o elemento humano que constitui o Estado.

De forma complementar a esse conceito, Kildare Gonçalves Carvalho (2012, p. 57) refina essa concepção do que seria o povo: "O povo é, assim, o sujeito e o destinatário do poder político que se institucionaliza".

E a junção destes últimos elementos, isto é, o povo organizado em determinado território, faz surgir o poder político soberano (aquele que para Hobbes tem a função de garantir a paz e a segurança). É o elemento mais hermético da Teoria do Estado e justamente o que sofrerá diretamente uma necessidade de reformulação diante dos avanços da sociedade.

Para Kildare Gonçalves Carvalho (2012, p. 66), o poder político é:

[...] o poder político é o que preside, integra e harmoniza todos os grupos sociais, possibilitando a convivência entre os membros dos grupos sociais, mediante um conjunto de regras que compõe o direito comum a todos eles. Examinando o conceito de poder político formulado por Francis J. Sorauf, para quem suas características são a universalidade, qualidade final de sua força e legitimidade, Silveira Neto explica que, "pela universalidade, esse poder se estende a todos os grupos menores que se acham no âmbito de determinada sociedade política; a qualidade final da força é o monopólio, em grau supremo, da coação organizada. A essas características acrescenta-se a legitimidade, pela qual o poder conta com a aceitação por parte dos membros da sociedade.

Por meio dessa definição fica nítido que o poder político soberano é o que dirige a sociedade a partir das características apresentadas. É o que internamente de forma única cria e aplica as leis e administra a máquina pública, a partir de uma legitimidade buscada no corpo social, externamente afirma para o resto do mundo que dentro daquele território há esse poder e faz relações diplomáticas com outros Estados.

A evolução social, principalmente no que diz respeito a globalização, trouxe uma certa crise a esse conceito clássico de poder político soberano. Com o fortalecimento do Direito Internacional e com os avanços da Ciência do Direito, essa concepção acaba sofrendo uma certa relatividade, pois o Estado agora tem uma parcela de sua soberania mitigada.

A mitigação ocorre em razão da inserção do Estado em uma ordem jurídica internacional e da universalização dos Direitos Humanos, inclusive com aceitação espontânea de submissão a Tribunais Internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Europeia de Direitos Humanos, Tribunal Internacional de Justiça.

Junto a isso há outros fatores como o comércio internacional em larga escala, comunicação, multinacionalidade de empresas que traz problemas que vão além da capacidade clássica estatal. Nesse sentido afirma Habermas:

A globalização do comércio e da comunicação, da produção econômica e das finanças, da expansão da tecnologia e dos armamentos, e acima de tudo dos riscos ecológicos e militares, coloca problemas que não podem mais ser resolvidos no seio da estrutura de Estados nações ou através do método tradicional de acordos entre Estados soberanos. Se as tendências atuais persistem, a progressiva deterioração da soberania nacional necessitará da fundação e da expansão de instituições políticas no nível supranacional. (Apud, FARIAS, 2001, p.62).

Esse novo contexto social traz diversos problemas para a soberania dos Estados, para a democracia, para o direito.

É um movimento de preponderância da razão humana, onde se reconhece de forma universal que alguns direitos não podem ser violados por nenhum Estado, independentemente de sua soberania.

Portanto, as normas jurídicas que visam proteger os refugiados e que os Estados estão obrigados a cumprir tem fundamento de validade nesse novo cenário. Há diversas óticas possíveis para análise das questões envolvendo os Estados atualmente, como a mundialização do capital, os crimes cibernéticos, dentro outros, mas neste artigo nos ateremos apenas ao que diz respeito a sujeição do Estado ao Direito Internacional.

O SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL E O PRINCÍPIO DO *NON- REFOULEMENT*

A ideia de proteção aos refugiados começa a surgir a partir de princípios gerais de direitos humanos, sem que houvesse normas jurídicas de direito internacional específicas para essa finalidade.

Entre o início e a metade do século XIX emergiu os conceitos de refugiado e da não extradição, em razão de diversos massacres de minorias judias e cristãs na antiga União Soviética e no Império Otomano que obrigavam membros desses grupos sociais a fugirem de seus lares pelo fundado receio de risco à vida. Nessa época, esse princípio de não extradição refletia um sentimento popular de que aqueles que fugiam do seu próprio e, muitas vezes, despótico governo mereciam proteção (VIEIRA DE PAULA, 2016, p. 3).

Contudo, ainda se tratava de um conceito vago e sem uma consolidação na ordem jurídica internacional que pudesse dar uma efetiva proteção àqueles que buscavam refúgio. Essa concepção será ampliada após a primeira guerra mundial com a formação de um sistema de proteção a perseguições políticas e religiosas (BARNETT, 2002, p. 238-239). É um momento em que a prática internacional passou a aceitar de forma mais uniforme o conceito de não devolução daqueles que eram considerados refugiados.

A primeira noção do princípio do *non-refoulement* em instrumentos de direito internacional surge entre 1922 e 1924 na conferência relativa à emissão de certificados de identidade para refugiados Russos e Armênios, que complementava disposições do Estatuto Jurídico dos Refugiados Russos e Armênios. Nela, há recomendação para que os estados concedam de forma gratuita vistos de entrada e saída do país àqueles que são refugiados:

7. The Conference recommends Governments to grant free of charge the various entrance, exit and transit visas to indigent refugees on the recommendation of the International Labour Office or of its representatives in the different countries. The Conference expresses the wish that in general the Governments will regard favourably the proposals of the International Labour Office with regard to possible reductions in the fees for these visas.⁵

⁵ "Arrangement relating to the Issue of Identity Certificates to Russian and Armenian Refugees, supplementing and amending the Previous Arrangements dated. July 5th, 1922, and May 31ST, 1924." Disponível em: <https://biblio-archive.unog.ch/Dateien/CouncilDocs/C-327-1926_EN.pdf>. Acesso em 25 de julho

É possível identificar, portanto, um embrião do princípio do *non-refoulement*, pois pelo texto da conferência os refugiados não poderiam ser devolvidos ou barrados em sua entrada devido a garantia do visto.

Após essa fase do embrião em que é possível identificar o princípio por um esforço hermenêutico, a Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados⁶, realizada em Genebra em 28 de outubro de 1933, cuidou do tema em seu Art. 3º, de modo formal e com clareza a respeito da não devolução.

A segunda guerra mundial foi um período histórico marcado por um aumento significativo da quantidade de pessoas refugiadas por todo o mundo, oriundos de diversas regiões devastadas pela guerra e pelas perseguições. Isso gerou uma necessidade de proteção aos refugiados muito maior do que se tinha anteriormente.

Com o fim da guerra e a necessidade de maior cuidado com o tema devido ao que a humanidade acabara de viver, foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) em 1950 e em 1951 adotada a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados que consolidou o princípio do *non-refoulement* em seu Art. 33, dispondo:

Art. 33 - Proibição de expulsão ou de rechaço

1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.
2. O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país

A norma impede que os refugiados sejam expulsos ou rechaçados, isto é, nenhum dos Estados signatários poderá expulsar de seu território e nem sequer podem impedir que eles cheguem, como ocorre em muitos casos de interceptação marítima de barcos que levam refugiados.

A proteção, apesar disso, está restrita aos casos em que exista risco à vida ou de restrição de liberdade, em razão de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou

⁶ “Societe des Nations. Convention Relative au Statut International des Refugies (Genève, le 28 octobre 1933)” Disponível em: <<https://dl.wdl.org/11580/service/11580.pdf>>. Acesso em 25 de julho de 2018.

de opiniões políticas. É uma abrangência restrita se levado em consideração os dias atuais em que há outras razões para o refúgio além dessas, o que será objeto de proteção dos sistemas regionais como veremos mais adiante.

A única exceção a isso está no item 2 do Art., que permite a devolução em casos de perigo para a segurança nacional do país ou que tenha sido condenado por crimes ou delitos graves. Contudo, o texto é vago no que diz respeito ao que pode ser considerado nesta hipótese, o que abre espaço para que o princípio seja desrespeitado por alguns Estados que tem adotado medidas restritivas aos refugiados por conta de um combate ao terrorismo⁷ (VIEIRA DE PAULA, 2016, p. 8).

Não obstante a vagueza, o princípio do *non-refulement* adquiriu status de norma de direito internacional *jus cogens*, o que significa que ele é vinculante e obriga a todos os Estados, signatários ou não da Convenção. Está para além de suas próprias vontades, não podendo ser violado (MIRANDA, 2009, p. 105).

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, que tem por finalidade harmonizar os processos de elaboração, ratificação, denúncia e extinção de tratados de direito internacional, em seu Artigo 53 reconhece como norma *jus cogens* aquela que “é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma de Direito Internacional geral da mesma natureza.”.

Portanto, para que uma norma seja assim considerada é necessário que atenda aos requisitos do reconhecimento por parte da comunidade internacional e como norma da qual não se permite nenhuma derrogação, a não ser por outra da mesma natureza.

De fato, há um reconhecimento da comunidade internacional, inclusive por meio da inserção do princípio em suas legislações e em outras legislações de direito internacional (UNHCR, 1994, p.1), além do consenso no que diz respeito a impossibilidade da norma ser derogada, principalmente pelas conclusões n° 25

⁷ É de se registrar que em geral essas restrições ocorrem de forma unilateral sem que os refugiados tenham acesso a nenhum tipo de defesa para demonstrar que não são um risco para o país, o que leva a uma violação também do devido processo legal.

(XXXIII)⁸, 55 (XL)⁹ E 79 (XLVII)¹⁰ do Comitê Executivo (ExCom) do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados.

A proteção dada ao refugiado no âmbito internacional como um todo e nos sistemas regionais complementam o conteúdo normativo do Art. 33 do Estatuto do Refugiado. O contexto de criação dessa norma, assim como a formulação do Estado em Hobbes, não se presta a alguns problemas contemporâneos.

A principal questão que tem complementação de outras normas de direito internacional é relativa a abrangência do princípio do *non-refoulement*, que no Estatuto do Refugiado trata apenas do que diz respeito a risco de vida ou à liberdade, em razão de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas.

A Convenção Contra Tortura de 1984 em seu artigo 3º expande a compreensão:

1. Nenhum Estado Parte procederá à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida a tortura.
2. A fim de determinar a existência de tais razões, as autoridades competentes levarão em conta todas as considerações pertinentes, inclusive, quando for o caso, a existência, no Estado em questão, de um quadro de violações sistemáticas, graves e maciças de direitos humanos.

Além daquilo que já era previsto, a Convenção Contra Tortura também abarca aqueles que estão sob risco de serem submetidos a tortura caso retornem aos seus lugares de origem. Portanto, é uma expansão do conteúdo normativo do princípio do *non-refoulement*.

Além disso, o item 2 parece trazer uma imposição aos Estados que busca combater aqueles problemas alhures citados relativos a restrição contra refugiados em razão do combate a um possível terrorismo, sem que lhes fosse dado um devido processo legal.

⁸ “reaffirmed the importance of the basic principles of international protection and in particular the principle of non-refoulement which was progressively acquiring the character of a peremptory rule of international law”.

⁹ “called on all States to refrain (...) from returning or expelling refugees contrary to fundamental prohibitions against these practices”.

¹⁰ “recalls that the principle of non-refoulement is not subject to derogation”.

Ainda no sentido da expansão, a Declaração de Cartagena, do mesmo ano de 1984, que trouxe recomendações aos Estados signatários do Estatuto do Refugiado, no seguinte sentido:

Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

A Declaração inclui como visto inclui outras razões para proteção dos refugiados, além daquelas trazidas pelo Estatuto do Refugiado e pela Convenção Contra a Tortura, justamente para tentar dar conta aos problemas atuais.

Um exemplo de grande repercussão no ano de 2017 e 2018 é o caso da Venezuela, apenas pela definição primeira do *non-refoulement* os refugiados venezuelanos não teriam proteção, mas agora a tem em razão dessa expansão do conteúdo normativo, pois podem ser enquadrados em situação de violência generalizada, conflitos internos ou violações maciças dos direitos humanos.

A Declaração de Cartagena tem conteúdo apenas de recomendação, não vinculando os Estados signatários. Além de ser regional. Contudo, é de se observar que o princípio do *non-refoulement* já tem status de norma *jus cogens*, impondo-se a necessidade de expandir o seu conteúdo normativo para que sua teleologia seja resguardada diante dos problemas atuais enfrentados pelos refugiados.

Por isso, devemos considerar todos esses instrumentos de proteção dos refugiados, sendo o princípio aqui trabalhado um fragmento de um amplo “refúgio baseado em direitos” (CLARK, 2004, p. 586 e 586).

O IMPACTO DAS ONDAS DE REFUGIADOS CONTEMPORÂNEOS NAS DISCUSSÕES DO PARLAMENTO EUROPEU

Os países europeus tem sido um destino muito frequente daqueles que buscam refúgio, principalmente aqueles vindos do Oriente Médio que se encontra em situação de conflitos gravíssimos.

Essas ondas de refugiados impactam nas discussões do Parlamento Europeu afim de buscar medidas conciliatórias entre os Estados membros e soluções para cuidar daqueles que chegam ao território.

Uma das rotas mais comuns utilizadas pelos refugiados para fugirem de seus países é a viagem por terra até chegar ao Egito ou Líbia, onde há acesso ao Mar Mediterrâneo que lhes possibilita a chegada a União Europeia.

Alguns países acabam recebendo uma quantidade muito maior deles por questões geográficas, isto é, por estarem mais próximos as costas do Mar Mediterrâneo são destinos mais fáceis e baratos. É o caso de Itália, Malta e Grécia, por exemplo.

Os dados demonstram que apenas cinco países do bloco receberam 75% (setenta e cinco por cento) dos refugiados, demonstrando que há uma disparidade entre eles.

Isso levou o Parlamento Europeu a propor e apreciar uma proposta para que fossem distribuídas cotas, consideradas como mecanismo um critério justo e baseado na solidariedade, entre os 28 países membros com um número de refugiados que cada um deles deveriam receber, visando desafogar aqueles que passavam por situações caóticas. Fora aprovada por 449 votos a favor, recebendo 130 contra e 93 abstenções¹¹.

Como forma de assegurar o cumprimento da proposta evitar que países não recebam refugiados, violando o princípio do *non-refoulement*, também foi proposta uma forma de punição para os Estados que não receberem os refugiados. Trata-se do que foi chamado de contribuição solidária, que determina o pagamento de 250 mil euros por cada refugiado que país deixasse de receber¹².

A rota utilizada pelos refugiados também é cercada de perigos, é uma travessia pelo Mar Mediterrâneo muitas vezes em barcos dos chamados “coiotes” que estão em situações precárias e sem o mínimo para que garanta a segurança, o que leva a diversos acidentes fatais com uma quantidade muito grande de pessoas – foi, inclusive, chamado de cemitério aquático.

¹¹ Parlamento Europeu propõe cotas de refugiados na UE. Terra, São Paulo, publicado em 29/04/2015. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/parlamento-europeu-propoe-cotas-de-refugiados-naue,8e6295f2aa50d410VgnCLD200000b2bf46d0RCRD.htm>>. Acesso em: 31 de julho de 2018.

¹² UE planeja multa para países que rejeitarem distribuição de refugiados. DW, São Paulo, publicado em 04/05/2016. Mundo. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/ue-planeja-multa-para-paises-que-rejeitarem-distribuição-de-refugiados/a-19234309>>. Acesso em: 01 de agosto de 2018.

O número significativo de mortes e a repercussão social levou a União Europeia ao debate a respeito da questão e a intensificar e a patrulha naval feita próximo da costa da Líbia, de onde saem muitos refugiados.

Outro ponto que pode ser útil para conter as ondas de refugiados é o fim da guerra na Síria, de onde vem um grande grupo de refugiados. Isso também entrou na pauta das discussões, mas não há nenhuma medida anunciada que possa dar esperança de um fim do conflito, ao menos não a curto prazo¹³.

O Parlamento Europeu também tem se movimentado para a repressão, por meio de medidas preventivas e sanções, dos Estados que eventualmente violem valores europeus ao não receber os refugiados.

A principal reação é contra a Hungria, que aprovou lei para punir aqueles que ajudam refugiados e elegeu um primeiro-ministro considerado nacionalista, tendo costume de criticar a presença de imigrantes e refugiados em seu país. Além disso anunciou que reajustaria o valor de tributos pagos por organizações não governamentais que trabalhem com a população refugiada¹⁴.

Mais recentemente, os estados europeus chegaram a um acordo referente a criação de plataformas de desembarque e resgate no mar para auxiliar os barcos que chegam a sua costa. É uma medida que junto a patrulha visa evitar os acidentes e ter um maior controle da chegada dos refugiados.

Essas plataformas funcionariam também junto a centros de controle para recebimento dos refugiados, a ideia da União Europeia é conseguir ter maior controle e, ao resgatar os refugiados no mar, já os destinar para algum país membro específico¹⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise da proposta clássica de Thomas Hobbes do Estado por meio do contrato social, verificou-se que há uma necessidade de aprimoramento dela em face da nova realidade social em que vivemos.

¹³ PETER, Laurence. Em cinco pontos: Qual a solução para a crise de refugiados na Europa?. BBC News, 05/09/2015. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150904_solucoes_crise_imigrantes_rm>. Acesso em: 02 de agosto de 2018.

¹⁴ CAZARRÉ, Marieta. Parlamento Europeu prepara alerta à Hungria por violações graves. Empresa Brasil de Comunicação, 11/04/2018, Internacional. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2018-04/parlamento-europeu-prepara-alerta-hungriapor-violacoes-graves>>. Acesso em: 02 de agosto de 2018.

¹⁵ 13 União Europeia fecha acordo sobre imigração após horas de negociação em Bruxelas. O Globo, 29/06/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/ue-fecha-acordo-sobre-imigracao.ghtml>>. Acesso em: 02 de agosto de 2018.

A sociedade hoje vive em uma globalização, com acesso a equipamentos tecnológicos que permitem comunicação em tempo real com qualquer lugar do mundo e o Estado está inserido em uma comunidade internacional que também produz normas jurídicas.

Portanto, de Estado que visava apenas garantir a segurança dos homens que abriram mão de parte de sua liberdade em favor de um soberano que os protegia, hoje o Estado também visa proteger a todos os seres humanos, não apenas aqueles que lhe estão submetidos pelo contrato social – cidadãos.

A análise do princípio do *non-refoulement* demonstra que ele se tornou *jus cogens* pela aceitação da comunidade internacional e por não ser aceita sua derrogação. Portanto, sendo uma norma *jus cogens* obriga a todos, signatários ou não, de modo que todos os Estados estão proibidos de devolver ou impedir a entrada de refugiados.

Além disso o princípio em sua primeira concepção não abordou algumas possibilidades existentes na realidade contemporânea, o que foi suprido por outros instrumentos de direito internacional que expandiram o conteúdo normativo.

Ao analisar matérias jornalísticas envolvendo a repercussão das ondas de refugiados nas discussões do Parlamento Europeu, verificou-se um alinhamento desse com as normas de proteção aos refugiados e ao princípio do *non-refoulement*, pois buscou meios de receber os refugiados e de punir os estados membros que não o fizeram.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARNETT, Laura. **Global Governance and the Evolution of the International Refugee Regime**. In International Journal of Refugee Law. Oxford: Apr. 2002. Vol 14, núm. 2 and 3.

CARVALHO, Kildare Goncalves. **Direito Constitucional - Teoria do Estado e da Constituição** - Vol. 1 .21ª Ed. São Paulo: Del Rey, 2012.

CLARK, Tom. **Rights Based Refuge, the Potential of the 1951 Convention and the Need for Authoritative Interpretation**. In International Journal of Refugee Law. Oxford: 2004. Vol. 16, núm. 4.

FARIAS, F. B. de. **A globalização e o estado cosmopolita: as antinomias de Jürgen Habermas**. São Paulo: Cortez, 2001. p.62.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de Estado eclesiástico e civil**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Marins Fontes, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VIEIRA DE PAULA, Bruna. **O Princípio do non-refoulement, sua natureza *Jus Cogens* e a Proteção Internacional dos Refugiados**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 7, p. 51-68, jul. 2016. ISSN 1677-1419. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/94>>. Acesso em: 04 ago. 2018.>

UNHCR. **The Principle of Non-refoulement as a Norm of Customary International Law**. Geneva: UNHCR, 1994.

WOLLMANN, Sérgio. **O conceito de liberdade no Leviatã de Hobbes**. Porto Alegre: Edipucrs, 1993.

O PODER DA FORMAÇÃO DE REDES

Thais Jurema Silva¹ e Rubico Petroni Cardozo Peres²

Resumo

Do primeiro entendimento sobre sociedade às redes sociais, conceitos e a interferência estatal na formação de grupos vêm sofrendo impactos diante do avanço tecnológico e da forma dos indivíduos manifestarem seus pensamentos e interesses coletivos. O presente artigo se inicia com uma breve abordagem sobre a influência das individualidades e o entendimento sobre sociedade hodierna. Se desenvolve tratando sobre a formação da sociedade organizada, o direito de acesso à internet e o impacto da democracia na era digital. É apresentada uma conclusão sobre o interesse social nas redes virtuais e a manifestação de poder.

Palavras-chave: Sociedade; rede; poder.

THE POWER OF NETWORKING

Abstract

From the first understanding of society to social networks, concepts and state interference in group formation have been impacted by the technological advance and the way individuals express their collective thoughts and interests. The present article begins with a brief approach on the influence of individualities and the understanding of today's society. It develops dealing with the formation of organized society, the right of access to the internet and the impact of democracy in the digital age. A conclusion is made about the social interest in virtual networks and the manifestation of power.

Keywords: Society; network; power.

¹ Doutoranda em Direito Constitucional. Mestre em Direito da Sociedade da Informação. Pós-graduada em Direito Empresarial e em Técnicas Avançadas na Resolução de Conflitos. Professora e coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Estácio de São Paulo. Advogada e consultora em treinamentos.

² Mestrando em Direito com enfoque em Justiça, Empresa e Sustentabilidade pela Universidade Nove de Julho. Pós-graduado em Direito Processual Civil. Professor universitário do Centro Universitário Estácio de São Paulo. Advogado e Consultor jurídico.

Introdução

Não é de hoje que estudiosos ressaltam o poder da formação de redes. Talvez não com a agilidade e rapidez da atualidade, em virtude da tecnologia na relação entre pessoas, mas a necessidade de estar em comunidade e o poder da união entre as pessoas que possuem interesses semelhantes.

Temos uma cultura baseada em pessoas, em indivíduos em si. No entanto, as decisões que este indivíduo possa tomar, somente haverá um real impacto quando ela se conectar com outras pessoas que possuem interesses semelhantes e assim possam fazer uma verdadeira mudança social.

É desse poder que emana da reunião de pessoas que possuem os mesmos interesses é que trataremos no presente artigo.

Juliana de Jesus Grigoli³ afirma que “um dos mais calorosos debates sobre os movimentos sociais contemporâneos articula reflexões teóricas acerca dos conceitos de sociedade civil organizada, identidade e cidadania com a análise da diversidade de práticas sociais voltadas à emancipação humana e a experiência da democracia participativa”.

A criação da internet foi um dos principais marcos mundiais do final do século XX e início do século XXI. Tão grande a sua importância nos dias contemporâneos, que a Organização das Nações Unidas (ONU) no ano de 2011, elevou o acesso à internet ao patamar de direitos humanos.

Evidente que a importância da internet no mundo globalizado não demoraria a influenciar na seara política, com a utilização da rede mundial de computadores pelos cidadãos para controle social, político, fiscalização e transparência dos Órgãos Públicos e das atividades ditas de interesse social.

Nesse contexto de influência digital, é importante notar que o uso da internet e, das redes sociais digitais na comunicação política de uma campanha, se torna objeto de reflexão a partir dos impactos que pode gerar aos campos da informação política e transparência das gestões públicas, da participação cidadã e do empoderamento cidadão sobre questões relativas ao espaço político geográfico a qual pertence.

³ GRIGOLI, Juliana de Jesus. Gestão de redes de movimentos sociais: um breve estudo sobre a rede agroecológica ecovida. Revista Eletrônica dos pós graduandos em Sociologia Política da UFSC, v. 9, n. 2, julho-dezembro/2012. Disponível em: periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/download/1806-5023.2012v9n2p47/25201. Acesso em 20 de novembro de 2018.

Recentemente, tivemos em nosso país campanha eleitoral para a presidência da República, onde os ânimos ficaram mais evidentes, seja contra, seja a favor de candidatos, que ficaram polarizados entre direita e esquerda. O posicionamento de muitos era declarado nas redes sociais, fazendo correntes de apoiadores e de opositores, unindo e segregando pessoas.

Será uma estratégia de emancipação social? Será um descalabro de forma desmedida, sem qualquer intervenção estatal? Ou ainda uma formação de rede por afinidade? Será esse o conceito de sociedade na atualidade?

Formação da sociedade organizada

A célebre frase “o ser humano é eminentemente social” é a base de nossa análise, onde se encaixa a absoluta necessidade do homem viver em sociedade. Sociedade que é a união de pessoas que possuem os mesmos interesses, as mesmas preocupações, os mesmos costumes, os mesmos propósitos, mas que tem no indivíduo em si seu real significado.

De Hobbes, passando por Hegel, Marx, como discussões sobre o impacto estatal no conceito de sociedade, chegamos na conhecida frase em que Émile Durkheim afirma que “o homem, mais do que formador da sociedade, é um produto dela”, vemos um contraponto do trazido hodiernamente por Manuel Castells que entende, pois este credita a individualidade do ser humano a formação da sociedade, ou seja, teríamos a sociedade como a união de várias individualidades com os mesmos interesses.

Se por um lado temos que se faz necessária a união de pessoas para a formação de uma sociedade, temos, por outro, que as pessoas que integram uma sociedade sofrem o impacto do entendimento da maioria dominante, que, não necessariamente, é numérica, podendo ser meramente qualitativa (aqui entendendo qualidade como aqueles que detém o poder do dirigismo social).

Tratamos cá como dirigismo social o poder que alguns tem de influenciar a vontade da sociedade, impingindo, mesmo que de forma subliminar o anseio por uma situação, um produto ou uma condição.

Neste contexto, Manuel Castells⁴ considera como fatores-chave:

- O sector público é actualmente o actor decisivo para desenvolver e moldar a sociedade em rede. Indivíduos inovadores, comunidades contraculturais e empresas de negócios, já fizeram o seu trabalho ao inventar uma nova sociedade

⁴ CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: do conhecimento à política. P. 27 e 28. Disponível em eco.imoooc.uab.pt/elgg/file/download/51670. Acesso em 20 de novembro de 2018.

e ao difundi-la por todo o mundo. A moldagem e a condução desta sociedade está, como esteve sempre no caso das outras, nas mãos do sector público, apesar do discurso ideológico que pretende esconder esta realidade. Contudo, o sector público é a esfera da sociedade em que as novas tecnologias de comunicação estão menos difundidas e os obstáculos à inovação e ao funcionamento em rede são mais pronunciados. Assim, a reforma do sector público comanda tudo o resto, no processo de moldagem produtiva da sociedade em rede. Isto inclui a difusão da e-governança (um conceito mais vasto do que o governo electrónico — porque inclui a participação dos cidadãos e a tomada de decisões políticas); e-saúde, e- formação, e-segurança, etc.; e um sistema de regulação dinâmica da indústria de comunicação, adaptando-se aos valores e necessidades da sociedade. Todas estas transformações requerem a difusão da interactividade, multiplicando as redes em função da forma organizacional do sector público. Isto é equivalente a uma reforma do Estado. De facto, o modelo burocrático racional do Estado da Era Industrial está em completa contradição com as exigências e os processos da sociedade em rede.

- Na base de todo o processo de mudança social está um novo tipo de trabalhador, o trabalhador autoprogramado, e um novo tipo de personalidade, fundada em valores, uma personalidade flexível capaz de se adaptar às mudanças nos modelos culturais, ao longo do ciclo de vida, porque tem capacidade de dobrar sem se partir, de se manter autónoma mas envolvida com a sociedade que a rodeia. Este inovador ser humano produtivo, em plena crise do patriarcalismo e da família tradicional, requer uma reconversão total do sistema educativo, em todos os seus níveis e domínios. Isto refere-se, certamente, a novas formas de tecnologia e pedagogia, mas também aos conteúdos e organização do processo de aprendizagem. Tão difícil como parece, as sociedades que não forem capazes de lidar com estes aspectos irão enfrentar maiores problemas sociais e económicos, no actual processo de mudança estrutural. Por exemplo, uma das grandes razões para o sucesso do Modelo Finlandês na sociedade em rede reside na qualidade do seu sistema educativo, em contraste com outras zonas do mundo. Outro exemplo são os EUA, onde uma grande parte da população está alheada do sistema de gestão do conhecimento, largamente gerado no seu próprio país. A política educacional é central em todos os aspectos. Mas não é qualquer tipo de educação ou qualquer tipo de política: educação baseada no modelo de aprender a aprender, ao longo da vida, e preparada para estimular a criatividade e a inovação de forma a — e com o objectivo de — aplicar esta capacidade de aprendizagem a todos os domínios da vida social e profissional.
- O desenvolvimento global permite hoje em dia, em grande medida, aos países e às suas populações a possibilidade de funcionar produtivamente na economia global e na sociedade em rede. Isto implica a difusão de tecnologias de informação e comunicação, por todo o mundo, para que as redes cheguem a todo o lado. Mas também implica a produção de recursos humanos necessários para operar neste sistema, e a distribuição de capacidade de gerar

conhecimento e informação para a gestão. O novo modelo informacional de desenvolvimento redefine a condição de crescimento partilhado no mundo. De facto, centenas de milhares de pessoas têm beneficiado da competição global motivada pelo dinamismo destas redes. Áreas consideráveis da China, Índia, Leste e Sudeste Asiático, Médio Oriente e algumas zonas da América Latina (o Chile, certamente, mas também algumas regiões de outros países) estão agora integradas produtivamente na rede da economia global. Porém, estão mais pessoas desligadas destas redes do que as que estão incorporadas. A segmentação global da sociedade em rede, precisamente por causa do seu dinamismo produtivo, está a colocar uma parte significativa da humanidade em condições de irrelevância estrutural. Não é apenas a pobreza, é que a economia global e a sociedade em rede trabalham mais eficientemente sem centenas de milhares de coabitantes deste planeta. Temos, assim, a maior das contradições: quanto mais desenvolvemos a elevada produtividade, os sistemas de inovação da produção e da organização social, menos precisamos de uma parte substancial de população marginal, e mais difícil se torna para esta população acompanhar esse desenvolvimento. A correcção deste processo de exclusão massivo requer uma política pública internacional, concertada, que actue nas raízes do novo modelo de desenvolvimento (tecnologia, infra-estruturas, educação, difusão e gestão do conhecimento) em vez de simplesmente providenciar a satisfação das necessidades, que surgem da exclusão social, sob a forma de caridade.

- Criatividade e inovação são os factores-chave da criação de valor e da mudança social nas nossas sociedades — ou melhor, em todas as sociedades. Num mundo de redes digitais, o processo de criatividade interactiva é contrariado pela legislação relativa a direitos de propriedade, herdados da Era Industrial. Muitas vezes, devido a grandes empresas terem criado a sua riqueza e poder graças ao controlo desses direitos de propriedade, apesar das novas condições de inovação, empresas e governos estão a tornar a comunicação da inovação ainda mais difícil do que era no passado. A «caça» da inovação, por um mundo de negócios intelectualmente conservador, pode muito bem travar as novas ondas de inovação das quais a economia criativa e o sistema redistributivo da sociedade em rede dependem ainda mais a um nível planetário, conforme os direitos de propriedade intelectual se tornam um factor-chave para os que só agora chegaram à competição global. Acordos internacionais para a redefinição dos direitos de propriedade intelectual, que começaram com a já enraizada prática do software de fonte aberta, são fundamentais para a preservação da inovação e para a dinamização da criatividade das quais depende o progresso humano, antes e agora.

O que Castells denomina de fatores-chave, Scherer-Warren⁵ identifica como novos formatos de organização da sociedade civil. Nesse estudo a autora destaca as redes de movimentos sociais como uma das inovações sociais contemporâneas que permite novas configurações das relações políticas, trazendo a rede como um movimento social, entendido como “uma ação grupal para a transformação (a práxis), voltada para a realização dos mesmos objetivos (o projeto), sob a orientação mais ou menos consciente de princípios valorativos comuns (a ideologia) e sob uma organização diretiva mais ou menos definida (a organização e sua direção)”

Sobre esse mesmo assunto Ligia Lüchmann⁶, no artigo Identidades e Diferenças no Movimento Comunitário de Florianópolis, destaca: que, “com a democratização do Estado, a globalização e a crescente multiplicidade do tecido social, a oposição binária (movimentos sociais X Estado) implode, seja pela multiplicidade de projetos e interesses no campo do associativismo civil, seja pela diversificação (e abertura) da esfera estatal”

Inquestionável é que o papel do Estado não é o mesmo de outrora. Conforme declama Miguel Darci de Oliveira⁷, “o protagonismo no plano internacional dos cidadãos e de suas organizações é tributário de dois grandes fenômenos: o extraordinário crescimento e diversidade da participação cidadã nos planos local e nacional, combinado com o reconhecimento de que a grande maioria dos problemas que afetam a humanidade neste fim de século não só transcendem as barreiras e competências dos estados nacionais como não podem ser resolvidos apenas por ações de governo ou mecanismos de mercado”.

Se por um lado as instituições de outrora vivem uma verdadeira crise de representação⁸, em virtude da fragmentação dos interesses sociais e a perda de centralidade do circuito governamental sobre as decisões políticas-sociais; por outro tem-se que uma sociedade fragmentada é portadora de interesses agregáveis em estruturas políticas mais ágeis e menos burocratizadas. Daí o surgimento de sistemas paralelos de governo e de centros alternativos de decisão,

⁵ SCHERER-WARREN, Ilse. Das Mobilizações as redes de movimentos sociais. Revista Sociedade e Estado, UNB, V.21, n.1, 2006, p. 109-130.

⁶ LÜCHMANN, Lígia H.H. et. all. Identidades e Diferenças no Movimento Comunitário de Florianópolis, In: SCHERER-WARREN, I & CHAVES, I.M. (orgs.), Associativismo Civil em Santa Catarina: trajetórias e tendências. Florianópolis: Insular, 2004, p. 20.

⁷ OLIVEIRA, Miguel Darci de. Cidadania e Globalização: a política externa brasileira e as ONGs, Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

⁸ CAMPILOONGO, Celso Fernandes, Representação Política – São Paulo: Editora Ática S.A., 1988.

muitas vezes informais e extra-estatais, com um potencial de agregação e representação de interesses maior do que o das instituições tradicionais⁹.

Segundo Ivan Claudio Marx¹⁰, “neste novo contexto é que urge o conceito de “Sociedade civil organizada”. Representa um momento de solidariedade humana e de preocupação com a condução política mundial, em que a sociedade passa a se organizar em grupos para defender seus interesses e buscar soluções para os grandes males do desenvolvimento despreocupado e ganancioso, que esfriou os corações humanos cegando-lhes os olhos frente aos seus semelhantes. Representa, também, toda espécie de organização social que lute por seus direitos, independentemente de fins altruísticos”.

Estaríamos, então, diante de uma nova forma de sociedade organizada?

O acesso à internet

Com a criação e o desenvolvimento da internet, a sociedade paulatinamente deixa de ser uma sociedade presencial para se tornar uma sociedade digital. Desde então, o mundo virtual tem sido cada vez mais inserido no cotidiano da população, seja no âmbito público ou no privado, passando diversas áreas por adaptações e transformações para a utilização da informática e da internet como ferramentas primordiais.

Neste sentido a Organização das Nações Unidas (ONU) proclamou o acesso à internet ao patamar de direito humano, no relatório *Frank La Rue*¹¹, publicado no ano de 2011, ao perceber “a natureza única e transformadora da Internet não só para capacitar os indivíduos a exercerem o seu direito à liberdade de opinião e de expressão, mas também uma série de outros direitos humanos, e para promover o progresso da sociedade como um todo”¹². No documento, a ONU caracteriza a internet como um instrumento que aumenta a transparência através da divulgação de informações e facilita a participação do cidadão.

No âmbito privado, por exemplo, uma pesquisa desenvolvida pela AVG em 2010, demonstrou que: a) 25% dos bebês têm perfis na internet antes mesmo de nascerem; b) 7% dos recém-nascidos já possuem contas de e-mail; c) 23% das

⁹ MARX, Ivan Claudio. Sociedade civil e sociedade civil organizada: o ser e o agir. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/8257/sociedade-civil-e-sociedade-civil-organizada>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

¹⁰ Ob.cit.

¹¹ Relatório de Frank La Rue. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

¹² Relatório das Nações Unidas, 2011. Disponível em: <http://hdr.undp.org>. Acesso em 10 de novembro de 2018.

primeiras fotografias publicadas nas redes sócias são ultrassons; d) 80% desses bebês aos dois anos já contam com um rastro digital deixado pela web; e) 70% dos pais reconhecem que publicam todas essas fotos com o intuito de compartilhar com os amigos e familiares.¹³

São dados que reforçam a ideia de que crianças praticamente já nascem e se desenvolvem dentro de um mundo digital.

Desde cedo os jovens já possuem e-mails, cadastros em redes sociais, e utilizam a internet para estudar, para jogar, etc. O fato é que essas gerações passam aproveitar, cada vez mais, da internet nos mais diversos âmbitos de suas vidas, o que se reflete na estrutura da sociedade, que não pode deixar de se utilizar dessa poderosa e presente ferramenta.

Por óbvio, esse impacto do avanço tecnológico na sociedade não poderia ser diferente no âmbito político. Os impulsos causados pela utilização da internet política, na relação entre cidadão e seu respectivo governo, serão reportados à frente.

O alcance das redes sociais

Como vimos, o próprio conceito de sociedade vem sendo influenciado pela nova forma de comunicação entre as pessoas. O impacto da formação de redes sociais vem influenciando a tomada de decisões e faz navegar opiniões, muitas vezes trazidas como conceitos, nem sempre verídicos, de forma célere e, às vezes, irreversível.

Segundo Manuel Castells¹⁴, “o nosso mundo está em processo de transformação estrutural desde há duas décadas. É um processo multidimensional, mas está associado à emergência de um novo paradigma tecnológico, baseado nas tecnologias de comunicação e informação, que começaram a tomar forma nos anos 60 e que se difundiram a sociedade: é a sociedade. A sociedade é que dá forma a tecnologia de acordo com as necessidades, valores e interesses das pessoas que utilizam as tecnologias. Além disso, as tecnologias de comunicação e informação são particularmente sensíveis aos efeitos dos usos sociais da própria tecnologia. A história da Internet fornece-nos amplas evidências de que os

¹³ Pesquisa AVG, 2010. Disponível em: <https://tecnoblog.net/43297/25-dos-bebes-tem-perfis-na-web-antes-de-nascerem>. Acesso em 05 de novembro de 2018.

¹⁴ CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: do conhecimento à política. P. 17. Disponível em eco.imooc.uab.pt/elgg/file/download/51670. Acesso em 20 de novembro de 2018.

utilizadores, particularmente os primeiros milhares, foram, em franca medida, os produtores dessa tecnologia”.

A democracia digital

Os direitos humanos buscam igualar todo ser humano naquilo que possuem de mais elementar: o pertencimento à espécie humana, independente da cor da pele, religião, nacionalidade, sexo, idade, etnia ou qualquer outra condição.

Eles visam concretizar as exigências de dignidade da pessoa humana, de liberdade e igualdade, as quais devem ser reconhecidas pelos ordenamentos jurídicos em âmbito nacional e internacional.

Nesta linha de pensamento, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), prevê em seu artigo 21 de que todo ser humano tem o direito de participar do governo de seu país, direta ou indiretamente, e que a vontade do povo é a “base de autoridade do governo”.¹⁵

Indo de encontro com aquilo preconizado pela DUDH, a Carta Democrática Interamericana, que tem o Brasil como signatário, em seu artigo 1º, dispõe que “os povos da América têm direito à democracia e seus governos têm a obrigação de promovê-la e defendê-la”.¹⁶

Ou seja, para os países americanos que compõem a OEA, signatários da carta democrática interamericana, dentre eles o Brasil, viver em um país sob o regime democrático é um direito que deve ser protegido e promovido por seus governos, reforçando tal direito já previsto da DUDH.

A democracia é um direito desejável para muitos países. Tal direito é avaliado como sendo essencial para o desenvolvimento social, político e econômico. A Carta Democrática Interamericana, por exemplo, reconhece que a democracia é indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região.

Outro aspecto que necessita ser esclarecido no presente trabalho é o que se entende como democracia quando se fala em direito à democracia, tendo em vista que, assim como os direitos humanos, se trata de um conceito construído historicamente.

¹⁵ Organização das Nações Unidas, 1948.

¹⁶ Classificando regimes políticos na América Latina. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, 2001, vol. 44, n. 4, 645 a 687.

São várias as conceituações de democracia, contudo, a que mais nos parece correta é aquela atribuída aos historiadores Mainwaring, Brinks e Pérez- Liñán¹⁷, que defendem que não se pode falar em eleições livres e justas “se não existe respeito às liberdades civis fundamentais tradicionalmente associadas à democracia, um regime não pode ser democrático da maneira como entendemos esta palavra hoje. Sem a proteção de liberdades civis, o processo eleitoral em si é vicioso”.

Sendo assim, a partir dos artigos dispostos na Carta Democrática Interamericana, percebe-se que a OEA propõe o direito a uma democracia de maior amplitude, que atenda os anseios da sociedade atual, na era da informatização, tais como o acesso à informação, transparência das atividades governamentais e participação dos cidadãos nos processos de decisões políticas.

O avanço das novas tecnologias, especificadamente a internet, pode proporcionar uma maior facilidade para os cidadãos em acompanharem as atividades do poder público, tanto do executivo, como do judiciário e do legislativo, sem contar a possibilidade de acesso a portais de transparência que contêm os gastos do governo, e, ainda, debater em torno de questões públicas, que ocorre, por exemplo, em sites brasileiros como o “e-democracia” e o “e-cidadania” da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, respectivamente.

O que se busca, através das novas tecnologias, é uma maior participação da população civil nos processos de produção política. Deste modo, quando se fala em democracia digital, refere-se ao conjunto de discursos, teorizações e experimentações que utilizam as novas tecnologias de informação e comunicação como canais de participação democrática nos sistemas políticos.¹⁸

Sendo assim, a democracia digital busca uma renovação democrática através das redes colaborativas de mídia social, que permitam uma maior participação dos cidadãos na democracia no contexto de um o sistema representativo que vem ao longo dos anos recebendo diversas críticas, em virtude tanto do descaso dos políticos quanto aos anseios da sociedade, quanto à descrença política da população.

Como consequência da interação cada vez mais crescente da sociedade civil na política, a introdução das novas tecnologias não demoraria a acontecer.

¹⁷ Classificando regimes políticos na América Latina. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, 2001, vol. 44, n. 4, 645 a 687.

¹⁸ SILVA, Sivaldo Pereira da. Graus de participação democrática no uso da Internet pelos governos das capitais brasileiras. Opinião Pública, v. XI, n. 2, p. 450-468, Campinas, outubro, 2005.

Como resultado, as eleições de outubro de 2010 contaram com a plataforma “Eleitor 10”, criada com o objetivo de fiscalização colaborativa das eleições, onde a população ajuda a mapear crimes eleitorais, permitindo aos cidadãos ajudar a monitorar o pleito daquele ano.

Outro exemplo da participação popular na política via rede mundial de computadores é o site “Vote Web” que foi desenvolvido com o objetivo de apresentar aos cidadãos projetos de lei que estão sendo discutidos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, onde o indivíduo pode votar se aprova ou desaprova determinado projeto, e ainda pode expressar sua opinião e sugerir modificações.

Recentemente, para o pleito de 2018, houve a larga utilização do site “Bússola Eleitoral”, onde o eleitor poderia conhecer e acompanhar quais os valores e propostas os candidatos representam e pregam como diretriz.

Sendo assim, constata-se que, no Brasil, é possível encontrar exemplos de plataformas digitais que cumprem um papel de efetivação do direito à democracia no que se refere à disponibilidade de informações governamentais, aglutinação de opinião pública, transparência e prestação de contas.

Conclusão

Este artigo teve a pretensão de apresentar o poder da formação de redes, onde a população através da rede mundial de computadores estreita laços e ações, visando exercício da democracia através da disponibilidade de informações governamentais, transparência, prestação de contas e, ainda, promoção de debates online sobre políticas públicas, projetos de lei, atuação dos governantes, etc.

Observamos que a ONU elevou o acesso à internet ao patamar de direito humano, em relatório publicado no ano de 2011, tendo em vista que já se trata de uma ferramenta imersa no dia-a-dia de grande parte das pessoas, passando de uma sociedade meramente presencial para uma sociedade virtual.

A evolução trazida pelo uso e alcance da internet, impactou os mais diversos ramos de atuação da sociedade, desde os relacionamentos interpessoais até as relações de consumo e de trabalho, também tem seus impactos na órbita política. E, a partir daí, surgiu a necessidade de questionar a existência de uma democracia digital.

Como conclusão, observou-se possível haver participação política e social dos cidadãos através da relação entre democracia e internet. Não se pode negar que

a internet se trata de inovação que pode ser utilizada para maior participação política dos cidadãos, mas que para isso, é necessário que os indivíduos sejam integrados a democracia, ou seja, como agentes sociais capazes de se envolverem na política e na vida em sociedade.

BIBLIOGRAFIA

CAMPILOONGO, Celso Fernandes, *Representação Política* – São Paulo: Editora Ática S.A., 1988.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: do conhecimento à política*. Disponível em eco.imooc.uab.pt/elgg/file/download/51670. Acesso em 20 de novembro de 2018.

GRIGOLI, Juliana de Jesus. *Gestão de redes de movimentos sociais: um breve estudo sobre a rede agroecológica ecovida*. *Revista Eletrônica dos pós graduandos em Sociologia Política da UFSC*, v. 9, n. 2, julho-dezembro/2012. Disponível em: periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/download/1806-5023.2012v9n2p47/25201. Acesso em 20 de novembro de 2018.

LÜCHMANN, Lígia H.H. et. all. *Identidades e Diferenças no Movimento Comunitário de Florianópolis*, In: SCHERER-WARREN, I & CHAVES, I.M. (orgs.), *Associativismo Civil em Santa Catarina: trajetórias e tendências*. Florianópolis: Insular, 2004.

MARX, Ivan Claudio. *Sociedade civil e sociedade civil organizada: o ser e o agir*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/8257/sociedade-civil-e-sociedade-civil-organizada>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

OLIVEIRA, Miguel Darci de. *Cidadania e Globalização: a política externa brasileira e as ONGs*, Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

SILVA, Sivaldo Pereira da. *Graus de participação democrática no uso da Internet pelos governos das capitais brasileiras*. *Opinião Pública*, v. XI, n. 2, p. 450-468, Campinas, outubro, 2005.

Outras pesquisas:

Pesquisa AVG, 2010. Disponível em: <https://tecnoblog.net/43297/25-dos-bebes-tem-perfis-na-web-antes-de-nascere>. Acesso em 05 de novembro de 2018.

Relatório das Nações Unidas, 2011. Disponível em: <http://hdr.undp.org>. Acesso em 10 de novembro de 2018.

Relatório de Frank La Rue. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents>.
Acesso em: 10 de novembro de 2018.

OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA BAIROS DO TAMANDUATEÍ – ASPECTOS GERAIS E GESTÃO PELA EMPRESA BAIROS DO TAMANDUATEÍ S.A. – BTSA

Alexandre Levin¹ e José Antonio Aparecido Junior²

Resumo

O presente estudo aborda os principais aspectos da Operação Urbana Consorciada Bairros do Tamanduateí (OUCBT), instrumento de revitalização urbanística previsto no Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei nº 16.050/2014) e que é objeto de regulamentação pelo Projeto de lei Municipal 723/2015; aborda-se, também, a gestão da ação consorciada pela Empresa Bairros do Tamanduateí (BTSA), inovação da legislação paulistana no tema da implantação das ações consorciadas.

Palavras-chave: Operação Urbana Consorciada Bairros do Tamanduateí; Município de São Paulo; Projeto de Lei nº 723/2015; Empresa Bairros do Tamanduateí S.A. - BTSA

SINDICATED URBAN OPERATION BAIROS DO TAMANDUATEÍ (OUCBT)

Abstract

The presente article presents issues related to syndicated urban operation bairros do tamanduateí (oucbt), institute of concerted planning, under law 16.050/2014 (municipality of são paulo).

Keywords: Syndicated Urban Operation Bairros do Tamanduateí (OUCBT); Municipality of São Paulo; Bairros do Tamanduateí inc. – BTSA

¹ Doutor e Mestre em Direito Urbanístico pela PUC-SP. Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo da COGEAE/PUC-SP. Professor de direito administrativo e de direito ambiental no curso de graduação da Escola Paulista de Direito (EPD). Procurador do Município de São Paulo.

² Doutor em Direito do Estado pela USP, Mestre em Direito Urbanístico pela PUC/SP, Procurador do Município, Consultor em Direito Urbanístico. Autor de obras jurídicas e artigos no campo do direito urbanístico. Professor da Universidade Paulista.

Considerações Iniciais

Seguindo as diretrizes gerais da Lei Federal nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo (Lei Municipal nº 16.050/2014) prevê a possibilidade de criação de nova operação urbana consorciada, por lei específica, no subsetor *Arco Tamanduateí* (art. 137, inc. I).

O *Arco Tamanduateí* é um dos subsetores que compõem o *Setor Orla Ferroviária e Fluvial* (art. 12, inc. I), que, por sua vez, é parte da *Macroárea de Estruturação Metropolitana*, prevista no art. 11 da mesma lei municipal.

A *Macroárea de Estruturação Metropolitana* é uma região da capital paulista que abrange áreas das planícies fluviais dos rios Tietê, Pinheiros e Tamanduateí e é caracterizada pela existência de vias estruturais, sistema ferroviário e rodovias que interligam diferentes municípios e polos geradores de empregos da Região Metropolitana de São Paulo (Lei Municipal nº 16.050/2014, art. 11, *caput*). O mesmo dispositivo do plano diretor paulistano reconhece que se trata de área que necessita de intervenções urbanas com vistas ao equilíbrio na relação entre emprego e moradia³.

Com o intuito de concretizar a intervenção, o plano diretor estratégico atribuiu ao Poder Executivo a obrigação de encaminhar à Câmara Municipal, até 2015, projeto de lei que discipline a operação urbana consorciada a ser realizada no *Arco Tamanduateí*.

Em atenção ao comando legal, foi encaminhado à Câmara Municipal de São Paulo o Projeto de Lei 723/2015, que estabelece objetivos, diretrizes, estratégias e mecanismos para a implantação da Operação Urbana Consorciada Bairros do Tamanduateí, define Projeto de Intervenção Urbana para a área da Operação Urbana e autoriza a criação da empresa Bairros do Tamanduateí S/A.

Buscar-se-á, em breves linhas, verificar se o projeto de lei municipal é compatível com as disposições gerais da Lei Federal nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) que disciplinam o instrumento urbanístico denominado de operação urbana consorciada.

³ A regra encontra fundamento no princípio jurídico segundo o qual a política urbana deve ser executada com vistas ao planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, inc. IV). A redução da distância entre moradia e trabalho, que pode ser obtida a partir do desenvolvimento econômico de áreas reservadas somente à habitação e, em sentido inverso, por meio do estímulo à construção de residências destinadas à habitação social em regiões com significativa oferta de postos de trabalho, contribui, por exemplo, para diminuir a saturação do sistema de transporte público.

Regras gerais sobre a *operação urbana consorciada* previstas no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001)

Antes de abordar propriamente o tema proposto, convém tecer singelas considerações sobre o instrumento urbanístico denominado *operação urbana consorciada*.

A *operação urbana consorciada* é instituto de requalificação urbana previsto no art. 4º, inc. V, p, da Lei nº 10.257/2001 e regulado pelos seus artigos 32 a 34-A. Trata-se de um instrumento de parceria público-privada para fins de urbanização, típico de um método de urbanismo denominado *urbanismo concertado*.

A definição legal do instrumento consta do art. 32, §1º, da lei federal. De acordo com esse dispositivo, *operação urbana consorciada* é o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.⁴

A *operação consorciada* permite que recursos privados sejam utilizados nos processos de revitalização urbana, em troca de benefícios concedidos pela lei aos proprietários que aderirem ao programa proposto. Ou seja, os proprietários e investidores transferem recursos para o Município em troca de benefícios urbanísticos, como, por exemplo, a possibilidade de construir acima dos índices de aproveitamento ordinário previstos no plano diretor ou de regularizar construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente (Lei nº 10.257/2001, art. 32, §2º, incs. I e II).

Em outras palavras, o Estatuto da Cidade permite que o diploma municipal que cria a *operação* defina novos índices urbanísticos para esse mesmo perímetro, ou seja, novos coeficientes de aproveitamento máximo, novos parâmetros construtivos (gabaritos de altura, recuos) e usos até então vedados pela lei de uso e ocupação do solo local (art. 32, § 2º, Lei 10.257/2001).

Trata-se, assim, de um “recorte” no zoneamento urbano: para a área especificada pela lei municipal que cria a *operação* passam a valer os novos índices

⁴ Já tivemos a oportunidade de definir a *operação urbana consorciada* como o processo administrativo constituído por atos administrativos, contratos administrativos e procedimentos administrativos interligados e voltados ao alcance das *transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental* na área objeto da ação urbana. (LEVIN, Alexandre. *Operação urbana consorciada: concertação público-privada para a justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade urbanística*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 254.)

urbanísticos, e não os parâmetros definidos pelo plano diretor para o restante da urbe (que eram válidos também para a área da operação antes de sua criação).

Dessa forma, torna-se possível ao Poder Público atrair os proprietários de imóveis na área objeto da operação urbana (e outros investidores) para realizar parceria, visando obter recursos privados para o financiamento das obras de readequação urbanística. A iniciativa privada é atraída para a concertação com o Poder Público justamente em virtude da alteração dos índices urbanísticos imposta pela lei que cria a intervenção. Com o intuito de obter a licença para construir e utilizar o imóvel de acordo com os novos parâmetros, o interessado deve arcar com determinadas contrapartidas, definidas na mesma lei que cria a operação (art. 33, inc. VI, Lei 10.257/2001). Os recursos auferidos pela Administração por meio do pagamento dessas contrapartidas serão aplicados para efetivar as desapropriações, obras e demais melhoramentos necessários à readequação do espaço urbano, de acordo com o plano de obras definidos no diploma local que institui a operação.

Em resumo, a lei municipal concede aos proprietários de imóveis localizados na área objeto da intervenção a possibilidade de construir acima dos parâmetros urbanísticos ordinários, desde que paguem por isso. Permite-se também a atribuição de uso diverso do permitido pela lei de zoneamento, também mediante contrapartida financeira. É dessa forma que a Administração atrai os recursos da iniciativa privada que financiarão a reforma do espaço urbano.

Aplicação exclusiva das contrapartidas na própria operação urbana

Cabe destacar que os recursos privados auferidos pela Administração devem ser aplicados exclusivamente na própria operação (art. 33, §1º, Lei 10.257/2001). Esta é a principal diferença entre a operação urbana consorciada e o instrumento da outorga onerosa do direito de construir, regulado pelos arts. 28 a 31 da lei federal. Os dois institutos obedecem à mesma lógica: a utilização dos benefícios pelos proprietários privados interessados em construir acima dos parâmetros urbanísticos ordinários é compensada por meio do pagamento de valores à Administração Municipal, que os utiliza para financiar a melhoria do espaço urbano. Porém, os recursos auferidos com a outorga onerosa devem ser destinados às finalidades elencadas no art. 26 do Estatuto da Cidade, sem qualquer vinculação geográfica. Já as contrapartidas obtidas no âmbito da

operação urbana consorciada devem ser utilizadas para financiar as obras e melhoramentos no próprio perímetro da operação.⁵

Previsão da operação consorciada no plano diretor municipal

Ocorre que o Estatuto da Cidade exige que a lei que cria a operação urbana consorciada seja baseada no plano diretor. Isso significa que a área de implantação da operação consorciada deve estar prevista no plano. Trata-se do assim chamado *princípio da reserva do plano*, segundo o qual as exigências fundamentais de ordenação da cidade devem estar definidas na lei que institui o plano diretor (CF, art. 182, §2º)⁶. Os principais instrumentos de ordenação do espaço urbano, como a outorga onerosa, a transferência do direito de construir e

⁵ O dispositivo constante da Lei nº 10.257/2001, art. 33, §1º, não é isento de críticas por parte dos estudiosos do tema. Diana Di Giuseppe afirma que a obrigatoriedade de utilização dos recursos arrecadados unicamente na própria operação urbana impede que áreas mais dinâmicas do ponto de vista da atividade imobiliária sejam aproveitadas para captação de recursos extras, que poderiam ser remanejados para áreas que necessitam de intervenção, mas que não oferecem tantos atrativos para esse segmento de investimento. (DI GIUSEPPE, Diana. Operações Urbanas Consorciadas. In: Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM. **Estatuto da Cidade** (Coord). Mariana Moreira. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM, 2001, p.392). Ocorre que, para os fins propostos pela autora, existe a possibilidade de utilização dos instrumentos da outorga onerosa do direito de construir e da outorga onerosa de alteração do uso, por meio dos quais recursos financeiros podem ser captados em áreas mais valorizadas para serem utilizados em áreas periféricas da cidade, desde que sejam aplicados com as finalidades previstas na Lei nº 10.257/2001 (art. 26, I a IX), nos termos do art. 31 da mesma Lei Federal. O Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo (Lei 16.050/2014) permite a realização de investimentos no perímetro expandido da Operação Urbana Consorciada, com recursos da própria intervenção, para atendimento às necessidades habitacionais da população de baixa renda e melhoria das condições dos sistemas ambientais, de drenagem, de saneamento e de mobilidade, entre outros (art. 141, II). Percebe-se que a lei municipal buscou excepcionar a regra do Estatuto da Cidade que proíbe investir recursos da operação consorciada em áreas externas ao seu perímetro de abrangência. Há dúvidas quanto à legitimidade do dispositivo local, visto que contraria disposição expressa de norma geral de direito urbanístico. Ocorre que o preceito da lei paulistana foi editado com o fim de minimizar os impactos negativos que a efetivação de uma operação urbana consorciada pode causar nas áreas circunvizinhas à intervenção – as chamadas “externalidades negativas”. Nesse sentido, parece-nos que a exceção se justifica, pois a realização de uma ação consorciada não pode resultar em prejuízos à infraestrutura urbanística das áreas da cidade não abrangidas pela intervenção, sob pena de desrespeito ao princípio jurídico do pleno desenvolvimento das funções da cidade (art. 182, CF).

⁶ A finalidade da norma constitucional é, justamente, evitar que leis municipais esparsas regulamentem – cada qual a seu modo – a organização do espaço urbano, em evidente prejuízo ao planejamento urbano local, que deve ser único para todo o território (LEVIN, Alexandre. **Plano diretor como instrumento jurídico fundamental de organização do espaço urbano**. Fórum de Dir. Urbano e Ambiental – FDU, Belo Horizonte, ano 17, n. 99, p. 9-33, maio/jun. 2018). Na mesma direção, Victor Carvalho Pinto invoca o princípio da reserva de plano como fundamento para a necessidade de o plano diretor prever as *bases para a utilização do direito de preempção, das operações consorciadas e da transferência do direito de construir*. (PINTO, Victor Carvalho. **Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade**. São Paulo: RT, 2005, p.224-225).

a operação urbana consorciada, dentre outros, devem ter sua aplicação prevista na lei que unifica e centraliza o planejamento urbanístico.

Tal exigência é atendida na implantação da *Operação Urbana Consorciada Bairros do Tamanduateí*, já que o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo prevê, como visto, a criação, por lei de específica, de operação urbana no *Arco Tamanduateí* (Lei Municipal nº 16.050/2014, art. 137, parágrafo único, inc. I), subsetor do *Setor Orla Ferroviária e Fluvial*, cujo perímetro é definido por mapa anexo à lei que institui o plano estratégico (Lei Municipal nº 16.050/2014, art. 12, inc. I, c).

Conteúdo da lei específica que cria a operação

Outra exigência do Estatuto da Cidade para a lei específica que aprova a operação urbana consorciada é a elaboração de plano de operação urbana consorciada, que contenha, no mínimo: I – definição da área a ser atingida; II – programa básico de ocupação da área; III – programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação; IV – finalidades da operação; V – estudo prévio de impacto de vizinhança; VI - contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função da utilização dos benefícios previstos nos incisos I, II e III do § 2º do art. 32 desta Lei; VII – forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil; VIII - natureza dos incentivos a serem concedidos aos proprietários, usuários permanentes e investidores privados, uma vez atendido o disposto no inciso III do § 2º do art. 32 desta Lei (Lei nº 10.257/2001, art. 33, incisos I a VIII).

Vejamos em seguida se o projeto de lei que cria a *Operação Urbana Consorciada Bairros do Tamanduateí* (OUCBT) atende todas essas exigências.

Abrangência territorial da Operação Urbana Consorciada Bairros do Tamanduateí (OUCBT)

A abrangência territorial da *Operação Urbana Consorciada Bairros do Tamanduateí* (OUCBT) está detalhada no art. 2º do Projeto de Lei 723/2015 (PL 723/2015). O diploma delimita o território no qual incidirá o regramento urbanístico específico da operação (perímetro de adesão), mas prevê, também, *perímetros expandidos*, que constituem áreas que podem receber recursos da OUCBT para atendimento habitacional de interesse social, de drenagem e de mobilidade de média capacidade, bem como intervenções complementares às ações propostas no perímetro de adesão. Não se trata aqui de infringência à regra da Lei 10.257/2001

que exige a aplicação de recursos da operação exclusivamente na operação urbana consorciada (art. 33, §1º). Os perímetros expendidos são áreas que também sofrem influência da ação concertada e, portanto, também podem ser incluídas na operação. Como já referido alhures, não se trata de empregar os recursos em melhorias exclusivamente no perímetro da operação, mas sim em regiões diretamente atingidas pela aplicação do instrumento, ainda que não localizadas nos limites legais da OUC.

Finalidades da Operação Urbana Consorciada Bairros do Tamanduateí (OUCBT)

As finalidades da OCUBT também estão previstas no PL 723/2015 (art. 5º). O diploma divide as finalidades da operação em *objetivos gerais* e *diretrizes específicas*.

São todos objetivos condizentes com as diretrizes da política urbana previstas no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001, art. 2º).

Um deles é promover o adensamento populacional e o *incremento das atividades econômicas, com diversidade de faixas de renda e de atividades, de forma a aproveitar a infraestrutura instalada e a prevista, em especial o transporte público de alta capacidade* (art. 5º, inc. I). Boa parte das áreas que compõem o *Arco Tamanduateí* são dotadas de razoável infraestrutura de transporte público. A ideia é aproveitar a existência dessa infraestrutura e incrementar a concentração populacional da área, buscando aproximar, tanto quanto possível, o emprego da moradia, a evitar a saturação do sistema de transporte público municipal, que constitui grave problema para a população que reside em áreas afastadas da cidade, mas trabalha em regiões centrais.

Não há dúvida de que o objetivo vai ao encontro da diretriz do Estatuto da Cidade que impõe a *distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano* (art. 2º, inc. IV).

Outro objetivo específico da OUCBT compatível com as diretrizes da política urbana previstas no Estatuto da Cidade é o incentivo à realização de *construções saudáveis e a instalação e utilização de equipamentos e estruturas urbanisticamente sustentáveis, tais como equipamentos de geração de energia elétrica fotovoltaica, telhados verdes, ventilação e luz natural e calçadas permeáveis* (art. 6º inc. XII). No mesmo sentido, o Estatuto da Cidade prevê o *estímulo à utilização, nos parcelamentos do solo e nas edificações urbanas, de sistemas operacionais, padrões construtivos e aportes*

tecnológicos que objetivem a redução de impactos ambientais e a economia de recursos naturais (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, inc. XVII).

Programa de intervenções

O programa de intervenções na área da OUCBT está previsto nos arts. 49 e 50 do PL 723/2015. Prevê-se a execução de plano de melhoramentos viários; implantação de rede de parques e áreas públicas; requalificação de logradouros; melhorias de passeios; incremento de arborização urbana e paisagismo; melhoria da acessibilidade e do mobiliário urbano; reordenamento da sinalização viária horizontal, vertical e semafórica; ciclovias e ciclofaixas; execução de obras de drenagem para contenção de alagamentos; melhoria do sistema de transporte coletivo de média capacidade; dentre outras melhorias urbanísticas.

Muitas dessas intervenções são viabilizadas por meio da aplicação de recursos privados decorrentes das contrapartidas pagas pelos investidores e proprietários em razão da utilização dos benefícios previstos na lei. Cuida-se da diretriz fundamental do urbanismo de concertação, expressa no Estatuto da Cidade: *cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social* (art. 2º, inc. III).

De outra parte, a realização desses melhoramentos com recursos provenientes dos proprietários de imóveis localizados na área da operação impede que a valorização das propriedades na região resulte exclusivamente da aplicação de recursos públicos. Observa-se, aqui, mais uma das diretrizes da política urbana previstas no Estatuto: *a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização* (art. 2º, inc. IX).

Com efeito, utilizar a ação concertada para realizar melhoramentos em determinada região da cidade possibilita, ao mesmo tempo, resolver a questão da falta de recursos do erário e distribuir de forma justa os benefícios decorrentes da atividade urbanística (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, inc. IX). Ao invés de buscar, depois de concluídas as obras, a recuperação do investimento realizado, por meio de instrumentos como a contribuição de melhoria – que também é prevista, não obstante, como instrumento de política urbana (Lei nº 10.257/2001, art. 4º, inc. IV, b)⁷ – a Administração utiliza-se, de antemão, de recursos de seus parceiros

⁷ Apesar de sua previsão no Estatuto da Cidade (art. 4º, inc. IV, b) como instrumento de política urbana, a contribuição de melhoria, fundamentada no princípio da *recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos* (art. 2º, inc. XI), é de difícil aplicação prática. Discorrendo sobre a legislação que regula a contribuição de melhoria entre nós, Regina Helena Costa ressalta que “os arts. 81 e 82 do Código Tributário Nacional, a pretexto de estabelecerem normas gerais acerca dessa espécie tributária, traçam um procedimento demasiadamente complexo para sua instituição, especialmente considerando a

privados, a impedir que recursos do erário sejam a causa da valorização reflexa extraordinária dos imóveis particulares situados na área urbana beneficiada com a intervenção.

Programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação

O PL 723/2015 indica, no rol de intervenções previstas no art. 49, inc. VI, a provisão habitacional de interesse social, que pode abranger: *a) a aquisição de terrenos para subsidio à produção habitacional de interesse social; b) a alienação gratuita ou onerosa de terrenos para associações, cooperativas e demais entidades sem fins lucrativos para a produção habitacional de interesse social; c) a construção de unidades habitacionais; d) a regularização fundiária; e) a reurbanização de assentamentos precários; f) o atendimento habitacional temporário subsidiário às ações constantes do Programa de Intervenções da OUCBT; g) a atualização do Sistema de Informações para Habitação Social - HABISP, limitada à área de abrangência da OUCBT.*

Tais regras cumprem a prescrição do Estatuto da Cidade que prevê a inclusão obrigatória, na lei específica que aprova a operação urbana consorciada, de um programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada (Lei nº 10.257/2001, art. 33, inc. III).

Sobre a questão, vale lembrar que da análise do ordenamento jurídico pátrio extrai-se que uma das principais metas a serem alcançadas pelo exercício da função urbanística estatal é justamente assegurar ao cidadão condições dignas de habitação. Nessa direção, a Constituição Federal elenca (art.6º) o direito à moradia como um dos direitos sociais a serem garantidos pelo Poder Público. Prescreve a Carta, ainda, que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade (art.182), dentre elas a de disponibilizar moradia digna para os que nela habitam.

Diante desses comandos constitucionais, a lei que cria a operação urbana consorciada deve prever mecanismos de defesa do direito à moradia da

deficiente infraestrutura administrativa da grande maioria dos municípios brasileiros". (COSTA, Regina Helena. Instrumentos tributários para a política urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**: (comentários à Lei Federal nº10.257/2001). São Paulo: Malheiros, 2003, p.113-114). Com efeito, a contribuição de melhoria é um tributo raramente instituído pelos entes da federação (todos eles competentes para sua cobrança), seja por razões de ordem política – qualquer exação fiscal é vista com grande antipatia, especialmente em virtude da carga tributária já elevada –, seja por razões de ordem jurídica, dado que a regulamentação geral sobre o tributo, conferida pelo Código Tributário Nacional (arts.81 e 82) e pelo Decreto-Lei nº195/67, é deveras complexa e de difícil aplicação prática. Não há dúvida de que instrumentos de parceria público-privada para fins urbanísticos são mais eficazes para o cumprimento da diretriz que impõe a justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade urbanística.

população atingida pela intervenção, a fim de evitar a sua expulsão da área objeto da ação urbana e o seu deslocamento para zonas periféricas da cidade – processo denominado *gentrificação*.

Em vários dos trechos que compõem o *Arco Tamanduateí* é intensa a ocupação por população de baixa renda, a residir em moradias precárias e irregulares. Trata-se de um problema comum às áreas da cidade objeto de revitalização urbanística: justamente por estarem em situação de deterioração (e daí a necessidade de serem revitalizadas), são ocupadas por população de baixa renda que dificilmente permanecerá no local após o início da operação urbana, caso não seja realizada uma ação habitacional específica.

Sem um programa de atendimento habitacional para essa população, a tendência é que sejam “expulsas” do local, tendo em vista a valorização imobiliária que fatalmente decorrerá da operação concertada.⁸

Ora, esse processo de *gentrificação* é contrário aos objetivos de qualquer operação urbanística, tendo em vista que toda ação urbana deve atribuir à habitação a sua devida importância. Ainda que a construção de conjuntos habitacionais não seja a meta principal da operação, o direito à moradia da população que reside no perímetro atingido deve ser sempre respeitado.

A reurbanização de uma determinada região da cidade não pode significar o agravamento da já bastante delicada questão habitacional. Daí ter andado bem o PL 723/2015 ao prever a efetivação de melhoramentos voltados à construção de moradia popular na área de abrangência da OUCBT.

Estudo prévio de impacto de vizinhança

O PL 723/2015 obedece ao dispositivo do Estatuto da Cidade que determina a produção do estudo de impacto de vizinhança (EIV) por ocasião da construção

⁸ Espera-se que a operação provoque uma valorização da área, pelo simples fato de ser objeto de investimentos planejados e concentrados. Boa parte das áreas que são objeto de operações deste tipo, exatamente por serem desestruturadas ou fisicamente deterioradas, são ocupadas por populações, atividades econômicas e usuários de baixa renda. A questão então seria – como garantir a não expulsão desta população? (INSTITUTO PÓLIS. **Estatuto da cidade**: guia para implementação pelos municípios e cidadãos. (Coord.) Raquel Rolnik. 3.ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005, p.83). No mesmo sentido, Jean-Paul Lacaze, referindo-se especificamente a operações de revitalização de áreas urbanas explica que, justamente porque se trata de área vetusta e pouco atraente, a área objeto da operação acolhe “populações marginais, idosas ou de poucos recursos” e, portanto, qualquer operação de reabilitação coloca “o problema da manutenção no local ou do realojamento dessas populações”. Em razão disso, destaca o autor a contradição, sempre presente nesses casos de readequação urbanística, entre os objetivos econômicos de revalorização e os objetivos de assistência aos menos favorecidos. (LACAZE, Jean-Paul. **Os métodos do urbanismo**. Tradução de Marina Appenzeller. 2.ed. Campinas: Papyrus, 1993, p.82).

dos melhoramentos previstos no plano da operação (Lei nº 10.257/2001, art. 33, inc. III).

O EIV é regulado genericamente pela Lei nº 10.257/2001 (arts. 36 a 38) e sua execução visa contemplar os efeitos positivos e negativos de empreendimento instalado em área urbana. Com efeito, empreendimentos de grande porte tendem a causar impacto no seu entorno, como o excessivo adensamento populacional, o agravamento dos problemas relativos ao tráfego de veículos, o aumento desproporcional da demanda por transporte público, a diminuição de áreas verdes e dedicadas ao lazer ou a destruição do patrimônio histórico e cultural urbano.

Caso exista a possibilidade de que tais danos ocorram em razão dos melhoramentos previstos no programa da operação consorciada, medidas devem ser previstas no próprio plano para evitá-los ou compensá-los, sob pena de se tornar inviável o início da ação concertada. Alguns efeitos negativos podem até ser tolerados, desde que compensados pelos efeitos positivos que advirão do programa da intervenção.

Daí a necessidade de elaboração do EIV, a contemplar os efeitos negativos e positivos da operação consorciada quanto à qualidade de vida da população residente na sua área de abrangência e nas áreas circunvizinhas (Estatuto da Cidade, art. 37), incluindo a análise, no mínimo, dos seguintes aspectos: I – adensamento populacional; II – equipamentos urbanos e comunitários; III – uso e ocupação do solo; IV – valorização imobiliária; V – geração de tráfego e demanda por transporte público; VI – ventilação e iluminação; VII – paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

De acordo com essa orientação normativa, o PL 723/2015 prevê que os empreendimentos geradores de impactos de vizinhança deverão elaborar o Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV, conforme previsto pela Lei Geral de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo e em lei específica, quando houver (art. 48).

Portanto, os melhoramentos previstos no plano da *Operação Urbana Consorciada Bairros do Tamanduateí* (OUCBT) caso possam causar impactos significativos no entorno, somente serão autorizados após a elaboração do EIV, que leve em conta todos os aspectos ambientais acima elencados.

O PL 723/2015 prevê, ainda, que a fixação das contrapartidas devidas pelo empreendedor em razão da instalação de Polos Geradores de Tráfego – PGT deve priorizar as medidas integrantes do Programa de Intervenções da OUCBT,

previsto no mesmo PL (art. 48, parágrafo único). A regra vai ao encontro da diretriz do Estatuto da Cidade que prevê seja evitada *a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente* (Lei nº 10.257/2001, art. 2º, inc. VI, d).

Natureza dos incentivos a serem concedidos aos proprietários, usuários permanentes e investidores privados

Nos moldes das leis que criaram outras operações urbanas consorciadas no Município de São Paulo (*Operação Urbana Consorciada Faria Lima* – Lei Municipal nº 13.769/2004 –; *Operação Urbana Consorciada Água Branca* – Lei Municipal nº 15.893/2013; *Operação Urbana Consorciada* – Lei Municipal nº 13.260/2001), o PL que prevê a criação da *Operação Urbana Consorciada Bairros do Tamanduateí* autoriza o Executivo a *efetuar a outorga onerosa de potencial adicional de construção para os lotes contidos no Perímetro de Adesão da OUCBT, na conformidade dos valores, critérios e condições estabelecidos nesta lei, como forma de obtenção de recursos destinados à implantação do seu Programa de Intervenções* (art. 51).

Isso quer dizer que o Município pode permitir a construção em índices superiores ao coeficiente de aproveitamento básico previsto no plano diretor para a área, desde que o interessado arque com uma contrapartida ao Poder Público; e é com os recursos advindos dessas contrapartidas que a administração municipal construirá todos os melhoramentos e obras previstos no plano da OUCBT.

O PL definiu para o perímetro da OUCBT o potencial adicional de construção de 6.040.295m² (seis milhões, quarenta mil, duzentos e noventa e cinco metros quadrados), dos quais 856.548m² (oitocentos e cinquenta e seis mil, 30 quinhentos e quarenta e oito metros quadrados) serão distribuídos não onerosamente e destinados exclusivamente para a implantação de Empreendimentos de Habitação de Interesse Social - EHIS, nos termos do Plano Diretor Estratégico – Lei nº 16.050, de 2014 (art. 52).

Ou seja, o Município de São Paulo “colocará à venda” mais de seis milhões de metros quadrados de potencial construtivo, que poderão ser adquiridos pelos proprietários e investidores interessados em construir acima do coeficiente básico da área e, assim, obter lucros com a alienação dos imóveis edificadas. Essa é a lógica de qualquer operação consorciada: a Administração troca potencial construtivo por recursos financeiros, que serão empregados para realizar a revitalização da área objeto da operação.

É claro que essa quantidade de potencial construtivo disponível deve ser limitada, sob pena de saturação da infraestrutura urbana local em função do

excesso de edificação na área, a contrariar frontalmente a diretriz do Estatuto que proíbe o *parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana* (art. 2º, inc. VI, c).

Comercialização dos estoques de potencial adicional por intermédio de CEPAC

O PL 723/2015 prevê, nos moldes dos diplomas anteriores que criaram operações consorciadas no Município de São Paulo, que o Executivo pode emitir CEPAC, como instrumento de comercialização dos estoques de potencial construtivo adicional.

Os CEPAC são valores mobiliários emitidos pelo Município, livremente negociáveis e conversíveis em direito de construir exclusivamente na área objeto da operação (Lei nº10.257/2001, art.34, §1º).

A lei municipal que cria a operação consorciada pode prever a emissão desses certificados, a possibilitar sua utilização como pagamento pela “área da construção que supere os padrões estabelecidos pela legislação de uso e ocupação do solo”, até o limite fixado pela lei específica (Estatuto da Cidade, art.34, §2º).

A partir de uma tabela de equivalência incluída no texto legal, é possível conhecer precisamente a quantidade de CEPAC necessária para se obter determinado benefício urbanístico.

No caso da OUCBT, os critérios de equivalência constam do Quadro 6 do PL 723/2015 (art. 53) e o seu valor mínimo é de R\$ 790,00 (setecentos e noventa reais), conforme §1º do mesmo dispositivo, podendo ser atualizado pela *Empresa Bairros do Tamanduateí S.A. – BTSA* por índice oficial, a ser definido em decreto.

Assim, o proprietário ou investidor privado interessado em adquirir potencial adicional de construção ou de alteração de uso utiliza o CEPAC como contrapartida pelo benefício concedido. Ou seja, paga pelo certificado para depois cambiá-lo pelo direito de construir acima do coeficiente básico de aproveitamento, de acordo com os parâmetros urbanísticos instituídos pela lei específica que cria a operação.

A aquisição dos CEPAC se dá em leilões públicos, na forma estabelecida pela BTSA, ou através do pagamento, no todo ou em parte, de projetos, gerenciamentos, obras e desapropriações, amigáveis ou judiciais. (PL 723/2015, art. 54). Em outras palavras, ou os CEPAC são adquiridos em leilão realizado pelo Município ou são obtidos como forma de pagamento pela realização de projetos, obras e desapropriações. Nesse último caso, o poder público, ao invés

de pagar as obras e desapropriações em dinheiro, paga em CEPAC (se o interessado aceitar, obviamente).

A venda por meio de leilão, garantidos os princípios jurídicos da isonomia e da vantajosidade, somada à possibilidade de serem os CEPAC livremente negociáveis no mercado de valores mobiliários – o que aumenta o interesse dos investidores na aquisição desses certificados – contribui para uma arrecadação maior por parte do Município emissor.

Além disso, a utilização dos CEPAC permite antecipar recursos financeiros necessários à execução do programa de intervenções definido na lei que cria a operação urbana consorciada. Sem os certificados, esses valores somente ingressarão nos cofres públicos na medida em que cada proprietário decidir aderir à operação, pagando a contrapartida necessária à fruição do benefício previsto na lei específica.

Desse modo, a emissão dos CEPAC, e sua alienação em leilão, permite ao Município receber antecipadamente os montantes correspondentes às contrapartidas e aplicá-los nas obras, desapropriações, programas de atendimento econômico e social para a população de baixa renda afetada pela operação e demais medidas previstas no plano da ação concertada.

Daí a preferência por essa espécie de contrapartida pelo PL da OUCBT, em atenção ao que dispõe a Lei nº 10.257/2001 sobre o instrumento (art. 34).

A empresa Bairros do Tamanduateí S/A – um novo modelo de governança para a operação urbana consorciada

No que toca à governança da operação urbana consorciada, a proposta da OUCBT considera relevante a especialização da gestão da transformação urbanística prevista em seu PIU. Esta proposta vem em consonância com o dever de eficiência imposto a todos os órgãos da Administração Pública, inclusive no tocante às tarefas de elaboração e implantação de planos e projetos urbanísticos⁹. A solução técnica adotada a tanto foi a proposta de criação de um novo ente, capaz de reunir as competências necessárias a tal tarefa e de promover as possíveis interações com outros entes da Administração Pública direta e indireta

⁹ Sobre o tema, especialmente destacando a importância dos aspectos da observância da eficiência administrativa tanto no trabalho técnico dos órgãos da Administração Pública quanto no processo administrativo público-participativo para a elaboração dos marcos regulatórios urbanísticos, vide APPARECIDO JUNIOR, Jose Antonio. **Direito Urbanístico Aplicado**. Curitiba: Juruá, 2017.

de todos os níveis de Estado e com os particulares – a empresa *Bairros do Tamanduateí S/A*.

De fato, a legislação paulistana tem conferido a gestão das operações urbanas consorciadas à empresa São Paulo Urbanismo¹⁰ (antiga *EMURB*), sendo tal gestão, contudo, *limitada a uma ação operacional de venda do potencial construtivo adicional, arrecadação dos valores correspondentes e acompanhamento do emprego de tais recursos*. Não há, em outros termos, espaço para esta empresa pública atuar como efetivo agente transformador da região submetida ao regramento específico da operação urbana consorciada.

Para evidenciar a distinção do modelo apresentado do ordinariamente utilizado no Município, inicialmente é preciso destacar o art. 60, que autoriza o Poder Executivo municipal a constituir pessoa jurídica, sob a forma de sociedade anônima de economia mista, denominada Bairros do Tamanduateí S/A (BTSA), que será integrante da administração indireta municipal *e terá por finalidade de implantar o PIU da OUCBT*. Em outros termos, mais que administrar recursos, esta entidade deverá ter um papel de desencadeador de processos tendentes à implantação do plano urbanístico da operação urbana, funcionando sob a regulamentação da forma empresarial mais aberta e transparente permitida à Administração Pública – como já apontado, a sociedade de economia mista¹¹.

Com efeito, ainda na dicção do mesmo art. 60, a BTSA, de maneira inédita na gestão das operações urbanas, realizará as ações públicas concernentes ao desenvolvimento e implantação de projetos e obras relativos ao programa de intervenção da OUCBT, bem como a gestão dos seus ativos e recursos e sua articulação com os projetos estruturantes de diferentes esferas de governo, além de celebração de ajustes com o setor público e privado com o objetivo de viabilizar a transformação urbanística, social, ambiental e econômica definida pelo PIU para a OUCBT.

Ainda nesta linha de ideias, o art. 63 do PL permite que a nova empresa estruture e realize a gestão da implantação dos projetos, ações e obras pertinentes ao Programa de Intervenções da OUCBT (inc. I); instrua os processos de licenciamento dos melhoramentos urbanísticos definidos pela operação urbana

¹⁰ *Ex vi* arts. 1º e 19 e seguintes da Lei n. 13.260/2001, a Lei da Operação Urbana Consorciada Água Espreada, e arts. 15 e seguintes da Lei n. 13.769/2004, a Lei da Operação Urbana Consorciada Faria Lima.

¹¹ As sociedades de economia mista submetem-se, no tocante à sua governança, às disposições da Lei n. 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além do regulamento societário da Lei n. 6.404/1976, a Lei das S/A.

(inc. II); realize a gestão dos ativos públicos incorporados ao capital da empresa e do potencial adicional de construção previsto no projeto e seus respectivos estoques e CEPAC (incs. III e IV) e coopere na implantação das infraestruturas necessárias a transformação urbana, definidas pelos projetos estruturantes indicados pelo projeto da operação urbana, inclusive estruturando as formas de financiamento e modelos jurídicos para a execução de suas atribuições (incs. V e VI).

O instrumental jurídico colocado à disposição da nova empresa, por sua vez, tem por claro objetivo proporcionar a efetividade das disposições do art. 63. Com efeito, para a implantação do Programa de Intervenções da operação urbana, a BTSA poderá utilizar, como formas de financiamento e controle de recursos, dentre outras previstas na legislação empresarial: a negociação dos CEPAC de acordo com o potencial de transformação e a valorização do território, de forma a capturar de forma eficiente a mais valia oriunda do desenvolvimento imobiliário (inc. I); a aquisição e alienação de terras destinadas a produção de habitação de interesse social, para fins de preservação do custo da transformação relacionado à valorização territorial (inc. II); e a instituição e participação em fundos de investimento (inclusive utilizando suas cotas como garantia no desenvolvimento de parcerias público-privadas de obras e serviços) para fins de desenvolvimento imobiliário e outras formas de incorporação, a fim de financiar programas contidos no PIU da OUCBT, inclusive utilizando seu patrimônio imobiliário para tais finalidades (incs. III e IV).

Em seu art. 65, a propositura autoriza a futura empresa a realizar negócios jurídicos pertinentes às funções que lhe são cometidas, tais como a possibilidade de celebrar, participar ou intervir nos contratos que tenham por objeto a instituição de parcerias público-privadas, assumindo, total ou parcialmente, direitos e obrigações decorrentes de tais contratos (incs. I e II); a prestação de garantias reais, fidejussórias e contratação de seguros (inc. IV); a exploração econômica de seu patrimônio (inc. V); a participação no capital de outras empresas controladas por ente público ou – importante destacar – privado (inc. VI); a constituição de sociedades de propósito específico, necessárias à realização de incorporações imobiliárias (inc. VII); a capacidade de receber delegação para a realização de desapropriações para a implantação do Programa de Intervenções da OUCBT, incorporando, nesta última hipótese, os imóveis desapropriados ao seu capital social (inc. IX); e, finalmente, a possibilidade de firmar compromissos de investimento, convênios, termos de parceria e outros ajustes, incluindo os

contratos de gestão com Administração Direta, nos termos do art. 37, § 8º da Constituição Federal (incs. X e XI).

Evidencia-se, da mera leitura dos dispositivos colacionais, que a proposta tem por objetivo conferir à BTSA a liberdade de, no interregno temporal previsto para a implantação da OUCBT (cerca de 30 anos), adaptar-se às necessidades e exigências do mercado para que possa cumprir suas funções referentes à implantação do PIU da OUCBT. A inovação da proposta do PL em discussão, neste ponto, caracteriza-se por pretender criar uma espécie de agência de desenvolvimento, livremente inspirada nas agências utilizadas para a gestão das zone d'aménagement concerté (ZAC)¹² francesas, para a região da nova operação urbana. Tal entidade será capaz de centralizar elementos de planejamento e atuação estratégicas para sua efetiva implantação. Para tanto, a fim de garantir maior segurança jurídica na evolução dos processos referentes à operação urbana, especialmente em face dos órgãos de controle, como a Comissão de Valores Mobiliários¹³, o projeto de lei entende ser conveniente que a nova sociedade de economia mista detenha uma ampla gama de possibilidades de atuação empresarial já previstas pelo marco legal que a institui.

A tutela da empresa Bairros do Tamanduateí S/A

O PL 723/2015 estipula, sob a ótica formal, como deverá ser constituída a nova empresa Bairros do Tamanduateí S/A, e determina, em seu art. 61, que o seu capital social seja composto por ações ordinárias ou preferenciais nominativas, sem valor nominal, podendo ser integralizado por intermédio dos CEPAC a serem emitidos na OUCBT, pelas glebas e lotes municipais dominiais do perímetro, existentes na data de entrada em vigor da lei, e em dinheiro ou em bens e direitos cedidos pelo Município ou pela empresa SP-Urbanismo. Posteriormente à criação da empresa, as ações da *BTSA ficarão conferidas, na qualidade de aumento de capital, à empresa SP-Urbanismo, que passará a ter a empresa BTSA como controlada (art. 62)*. Com esta medida, o projeto de lei estabelece que a

¹² As ZAC estão previstas no art. L 311C: "les zones à l'intérieur desquelles une collectivité publique ou un établissement public y ayant vocation décide d'intervenir pour réaliser ou faire réaliser l'aménagement et l'équipement des terrains, notamment de ceux que cette collectivité ou cet établissement a acquis ou acquerra en vue de les céder ou de les concéder ultérieurement à des utilisateurs publics ou privés". (AUBY, Jean_Bernard; PÉRINET-MARQUET, Hugues; NOGUELLOU, Rozen. *Droit de l'urbanisme et de la construction*. 8. ed. Paris: L.G.D.J, 2008. p. 377).

¹³ A preocupação, neste caso, é demonstrar que não haverá qualquer mudança das regras referentes à modelagem jurídica e econômica da OUCBT, permitindo que os investidores possam consorciar-se com a Administração Pública para a implantação da operação urbana com toda segurança possível quanto ao seu investimento.

São Paulo realizará a tutela da atuação desta nova entidade, nos limites estabelecidos pela lei, devendo ser preservadas, em qualquer hipótese, as competências conferidas ao novo ente pela legislação municipal.

Desta forma, ao mesmo tempo em que prevê a destinação de recursos oriundos da comercialização de CEPAC para a nova empresa (máximo de 4% do valor líquido arrecadado, deduzidas as taxas, emolumentos e custos de administração – art. 66), permitindo que funcione como empresa independente da Administração Direta, e confere à nova entidade uma série de poderes e capacidades jurídicas não ordinariamente atribuídos aos entes da mesma natureza, o PL da OUCBT faz com que a nova empresa de fato pertença à São Paulo Urbanismo, possibilitando que esta realize o controle de escopo de sua atuação, numa atividade definida como a fiscalização, nos limites definidos em lei, para garantir a observância da legalidade e o cumprimento das finalidades institucionais para as quais foi criado o ente descentralizado¹⁴.

O fato de pertencer a uma outra entidade da Administração Indireta não deve causar estranheza. Se a política de desenvolvimento urbano é elaborada e estabelecida pela Administração Direta – hoje por intermédio da Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento -, cabe a empresa São Paulo Urbanismo o suporte e desenvolvimento das ações governamentais voltadas ao planejamento urbano e à promoção do desenvolvimento urbano do Município de São Paulo (art. 3º, inc. I da Lei n. 15.056/2009), sendo a atuação local da BTSA um desdobramento desta tarefa. Não há qualquer malferimento à capacidade administrativa e operacional do novo ente, e sim o mero enquadramento de suas atividades no âmbito da política de desenvolvimento urbano do Município – estabelecida, em última análise, pelo Plano Diretor Estratégico.

Conclusões

A criação da BTSA é mais uma inovação proposta pelo Município de São Paulo em sua atividade pioneira em termos de regulação urbanística, utilizável em iniciativas para a transformação e qualificação do território. Desdobramento do regime jurídico geral aplicável às operações urbanas consorciadas advindas do Estatuto da Cidade, e nos termos previstos no Plano Diretor Estratégico, a criação da BTSA e a sua conformação jurídica como sociedade de economia mista buscam gerar o máximo de eficácia possível aos comandos da lei da operação

¹⁴ Neste sentido, DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Curso de Direito Administrativo**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 619

urbana consorciada, e os maiores ganhos urbanísticos advindos da implantação do programa de intervenções da OUCBT.

De fato, uma vez que as sociedades de economia mista têm por finalidade tanto a prestação de serviços públicos como a realização de atividade econômica, evidencia-se a perfeita adequação da adoção desta forma de constituição da empresa responsável pela gestão da OUCBT, nos moldes e condições previstas em sua lei instituidora. A busca da concretização do programa de interesse público da operação urbana, exposto no projeto de intervenção urbana que fornece suporte material ao programa de intervenções da OUCBT e ao seu correspondente repertório jurídico-normativo, envolverá a atuação da Administração Pública em amplo espectro do campo de domínio privado da atividade econômica.

Balizada pelas finalidades de sua criação – a implantação do Programa de Intervenções da OUCBT -, e sob fiscalização dos órgãos de controle interno e externo da Administração Pública, inclusive no que toca ao escopo de sua atuação, a missão conferida pelo novo marco legal à BTSA propõe uma nova forma de regulação da atuação dos agentes públicos e privados no território da operação urbana. Esta espécie de atuação estatal, inédita em nosso país, poderá representar uma nova etapa na compreensão da governança urbanística, gerando a eficiência necessária ao ótimo aproveitamento dos recursos e condições disponibilizadas pelo Estado e pelos particulares nos processos de transformação e qualificação territorial realizados por intermédio de operações urbanas consorciadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPARECIDO JUNIOR, Jose Antonio. **Direito Urbanístico Aplicado**. Curitiba: Juruá, 2017

AUBY, Jean_Bernard; PÉRINET-MARQUET, Hugues; NOGUELLOU, Rozen. **Droit de l'urbanisme et de la construcion**. 8. ed. Paris: L.G.D.J, 2008

COSTA, Regina Helena. Instrumentos tributários para a política urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). **Estatuto da Cidade**: (comentários à Lei Federal nº10.257/2001). São Paulo: Malheiros, 2003

DI GIUSEPPE, Diana. Operações Urbanas Consorciadas. In: Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM. **Estatuto da Cidade** (Coord). Mariana Moreira. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM, 2001

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**, 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

INSTITUTO PÓLIS. **Estatuto da cidade**: guia para implementação pelos municípios e cidadãos. (Coord.) Raquel Rolnik. 3.ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005

LACAZE, Jean-Paul. **Os métodos do urbanismo**. Tradução de Marina Appenzeller. 2.ed. Campinas: Papirus, 1993

LEVIN, Alexandre. **Plano diretor como instrumento jurídico fundamental de organização do espaço urbano**. Fórum de Dir. Urbano e Ambiental – FDU, Belo Horizonte, ano 17, n. 99, p. 9-33, maio/jun. 2018

LEVIN, Alexandre. *Operação urbana consorciada: concertação público-privada para a justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade urbanística*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015

PINTO, Victor Carvalho. **Direito urbanístico**: plano diretor e direito de propriedade. São Paulo: RT, 2005

OS DIREITOS SOCIAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: TRABALHO E EDUCAÇÃO

Eloiza Maria do Sacramento¹ e Luiz Henrique Santos da Cruz²

Resumo

Com o advento das novas estruturas políticas e novas tecnologias que vem se estabelecendo no país, é urgente refletir sobre a necessidade de proteger os direitos sociais. A partir desse novo posicionamento político, o presente trabalho tem como objetivo analisar a evolução dos direitos sociais e educação como pressuposto para promover a dignidade da pessoa humana; Iniciando com um breve histórico sobre as Constituições vivenciadas no Brasil, para verificar a presença e a evolução desses direitos sociais nas gerações passadas; Verificando desde a Constituição Imperial de 1824, até a atual Constituição Cidadã de 1988. No seguimento, é legitimado que a dignidade da pessoa humana é o princípio que norteia a Constituição, que está em vigência há mais de 30 anos na formação do Estado Democrático. E, à luz do artigo 6º da Constituição, é tratado sobre os direitos sociais como ferramenta para o respeito à dignidade da pessoa humana. Por fim, a análise será direcionada à importância das políticas públicas como manifestação do Estado, através de seus entes, de forma direta ou indireta, para trazer equilíbrio social e melhorar a qualidade de vida dos indivíduos. A pesquisa será desenvolvida fazendo uso de material bibliográfico disponível.

Palavras-chave: Constituição; Políticas públicas; Educação.

SOCIAL RIGHTS IN THE LIGHT OF THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988: WORK AND EDUCATION FOR SOCIAL EQUILIBRIUM

Abstract

With the advent of the new political structures and new technologies that are being established in the country, it is urgent to reflect on the need to protect social rights. From this new political positioning, the present work aims to analyze the evolution of

¹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no UNICURITIBA - Centro Universitário Curitiba, Bacharela em Filosofia, Licenciada em Filosofia na UCB - Universidade Católica de Brasília - Especialista em Segurança Pública.

² Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania no Programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA - PR; Bolsista Integral da Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal de Nível Superior - CAPES no Programa de Mestrado do UNICURITIBA- PR; Estudante de Pós Graduação em Registros Públicos pela Universidade Cândido Mendes, UCAM- RJ; Graduado em Direito pela UNIVERSIDADE PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE DO ITAJAÍ UNIDAVI- Rio do Sul - SC (2004)

social rights and education as a prerequisite to promote the dignity of the human person; Beginning with a brief history on the Constitutions experienced in Brazil, to verify the presence and the evolution of these social rights in the past generations; Verifying from the Imperial Constitution of 1824 to the present Citizen Constitution of 1988. Following that, it is legitimized that the dignity of the human person is the guiding principle of the Constitution, which has been in force for more than 30 years in the formation of the Democratic State. And in the light of Article 6 of the Constitution, social rights are treated as a tool for respect for the dignity of the human person. Finally, the analysis will be directed to the importance of public policies as a manifestation of the State, through its entities, directly or indirectly, to bring social balance and improve the quality of life of individuals. The research will be developed using bibliographical material available.

Keywords: Constitution; Public policy; Education.

INTRODUÇÃO

É cada vez mais evidente a situação difícil vivenciada por pessoas e setores afetados pela crise econômica no Brasil e é oportuno refletir sobre o preceito dessa realidade desafiadora, visto que a origem dessa crise pode estar relacionada a atitudes equivocadas dos representantes políticos, quando não atuam positivamente nas questões que priorizam o equilíbrio social.

Nesse contexto, a falta de representação política voltada à população mais pobre aumenta a desigualdade social e fragiliza a economia, pois quanto maior é a população dependente de assistência social, mais investimentos tornam-se necessários para manter a sustentabilidade.

Frente a essa explanação, o objetivo deste trabalho é analisar a seguinte questão: de que forma as políticas sociais podem ser utilizadas como instrumento de intervenção do Estado para promover o equilíbrio social? Para realizar essa análise, primeiramente, será desenvolvida uma pesquisa onde o presente artigo divide-se em três tópicos.

O primeiro contempla a realidade dos direitos sociais, a partir de uma explanação histórica constitucional, da evolução desses direitos; o segundo tópico consiste em demonstrar alguns princípios que apontam a direção oferecida à ordem econômica, que tem como norte a função social e a dignidade da pessoa humana. A partir desse momento, a pesquisa será estendida aos programas de políticas públicas, onde devem ser respeitados a igualdade na distribuição de renda a eficiência nos investimentos dos recursos econômicos. Esses investimentos se destinam, principalmente, às camadas da sociedade em situação de extrema pobreza, tendo

como principal objetivo o desenvolvimento econômico; e no último tópico será mencionado sobre a intervenção do Estado, sobretudo na compreensão de que esse (o Estado) deve ser garantidor de condições de dignidade a todos os cidadãos brasileiros, e, por meio de políticas públicas para investimentos educacionais em novas tecnologias, e assim viabilizar a emancipação, solidificar a democracia e alcançar o equilíbrio social.

O material utilizado para a realização do trabalho são obras de alguns renomados autores, ou seja, pesquisa bibliográfica feita com o objetivo de atingir um conhecimento que se encontra disponível, a fim de facilitar a análise do problema exposto.

DESENVOLVIMENTO

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, À LUZ DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS (DE 1.824 A 1.988)

Os direitos sociais surgiram dos movimentos de resistência, em meados do século XIX, na Europa Ocidental, que se contrapuseram ao quadro de opressão criado pelo capitalismo industrial rudimentar, que, organizado sem amarras jurídicas, produziu relações trabalhistas, marcadas por violação à dignidade da classe operária.

O primeiro documento histórico, com maior definição no campo dos direitos sociais, foi a Constituição Francesa de 1848, que trouxe a previsão de direitos sociais no art. 13, registrado da seguinte forma:

Art. 13. A Constituição garante aos cidadãos a liberdade de trabalho e de indústria. A sociedade favorece e encoraja o desenvolvimento do trabalho, pelo ensino primário gratuito profissional, a igualdade nas relações entre o patrão e o operário, as instituições de previdência e de crédito, as instituições agrícolas, as associações voluntárias e o estabelecimento, pelo Estado, os Departamentos e os Municípios, de obras públicas capazes de empregar os braços desocupados; ela fornece assistência às crianças abandonadas, aos doentes e idosos sem recurso e que não podem ser socorridos por suas famílias”.

Esse breve contexto histórico não tem intenção de esgotar o estudo sobre a origem dos direitos sociais e nem fazer um pesquisa aprofundada, com citação direta de todos os artigos que continham os direitos sociais, elencados em todas as Constituições que vigoraram em nosso país, o objetivo é demonstrar que os direitos sociais existiram em todas as constituições do Brasil, umas com mais amplitude desses direitos e outras com menos. No entanto, cabe salientar que a merecedora de destaque, no tocante aos direitos sociais, é a atual Constituição de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã.

Em síntese, após a independência do Brasil, em 1824, Dom Pedro I impôs seu próprio projeto, que se tornou a primeira constituição brasileira³, era uma Carta outorgada que nominou o país Império do Brasil e durou mais de 65 anos, obtendo a maior vigência, tendo como principais características: o governo monárquico, hereditário, constitucional, e representativo, determinava a existência de quatro poderes distintos; o Moderador, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, sendo que o primeiro listado era exercido pelo imperador. Tinha o catolicismo como religião oficial e o mandato dos senadores era vitalício. Nessa ocasião, o direito ao voto pertencia somente às pessoas ricas das paróquias e das províncias. Contudo na esfera dos direitos sociais, asseverava a igualdade de todos perante a lei, a liberdade de trabalho, o direito a saúde, assegurava que os estabelecimentos prisionais deveriam ser asseados e bem ventilados, dava acesso a todos os cidadãos aos cargos públicos e a instrução primária gratuita.

Com o advento da proclamação da república, em 15 de novembro de 1889, as elites formadas, principalmente por cafeicultores, impuseram sua autoridade sobre o país e uma nova Constituição foi promulgada em 24 de fevereiro de 1891⁴, tendo como principais características: a mudança do nome de Império do Brasil, para Estados Unidos do Brasil, Estado Federativo, presidencialista, onde ficou extinto o poder moderador restando somente três poderes, a igreja foi separada do Estado, (Estado laico), o voto passou a ser universal, mas com muitas exceções. Essa Constituição não obteve eficácia social, pois não se atentou a esses direitos, priorizou as disposições relacionadas à organização do Estado e aos direitos de liberdade, recuou na abertura deixada para a questão social pela Constituição imperial, não incluiu, por exemplo, a instrução gratuita, como previa a Constituição anterior.

Em 16 de julho de 1934⁵, com Getúlio Vargas na presidência, foi promulgada a terceira Constituição do Brasil, e dessa vez, com uma intensa conscientização pelas questões sociais, pois em seu preâmbulo constava o objetivo de organizar um regime

³ 1A Carta de Lei de 25 de Março de 1824, foi objeto de pesquisa para fundamentar o texto e alguns dos seus títulos e artigos elencados a seguir: Título I, artigos 1º, 3º e 5º, Título III, artigo 10º, Título 4º, capítulo III, artigo 40º, capítulo 6º, das eleições, do artigo 90º ao artigo 97º, Título V, do imperador, capítulo I, artigos 98 ao 144 e Título 8º, artigos 173 ao 179.

⁴ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, decretada e promulgada pelo Congresso Nacional Constituinte, em 1891, teve como objeto de pesquisa para desenvolver o texto, alguns dos seus títulos e artigos elencados a seguir: Título I, artigo 1º, artigo 16, artigo 72, §§ 7º, 8º e 21º.

⁵ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, foram utilizados, como base, para a produção do texto: artigo 10, inciso II, Título IV, Da Ordem Econômica e Social, do artigo 115, artigo 121, caput, até 143º e Título V, Da Família, da Educação e da Cultura, artigo 144 e seguintes, 149, 150, § único, 158.

democrático, que assegurasse à nação o bem-estar social e econômico. Nesse contexto, o constitucionalista, José Afonso da Silva⁶, nos ensina que:

A ordem social, como a ordem econômica, adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a constituição mexicana de 1.917. No Brasil, a primeira constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1.934, sob influência da constituição alemã de Weimar, o que continuou nas constituições posteriores. (SILVA, 2009, p. 285).

Como descreveu o autor da citação, a Constituição de 1.934, teve influência da Constituição mexicana e passou por consideráveis mudanças, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, sustentou a declaração de direitos e garantias individuais, complementou direitos à educação e à cultura. Com a reforma eleitoral, introduziu o voto secreto e o voto feminino, amparou a criação da Justiça do Trabalho, leis trabalhistas com jornada de 8 horas diárias, repouso semanal e férias remuneradas, salário mínimo para suprir as necessidades primárias do trabalhador, indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa, entre outros direitos relevantes.

Como foi observado, a Constituição de 1.934 operou muito bem no campo dos direitos sociais, concebendo um Estado intervencionista. No entanto, teve o menor tempo de vigência, durou cerca de três anos, dando lugar à Constituição de 1.937⁷, tendo como sua principal característica, a grande concentração de poder nas mãos do Presidente da República. Contudo, houve preocupação em proteção da saúde, especialmente da saúde da criança, e, dentre outras normas, propiciou a assistência médica e higiênica ao trabalhador para a gestante, e ainda, para a segunda, era assegurado, sem prejuízo do salário, período de descanso antes e após o parto. Porém, infelizmente, nesse momento da história, alguns direitos e garantias individuais foram extintos.

Após o fim do governo de Getúlio Vargas, iniciou-se um período de redemocratização e foi instituída a Constituição de 1946⁸, que além de restabelecer os direitos e garantias individuais extintos na Constituição anterior, reduziu as atribuições do poder Executivo, reconstituindo o equilíbrio entre os três poderes. Ordenava que era

⁶ José Afonso da Silva é um jurista brasileiro, graduado pela USP, especialista em Direito Constitucional, Procurador do Estado de São Paulo aposentado, além de ter sido livre docente de direito financeiro, de processo civil e de direito constitucional da Faculdade de Direito da UFMG. É membro de diversos institutos, dentre os quais o Instituto dos Advogados do Brasil e a Associação Brasileira de Constitucionalistas Democráticos, da qual foi presidente e fundador.

⁷ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, decretada pelo Presidente da República em 10 de novembro de 1937, artigo 16, inciso XXVII, Do Presidente da República, artigo 73 e seguintes, artigo 137.

⁸ Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946, artigo 5º, inciso XV, artigo 141 § 16º, Título V, Da Ordem Econômica e Social, artigo 145 e artigo 157, incisos, I, IV, IX, XI e XV, XVI, XVII, artigo 158, 168, II.

competência da União impor normas gerais sobre a defesa e proteção da saúde, que a legislação do trabalho e da previdência social visassem a melhoria das condições dos trabalhadores, disponibilizando assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante.

E ainda inovou quando inseriu em seu teor o mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, e, a propriedade foi condicionada a sua função social, permitindo a desapropriação em prol do interesse social. Também, essa constituição promoveu o acordo entre a liberdade para empreender com a valorização do trabalhador ao estabelecer que a ordem econômica fosse organizada de acordo com os princípios da justiça social.

Assim, ficou estabelecido que o salário mínimo deveria suprir as necessidades, não só do trabalhador, mas de suas famílias, incluiu o direito do trabalhador a participação nos lucros da empresa, proibiu o trabalho noturno aos menores de 18 anos, proveu assistência aos desempregados, determinou às empresas a fornecer seguro contra acidente de trabalho, restituiu o direito de greve e deu liberdade de associação patronal ou sindical. Na área educacional, ofereceu gratuidade no ensino superior ao primário, para os que provassem insuficiência de recursos, entre outros benefícios.

Na sequência, em um período um tanto conturbado para o Brasil devido as imposições do regime militar, foi promulgada (ou outorgada) em 24 de janeiro de 1967, outra Constituição, ao dessa vez, da República Federativa do Brasil,⁹ que assegurava à União competência para legislar sobre defesa e proteção da saúde, estabelecesse planos nacionais de saúde, assegurava aos trabalhadores a viabilidade para a melhoria de sua condição social, a assistência sanitária, médica e hospitalar. Por outro lado, extinguiu a liberdade de publicação de livros e revistas circulares (censura), reduziu o direito de reunião, constituiu o foro militar para os civis e concebeu a pena de suspensão de direitos políticos.

Quanto aos direitos sociais, a Constituição de 1967 apresentou poucas inovações, algumas contrárias, quando reduziu para 12 anos a idade mínima de permissão para trabalhar e impôs restrições ao direito de greve, e outras plausíveis, quando proibiu diferença de salário também por motivo de etnia, quando incluiu o direito ao salário-família para os dependentes do trabalhador, quando inferiu a participação do empregado na gestão da empresa e quando instituiu à mulher, o direito de aposentadoria ao completar trinta anos de trabalho, com salário integral.

⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, 24 de janeiro de 1967, artigo 8º, inciso XV, XVII, artigo 158, incisos II, III, V, X, XIII, XV, XX e XXI.

Era esse um período conturbado, onde os direitos fundamentais e sociais foram desrespeitados durante o governo militar, enquanto a Constituição de 1967 passava por vinte e sete emendas, até a promulgação da atual Constituição Federal de 1988¹⁰, que foi carinhosamente chamada, pelo então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, de Constituição Cidadã. Ganhou este apelido porque ela idealiza a realização da cidadania e porque houve participação popular em sua elaboração.

A Carta Magna de 1988 resgatou direitos fundamentais e sociais, que foram tomados durante o governo militar. Com o escopo de promover a igualdade, o desenvolvimento e o bem-estar social, já em seu preâmbulo, institui esses valores como supremos para a sociedade.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL¹¹. (BRASIL, 1988)

No que concerne aos Direitos Sociais, mesmo que administração não aprovisione de forma plena e igualitária, eles orientam as políticas sociais do país. Essas normas constitucionais dependem da ação do Estado para criar políticas públicas e se manifestar de forma direta ou indireta, com o propósito de melhorar a qualidade de vida dos indivíduos, e, por consequência, alcançar o bem-estar. A constituição Federal de 1988 traz em seu corpo o artigo 6º que aborda especificamente esses direitos, como instrumentos essenciais, na busca pela igualdade e garantia do equilíbrio social.

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) (BRASIL, 1988).

No artigo 7º e seus incisos foram apresentados uma gama de direitos voltados aos trabalhadores rurais e urbanos, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, pois se trata de um rol exemplificativo, visto que a legislação infraconstitucional prevê outros direitos, que foram conquistados a partir de muita

¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

¹¹ Preâmbulo, Constituição da República Federativa do Brasil.

luta, com o escopo de melhorar a vida do trabalhador e de sua família. O constituinte demandou respeito e trouxe dignidade ao trabalhador quando positivou na Constituição os direitos trabalhistas - citado integralmente no presente artigo, dada a necessidade de privilegiar espaço, sequenciando os incisos.

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XII - salário-família para os seus dependentes;

XIII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

XIV - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (Vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943)

XV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XVI - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVII - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; (Vide Del 5.452, art. 59 § 1º)

XVIII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XIX - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XXI - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos

específicos, nos termos da lei;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

XXIV - aposentadoria;

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas;

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

XXIX - ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de:

a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato;

b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural;

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000)

a) (Revogada). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000)

b) (Revogada). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIII proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz;

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 72, de 2013) (BRASIL, 1988).

Como ficou evidenciado, durante a evolução constitucional no Brasil, os direitos sociais estiveram presentes, e, com o passar dos tempos, foi consolidado o entendimento de que os direitos sociais têm como finalidade o amparo aos trabalhadores, e também, se designam a acolher minorias excluídas, fornecendo educação básica e dando proteção aos hipossuficientes. Diante disso, José Afonso da Silva, na obra: *Curso de Direito Constitucional Positivo*, organiza os direitos sociais atrelando todos em seis classes e assim disserta:

Vamos discutir os direitos sociais à vista do Direito positivo. Por isso, sem preocupação com uma classificação rígida, e com base nos arts. 6º a 11, agrupá-los-emos nas seis classes seguintes: (a) direitos sociais relativos ao trabalhador;

(b) direitos sociais relativos à seguridade; (c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; (d) direitos sociais relativos à moradia; (e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; (f) direitos sociais relativos ao meio ambiente. (SILVA, 2091, p. 287).

Todos esses direitos sociais agrupados demonstram o interesse e o esforço do constituinte para que a dignidade da pessoa humana, que tem valor supremo, se estendesse a todos. Se assim ocorresse, os cidadãos, por meio de ações positivas advindas do Estado, tenderiam a se desenvolver para o exercício da cidadania. Todavia, apenas o reconhecimento dos direitos sociais como instrumento de apoio para promover o equilíbrio social, sem organização financeira para essa finalidade, não alcançaria a eficácia. Diante disso, José Afonso da Silva comenta que:

A Constituição de 1988 é ainda mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos existência digna. Dá à justiça social um conteúdo preciso. Preordena alguns princípios da ordem econômica - a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e pessoais e a busca do pleno emprego - que possibilitam a compreensão de que o capitalismo concebido há de humanizar-se (se é que isso seja possível). Traz, por outro lado, o mecanismo

da ordem social voltado à sua efetivação. Tudo depende da aplicação das normas constitucionais que contêm essas determinantes, esses princípios e esses mecanismos. (SILVA, 2009, p. 790)

A partir da citação pontual do renomado jurista, acerca da ordem econômica, a reflexão remete ao tema do próximo tópico desse artigo.

A dignidade da pessoa humana como princípio da ordem econômica do estado

No artigo 1º, inciso III da Magna Carta a dignidade da pessoa humana aparece como princípio constitucional norteador do Estado Democrático de Direito, e, no artigo 3º estão listados os objetivos fundamentais do Estado, que complementam e absorvem a ideia de uma democracia consolidada no interesse social e em seu desenvolvimento. Para melhor compreensão, é relevante trazer a citação desses artigos.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
I. garantir o desenvolvimento nacional;
II. erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
III. promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
IV. (BRASIL, 1988).

Dentro desse entendimento acerca do que é a dignidade da pessoa humana, cabe, de forma lúdica, apresentar, na visão subjetiva do artista¹², uma parte da canção: “Um homem também chora (Guerreiro Menino)”, uma concepção de dignidade para o homem, enquanto parte da sociedade.

(...) Um homem se humilha
Se castram seu sonho
Seu sonho é sua vida
E vida é trabalho
E sem o seu trabalho
Um homem não tem honra
E sem a sua honra
Se morre, se mata

¹² A obra citada é uma composição de Luiz Gonzaga do Nascimento Júnior, mais conhecido como Gonzaguinha. O autor estudou Economia na Universidade Cândido Mendes/RJ, mas se destacou como cantor e compositor da música popular brasileira. A obra: Um homem também chora (Guerreiro Menino), foi divulgada em 1983, no Álbum – Alô, Alô Brasil.

Não dá pra ser feliz
Não dá pra ser feliz...

No contexto social, ora apresentado, sem trabalho o homem não consegue coexistir dignamente, portanto, é evidente que o trabalho é elemento fundamental para a construção da dignidade humana.

O ilustre jurista, Alexandre de Moraes¹³, à luz da Constituição Federal de 1988, apresenta os princípios gerais da atividade econômica e comenta:

A ordem econômica constitucional (CF, arts. 170 a 181), fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos expressamente previstos em lei e tem por fim assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios previstos no art. 170. (...) O Direito Constitucional moderno ampliou as tradicionais dimensões da Constituição, incluindo entre outras matérias, normas referentes à ordem econômica e financeira (MORAES, 2011, p. 530). (Grifo nosso).

Então, com embasamento na livre iniciativa e na valorização do trabalho, em consonância com os fundamentos da ordem econômica, a Constituição vigente aloca através do artigo 170 os princípios basilares da ordem econômica, que são:

- I. soberania nacional;
- II. propriedade privada;
- III. função social da propriedade;
- IV. livre concorrência;
- V. defesa do consumidor;
- VI. defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII. redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII. busca do pleno emprego;
- IX. tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país;

A ordem econômica incide em um grupo de normas constitucionais que podem ser utilizadas como mecanismos para o Estado intervir na economia, com o propósito de promover justiça social, buscando impedir que o trabalhador tenha a sua força laboral desvalorizada e reduzida ao único objetivo que, como reza o discurso neoliberal, a

¹³ Alexandre de Moraes é jurista, atual ministro do Supremo Tribunal Federal - STF. É professor associado da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco - SP, onde se graduou e se tornou doutor em Direito do Estado.

pura obtenção de lucro. Com base nisso, os Ilustres Professores, Mateus Bertoncini¹⁴ e José Carlos P. Júnior¹⁵, em um artigo escrito para a revista “Pensar - revista de ciências jurídicas” da UNIFOR/CE, fazem a seguinte citação:

Em que pese o discurso neoliberal que contamina a economia e pretende transformar o trabalho humano em mera mercadoria, sujeitando-o às leis do mercado (da maximização dos lucros e da redução dos custos da produção), a Constituição de 1988 o coloca como eixo central da ordem econômica nacional, impondo ao Estado e à sociedade (incluem-se, nesse caso, os agentes econômicos) o dever de valorizá-lo, o que significa que não basta atender ao critério quantitativo (mais trabalho), mas também ao qualitativo (melhor trabalho), isto é, é dever de todos garantir condições dignas de trabalho aos indivíduos, principalmente àqueles mais vulneráveis do ponto de vista social (com baixa escolaridade e pertencente a grupos raciais discriminados, por exemplo) e econômico (oriundos das classes mais desfavorecidas), em razão do princípio da solidariedade emanado do art. 3º, I, da CF/88. (BERTONCINI, PORTELLA, 2013 p. 194).

Em conformidade com o texto citado, cabe ressaltar que, partindo do pressuposto de que a dignidade da pessoa humana é um princípio da ordem econômica, cabe ao Estado, por meio dos órgãos, desenvolver projetos e políticas públicas para aperfeiçoar e facilitar o funcionamento econômico gerando o progresso e interação econômica. Essas práticas devem ser executadas para atender novas demandas nacionais e regionais, em face da realidade econômica de cada lugar do país, reduzindo as desigualdades, aumentando a justiça social e resgatando a dignidade da pessoa humana.

POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL, A RELAÇÃO ENTRE O SOCIAL E O ECONÔMICO

Os programas que foram desenvolvidos pelo Estado, com a participação de entes públicos e privados, para garantir a aplicação prática dos direitos sociais previstos na Constituição Federal, hoje, caminham a passos lentos e por trilhas sinuosas, mas ainda caminham. Isso, porque esses programas, aos poucos, estão perdendo força por não ter mais prioridade nos investimentos. A mão do Estado, em defesa dos direitos sociais, tirou muitas pessoas da situação de profunda miséria, mas não alcançou todas as camadas carentes da sociedade e ainda não promoveu a emancipação.

¹⁴ Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini é Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, Procurador de Justiça no Estado do Paraná.

¹⁵ José Carlos Portella Junior é Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba, Professor de Direito do Centro Universitário Curitiba, professor da pós-graduação da Universidade Tuiuti do Paraná e da Escola da Magistratura Federal do Paraná.

Com isso, se não são atendidas as expectativas prontamente, por muitas vezes, esses programas assistenciais são vistos com reprovação, pois, fica a imagem negativa de que tais programas somente remediam e não solucionam os problemas. Porém, o Estado deve perseverar e promover mais políticas públicas para melhorar a educação, gerar mais emprego, promover qualidade de vida ao cidadão, visto que não há outra direção a seguir, pois a maior riqueza de uma nação é o seu povo, e é esse povo que movimenta a economia.

Alguns renomados juristas, como por exemplo, José Barroso Filho¹⁶, um dos autores da obra: 30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil, entende que os projetos sociais não podem parar, mas sim, avançar de forma mais efetiva para equilibrar e estruturar o país econômica e socialmente, e, nesse contexto, dá o seu parecer:

Necessitamos promover uma inclusão social consequente reprodutiva. Precisamos promover um equilíbrio estruturante, aproximando o “ter” e o “ser” reduzindo, assim, no caso do Brasil o enorme “gap” existente entre o 7º lugar na Economia Mundial e a ocupação da 79ª posição, relativa ao IDH e a mesma incômoda posição, em matéria de justa distribuição de riqueza, medida pelo coeficiente de GINI. (...) Se faltam recursos compromete-se o êxito dos projetos voltados ao estado de bem-estar social, o que, em ambiente de baixa densidade ideológica e tênue consciência cidadã, se desatendidas as necessidades e expectativas imediatas, abre-se caminho a promessas de milagres populistas, comprometendo-se o êxito da própria democracia. Assim, claro está que o conceito de ética na economia não é... exclusivamente... técnico... mas essencialmente político. Ideologias distorcidas tentam legitimar as tentativas de captura do público pelo privado, no privado pelo público. Muitas vezes, a ditas ideologias manifestam-se novo objetivo de primazia de “uns” em relação a “alguns” enquanto a maioria não sabe o que está ocorrendo, mas é conduzida sob uma lógica do pensamento encarnado ao matadouro das utopias. Assim... nesse contexto, um ideário que não objetiva a agregação social não é ideologia, é uma seita, e talvez, a diferenciação possa se estabelecer na resposta a essa questão: sua proposta inclusiva ou excludente? Alerto, pois, para dois grandes inimigos da DEMOCRACIA: ignorância; miséria. recomendo cuidado com os obsessores ideológicos que pregando o sectarismo sequestram o nosso futuro. A paz social não pode ser uma mera ausência de violência obtida pela imposição de uma parte sobre as outras. Tão pouco é ausência de conflito... o conflito não pode ser ignorado ou dissimulado: deve ser aceito, mas, se ficarmos encurralados nele, perdemos a perspectiva, os horizontes reduzem-se e a própria percepção da realidade fica fragmentada. quando paramos na conjuntura conflitual, perdemos o sentido da realidade profunda. Não se

¹⁶ José Barroso Filho é Ministro do Superior Tribunal Militar, Diretor-Geral da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União.

constrói um país com ódio e ressentimento, mas sim, com verdade e justiça.
(BARROSO, GERRA, SELLOS- KNOERR, 2018, p. 22-23-24-25)

Para promover a inclusão social e fortalecer a democracia, a Constituição Federal de 1988 é bem estruturada, apresenta muitos meios para enfrentar as dificuldades advindas de um país com tantas diversidades, no entanto, mais uma vez será enfatizado que, promessas de milagres, não fazem milagres. Para obter resultados positivos são necessárias ações positivas.

Na interpretação de Potyara Amazoneida¹⁷ na obra: A intersectorialidade das políticas sociais numa perspectiva dialética, acerca das políticas públicas, comenta: “(...) a política social constitui um processo internamente contraditório, que simultaneamente atende interesses opostos”, (PEREIRA, 2011, p. 2).

Certamente o texto constitucional, em alguns momentos, diverge entre o posicionamento capitalista e os ideais socialistas, um tanto utópicos no que cerne os direitos sociais, mas não pode haver divergências na aplicação desses direitos, pois o fenômeno da transformação social está relacionado à vontade e às forças das iniciativas políticas e às ações dos grupos de poder inseridos na sociedade. As políticas públicas devem procurar atingir os mesmos objetivos e necessitam ser elaboradas de forma consensual.

Em suma, a Constituição, por si só, não tem condições de efetuar nenhuma mudança social e muito menos de erradicar a pobreza, o povo precisa que seus representantes sejam mais participativos para concretizar o que nela está escrito.

POLÍTICAS PÚBLICAS E AS NOVAS TECNOLOGIAS NA EDUCAÇÃO PARA PROMOVER A EMANCIPAÇÃO DO CIDADÃO, EM BUSCA DO EQUILÍBRIO SOCIAL

As novas políticas públicas, como por exemplo, as tecnologias para educação básica, trazem uma nova perspectiva em relação a inclusão de pessoas que não tiveram acesso a educação, bem como possibilita um resgate a dignidade estabelecendo novos caminhos para uma cidadania mais completa, oportunizando geração de emprego e renda para famílias carentes. Alguns programas do Ministério da Educação visam minorar as desigualdades dando acesso a informação e formação para milhares de brasileiros. Cabe ressaltar alguns programas de governo:

TV Escola - É a televisão pública do Ministério da Educação destinada aos professores e educadores brasileiros, aos alunos e a todos interessados em aprender. A TV Escola é uma ferramenta pedagógica disponível ao professor:

¹⁷ Potyara Amazoneida Pereira Pereira é mestre e doutora em Sociologia pela Universidade de Brasília e tem Pós-doutorado em Política Social pela Universidade de Manchester/Grã-Bretanha.

seja para complementar sua própria formação, seja para ser utilizada em suas práticas de ensino. Para todos que não são professores, é um canal para quem se interessa e se preocupa com a educação ou simplesmente quer aprender. Você pode acompanhar a programação nos canais 4 / 8 / 12 ou 15 da NET (dependendo da cidade); no canal 235 da GVT, canal 112 da SKY; no canal 24 da Oi TV; nos canais 188 ou 9 da Vivo TV (dependendo da cidade) ou no canal 694 da Vivo TV DTH; no canal 123 da Claro TV, ou, gratuitamente, sintonizando sua antena parabólica: analógica - Hor /Freq. 3770 e digital banda C Vert /Freq. 3965. Na internet, a TV Escola está 24 horas no ar.

Portal do Professor - O Portal do Professor é um ambiente virtual com recursos educacionais que facilitam e dinamizam o trabalho e um espaço para troca de experiências entre professores do ensino fundamental e médio. O conteúdo do portal inclui sugestões de aulas de acordo com o currículo de cada disciplina e recursos como vídeos, fotos, mapas, áudio e textos. Nele, o professor poderá preparar a aula, ficará informado sobre os cursos de capacitação oferecidos em municípios e estados e na área federal e sobre a legislação específica.

Salto para o Futuro - Programa dirigido à formação continuada de professores e de gestores da Educação Básica, o Salto para o Futuro integra a grade da TV Escola e tem como proposta debater diferentes tendências no campo da educação e contribuir para a reflexão da prática em sala de aula, utilizando diferentes mídias: TV, telefone, site com publicação eletrônica, fórum e e-mail.

O Salto para o Futuro produz edições temáticas, com a orientação de consultores especializados, que delineiam a trajetória conceitual dos programas, tendo como compromisso atender à diversidade e à complexidade do cenário educacional brasileiro.

A participação dos professores se tornou uma marca especial do programa. Múltiplas “vozes” de todo o país têm sido ouvidas e os questionamentos recebidos tornaram-se constitutivos dos debates.

Banco Internacional de Objetos Educacionais - BIOE - Coleção de objetos educacionais de acesso público, em vários formatos e para todos os níveis de ensino. Os objetos são acessíveis isoladamente ou em coleções.

Domínio Público - O portal Domínio Público se propõe a ser uma biblioteca virtual de referência para professores, estudantes e interessados em geral. O ambiente permite o compartilhamento gratuito do conhecimento e promove o acesso às obras artísticas, literárias e científicas em vídeos, fotos e textos que já estejam em domínio público, de acordo com a Lei Federal nº 5.988.

Guia de Tecnologias - O Guia de Tecnologias é composto pelas tecnologias pré- qualificadas em conjunto com as tecnologias desenvolvidas pelo MEC. Com essa publicação, o MEC busca oferecer aos gestores educacionais uma ferramenta a mais que os auxilie na aquisição de materiais e tecnologias para uso nas escolas públicas brasileiras.

O sucesso de programas como esses está relacionado a união de esforços entre o governo, a sociedade e o setor privado no objetivo de promover a inclusão social, combatendo as desigualdades e possibilitando acesso as novas tecnologias.

Estas novas tecnologias vêm suprir uma necessidade da defasagem em relação a falta de escolas, centros educacionais e de cursos profissionalizantes em locais de difícil acesso, bem como distantes das grandes cidades.

Portanto quando há oportunidade de acesso à educação, percebe-se um maior desenvolvimento cultural, social e político da população, mudando a realidade das pessoas trazendo o progresso e informação ao alcance de todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos sociais vêm pautando o debate acadêmico e tem sido motivo de muitas preocupações, com objetivo de apreciar um pouco mais sobre esses direitos constitucionais e fazer uma análise sobre algumas políticas públicas que o Estado vem adotando nos últimos tempos.

A partir da pesquisa, evidenciamos que, os direitos sociais foi assunto cativo de todas as Constituições, mas que permanecera de forma digamos utópica, dada a dificuldade da aplicação. Percebe-se e também, que o equilíbrio social pode ser atingido, mas poderá passar por um processo lento e dispendioso, pois com o transcorrer dos tempos, os direitos sociais foram ganhando destaque nas constituições, mas as intervenções implementadas, por vezes de forma inconsistente, não conseguem operacionalizar em uma situação de miséria extrema. Isso pode ser atribuído ao número de pessoas que passaram a precisar de mais assistência, à falta de vontade política, à destinação equivocada do dinheiro público, ao processo burocrático, à crise econômica, aos conflitos políticos e ideológicos, entre outras causas imprevisíveis.

Como se vê esses direitos sociais demonstram o interesse e o esforço do constituinte para que a dignidade da pessoa humana, que tem valor supremo, se estendesse a todos. Percebe-se também que os estabelecidos na Constituição Federal, por si só, não tem o condão de efetuar nenhuma mudança social e muito menos de erradicar a pobreza, o povo precisa que seus representantes sejam mais atuantes com o objetivo concretizar o que nela está escrito de forma efetiva.

Portanto, mesmo diante de todas as dificuldades apresentadas, nos últimos anos, o Estado tem sido muito intervencionista na esfera social e econômica, apresentou políticas públicas e implementou programas sociais de grande relevância com repercussão internacional.

É preciso uma mudança de paradigma e de pensamento com intuito de colocar em prática o que estão insculpidos na Constituição Federal, deixando de lado os interesses políticos partidários em prol de uma sociedade mais justa e solidária.

REFERÊNCIAS

AI-5 (Ato Institucional Número 5) Disponível em <https://www.suapesquisa.com/ditadura/ai-5.htm>, Copyright © 2004 - 2018 SuaPesquisa.com, acesso em 09/10/2018.

BARROSO FILHO, J., GERRA, S. e SELLOS-KNOERR, V. C. de, 30 anos da Constituição Federativa do Brasil, da Teoria Constitucionalista aos Tribunais Superiores, 1. ed. – Curitiba, Instituto Memória 2018.

BERTONCINI, Mateus e PORTELLA JUNIOR, J. C., A responsabilidade social da empresa e a erradicação do trabalho escravo. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 190-209, jan./abr. 2013.

Enciclopédia de Direito da USP, Direitos sociais, acesso em 14/10/2018 Disponível em, <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/54/edicao-1/direitos-sociais>,

MACHADO, Costa e FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, Constituição Federal interpretada artigo por artigo, parágrafo por parágrafo - Barueri, São Paulo, 2. ed. Manole, 2011.

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

O Estado Social e a evolução dos direitos sociais nas Constituições brasileiras, acesso em 14/10/2018. Disponível em amandamarcenaro.jusbrasil.com.br/artigos/378045784/o-estado-social-e-a-evolucao-dos-direitos-sociais-nas-constituicoes-brasileiras.

PEREIRA, Potyara A. P. A intersectorialidade das políticas sociais numa perspectiva dialética. Mimeo, 2011.

Relatório das Nações Unidas aponta que mudanças são resultado de políticas públicas e que País conseguiu reduzir radicalmente a miséria, Disponível em <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/09/brasil-e-exemplo-na-reducao-da-pobreza-segundo-relatorio-da-onu>, acesso em 14/10/2018.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Tecnologia a serviço da Educação Básica. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/inicio/195-secretarias-112877938/seb-educacao-basica-2007048997/18840-tecnologia-a-servico-da-educacao-basica-sp-1538109320>. Acesso em 19/11/2018.

POLÍTICAS SOCIAIS - Um plano para acabar com a miséria, Disponível em http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2579:catid=28&Itemid=23, acesso em 09/10/2018.

Legislação Informatizada

Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824., Coleção de Leis do Império do Brasil - 1824, Página 7 Vol. 1 (Publicação Original). Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35041-25-marco-1824-532540-publicacaooriginal-14770-pl.html>, acesso em 14/10/2018

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, decretada e promulgada pelo Congresso Nacional Constituinte, em 24/02/1891. Diário do Congresso Nacional - 24/2/1891, Página 523 (Publicação Original)

Coleção de Leis do Brasil - 1891, Página 1 Vol. 1 (Publicação Original) Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>, acesso em 14/10/2018

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Diário Oficial da União - Seção 1 - Suplemento - 16/7/1934, Página 1 (Publicação Original) Diário da Câmara dos Deputados - 19/12/1935, Página 9253 (Publicação Original). Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>, acesso em 14/10/2018.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, decretada pelo Presidente da República em 10.11.1937. Diário Oficial da União - Seção 1 - 10/11/1937, Página 22359 (Publicação Original). Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-35093-10-novembro-1937-532849-publicacaooriginal-15246-pl.html>, acesso 14/10/2018

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada pela Assembleia Constituinte. Diário Oficial da União - Seção 1 - 19/9/1946, Página 13059 (Publicação Original) Diário Oficial da União - Seção 1 - 25/9/1946, Página 13319 (Republicação) Diário do Congresso Nacional - Seção 1 - 25/9/1946, Página 9 (Publicação Original) Diário do Congresso Nacional - Seção 1 - 15/10/1946, Página 237 (Republicação) Diário Oficial da União - Seção 1 - 15/10/1946, Página 14119 (Republicação). Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>, acesso em 14/10/2018

Constituição do Brasil decretada e promulgada pelo Congresso Nacional. Diário Oficial da União - Seção 1 - 24/1/1967, Página 953 (Publicação Original) Diário do Congresso Nacional - 25/1/1967, Página 477 (Publicação Original) Coleção de Leis do Brasil - 1967, Página 3 Vol. 1 (Publicação Original) Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1960-1969/constituicao-1967-24-janeiro-1967-365194-publicacaooriginal-1-pl.html>, acesso em 15/10/2018

Constituição da República Federativa do Brasil, Diário Oficial da União - Seção 1 - 5/10/1988, Página 1 (Publicação Original) Diário Oficial da União - Seção 1 - 5/10/1988, Página 1 (Publicação Original)

Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html> acesso em 15/10/2018

PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O AMBIENTE DE TRABALHO

Márcia Cristina Bittencourt Faria¹ e César Eduardo Lavoura Romão²

Resumo

As empresas encontram reais dificuldades quanto à aplicação da Lei de Cotas, porém cumpri-la só atinge seu objetivo quando a empresa verdadeiramente inclui as pessoas que contrata, oferecendo a elas um ambiente propício para o desenvolvimento de um bom trabalho. Isso representa tratá-las com respeito. O preenchimento da cota não deve ser meramente um ato de solidariedade, e sim o preenchimento de uma vaga disponível por um profissional capaz e preparado, aonde neste posto de trabalho, todos os envolvidos conheçam as especificidades do contratado na condição de deficiente.

Palavras-chave: Segurança; Postos de Trabalho; Risco de Acidente.

DISABLED PEOPLE AND THE WORKING ENVIRONMENT

Abstract

The reality is that companies find significant difficulties regarding the application of the quota law. Its goal will be fulfilled only if the companies will achieve a real inclusion of the disabled people, offering them an environment conducive, what means to treat them with dignity. To fulfill the quota member should be not a merely act of solidarity, but the achievement of a real inclusion with a capable and well prepared professional, and last but not least, all the ones involved in a workstation must know about the specifics of the handicapped hired.

Keywords: Security; Workstation; Accident Risk.

¹ Arquiteta e Urbanista, Engenheira de Segurança do Trabalho, ambos pela Universidade Federal do Espírito Santo, acadêmica do 7º semestre de Direito pela FMU, currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6754818649827164>

² Orientador e Professor de Direito, FMU – Faculdades Metropolitanas Unidas, Advogado, defensor de Direitos Humanos, Mestre em Direito pela PUC/SP; INstrutor do IN Movimento Inclusivo

Introdução

São considerados pessoas com deficiências, segundo as Convenções da OIT³, para fins de proteção legal, indivíduos com limitação mental, física, sensorial ou múltipla e que, em razão disso, tenham dificuldades de inserção social.

O que se chama de Lei de Cotas é o artigo 93 da Lei 8.213/91, que dispõe o Plano de Benefícios da Previdência Social, que sem dúvidas, quando promulgada, foi um avanço nas relações trabalhistas.

Para entendimento sobre quem se enquadra na Lei de Cotas, o Decreto 3.298/1999, que regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa com Deficiência, considera deficiência toda perda ou anormalidade de uma estrutura, função psicológica, fisiológica ou anatômica que gera incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

Criada em 2011 por iniciativa da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego de São Paulo (SRTE/SP), a Câmara Paulista para a Inclusão nasceu para promover o cumprimento da Lei de Cotas. Seu surgimento foi um desdobramento do estudo realizado pela SRTE/SP para promover os direitos da pessoa com deficiência quanto às prioridades da inclusão profissional no País, onde foram ouvidas cerca de 80 organizações da sociedade civil do Estado de São Paulo. Hoje a Câmara Paulista para Inclusão conta com a participação de instituições governamentais e privadas na mobilização para a inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.⁴

Em julho de 2015, a Lei 13.146 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) trouxe ainda mais, uma significativa melhoria no tratamento e nas garantias dessas pessoas. Todas essas ferramentas de ação afirmativa⁵ têm o principal objetivo de corrigir a sub-representação e inserção no mercado de trabalho, bem como assegurar o cumprimento efetivo dos direitos e da dignidade da pessoa humana, buscando promover a equiparação de oportunidades, dar autonomia e garantir a acessibilidade no País.

Muitos anos se passaram e vários desafios estruturais ainda existem, como a qualificação da mão de obra e a acessibilidade nos ambientes de trabalho,

³ Organização Internacional do Trabalho, fundada em 1919 com o objetivo de promover a justiça social, e ganhadora do Prêmio Nobel da Paz em 1969, a (OIT) é a única agência das Nações Unidas que tem estrutura tripartite, na qual representantes de governos, de organizações de empregadores e de trabalhadores de 183 Estados-membros participam em situação de igualdade das diversas instâncias da Organização.

⁴ Disponível em < <https://www.camarainclusao.com.br/noticias/milhares-ainda-aguardam-por-inclusao-as-vesperas-dos-26-anos-da-lei-de-cotas/> > acesso em 08 nov 2018.

dificultando não somente o cumprimento da legislação, mas também o de tornar essas pessoas aptas a almejem construir carreiras.

O deficiente faz parte de uma categoria socialmente refém a restrições, enfrentando marginalizações como as mulheres, os afrodescendentes, egressos do sistema prisional, LGBTQI+, entre outros que por uma razão ou outra são afastados fisicamente ou moralmente do convívio social, deixando de usufruir oportunidades abertas às demais pessoas.

Indo de encontro a este cenário, diversos setores da indústria, tem se mobilizado constantemente para contribuir na habilitação e no desenvolvimento dessas pessoas com deficiência, para que as mesmas possam ter condições de lidar com o seu meio, visando sua inclusão na sociedade.

Esta integração do PcD⁵, causa uma mudança de perspectiva educacional, pois não se limita a ajudar somente os candidatos e/ou profissionais que apresentam dificuldades no seu enquadramento, mas procura apoiar a todos, desde empresários, funcionários, pessoal administrativo, e principalmente os responsáveis pela seleção e escolha, para que obtenham sucesso na corrente educativa geral, pois para atingir esse objetivo, é preciso que todos estejam envolvidos.

Cenário Profissional

Afirma Camargo⁶ que, de acordo com o Ministério do Trabalho, 92% das pessoas com deficiência que estão trabalhando, o fazem em decorrência das regras estabelecidas na Lei de Cotas.

Dados disponibilizados pelo IBGE demonstram que a inclusão da PcD não representa um tema sobre minoria. Trata-se de um enorme contingente de pessoas que pode e deve contribuir ativamente para a produção e o consumo no País.

Segundo Carmo⁷,

⁵ Pessoa com Deficiência nos termos do art. 2º da Lei 13.146/15 é aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

⁶ Romeu Bueno de Camargo, assessor jurídico da FecomercioSP - Federação dos comerciários, em palestra sobre empregabilidade, disponível em Giro Comerciário < <https://portalfecomerciarior.org.br/> > acesso em 05 nov 2018.

⁷ José Carlos do Carmo – auditor e coordenador do projeto de Inclusão da Pessoa com Deficiência da SRTE-SP (Superintendência Regional do Trabalho e Emprego do Estado de São Paulo), em entrevista à jornalista Priscilla Nery sobre as conquistas e desafios para a inserção de pessoas com deficiência no mercado de

É preciso o preparo de todos para a convivência, assim como a garantia de igualdade de condições, cobrança, reconhecimento e tratamento. Tudo isso é citado pela Normativa 98⁸, que faz a fiscalização pela qualidade da contratação e não só pelo cumprimento das cotas.

Algumas práticas precisam ser combatidas através da fiscalização, mas sobretudo, com mudança de postura. Algumas reportagens identificaram gestores e recrutadores preferindo as chamadas de: “*peças com deficiência sem deficiência*”, quando preferem contratar pessoas com deficiências que não afetam a produtividade ou exigem menor esforço de adaptação e preparo da empresa na comunicação, arquitetura, etc. Também apontam, empresas que pagam PcDs para não trabalhar. Ou seja, essas pessoas são contratadas, mas não exercem nenhuma função na empresa, só sendo chamadas para os escritórios em dias de fiscalização pelo Ministério do Trabalho e Emprego e/ou pelo Ministério Público do Trabalho. Dessa forma, a Lei de Cotas acaba sendo uma obrigação e não uma oportunidade de construir um ambiente mais diverso.

Porém, se ainda assim, o objetivo for o de cumprir com uma obrigação legal, se faz necessário garantir as condições gerais, entre essas pessoas contratadas e o ambiente de trabalho, para o adequado desempenho das suas atividades.



O Censo Populacional de 2010 indica **45,6 milhões de pessoas**, no país, com **alguma deficiência autorreferida**, ou seja, **23,9% da população total**. Em 2000 o censo indicava **24,5 milhões de pessoas**, **14,5% da população**.

Fonte: IBGE 2000/2010

Estima-se 6 milhões de PCDs em idade produtiva, com totais ou grandes dificuldades físicas, visuais, auditivas e mentais, em faixa etária de 15 a 59 anos,

trabalho, disponível na p.27 da edição 253 da Revista Proteção, revista esta que, surgiu em dezembro de 1987 visando disseminar a informação sobre Saúde e Segurança do Trabalho.

⁸ Instrução Normativa da Secretaria de Inspeção do Trabalho- SIT N° 98 DE 15.08.2012, que dispõe sobre procedimentos de fiscalização do cumprimento, por parte dos empregadores, das normas destinadas à inclusão no trabalho das pessoas com deficiência e beneficiários da Previdência Social reabilitados.

no Brasil, em 2016⁹ e os dados já se aproximam de 7 milhões para 2018. Levantamentos da Rais¹⁰ 2014, indicam que 352.000 (trezentos e cinquenta e dois mil) pessoas com deficiência foram inseridos em todos os Estados do Brasil. Informa ainda o MTPS¹¹ que, se cumprida a Lei de Cotas, ao menos 827.000 (oitocentos e vinte e sete mil) postos de trabalho estariam disponíveis para cidadãos que se enquadram nas exigências da lei. Existem 400.000 (quatrocentas mil) vagas formalizadas.

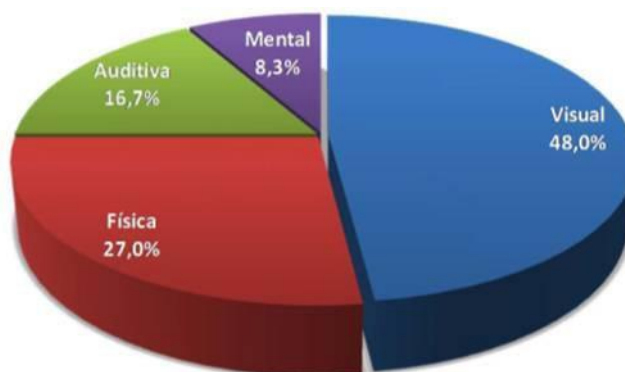


Figura 1 - Pessoas com alguma deficiência autorreferida no Brasil.
Fonte: IBGE- censo 2010



Figura 2 - Pessoas com alguma deficiência autorreferida, total ou grande, em idade produtiva
Fonte: IBGE- censo 2010

⁹ Tese de doutorado de Vinicius Gaspar Garcia intitulada Pessoas com Deficiência e o Mercado de Trabalho – Histórico e Contexto Contemporâneo, UNICAMP, 2016. Trecho contendo dados fornecidos pelo IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

¹⁰ Relação Anual de Informações Sociais (Rais) - é um relatório de informações sócio-econômicas solicitado pelo Ministério do Trabalho e Emprego brasileiro às pessoas jurídicas e outros empregadores anualmente. Foi instituída pelo Decreto nº 76.900, de 23 de dezembro de 1975.

¹¹ Ministério do Trabalho e Previdência Social disponível em < <http://www.previdencia.gov.br/2016/03/novo-portal-do-mtps-esta-no-ar/> > acesso em 06 nov 2018.

Não há previsão legal de estabilidade para o empregado com deficiência. No entanto, a sua demissão obriga à contratação de outro PCD. O não cumprimento da reserva de cotas implica em multa “calculada pela multiplicação do número de trabalhadores portadores de deficiência que deixaram de ser contratados pelo valor mínimo legal, acrescido de uma taxa de até 50%”¹².

O trabalho é um direito fundamental de cidadania, e de reconhecimento social, e a inclusão no mercado de trabalho contribui para que mitos e preconceitos sejam derrubados.

Esses funcionários não podem ficar em setores isolados nas empresas, além de aparentar uma atitude segregacionista, elimina as possibilidades de progresso no emprego. O ideal é que sejam alocados em todos os setores da empresa. Daí surge a necessidade de analisar os riscos inerentes às atividades, para que os postos de trabalho sejam adequados à deficiência sendo absolutamente possível a inserção dessa mão de obra em diversos departamentos.

O IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) nos coloca em 75º lugar entre 188 países, atrás da Argentina (40º), do Chile (42º) e do Uruguai (52º). Ressaltando que Alemanha e EUA, estão entre os dez primeiros¹³.

O *site*¹⁴ sobre inclusão social traz as referências das Leis de Cotas em outros países retratados abaixo.

ALEMANHA - A lei alemã estabelece para as empresas com mais de 16 empregados uma cota de 6%, incentivando ainda uma contribuição para um fundo de formação profissional para pessoas com deficiência.

ARGENTINA - A Lei nº 25.687/1998 estabelece um percentual de, no mínimo, 4% para a contratação de servidores públicos. Estendem-se, ademais, alguns incentivos para que as empresas privadas também contratem pessoas com deficiência.

ÁUSTRIA - A Lei Federal reserva 4% das vagas para trabalhadores com deficiência nas empresas que tenham mais de 25 anos ou admite a contribuição para um fundo de formação profissional.

BÉLGICA - Existe sistema de cotas, porém, não há um percentual legal para a iniciativa privada. Este é negociado por sindicatos e representantes patronais para cada ramo da economia.

¹² Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/28102/restricao-ao-direito-de-dispensar-os-empregados-habilitados-ou-portadores-de-deficiencia>> acesso em 07 nov 2018.

¹³ Disponível em < <https://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2016/07/19/lei-de-cotas-para-deficientes-pune-empresas-por-falhas-do-estado.htm?cmpid=copiaec>> acesso em 07 nov de 2018.

¹⁴ Disponível em < <http://blog.isocial.com.br/lei-de-cotas-como-e-a-cota-em-outros-paises/>> acesso em 02 nov 2018.

COLÔMBIA - A Lei nº 361/1997 concede benefícios de isenções de tributos nacionais e taxas de importação para as empresas que tenham, no mínimo, 10% de seus trabalhadores com deficiência.

EL SALVADOR - A Lei de Equiparação de Oportunidades, o Decreto Legislativo nº 888, em seu art. 24, estabelece que as empresas com mais de 25 empregados devam contratar pelo menos uma pessoa com deficiência.

ESPANHA - A Lei nº 66/1997 ratificou o art. 4º do Decreto Real nº 1.451/1983, o qual assegura o percentual mínimo de 2% para as empresas com mais de 50 trabalhadores fixos. Já a Lei nº 63/1997 concede uma gama de incentivos fiscais, com a redução de 50% das cotas patronais da seguridade social.

ESTADOS UNIDOS - Não existem cotas legalmente fixadas, uma vez que as medidas afirmativas dessa natureza decorrem de decisões judiciais. A *The Americans with Disabilities Act (ADA)*, de 1990, detalha as obrigatoriedades que devem ser adotadas por todas as empresas para receber pessoas com deficiência como empregadas.

FRANÇA - O Código do Trabalho Francês, em seu art. L323-1, reserva postos de trabalho no importe de 6% dos trabalhadores em empresas com mais de 20 empregados.

HOLANDA - O percentual varia de 3% a 7%, sendo este firmado por negociação coletiva, dependendo do ramo de atuação e do tamanho da empresa.

ITÁLIA - A Lei nº 68/1999, no seu art. 3º, estabelece que os empregadores públicos e privados devem contratar pessoas com deficiência na proporção de 7% de seus trabalhadores, no caso de empresas com mais de 50 empregados.

JAPÃO - A Lei de Promoção do Emprego para Portadores de Deficiência, de 1998, fixa o percentual de 1,8% para as empresas com mais de 56 empregados. Há um fundo mantido por contribuições das empresas que não cumprem a cota, que também custeia as empresas que a preenchem.

PANAMÁ - A Lei nº 42/1999 obriga os empregadores que possuam em seus quadros mais de 50 trabalhadores a contratar, no mínimo, 2% de trabalhadores com deficiência. O governo também está obrigado a empregar pessoas com deficiência em todas as suas instituições.

PERU - A Lei Geral da Pessoa com Deficiência, em seu capítulo VI, estabelece a concessão de benefícios tanto para as pessoas com deficiência quanto para as empresas que as contratarem, como preferência nos processos de licitação.

PORTUGAL - Art. 28, da Lei nº 38/2004, estabelece a cota de até 2% de trabalhadores com deficiência para a iniciativa privada e de, no mínimo, 5% para a administração pública.

URUGUAI - A Lei nº 16.095 estabelece, em seu art. 42, que 4% dos cargos na esfera pública deverão ser preenchidos por pessoas com deficiência e, no art. 43, exige, para a concessão de bens ou serviços públicos a particulares, que esses contratarem pessoas com deficiência, mas não estabelece qualquer percentual.

VENEZUELA - A Lei Orgânica do Trabalho, de 1997, fixa uma cota de uma pessoa com deficiência a cada 50 empregados.

BRASIL - A lei de Cotas brasileira exige que, do total de funcionários de uma empresa, de 2% a 5% sejam pessoas com deficiência ou trabalhadores reabilitados. Sendo assim, o que o Brasil propõe, nas companhias com mais de 1.000 empregados (cota de 5%), é menos do que a França realiza em empresas com mais de 20 empregados (6%), e menos do que a Alemanha faz em empresas com mais de 16 empregados (6%).

Risco de Acidente e o Ambiente de Trabalho

As Normas Regulamentadoras¹⁵ tem como principal objetivo, a prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, de modo a tornar compatível permanentemente o trabalho com a preservação da vida e a promoção da saúde do trabalhador.

No Brasil, a Segurança no Trabalho é definida por normas e leis e descrita como Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT), regulamentada em uma portaria do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), Norma Regulamentadora nº 4 (NR-4), além das convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificadas pelo Brasil. Segundo essa Norma Reguladora do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, devem contar, obrigatoriamente, com profissionais de Segurança do Trabalho todas as empresas privadas e públicas, os órgãos públicos da administração direta e indireta e dos poderes Legislativo e Judiciário, que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Além de ser obrigatória, a Segurança do Trabalho organiza as atividades, previne acidentes e mostra aos empregados a preocupação da empresa com sua saúde e bem-estar, isso aumenta a produtividade dos funcionários, auxilia na motivação e, assim, traz diversos benefícios às empresas.¹⁶

¹⁵ As Normas Regulamentadoras - NR, relativas à segurança e medicina do trabalho, são de observância obrigatória pelas empresas privadas e públicas e pelos órgãos públicos da administração direta e indireta, bem como pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. O não cumprimento das disposições legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho acarretará ao empregador a aplicação das penalidades previstas na legislação pertinente. Disponível em < <http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nrs.htm>> acesso em 7 nov 2018.

¹⁶ Conceito disponível em < <https://www.conceitozen.com.br/o-que-e-seguranca-do-trabalho.html>> acesso em 08 nov 2018.

O Risco de acidente¹⁷, é inerente a qualquer atividade exercida pelo trabalhador, seja ele portador de alguma deficiência ou não, ou seja, qualquer fator que coloque ou venha a colocar o trabalhador em situação de vulnerabilidade e que possa afetar tanto a sua integridade, quanto o seu bem estar físico e psíquico, é considerado como risco.

Os comportamentos de risco no trabalho podem ser associados à falta de percepção do risco ou ainda ao fato de os funcionários não terem se adaptado a situações de riscos mais comuns, ou também quando não há medidas de controle eficientes para proteção e prevenção de acidentes.

Para minimizar as possibilidades de acidente, é necessário que as empresas possuam políticas de segurança desenvolvidas dentro da própria organização. Neste ambiente deve haver constante orientação, supervisão e atenção em relação às atividades e aos trabalhadores.

Para Bley¹⁸,

O comportamento seguro de um trabalhador, de um grupo ou de uma organização, pode ser definido por meio da capacidade de identificar e controlar os riscos da atividade no presente para que isso resulte em redução da probabilidade de consequências indesejáveis no futuro, para si e para o outro.

O cuidado com a segurança e o ambiente do trabalho está permeado em diversas normas. Nossa Constituição Federal de 1988, reza entre os direitos dos trabalhadores o de ter reduzido os riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art.7º, XXII), e determina que no sistema de saúde o meio ambiente do trabalho seja protegido (art.200, VIII), sendo assim,

¹⁷ Riscos de Acidentes são todos os fatores que colocam em perigo o trabalhador ou afetam sua integridade física ou moral. Entre outros, são considerados como riscos geradores de acidentes: arranjo físico deficiente; máquinas e equipamentos sem proteção; ferramentas inadequadas; ou defeituosas; eletricidade; incêndio ou explosão; animais peçonhentos; armazenamento inadequado, arranjo físico deficiente; máquinas obsoletas; máquinas sem proteção em pontos de transmissão e de operação; comando de liga/desliga fora do alcance do operador; máquinas e equipamentos com defeitos ou inadequados; EPI inadequado ou não fornecido, ferramentas inadequadas ou defeituosas, ferramentas usadas de forma incorreta; falta de fornecimento de ferramentas adequadas; falta de manutenção; instalação elétrica imprópria, com defeito ou exposta; fios desencapados; falta de aterramento elétrico; falta de manutenção, armazenamento inadequado de inflamáveis e/ou gases; manipulação e transporte inadequado de produtos inflamáveis e perigosos; sobrecarga em rede elétrica; falta de sinalização; falta de equipamentos de combate ou equipamentos defeituosos. Conceito disponível em < http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/lab_virtual/riscos_de_acidentes.html > acesso em 8 nov 2018.

¹⁸ Juliana Bley é mestre em Psicologia pela UFSC, Graduada em Psicologia pela PUCPR. Possui formação clínica em Terapia Relacional Sistêmica e estudos avançados em educação de adultos e saúde integral e transdisciplinaridade.

pode-se concluir que as questões referentes ao meio ambiente do trabalho transcendem à questão de saúde dos próprios trabalhadores.

Também a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) Lei 13.467/2017 trata da segurança e saúde do trabalhador no art.154 e seguintes do Tít. II, Cap.V, além das Portarias do Ministério do Trabalho e a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90), bem como o Programa de Controle Médico e de Saúde Ocupacional e o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais, além da obrigatoriedade das empresas terem que instituir as CIPAs – Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (art.163,CLT). Tudo visando a preservação da qualidade ambiental do local de trabalho.

Classificação do Risco e a Construção Civil

Focando na segurança, o dimensionamento dos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho, está vinculado à gradação do risco da atividade principal e ao número de empregados do estabelecimento.

O Canteiro de Obras é uma área de trabalho fixa e temporária, onde se desenvolvem operações de apoio e execução de uma obra, e todas as suas características e requisitos encontra-se na NR18.¹⁹ Porém, diferentes fases da obra exigem canteiros diferenciados, adaptados à estratégia de realização da obra, sempre atendendo à normas.

Para determinações e cálculos específicos, os Canteiros de Obras com menos de empregados são integrantes da empresa de engenharia principal responsável, a quem fica vinculada a organização dos serviços relacionados à segurança.

Quando tiver mais de 50% de seus empregados em setores com atividades em que a gradação de risco seja de grau superior ao da atividade principal, o dimensionamento de segurança equivalerá ao maior risco.

Na indústria da construção civil existe o alto risco do ambiente de trabalho. O grau de risco²⁰ é (3) três, sendo que (4) quatro, é o maior da classificação. Em virtude dessa análise de um ambiente genericamente classificado num alto grau de risco, as dificuldades de adequação já partem da teoria, enquanto diversos

¹⁹ NR 18 que estabelece diretrizes de ordem administrativa, de planejamento e de organização, que objetivam a implementação de medidas de controle e sistemas preventivos de segurança nos processos, nas condições e no meio ambiente de trabalho na Indústria da Construção.

²⁰ Definido pela NR 4 o Grau de Risco serve para mensurar o risco de cada atividade. Essa medida é feita considerando o ramo de atividade da empresa. o grau de risco de acidente de trabalho serve de referência para importantes ações da empresa, como a constituição do SESMT (Serviços Especializados de Segurança e Medicina do Trabalho) e da CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes).

postos podem ser ocupados se analisados suas especificidades, bem como a fase/etapa em que se encontra a obra.

Com a atenção ao ambiente de cada posto de trabalho, em consonância à atividade que será exercida e por quem a executará, é possível fazer uma análise ainda mais criteriosa às reais necessidades de adaptação, e a viabilidade ou não da execução do serviço pelo operador e/ou executor da tarefa com determinada limitação mental, física, sensorial ou múltipla.

Estudo de Caso – Construção Civil

O Seconci-SP (Serviço Social da Construção) revisou e atualizou em 2016, a necessidade de mais subsídios técnicos para a inserção das PcDs no canteiro de obras, na construção civil, criando um estudo de viabilidade para a inserção segura dessas pessoas, através da estruturação de um banco de dados que relaciona para cada função / posto de trabalho, as atividades e os tipos de deficiência, através de um trabalho de campo, verificando o nível de segurança.

Assim, construiu uma matriz de viabilidade de inserção e recomendações para 17 cargos e funções de 32 atividades profissionais em quatro fases de uma obra de construção civil (fundação, estrutura, alvenaria e acabamento).

Metodologia

- I. Análise com PCD: PCD, gestor da PCD, Empresa;
- II. Pesquisa de Opinião Através de Simulação (análise sem PCD);
- III. Análise Técnica de Viabilidade de Inserção Segura pela Equipe de Saúde e Segurança do Trabalho;
- IV. Análise de Concordância (medida Kappa²¹) Entre os Grupos de Avaliadores;
- V. Construção de Matriz de Viabilidade de Inserção Segura;
- VI. Ranking de Viabilidade de Inserção Segundo Tipo de Deficiência e Função.

Resultados:

- Período das Visitas: 22/09/2010 a 04/07/11 e 07/07/2015 a 17/08/2015 (visão monocular);
- Empresas Visitadas: 21;
- Locais: Canteiros de Obras: 20; Laboratório Tecnológico: 1;
- Funções Analisadas: 17;
- Atividades Analisadas: 32;

²¹ Estatística K – (kappa) é uma medida de concordância usada em escalas nominais que fornece uma ideia do quanto as observações se afastam daquelas esperadas, fruto do acaso, indicando assim o quão legítimas as interpretações são.

- Avaliações com PCDs enquadráveis na lei: 18;
- Avaliações sem PCDs (simulação nas fases da obra): 486;
- Tipos de Deficiências Analisadas: Física, Auditiva, Intelectual e Visual;
- Não Recomendadas: Deficiência Visual (baixa visão), Física (Membros Superiores e Ostomizados) e Intelectual Severa e Profunda.

Segundo a função analisada

Mestre de Obras	6	33,3%
Ajudante Geral	3	16,7%
Encarregado de Almojarifado	3	16,7%
Auxiliar Administrativo	1	5,6%
Auxiliar de Laboratório Tecnológico	1	5,6%
Carpinteiro	1	5,6%
Eletricista	1	5,6%
Operador de Máquina Extratora	1	5,6%
Pedreiro	1	5,6%
	18	100,0%

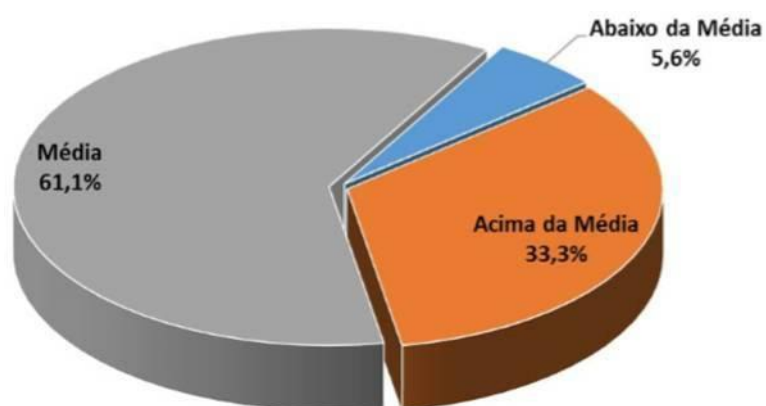


Figura 3 – Opinião do Gestor sobre desempenho e Produtividade da PCD.
Fonte: SeconciSP.

Função	Deficiência Física Nanismo	Deficiência Física Membros Inferiores	Deficiência Física Membros Superiores	Deficiência Física Ostimizado	Deficiência Auditiva ¹	Deficiência Visual Cegueira e Baixa Visão	Deficiência Visual Visão Monocular	Deficiência Intelectual Moderada	Deficiência Intelectual Severa e Profunda
Ajudante/Ajudante Geral	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Não Recomendado	Não Recomendado	Não Analisado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado
Armador	Recomendado Parcialmente	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Recomendado	Não Analisado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado
Azulejista	Recomendado Parcialmente	Recomendado	Não Recomendado	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Analisado	Não Recomendado	Não Recomendado
Cabista	Não Analisado	Não Analisado	Não Recomendado	Não Recomendado	Não Analisado	Não Recomendado	Não Analisado	Não Analisado	Não Recomendado
Carpinteiro	Recomendado Parcialmente	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Analisado	Não Recomendado	Não Recomendado
Eletricista	Recomendado Parcialmente	Recomendado	Não Recomendado	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Recomendado	Não Analisado	Não Recomendado	Não Recomendado
Encanador	Recomendado Parcialmente	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Analisado	Não Recomendado	Não Recomendado
Gesseiro	Recomendado Parcialmente	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Analisado	Não Recomendado	Não Recomendado
Mestre de Obras	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Recomendado	Não Analisado	Não Recomendado	Não Recomendado
Operador de Escavadeira	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Analisado	Não Recomendado	Não Recomendado
Operador de Grua	Recomendado Parcialmente	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Não Recomendado	Não Recomendado	Não Analisado	Não Recomendado	Não Recomendado
Operador de Guincho	Recomendado Parcialmente	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Não Recomendado	Não Recomendado	Não Analisado	Não Recomendado	Não Recomendado
Operador de Guindaste	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Recomendado	Não Analisado	Não Recomendado	Não Recomendado
Pedreiro	Recomendado Parcialmente	Recomendado	Não Recomendado	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Analisado	Não Recomendado	Não Recomendado
Pedreiro de Fachada	Não Recomendado	Recomendado	Não Recomendado	Não Recomendado	Não Recomendado	Não Recomendado	Não Analisado	Não Recomendado	Não Recomendado
Pintor	Recomendado Parcialmente	Recomendado	Não Recomendado	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Analisado	Não Recomendado	Não Recomendado
Poceiro	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Não Recomendado	Não Recomendado	Não Analisado	Não Recomendado	Não Recomendado
Serralheiro	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Analisado	Não Recomendado	Não Recomendado

Figura 4 – Principais funções da Construção Civil – pesquisa de opinião de engenheiros, mestre de obra e encarregados, sobre viabilidade de inserção. Fonte: SeconciSP.

Função	Deficiência Física Nanismo	Deficiência Física Membros Inferiores	Deficiência Física Membros Superiores	Deficiência Física Física Ostimizado	Deficiência Auditiva	Deficiência Visual Cegueira e Baixa Visão	Deficiência Visual Visão Monocular	Deficiência Intelectual Moderada	Deficiência Intelectual Severa e Profunda
Ajudante Geral	Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Recomendado	Não Recomendado	Não analisado	Recomendado	Não Recomendado
Armador	Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Recomendado	Não Recomendado	Não analisado	Recomendado	Não Recomendado
Azulejista	Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Recomendado	Não Recomendado	Não analisado	Recomendado	Não Recomendado
Cabista	Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Recomendado	Não Recomendado	Não analisado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado
Carpinteiro	Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Recomendado	Não Recomendado	Não analisado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado
Eletricista	Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Recomendado	Não Recomendado	Não analisado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado
Encanador	Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Recomendado	Recomendado	Não Recomendado	Não analisado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado
Gesseiro	Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Recomendado	Recomendado	Não Recomendado	Não analisado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado
Mestre de Obras	Recomendado	Recomendado	Não Recomendado	Não Recomendado	Não Recomendado	Não Recomendado	Não analisado	Não Recomendado	Não Recomendado
Operador de Escavadeira	Recomendado Parcialmente	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Não analisado	Não Recomendado	Não Recomendado
Operador de Grua	Recomendado Parcialmente	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Não analisado	Não Recomendado	Não Recomendado
Operador de Guincho	Recomendado Parcialmente	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Não analisado	Não Recomendado	Não Recomendado
Operador de Guindaste	Recomendado Parcialmente	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Não analisado	Não Recomendado	Não Recomendado
Pedreiro	Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Recomendado	Não Recomendado	Não analisado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado
Pedreiro de Fachada	Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Recomendado	Não Recomendado	Não analisado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado
Pintor	Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Recomendado	Não Recomendado	Não analisado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado
Poceiro	Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Recomendado	Não Recomendado	Não analisado	Recomendado	Não Recomendado
Serralheiro	Recomendado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado	Não Recomendado	Recomendado	Não Recomendado	Não analisado	Recomendado Parcialmente	Não Recomendado

Figura 5 – Principais funções da Construção Civil – análise técnica Saúde e Segurança do Trabalho, sobre viabilidade de inserção. Fonte: SeconciSP.

Conclusão

A responsabilidade da empresa não resume à contratação. A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho tem como etapa fundamental, que ela permaneça na atividade, desenvolvendo-se e contribuindo no ciclo conceitual de inserção, desenvolvimento, crescimento e contribuição na geração do lucro da empresa. E para o êxito desse processo é preciso a participação de todos os envolvidos, desde o empregador, o empregado com deficiência, o profissional de recursos humanos e até a família.

Cumprir a cota não deve ser um ato de solidariedade, e sim, o preenchimento de uma vaga disponível para um profissional capaz e preparado, com o conhecimento das especificidades das pessoas nesta condição.

Diversas são as deficiências, e mais diversa a forma das pessoas em superá-las. O que é preciso é a boa vontade de se abrir para as novas possibilidades e novas formas de realizar o trabalho, analisando caso a caso.

Apesar dos progressos obtidos no tema inclusão, ainda há grandes desafios.

Na capacidade de decidir sobre seu próprio corpo e viver uma vida livre de discriminação, ou seja, na autonomia física, a equiparação não pode ser alcançada se não for intensificada a luta a favor do cumprimento de cotas. A crescente participação das pessoas com deficiência no mercado de trabalho é essencial para dar visibilidade e sistematizar as ações de inclusão

É preciso sempre exaltar as individualidades na sociedade, pois a equiparação dessas individualidades precisa respeitar as variadas hipossuficiências sociais, dentre elas, a realidade das pessoas com deficiências. Essas ações não podem ser resultado de assistencialismo estatal, mas de uma cultura social evoluída.

Há muitos mitos e verdades sobre as burocracias enfrentadas pelas empresas que contratam. As verdades as tornam verdadeiramente sujeitas a sanções. Os mitos, somente temerosas a isso, sem estar tratando com a real exigência contratual. Assim deparamos com algumas afirmações no mercado, como: é necessário provar, por laudo, a deficiência do empregado; não é possível contratar trabalhadores com um único tipo de deficiência, pois ao fazer isso, estaria havendo discriminação em relação às outras deficiências; não se pode exigir experiência anterior, justificado pelo débito social com o trabalhador com deficiência; não se pode exigir escolaridade; sempre será necessário prover as adequações físicas; toda entrevista precisa estar aparelhadas com os meios necessários, como intérprete de sinais, testes em braile etc.; é obrigatório adotar um programa de acompanhamento, para garantir a integração ao ambiente de trabalho; entre outros.

Encontrar pessoas que se encaixem nos perfis das vagas é sempre um desafio para as equipes de recrutamento e seleção. O mesmo vale para as pessoas com deficiência. É preciso investir em uma equipe qualificada de recrutamento, e orientar a PCD como chegar a esse caminho.

Ao analisar os desembolsos para a inclusão, é preciso verificar que os gastos com tecnologias assistivas²² também são investimentos e são propriedade da empresa. Essas tecnologias são necessárias para que os funcionários desenvolvam seu trabalho e continuem na empresa mesmo se eles saírem. Então não se pode analisá-los como custos adicionais, já que *softwares* e equipamentos estarão nas empresas para uso regularmente.

²² Tecnologia Assistiva é um termo utilizado para identificar todo o arsenal de Recursos e Serviços que contribuem para proporcionar ou ampliar habilidades funcionais de pessoas com deficiência e consequentemente promover Vida Independente e Inclusão.

Meramente cumprir a Lei de Cotas não atinge seu real objetivo se a empresa não inclui de verdade as pessoas que contrata. Uma das ações para promover a inclusão está em oferecer às pessoas, tudo aquilo que elas precisam para desempenhar um bom trabalho e tratá-las com respeito. É necessário aprender mais, ouvindo quem vive essas dificuldades todos os dias, buscando se informar cada vez mais sobre o assunto.

Referência

ANAIS do VI SIAMF – Seminário sobre acessibilidade ao meio físico. Rio de Janeiro, 8 a 10 de junho de 1994. E, **Anais do curso básico sobre acessibilidade ao meio físico**. Rio de Janeiro, 6 e 7 de junho de 1994. Brasília: CORDE, 1995.

BLEY, J. Z. **Variáveis que caracterizam o processo de ensinar comportamentos seguros no trabalho**. Dissertação (Mestrado em Psicologia), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

CARDELLA, B. **Segurança no trabalho e prevenção de acidentes: uma abordagem holística - segurança integrada a missão organizacional com produtividade, qualidade, preservação ambiental e desenvolvimento de pessoas**. São Paulo: Atlas, 2009.

FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Org.). **Deficiência no Brasil/ uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

LIMA, D. A. **Educação, segurança e saúde do trabalhador: manual para cursos de capacitação de trabalhadores em segurança, saúde e qualidade de vida no trabalho**. São Paulo: Fundacentro, 2015.

_____. **Vidas roubadas no exercício do trabalho**. São Paulo em Perspectiva, v. 13, n. 3, p. 126-136, 1999.

WÜNSCH FILHO, V. **As variações e tendências na mortalidade dos trabalhadores**. In : MONTEIRO, C. A. Velhos e novos males da saúde no Brasil. São Paulo: Hucitec/Nupens/USP, 2015. p. 289-330.

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: UM BREVE RELATO HISTÓRICO DE SUA EVOLUÇÃO

Luciana Adália Sottili¹ e Márcia Leite Borges²

Resumo

A presente pesquisa busca analisar a evolução do tratamento concedido às pessoas com deficiência e as principais políticas públicas brasileiras de inclusão. Para tanto utilizou-se o método indutivo tendo por base a pesquisa bibliográfica e como aporte teórico foram utilizadas obras nacionais e estrangeiras de áreas multidisciplinares. Verificou-se a preexistência de um estigma social vinculado às pessoas com deficiência desde épocas remotas quando as crianças que nasciam com alguma deficiência eram mortas. Atualmente, há um esforço conjunto entre grupos e Estados nacionais e internacionais para favorecer a inclusão das pessoas com deficiência como agentes de mudança de sua própria vida. Todavia, verifica-se que as políticas públicas brasileiras carecem de maiores adequações para efetivar a inclusão social das pessoas com deficiência.

Palavras-Chave: Pessoa com deficiência; Políticas Públicas; LOAS; Política de inclusão no trabalho; Estigma Social

PUBLIC POLICIES FOR PEOPLE WITH DISABILITIES: A BRIEF HISTORICAL ACCOUNT OF THEIR EVOLUTION

The present research seeks to analyze the evolution of the treatment granted to people with disabilities and the main Brazilian public inclusion policies. For this purpose, the inductive method was used based on bibliographical research and as a theoretical contribution, national and foreign works of multidisciplinary areas were used. There was a pre-existing social stigma attached to people with disabilities from remote times when children who were born with a disability were killed. Currently, there is a joint effort between national and international groups and states to promote the inclusion of people with disabilities as agents of change in their own lives. However, it can be seen that Brazilian public policies need greater adaptations to ensure the social inclusion of people with disabilities.

¹ Mestranda em Direito na FURG Doutorando e Ciência Política na UFF

² Doutorando e Ciência Política na UFF.

Keywords: Disabled person; Public policy; LOAS; Inclusion policy at work; Social Stigma

Introdução

Desde os tempos mais remotos da história da humanidade têm-se notícias de que algumas pessoas nasciam com deficiências que não eram compreendidas pelos demais partícipes da sociedade que conviviam.

As crianças que nascessem com deformidades aparentes foram mortas, consideradas criaturas demoníacas, relegadas à reclusão e escondidas como símbolo de vergonha ou “castigo de Deus”.

A humanidade muito evoluiu ao longo dos séculos e hoje organismos nacionais e internacionais, políticos e sociais se unem para defender o direito das pessoas com deficiência de serem aceitas na sociedade como participantes responsáveis por sua vida.

Para auxiliar no desenvolvimento desta pesquisa, foi adotado o método indutivo tendo por base a pesquisa bibliográfica, baseando o referencial teórico no aporte de obras nacionais e estrangeiras de áreas temáticas diversas como história, direito, sociologia e políticas públicas.

Desta forma, a presente pesquisa busca analisar a evolução do tratamento dado às pessoas com deficiência e eficácia das principais políticas públicas voltadas para a inclusão da pessoa com deficiência.

A pesquisa será dividida em três partes: na primeira parte será analisado o tratamento dispensado às pessoas com deficiência na antiguidade e a formação do estigma social que veio a acompanhar as pessoas com deficiência em todas as épocas. Na segunda parte será analisada a evolução do tratamento dado às pessoas com deficiência no decorrer da história, em especial a história recente com a consagração do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Na terceira parte serão analisadas duas das políticas públicas brasileiras que buscam a inclusão da pessoa com deficiência em seu meio social e a eficácia de sua aplicação.

Análise histórica do tratamento dado pela sociedade às pessoas com deficiência e o estigma social

Existem muitos exemplos que demonstram a existência de pessoas com deficiências nas mais variadas épocas da história da humanidade.

Muitas das causas de incapacidade³ têm se mantido ao longo dos tempos e ainda estão presentes na contemporaneidade, como afirma Silva (1987), tais como: amputações em diversos níveis e membros, artrites, cegueira e limitações da visão, surdez e reduções graves na audição, epilepsia, doenças mentais em seus diversos graus, esclerose múltipla, síndromes incapacitantes diversas, paralisias como paraplegia e tetraplegia, dentre outras.

Assim, é possível afirmar que as pessoas com deficiência sempre fizeram parte da realidade das sociedades e, “são tão antigas quanto a própria humanidade”⁴. Mesmo diante desta realidade, a história está repleta de práticas cruéis contra às pessoas com deficiência (BARNES; MERCER, 2010).

Estas práticas originaram um estigma negativo acerca da deficiência levando a sociedade a colocar à margem os indivíduos que demonstrassem alguma incapacidade.

Considerando estes pontos, será tratado neste capítulo o tratamento dado às pessoas com deficiência na antiguidade e a conceituação sobre o estigma social que os envolve diretamente.

O tratamento dado às pessoas com deficiência na antiguidade

Nas civilizações antigas a criança só era considerada viva e detentora de certos direitos caso fosse aceita pelo patriarca da família. Segundo Coulanges (2008), o pai possuía o direito de reconhecer a criança em seu nascimento ou de rejeitá-la, este direito lhe era concedido pela lei e advém de uma época em que a família tinha seu sacerdote e juiz na figura paterna.

Neste período da história, todos os demais componentes do núcleo familiar deviam obediência ao patriarca da família, era ele o guia e provedor e suas decisões eram acatadas integralmente. Portanto, uma criança que não era levantada e exposta pelo pai, ou seja, não era reconhecida, era enjeitada ou morta.

Os casos para o enjeitamento de crianças eram os mais diversos, seja por terem nascido meninas (muito frequente na antiga Grécia), miséria social, má formação, dentre outros. Segundo Veyne ⁵, “enjeitavam ou afogavam as crianças malformadas (nisso não havia raiva, e sim razão)”.

³ O termo incapacidade ou incapacitante será utilizado, diferenciadamente do termo deficiência que no presente trabalho será apresentado como opressão social..

⁴ MARTINS, 1987, p.21.

⁵ VEYNE, 2009, p. 21

Outras demonstrações do tratamento dado aos deficientes estão presentes nas antigas civilizações grega e romana em uma época em que se pregava o culto ao corpo, relacionando a força de seus cidadãos ao poder do Estado.

Esta correlação entre a aparência física de um cidadão e o poder do Estado ao qual ele pertencia legitimava leis motivadoras de infanticídio quando as crianças nascessem com alguma incapacidade aparente⁶.

Em Esparta, Cidade-Estado da Grécia voltada para o militarismo e para a formação de soldados, quando do nascimento de uma criança, esta era levada perante os anciãos para avaliação de sua capacidade física, pois a capacidade física era vista como condição para o exercício da cidadania⁷. Os bebês com incapacidades aparentes eram jogados ao mar, em precipícios ou largados em lugares longínquos à sua própria sorte, este tratamento também era dado às pessoas que adquiriam alguma incapacidade ao longo da vida⁸.

Ainda segundo Silva (1987), mesmo com poucas referências sobre a antiga Atenas, é possível localizar em algumas citações e textos jurídicos que de forma similar à conduta espartana, as crianças que nasciam com alguma incapacidade não tinham sua vitalidade reconhecida. Contudo, não era obrigatório o infanticídio, embora fosse prática corrente.

A Lei das XII Tábuas consubstancia as leis que regiam a época romana arcaica. Encontramos na Tábua IV a lei que trata do poder paterno e que determinava o infanticídio do filho que nascesse “monstruoso”, isto é, com alguma incapacidade. Conforme leciona Quintanilha a Tábua IV,

Tratava do poder paterno e de outras matérias de direito de família (*in jure patrio*): o filho monstruoso podia ser morto imediatamente; defendiam a eugenia; o pai tinha sobre o filho direito de vida e morte, ou seja, tinha direito de flagelar, aprisionar, obrigar a trabalhos rústicos, vender e matar; com o tempo isto se foi amenizando e mais tarde esses casos dariam margem a destituição do pátrio poder (neste aspecto, gregos e romanos diferiam de outros povos da Antigüidade)⁹.

Conforme se depreende, a lei negava o direito à vida das crianças que nasciam com alguma deficiência, nela constava que “o pai imediatamente matará o filho

⁶ GARLAND, 1995 *apud* BARNES;MERCER, 2010.

⁷ WINZER, 1997

⁸ SILVA, 1987.

⁹ VÉRAS NETO, 2011, p. 145.

monstruoso e contrário à forma do gênero humano, que lhe tenha nascido há pouco¹⁰, em outras palavras, eram submetidas ao infanticídio.

Analisada brevemente a evolução histórica do tratamento dado ao deficiente desde a antiguidade e sua evolução, passa-se a analisar a formação do estigma social em relação à pessoa com deficiência.

O estigma social da pessoa com deficiência

A definição de estigma traz consigo uma carga negativa e preconceituosa em relação às pessoas associadas a este termo. No ano de 1963 foi apresentado por Goffman o livro *Stigma: Some Notes on the Management of Spoiled Identity*, que apresenta o termo “estigma” como de origem grega, utilizado para se referir a:

[...] sinais corporais destinados a expor algo incomum e ruim sobre o status moral do assinalado. Os sinais eram cortes, ou queimaduras no corpo anunciando que era um escravo, um criminoso ou um traidor, uma pessoa manchada (...) a ser evitada, especialmente em lugares públicos¹¹.

Na sociedade moderna a ideia de estigma seria proveniente de uma construção social que remete às características ou atributos de uma determinada pessoa, e em razão disso é excluída do convívio¹².

Em razão de sua conceituação sobre o assunto, o estigma passou a se apresentar como um marco no desenvolvimento e percepção da sociedade sobre as questões da deficiência.

No ano de 1966 Paul Hunt também trabalhou a questão do estigma em sua obra denominada *Stigma: The Experience of Disability*, apresentando que a deficiência não residia no comprometimento das funções do corpo, nem numa questão individual, estando centrada na concepção social do que é considerado normalidade¹³ (GIDDENS, 2009).

De acordo com Martins¹⁴, “as pessoas com deficiência foram historicamente submetidas às construções modernas que as definiram como menos pessoas – porque viventes em corpos patológicos, disfuncionais e anormais”.

¹⁰ SILVA, 1987, p. 92.

¹¹ GOFFMAN, 1963, p. 5.

¹² OLIVER, 1999.

¹³ OLIVER, 1999.

¹⁴ 2016, p. 186

Neste sentido, o estigma fica muito claro e por esta razão tem sido combatido pelas próprias pessoas com deficiência na atualidade, na busca pela inclusão e respeito as suas demandas sociais.

Analisados a presença da deficiência na antiguidade e o tratamento dispensado às pessoas com deficiência, bem como o estigma social existente ainda hoje construído no inconsciente coletivo, passa-se a tratar a mudança de percepção do Estado em relação às pessoas com deficiência.

A mudança de percepção do Estado em relação às Pessoas com deficiência

Durante muito tempo as pessoas com deficiência foram consideradas “menos pessoas” pela sociedade e não possuíram qualquer tipo de tutela do Estado, não sendo reconhecidas como sujeitos de direito, tampouco de cidadania.

De acordo com Barnes e Mercer (2010), mesmo nos períodos em que os princípios religiosos se constituíam como centrais na sociedade, as pessoas com deficiência, eram tratadas de maneira diferente. O judaísmo, por exemplo:

[...] considerava muitas deficiências e doenças como um sinal de transgressão, impureza e impiedade que fornecia justificativa para separar os indivíduos do resto da sociedade. No entanto, o judaísmo também proibiu o infanticídio de crianças recém-nascidas com deficiência e enfatizou a importância de prover a ‘caridade’ para os ‘doentes’ e os menos favorecidos. Essa ambivalência foi replicada nas reações da igreja cristã primitiva.¹⁵

Estes autores também referem, que na idade média a relação entre as pessoas com deficiência e a manifestação das trevas e do demoníaco retornou com força e novamente as crianças com deficiência tornaram-se um vergonhoso estigma tanto para a família quanto para os olhos da sociedade.

A existência de uma deficiência se tornou justificativa para o isolamento, ostracismo e até mesmo perseguição¹⁶. Além disso, no período abrangido pela inquisição, as pessoas com deficiência mental “foram executadas, seja porque eram percebidas como sendo filhas de bruxas, ou porque seu próprio comportamento parecia estranho ou ameaçador¹⁷”.

¹⁵ BARNES; MERCER, 2010, p. 15.

¹⁶ HAFFTER, 1968 *apud* BARNES; MERCER, 2010.

¹⁷ WINZER, 1997, p. 25.

Com o despertar do Renascimento (século XIV ao XVI), assiste-se a uma forte evolução nos campos da medicina e do ensino, que associados ao processo de colonização, encetam um novo discurso influenciado pelo pensamento liberal, de negação às atividades inquisitórias de caça às bruxas e aos demônios¹⁸.

O surgimento de movimentos neste período como o humanismo, o qual contrariava a visão teocêntrica, colocando o ser humano como centro de todas as coisas contribuiu:

[...] para a diluição das ancestrais concepções teológicas da doença e da deficiência. Este movimento permitiu um maior enfoque no corpo humano, exaustivamente observado e representado na arte de pintores e escultores renascentistas, como Miguel Ângelo e Leonardo Da Vinci¹⁹.

Por conseguinte, um novo pensamento baseado na ciência fez com que emergissem diferentes visões sobre a deficiência, como a do médico italiano Gironimo Cardano, que no século XVI, “não só criticou a caça às bruxas, mas propôs algumas das primeiras medidas, que se tem conhecimento, para a educação especial²⁰”. A deficiência começou a ser tratada como um caso médico de cunho biológico e não mais como possessões ou casos demoníacos.

Saltando para um período mais próximo da história, em 1949, a ONU anunciou um novo conceito de saúde integrando o conceito de um completo bem-estar físico, mental e social. Segundo Brauner e Furlan, o novo paradigma desencadeou um efeito cascata a nível mundial e várias nações passaram a rever seus conceitos sobre saúde e respeito à vida considerando as questões sociais e ambientais.

Esta postura da ONU pode ser considerada um marco pois a revisão do conceito de saúde, não mais identificado apenas pela ausência de doenças, possibilitou que novos estudos fossem construídos a partir do novo paradigma.

Para Martins, a primeira insurgência ativa das pessoas com deficiência ocorreu nos Estados Unidos entre as décadas 60 e 70 com o surgimento do primeiro “centro para a vida independente” (CVI), em 1972 por Ed Roberts e “propiciou a descoberta de potencialidades das pessoas com deficiência muito grave e a invenção de recursos capacitadores para pessoas equivocadamente consideradas incapacitadas²¹”.

¹⁸ BARNES E MERCER, 2010.

¹⁹ FONTES, 2016, p. 26.

²⁰ WINZER, 1997, p. 26.

²¹ SASSAKI, 2001, p. 04.

Nos Estados Unidos existem atualmente mais de quinhentos CVI, sendo organizações não-governamentais criadas, administradas e operacionalizadas por pessoas com deficiência, com a infraestrutura necessária para auxiliá-las no alcance de sua independência e melhoria da sua qualidade de vida

Em 1988 foi fundado o primeiro CVI no Brasil, o CVI-Rio, localizado no Rio de Janeiro com o objetivo “de empoderar as pessoas com deficiência, acreditando que **todos** têm capacidade para gerir a própria vida, assumir responsabilidades, tomar decisões e realizar seus desejos, mesmo que tenham uma deficiência severa²²”. (grifo nosso)

Atualmente no país existem mais de vinte CVIs e é necessário enfatizar que estes centros não visam o assistencialismo e sim a inclusão da pessoa com deficiência, protagonizando o indivíduo e sua possibilidade de contribuir com o meio onde está inserido, percebendo e respeitando as diversidades de cada um.

As mobilizações que surgiram a partir da criação do primeiro CVI, possibilitaram a superação da percepção da deficiência como tragédia pessoal, representada pelo modelo médico da deficiência, e criaram novos marcos no entendimento sobre saúde e sobre deficiência como a elaboração da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde elaborada pela OMS em 2001, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas ocorrida em 2007, cujo protocolo facultativo foi ratificado pelo Brasil através do Decreto 186 da CF em 2008, e que influenciou decisivamente na construção da Lei nº 13.146/2015, conhecida como “Estatuto da pessoa com deficiência”. Cada um destes marcos será analisado individualmente a seguir.

A Classificação Internacional De Funcionalidade, Incapacidade e Saúde

A CIF - Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde elaborada pela OMS - Organização Mundial da Saúde foi divulgada em 2001, baseada na revisão e aprimoramento da Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens (ICIDH) publicada com caráter experimental em 1980.

É um modelo de classificação estruturada para ser utilizada em concomitância com a **Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10²³)**, como observa a OMS na introdução da CIF²⁴,

²² CVI-Rio, 2016, s/p.

²³ Por estar em sua décima versão

²⁴ OMS, 2004, p. 7.

fornecendo, assim, um modelo etnológico das reais condições de saúde do indivíduo (COSTA, 2014).

Segundo relato de Farias e Buchalla,

O modelo da CIF substitui o enfoque negativo da deficiência e da incapacidade por uma perspectiva positiva, considerando as atividades que um indivíduo que apresenta alterações de função e/ou da estrutura do corpo pode desempenhar, assim como sua participação social. A funcionalidade e a incapacidade dos indivíduos são determinadas pelo contexto ambiental onde as pessoas vivem. A CIF representa uma mudança de paradigma para se pensar e trabalhar a deficiência e a incapacidade, constituindo um instrumento importante para avaliação das condições de vida e para a promoção de políticas de inclusão social²⁵.

Como argumenta Costa²⁶ “o conceito de incapacidade e de deficiência sofreu uma significativa alteração no último decênio, notadamente a partir de 2001 quando a Organização Mundial da Saúde (OMS) emitiu a [...] CIF”.

A CIF é classificada em duas partes:

- a) Funções e estrutura do corpo, atividades e participação - são as funções fisiológicas dos sistemas orgânicos inclusive as funções psicológicas, estruturas do corpo são partes anatômicas do corpo como órgãos, membros e seus componentes, atividade é a execução de uma ação ou tarefa por um indivíduo e participação é envolvimento de um indivíduo numa situação da vida real.
- b) Fatores ambientais e pessoais - se referem ao ambiente social, físico e atitudinal em que as pessoas vivem e guiam sua vida.

A CIF parte da análise de que dois indivíduos com a mesma doença podem apresentar funcionalidades em diferentes níveis e dois indivíduos com a mesma funcionalidade podem não possuir a mesma doença, baseando-se no que o indivíduo pode ou não fazer em sua vida diária e opera com a abordagem biopsicossocial para aferir os diferentes níveis de funcionalidade que possam se apresentar no caso concreto (CIF-CJ, 2011). Ou seja, na concepção biopsicossocial houve a junção da “perspectiva biológica, individual e social, encontramos a incapacidade focada em outras bases. Ela é um problema criado socialmente”²⁷.

Na verdade, esta concepção é uma tentativa de unir, como complementares dois modelos que antes eram vistos como opostos. O modelo médico que continua

²⁵ FARIAS; BUCHALLA, 2005

²⁶ 2014, p. 36.

²⁷ COSTA, 2014, p. 41.

presente na sociedade e que vê a incapacidade como um problema individual e o modelo social onde esta questão é tratada como opressão social²⁸.

A CIF conduziu um novo paradigma para refletir a deficiência e a incapacidade não como resultado de uma situação de saúde ou doença, mas igualmente relacionadas ao meio ambiente físico e social, diferenças entre culturas e atitudes em relação à deficiência e disponibilidade e acesso de serviços e legislação.

Apresentando assim, um olhar renovado acerca do conceito sobre saúde e deficiência, dando margem para o surgimento de um novo paradigma de avaliação e identificação entre deficiência e funcionalidade em 2007, elaborado pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência o qual será analisado no próximo tópico.

A Convenção De Nova Iorque

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas (ONU) e seu Protocolo Facultativo foram assinados na cidade de Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Esta Convenção foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo no 186, de 9 de julho de 2008, e, posteriormente promulgada pelo Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009, obtendo equivalência à emenda constitucional por força do § 3º do artigo 5º da CF/88.

O texto firmado durante a Convenção e seu protocolo facultativo consolidaram o disposto na CIF em relação aos direitos das pessoas com deficiência, trazendo maiores progressos no sentido de obrigar os Estados Partes signatários a executarem uma série de políticas que visem a garantia dos direitos da pessoa com deficiência.

Dentre os motivos elencados para a elaboração dispostos no texto da Convenção de Nova Iorque foram lembrados os princípios de dignidade e igualdade de direitos e a Declaração Universal dos Direitos Humanos:

- a) Lembrando os princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, que reconhecem a dignidade e o valor inerentes e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,
- b) Reconhecendo que as Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, proclamaram e concordaram que toda

²⁸ COSTA, 2014.

- pessoa faz jus a todos os direitos e liberdades ali estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie,
- c) Reafirmando a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a necessidade de garantir que todas as pessoas com deficiência os exerçam plenamente, sem discriminação, ...
 - d) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas,
- [...]
- w) Reconhecendo a importância da acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação e à informação e comunicação, para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais,
 - x) Conscientes de que a pessoa tem deveres para com outras pessoas e para com a comunidade a que pertence e que, portanto, tem a responsabilidade de esforçar-se para a promoção e a observância dos direitos reconhecidos na Carta Internacional dos Direitos Humanos²⁹.

A Convenção declara que a participação plena e efetiva de um indivíduo na sociedade pode ser prejudicada quando sua deficiência opera com as mais variadas barreiras, tocando ao Estado o fomento de medidas que auxiliem o cidadão a superar essas barreiras, possibilitando acesso à dispositivos e tecnologias assistivas, viabilidade de locomoção em áreas urbanas e rurais, acesso ao trabalho digno, vida independente, habilitação e recuperação baseados em avaliação multidisciplinar, padrão de vida e proteção social adequados, dentre outros.

Segundo a Convenção a pessoa com deficiência tem direito ao exercício e participação ativa das funções inerentes à vida em sociedade, competindo ao Poder Público a execução de leis que favoreçam esta condição, estabelecendo programas de conscientização a todos sobre a importância da inclusão, proporcionando os meios aos quais o deficiente prescinde para sua integração, de modo a minimizar as barreiras que possui. Estes meios incluem o atendimento de equipe multidisciplinar na residência do indivíduo caso não lhe seja possível o deslocamento. Conforme a Convenção uma pessoa deficiente não

²⁹ Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas, 2007, s/p.

é um ser à margem da sociedade, mas uma pessoa que deve ser clarificada acerca da importância de sua participação e interação na sociedade e deve atuar para que sejam atendidas e respeitadas as metas e diretrizes convencionadas.

Todavia, passados quase dez anos da ratificação desta Convenção, pouco se concretizou em relação as metas propostas. Pode-se assumir que um dos ganhos foi a elaboração e aprovação da Lei nº 13.146/2015 conhecida como Estatuto da pessoa com deficiência efetivando o compromisso na criação de leis que viabilizem a efetivação do disposto na Convenção e que será abordada no próximo item.

O Estatuto da pessoa com deficiência

A Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015 estabelece o Estatuto da pessoa com deficiência. O teor do Estatuto é baseado nas orientações da Convenção Internacional da ONU para promoção dos direitos das pessoas com deficiência e de deveres do Estado na concretização destes direitos.

A Lei indica que se enquadra como pessoa com deficiência a que tem impedimento de longo prazo e que em interação com uma ou mais barreiras tem obstruída sua participação na sociedade.

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Determina ainda, a obrigação de avaliação biopsicossocial para aferir a deficiência e determina que esta avaliação deverá ser acompanhada por equipe multiprofissional e interdisciplinar:

[...]

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação.

O texto também traz questões sobre o direito à habilitação, reabilitação e trabalho declarando que,

Art. 14. O processo de habilitação e de reabilitação é um direito da pessoa com deficiência.

Parágrafo único. O processo de habilitação e de reabilitação tem por objetivo o desenvolvimento de potencialidades, talentos, habilidades e aptidões físicas, cognitivas, sensoriais, psicossociais, atitudinais, profissionais e artísticas que contribuam para a conquista da autonomia da pessoa com deficiência e de sua participação social em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas.

Art. 15. O processo mencionado no art. 14 desta Lei baseia-se em avaliação multidisciplinar das necessidades, habilidades e potencialidades de cada pessoa, observadas as seguintes diretrizes:

- I. diagnóstico e intervenção precoces;
- II. adoção de medidas para compensar perda ou limitação funcional, buscando o desenvolvimento de aptidões;
- III. atuação permanente, integrada e articulada de políticas públicas que possibilitem a plena participação social da pessoa com deficiência;
- IV. oferta de rede de serviços articulados, com atuação intersetorial, nos diferentes níveis de complexidade, para atender às necessidades específicas da pessoa com deficiência;
- V. prestação de serviços próximo ao domicílio da pessoa com deficiência, inclusive na zona rural, respeitadas a organização das Redes de Atenção à Saúde (RAS) nos territórios locais e as normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 16. Nos programas e serviços de habilitação e de reabilitação para a pessoa com deficiência, são garantidos:

- I. organização, serviços, métodos, técnicas e recursos para atender às características de cada pessoa com deficiência;
- II. acessibilidade em todos os ambientes e serviços;
- III. tecnologia assistiva, tecnologia de reabilitação, materiais e equipamentos adequados e apoio técnico profissional, de acordo com as especificidades de cada pessoa com deficiência;
- IV. capacitação continuada de todos os profissionais que participem dos programas e serviços.

Conforme disposto na Lei, cabe ao Executivo a execução de políticas públicas que favoreçam e garantam à pessoa com deficiência o exercício de seus direitos e sua integração com a sociedade independente do meio em que vive, se urbano ou rural.

Ainda, o Estatuto da pessoa com deficiência estabelece a necessidade de se executar políticas públicas voltadas para o trabalho, possibilitando à estas pessoas sua inclusão e permanência no mercado de trabalho.

Art. 35. É finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho.

Parágrafo único. Os programas de estímulo ao empreendedorismo e ao trabalho autônomo, incluídos o cooperativismo e o associativismo, devem prever a participação da pessoa com deficiência e a disponibilização de linhas de crédito, quando necessárias.

Assim, a pessoa com deficiência tem direito ao trabalho e à inclusão em políticas públicas que favoreçam sua integração social, cabendo ao Poder Público a execução e efetivação destas garantias.

Após a análise acerca da mudança de percepção do Estado em relação às Pessoas com deficiência passa-se a aferir as principais políticas públicas brasileiras voltadas para as pessoas com deficiência e que visam promover sua inclusão na sociedade.

A atuação das principais políticas públicas brasileiras voltadas para a Pessoa com Deficiência

Antes de adentrar no tema sobre as principais políticas públicas brasileiras voltadas para as pessoas com deficiência faz-se necessário buscar compreender o que são políticas públicas. Desta forma, neste capítulo será abordado primeiramente o conceito de políticas públicas e no seguimento as principais políticas públicas existentes no Brasil, a LOAS e a política de inclusão no trabalho.

O que são Políticas Públicas

As políticas públicas não apresentam uma conceituação, sendo moldadas de acordo tanto com sua utilização empírica quanto teórica. Porém

[...] apesar de optar por abordagens diferentes, as definições de políticas públicas assumem, em geral, uma visão holística do tema, uma perspectiva de que o todo é mais importante de que a soma das partes e que indivíduos, instituições, interações, ideologia e interesses contam, mesmo que existam diferenças sobre a importância relativa desses fatores³⁰.

Um dos conceitos mais difundidos atualmente é o de que, a partir de um apanhado de conceituações chegou-se à definição de que política pública é “o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação [...] e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações”³¹.

³⁰ SOUZA, 2012, p. 69

³¹ SOUZA, 2006, p. 26.

Até a década de 1970, conforme Lanna Jr. (2010), as pessoas com deficiência no Brasil não possuíam espaço para a participação nas decisões de sua própria vida, dependendo muitas vezes, da caridade e da compaixão alheia e as ações governamentais se resumiam a programas assistencialistas.

Paralelamente as parcas ou quase inexistentes iniciativas do Estado, no final desta década, ocorreram diversas mobilizações organizadas por pessoas com deficiência que culminaram com a criação do “movimento político das pessoas com deficiência”, tornando-os agentes políticos ativos e protagonistas de suas lutas e demandas. Este movimento tinha como objetivo reivindicar e lutar pelos direitos deste grupo, por igualdade de oportunidade, e ocupar espaço na arena pública, assumindo papel de agente político, no momento de enfraquecimento do regime militar.

Segundo Lanna Jr. (2010) o movimento composto por pessoas com deficiência, nas últimas duas décadas, buscou “refinar conceitos e mudar paradigmas, criando uma base sólida para a construção de uma nova perspectiva sobre a deficiência³²”.

Um dos principais avanços na busca de regulamentar a inclusão e a garantia de direitos das pessoas com deficiência foi a edição do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 e dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolidando as normas de proteção que em seu artigo 2º atribui ao poder público:

[...]assegurar à pessoa portadora de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à previdência social, à assistência social, ao transporte, à edificação pública, à habitação, à cultura, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico³³.

Segundo Araújo (2013), no Brasil as políticas públicas são ainda desconexas e não estão diretamente ligadas as reais demandas das pessoas com deficiência, não trabalhando para solucionar ou amenizar as dificuldades diárias desta parte da população. E mesmo tendo a legislação sobre o tema considerada a mais avançada do continente americano, as pessoas com deficiência ainda vivem uma

³² LANA JR., 2010, p. 16.

³³ BRASIL, 1999, s/p.

realidade de dificuldades, discriminação e desrespeito em virtude da sociedade, na maioria das vezes, não respeitar suas necessidades e direitos.

As principais políticas públicas para as pessoas com deficiência

Dentre as políticas públicas criadas para atender a inclusão das pessoas com deficiência podem ser citadas duas políticas principais que atuam em situações diferentes da vida da pessoa com deficiência e favorecem sua inclusão na sociedade. O LOAS que é administrado pelo INSS como política de assistência social e a inclusão no mercado de trabalho que propicia que o jovem ou adulto com deficiência possa trabalhar e promover seu sustento, tornando-se produtivo no meio social em que vive.

Estas duas políticas serão analisadas a seguir, individualmente, considerando suas características, objetivos, casos em que são aplicadas, de que forma e sua eficácia caso já tenha sido constatada.

Lei Orgânica da Assistência Social

A Lei Orgânica da Assistência Social, conhecida popularmente por LOAS, Lei 8.7142 de 07/12/1993 entrou em vigor na data de sua publicação e dispõe sobre a organização e funcionamento da Assistência Social.

No capítulo IV da referida lei, consta o Benefício de Prestação Continuada, ou seja, “a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família³⁴” (BRASIL, 1993, s/p).

Entende-se pelo requisito de “não possibilidade de prover as necessidades básicas de sobrevivência quando seu núcleo familiar tiver uma renda de menos um quarto (1/4) do salário mínimo *per capita*.”

Este benefício não tem caráter contributivo, não se constituindo em um benefício concedido em caráter previdenciário, assim o favorecido não tem o *status* de aposentado, o que impossibilita a transferência do BPC, não origina pensão aos dependentes em caso de falecimento do beneficiário e este também não faz jus ao pagamento do 13º salário - abono salarial anual³⁵.

A regulamentação do BPC ocorreu em setembro de 2007 com a entrada em vigor do Decreto nº 6.214, tratado na Lei nº 8.742/93, quando foram inseridos os

³⁴ Entende-se por família “a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes” (BRASIL, 1993, s/p)

³⁵ RADDATZ, 2014, s/p.

parâmetros para a concessão da prestação continuada para as pessoas com deficiência:

Art. 16. A concessão do benefício à pessoa com deficiência ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, com base nos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde - CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde no 54.21, aprovada pela 54ª Assembleia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001.

§ 1º A avaliação da deficiência e do grau de incapacidade será composta de avaliação médica e social

§ 2º A avaliação médica da deficiência e do grau de incapacidade considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo, e a avaliação social considerará os fatores ambientais, sociais e pessoais, e ambas considerarão a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social, segundo suas especificidades.

§ 3º As avaliações de que trata o § 1º serão realizadas, respectivamente, pela perícia médica e pelo serviço social do INSS³⁶.

Assim, em 2011, foi dada uma nova redação no § 2º do art. 20 da LOAS a partir da Lei 12.435/2011 que alterou a Lei nº 8.742/1993. Para efeito de concessão do benefício, o conceito de pessoa com deficiência passou a ser “aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas” (BRASIL, 2011, s/p).

Todavia, os impedimentos de longo prazo ainda foram caracterizados como “aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos” (2011, s/p), ou seja, também vinculados a incapacidade de atividade laboral.

Através do Decreto 7.617/2011, é incluído o § 5º, no artigo 16 da Lei 8.742/1993, elencando os objetivos da avaliação da deficiência e seu grau:

- I. comprovar a existência de impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial; e
- II. aferir o grau de restrição para a participação plena e efetiva da pessoa com deficiência na sociedade, decorrente da interação dos impedimentos a que se refere o inciso I com barreiras diversas (BRASIL, 2011, s/p).

Nesse sentido pode-se dizer que se inicia a inclusão, ao menos no corpo da lei, do modelo biopsicossocial da deficiência, que passa a ser vista como a soma de

³⁶ BRASIL, 2007, s/p.

experiências do corpo (física, mental, intelectual ou sensorial), atrelada às diversas formas de restrições existentes e reproduzidas pela sociedade que impedem o indivíduo de se integrar de forma plena.

Todavia, a eficácia da avaliação para concessão do Benefício de Prestação Continuada é objeto de críticas como resta demonstrado por uma pesquisa estatística realizada na agência de Assis Chateaubriand no Paraná, pelas autoras Bim e Murofose em 2014, a partir dos pedidos de BPC daquela autarquia.

A análise dos dados coletados demonstrou que a concessão dos BPCs é em geral fundamentada no biologicismo predominando nas avaliações a percepção do modelo médico que determinam o “prazo de validade da deficiência” do requerente de forma geral:

[...] focaliza a avaliação e tratamento nos sinais e sintomas, valorizando sobremaneira a entidade estrutural patológica. Deste modo, associa-se à unicausalidade, conferindo uma dimensão estritamente biológica ao ser humano, descontextualizando-o de sua posição biográfica, familiar e social³⁷.

A pesquisa ainda demonstrou que após o abarcamento da avaliação baseado na CIF, o número de pessoas com deficiência que tiveram seus pedidos de benefícios negado foi maior que o número de solicitações anteriores à implementação deste tipo de avaliação.

As pesquisadoras que desenvolveram o estudo acreditam que parte dos indeferimentos se devem à disposição legislativa contida no Decreto Federal 6.214/2007, art. 4º, § 3º onde “considera-se impedimento de longo prazo aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de dois anos”. Tal disposição, restringe sobremaneira o acesso ao BPC, além de definir prazo não especificado na Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência³⁸ ratificada pelo Brasil.

Trata-se de uma questão interpretativa pois o termo “longo prazo” não se define como o tempo para se constituírem os impedimentos, mas sim para definir quais as divisas que definem as diferentes incapacidades, contribuindo para o seu reconhecimento.

Porém, não foi este o entendimento do INSS tendo em vista que a autarquia determinou que para concessão do BPC deveriam ser consideradas apenas as

³⁷ BIM; MUROFOSE, 2014, p. 348

³⁸ Decreto 6.949/2009

deficiências que incapacitam o indivíduo pelo prazo de dois anos, ou seja não levam em conta as barreiras externas e a percepção da opressão social envolvida na questão da deficiência. Ou seja:

[...] tal perspectiva não foi adotada pelo INSS quando da modificação feita na forma de avaliação médico-pericial e social. Por meio de um Ato Institucional, editado em 24 de maio de 2011, através da Portaria conjunta MDS/ INSS n. 01 e regulamentado internamente pelo Memorando Circular Conjunto Dirsat/Dirben/Dirat/INSS n. 03, a normativa definiu, então, que, para fins de concessão do BPC, se consideraria pessoa com deficiência aquela com impedimentos que, associados às diversas barreiras, incapacitam o indivíduo para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de dois anos³⁹.

Desta forma, mesmo que o instrumental de avaliação social indique que o indivíduo faz jus ao BPC, o requerente terá seu pedido negado, caso na análise médico pericial o perito entender que a incapacidade durará um período inferior a dois anos.

De acordo com a regulamentação do atual instrumental de avaliação, entretanto, seria o conteúdo das informações constantes tanto na avaliação médica quanto na avaliação social, ou seja, uma análise conjunta, o que deveria definir a decisão pelo deferimento ou indeferimento do benefício. E isto não foi, também, o que indicaram os resultados obtidos no presente estudo em relação aos 204 requerimentos analisados, correspondentes ao período posterior à implantação da Portaria Conjunta MDS/INSS n. 01, de 24 de maio de 2011, quais sejam: 49,02% dos benefícios requeridos indeferidos por se constatar deficiência temporária, que, somados ao número de indeferimentos por não haver incapacidade para a vida independente e para o trabalho (6,86%), resultam em um **total de indeferimentos por não constatação de incapacidade, no montante de 55,88%**⁴⁰. (grifo nosso)

Por conseguinte, mesmo a normativa definindo a necessidade de uma avaliação biopsicossocial, que deve ser realizada por equipe multidisciplinar, o que se constata no caso concreto é que mesmo quando há esta avaliação, o peso da avaliação médica se sobrepõe à avaliação social.

A utilização do instrumental de avaliação, conforme tem-se verificado:

[...], não tem contribuído para o alcance da plena finalidade almejada pela CF/88; ao contrário, tal regulamentação favoreceu ainda mais a

³⁹ BIM; MUROFOSE, 2014, p. 358

⁴⁰ BIM; MUROFOSE, 2014, p. 359

forma seletiva, restritiva e arbitrária de averiguação, excluindo muitos deficientes e pobres do acesso ao benefício. Conclui-se assim que o modelo de avaliação vigente não pode ser considerado um canal para ampliar direitos, pois os itens que compõem o instrumental de avaliação social e médico-pericial estão postos de forma fechada e predeterminada, com avaliadores seguindo um roteiro bastante rígido e extremamente burocrático, que tenta, por meio da suposta objetividade e neutralidade possível, construir elementos para negar a exigência de um direito também pela via judicial⁴¹.

Portanto, verifica-se que a eficácia do BPC é limitada pois o instrumental de avaliação se tornou assim, não instrumento de acesso ao direito do indivíduo, mas um aparato que restringe ainda mais o acesso a este direito.

Analisada a Lei Orgânica da Assistência Social e seus quesitos para concessão de benefício à pessoa com deficiência, passa-se a explorar a política de inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho.

Inclusão no mercado de trabalho

O Brasil tem realizado vários avanços, principalmente no ordenamento jurídico, em relação à inclusão social da pessoa com deficiência e sua inclusão no mercado de trabalho⁴².

Um exemplo é a Lei nº 8.213/91, conhecida como lei de cotas, e que defende o emprego da pessoa com deficiência obrigando as empresas com mais de 100 funcionários⁴³ a reservarem um percentual de vagas às pessoas com deficiência.

Todavia, o mercado de trabalho está longe de ser inclusivo, mesmo que existam vagas, estas não são preenchidas. O não cumprimento dessa lei pelos empregadores é justificada pela falta de mão-de-obra qualificada⁴⁴.

Sobre a falta de qualificação profissional, é importante frisar que, a educação inclusiva está diretamente ligada com a inclusão laboral, ou seja:

[...] a educação inclusiva permite, desde a infância, o convívio entre as pessoas com deficiência e as demais. Isto restringe o preconceito e a discriminação e favorece a inclusão. A educação inclusiva também estimula a pessoa com deficiência a lidar com outros indivíduos, aprimorando a relação que ela estabelecerá com a sociedade. No entanto, existem poucos educadores capazes de lidar com as

⁴¹ BIM; MUROFOSE, 2014, p. 356-357

⁴² SILVA; PRAIS; SILVEIRA, 2015.

⁴³ "Proporções que variam de acordo com o número de empregados: de 100 a 200, a reserva legal é de 2%; de 201 a 500, de 3%; de 501 a 1.000, de 4%, e acima de 1.001, de 5%" (OLIVEIRA, S/D).

⁴⁴ SILVA; PRAIS; SILVEIRA, 2015.

particularidades dessas pessoas, o que prejudica a formação e, consequentemente, a inclusão laboral⁴⁵.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência apresenta em seu rol de artigos as disposições gerais do direito ao trabalho, contendo desde a obrigatoriedade das empresas de direito público e privado de garantir um ambiente acessível às pessoas com deficiência, até o direito à igualdade de oportunidade, e proíbe qualquer tipo de discriminação no ambiente de trabalho.

Este Estatuto aborda em seu artigo 35 que “é finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho⁴⁶.

O Brasil, no âmbito das políticas públicas, mesmo antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência ser publicado, já havia instalado o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Viver sem Limite, criado em 2011, pelo decreto 7.612/2011 que tenciona implementar “os apoios necessários ao pleno e efetivo exercício da capacidade legal por todas as pessoas com deficiência⁴⁷”.

Este plano é executado pelo Governo Federal, em parceria com o Ministérios do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), Ministério da Educação (MEC), o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), em conjunto com a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)⁴⁸.

O “viver bem” apresenta como um de seus pontos estratégicos o ensino profissionalizante, utilizando-se do Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC), através da bolsa-formação para ministrar os cursos técnicos de nível médio, além da formação inicial e continuada (Cursos de qualificação profissional) (SEDPcD, S/D).

A realização destes cursos ficou ao encargo das instituições da Rede Federal de Educação Profissional e Tecnológica (Institutos Federais, Escolas técnicas que tenham vínculo com as universidades), serviços nacionais de aprendizagem (Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai), Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – *Senac*, serviço Nacional de aprendizagem do Transporte - SENAT e Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – SENAR)⁴⁹.

⁴⁵ SILVA; PRAIS; SILVEIRA, 2015, p.2552.

⁴⁶ SENADO FEDERAL, 2015, p. 24.

⁴⁷ SEDPD, s/d.

⁴⁸ MDSCF, SNAS, DBA, 2013.

⁴⁹ SDH/PR e SNPD, 2013, p.22.

Outro ponto estratégico do “Viver sem Limite” é o Programa Benefício de Prestação Continuada Trabalho, destinado as pessoas, da faixa etária 16 - 45 anos, que buscam uma qualificação, a inclusão no mercado de trabalho, e estão cadastrados no Benefício de Prestação Continuada (BPC) (SDH/PR e SNPD, 2013):

[...] benefício este concedido às pessoas com deficiência (...), cuja unidade familiar ao qual pertençam não consiga promover suas necessidades básicas de sobrevivência, sendo que essa assistência é concedida independente de adesão prévia ao regime previdenciário oficial (Instituto Nacional do Seguro Social – INSS)⁵⁰.

No momento em que a pessoa com deficiência é contratada por uma empresa, o BPC é suspenso, mas um grande avanço é a possibilidade de retorno do benefício caso o beneficiário perca o emprego (SDH/PR e SNPD, 2013:38), isso possibilitou uma maior tranquilidade para as pessoas com deficiência, pois anteriormente retornar ao benefício após a perda do emprego era um processo muito burocrático, havendo ainda a possibilidade de ser negado pelo INSS.

Ao que parece, o Estado transferiu a sua responsabilidade em grande parte para a sociedade civil e para as empresas, legislando de forma que os custos monetários fiquem a cargo destes.

Um exemplo é a Lei de cotas, que estipula uma reserva de vagas às pessoas com deficiência, no entanto o Estado participa apenas na área fiscalizatória, sem auxiliar ou subsidiar as adaptações necessárias à inclusão das pessoas com deficiência no ambiente de trabalho.

A elaboração das políticas por si só, não conseguem dar a dimensão do quanto essas ações realmente impactam na vida das pessoas com deficiência, a avaliação de como as políticas estão sendo implementadas é de suma importância para dar conta de como está ocorrendo (e se está ocorrendo) uma mudança na visão da sociedade, encarando como reivindicação de direitos e não de caridade ou compaixão.

Considerações finais

A abordagem inicial da presente pesquisa buscou verificar as ocorrências acerca das pessoas com deficiência nas primas eras da humanidade. Conforme ensinamento de Coulanges, Veyne e Silva, as crianças que nasciam com alguma deformidade ou não eram consideradas saudáveis eram submetidas ao

⁵⁰ BRASIL, 1993.

infanticídio. A lei romana (XII Tábuas) inclusive recomendava que fossem mortas as crianças “monstruosas” demonstrando o estigma que as pessoas com deficiência sofreram nas mais variadas épocas por apresentarem fisicamente um padrão diferente da normalidade. Este estigma foi modificando-se a medida que a humanidade se encaminhava para uma evolução nos seus conceitos sociais e morais.

No prosseguimento, observa-se a evolução do tratamento dado à pessoa com deficiência pelo Estado, perpassando o infanticídio, administrado em uma época em que se considerava o culto ao corpo e a valorização da sobrevivência do mais forte, a demonização, pensando ser a pessoa com deficiência fruto de uma relação demoníaca, a exclusão social proveniente de uma concepção de que possuir um familiar com deficiência era vergonhoso e deveria ser ocultado a todo custo e, mais recentemente o advento de um novo paradigma sobre a deficiência e a incapacidade gerando um movimento de luta pela inclusão social das pessoas com deficiência.

Na sequência analisa-se o que são políticas públicas de inclusão e duas das consideradas como principais políticas públicas voltadas para a inclusão da pessoa com deficiência.

A política promovida pelo LOAS e vinculada ao INSS busca atender à pessoa com deficiência que não possua condições de manter seu sustento e que por algum motivo não pode contar com o apoio de sua família para garantir sua sobrevivência.

Neste caso a pessoa com deficiência deve ingressar com um pedido junto a autarquia para análise de sua solicitação, onde são aferidos os critérios para concessão do benefício que não possui caráter contributivo, não gerando aposentadoria ou pensão aos seus dependentes.

Todavia, conforme mencionado por Bim e Murofose, a análise administrativa possui mecanismos engessados que dificultam sobremaneira o acesso da pessoa com deficiência ao benefício que tem direito.

A segunda política analisada foi a de inclusão no mercado de trabalho a qual verifica-se que antecede o Estatuto da pessoa com deficiência e tem relação direta com a política de inclusão educacional. Verifica-se ainda a criação da lei de cotas que busca obrigar as empresas públicas e privadas com determinado número de profissionais em seu quadro a contratar pessoas com deficiência, oportunizando assim que as pessoas com deficiência possam atuar como agentes de mudança de sua realidade social.

No entanto, o Estado apenas criou uma obrigação para as empresas e sociedades, atuando apenas na fiscalização da contratação, mas não se importando com a efetivação de uma política que auxilie verdadeiramente as empresas a se adaptarem ao funcionário que nela atuará ou nas adaptações necessárias a que o funcionário com deficiência necessitará realizar por sua própria conta para candidatar-se a uma vaga de trabalho.

Conclui-se a partir da pesquisa realizada que as políticas públicas aqui analisadas ainda carecem de melhores mecanismos de efetivação da inclusão das pessoas com deficiência, uma vez que atuam na fiscalização, mas não incentivam de forma mais contundente as mudanças necessárias para a desconstrução do estigma preexistente, exibindo uma falha em sua construção uma vez que demandam maiores esforços do ente público para sua efetivação.

Referências Bibliográficas

BARNES, C. Disability, Disability Studies and Academy. *In: Disabling – Enabling Environments*. SWAIN, J. et. al.(org). Londres: Sage Publications. 2004.

BARNES, C. **Emancipatory Disability Research: projet or process?** Public Lecture at Citu chambers, centre for Disability Studies, University of Leeds. 2001.

BARNES, C. **Independent Futures: policies practices and the illusion of inclusion**. Centre fro Disabiliy Studies, School of Sociology and Social Policy, University of Leeds. 2006.

BARNES, C.; MERCER, G. **Exploring disability**. 2ª edição. Polity, Cambridge, UK, 2010.

BARNES, C.; MERCER, G. Theorising and Researching Disability from a Social Model Perspective. In **'Implementing the Social Model of Disability: Theory and Research'** edited by Colin Barnes and Mercer (2004); Leeds: The Disability Press, pp. 1-17. 2004.

BIM, Miriam Cláudia Spada; MUROFUSE, Neide Tiemi. *Benefício de Prestação Continuada e perícia médica previdenciária: limitações do processo*. **Serviço Social e Sociedade**, São Paulo, n. 118, p. 339-365, 2014. Disponível em: <[http://dx.doi.org/10.1590/S0101-](http://dx.doi.org/10.1590/S0101-66282014000200007)

66282014000200007>. Acesso em 22 out. 2015.

BORGES, Márcia Leite; PASE, Hemerson Luiz. O novo conceito de pessoa com deficiência no brasil e a ampliação de direitos, ALACIP, 2017.

BRASIL. Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**. Brasília, 26 ago. 2009, Seção 1, p. 3.

BRASIL. Lei Complementar n 142/201. Regulamenta o § 1o do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. **Diário Oficial da União**. Brasília, 09 mai. 2013, Seção 1, p. 1.

BRASIL. Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 25 jul. 1991, Seção 1, p. 14809.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**. Brasília, 07 jul. 2015, Seção 1, p. 2.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; FURLAN, Karina Morgana. "O crescente processo de medicalização da vida: entre a judicialização da saúde e um novo modelo biomédico". In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo; PIERRE, Philippe. **Direitos Humanos, Saúde e Medicina: uma perspectiva internacional**. Rio Grande: Ed. Furg, p. 103-132, 2013.

COSTA, José Ricardo Caetano. **Direito do Trabalho e Direito Previdenciário: Subsídios ao Trabalho Social**. Jundiaí: Paco Editorial, 2013.

COSTA, José Ricardo Caetano. **Perícia Biopsicossocial: perspectivas de um novo modelo**.

Caxias do Sul: Plenum, 2014.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

CVI - Rio - Centro de Vida Independente do Rio de Janeiro. Nossa História. 2016. URL:< <http://www.cvi-rio.org.br/site/cvirio/>>. Acessado em: 11/12/2016.

FARIAS, Norma; BUCHALLA, Cassia Maria. *A classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde da organização mundial da saúde: conceitos, usos e perspectivas*. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 187-193, Junho, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbepid/v8n2/11.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2015.

FONTES, F. **Pessoas com Deficiência em Portugal**. Fundação Francisco Manuel dos Santos. Lisboa, PT. 2016.

GIDDENS, A. **Sociology**. 6ª edição. Polity Press. 2009. URL: <https://ia600206.us.archive.org/15/items/Sociology_6_edition/Sociology_6_edition.pdf>.

GOFFMAN, E. **Stigma: some notes on the management of spoiled identity**. Harmondsworth: Penguin. 1963.

LANNA JR, M.C.M. História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil. **Secretaria de Direitos Humanos**. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, Brasília. 2010

MARTINS, Bruno Sena. Deficiência, política e direitos sociais. *In: Juris – Revista da Faculdade de Direito*, v.26, Editora da Furg, Rio Grande, 2016.

MAUSS, Adriano; COSTA, José Ricardo Caetano. **Aposentadoria especial dos deficientes: aspectos legais, processuais e administrativos**. São Paulo: LTR, 2015.

OLIVER, M. **The Politics of Disablement**. Palgrave Macmillan. Nova Iorque. 1990.

OMS. CIF - Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. Trad. Rev. Amélia Leitão. Organização Mundial da Saúde. **Direção-Geral da Saúde**, Lisboa, 2004.

SASSAKI, R. Conceito de Vida Independente. 2001. *In: Vida Independente: na era da sociedade inclusiva*. RNR. São Paulo, (2004) SP.

SASSAKI, R. *Nota histórica: o primeiro centro de vida independente no mundo*. 1993. *In:*

Vida Independente: na era da sociedade inclusiva. RNR. São Paulo, (2004) SP.

SASSAKI, R. Os centros de vida independente como fonte de uma nova mentalidade em reabilitação. 1994. *In: Vida Independente: na era da sociedade inclusiva*. RNR. São Paulo, (2004) SP.

SDH/PR - Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República; SNPD - Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. **VIVER SEM LIMITE – Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência: SDH-PR/SNPD**. 2013.

SEDPD – Secretaria de Estado dos Direitos da Pessoa com Deficiência. **Convenção sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência**. 2008. <<http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br>>. Acessado em: 23/11/2015.

SEDPD – Secretaria de Estado dos Direitos da Pessoa com Deficiência (S/D). Um plano para o Brasil. URL: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/viversem limite>>.

SENADO FEDERAL. Estatuto da Pessoa com deficiência. Secretaria de Editoração e Publicações Coordenação de Edições Técnicas Brasília DF. 2015 URL:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/513623/>>

SILVA, O.M. **A EPOPÉIA IGNORADA: A Pessoa Deficiente na História do Mundo de Ontem e de Hoje**. Editora CEDAS, São Paulo. 1987.

SILVA, P.N.; PRAIS F.G.; SILVEIRA, A.M. Inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho em Belo Horizonte, Brasil: cenário e perspectiva. **Ciência & Saúde Coletiva**, 20(8):2549-2558. 2008. URL:<<http://www.scielo.br/pdf/csc/v20n8/1413-8123-csc-20-08-2549.pdf>>.

SOUZA, C. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: **Políticas públicas no Brasil**. HOCHMAN, G.; ARRETCHE, M.; MARQUES, E. Ed. FIOCRUZ, Rio de Janeiro. 2012.

SOUZA, C. Introdução Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias** - ano 8, nº 16. Porto Alegre jul/dez. 2006.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. *Direito Romano Clássico: seus institutos jurídicos e seu legado*. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. (Organizador). 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

VEYNE, Paul. *O império romano*. In: ARIES, Philippe; DUBY, Georges. **História da vida privada, 1: do Império Romano ao ano mil**. (Dir.). Trad. Hildegard Feist. Versão de bolso. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

WINZER, M.A. Disability and Society Before the Eighteenth Century. In: DAVIS, L.J. (ed).

The Disability Studies Reader. New York: Routledge. 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. (Organizador). 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA MODERNO A PARTIR DO CONCEITO DE RELAÇÕES DIALÓGICAS PROPOSTO POR BAKHTIN E SEU CÍRCULO: ANÁLISE JURÍDICO-DIALÓGICA DOS PRESSUPOSTOS PRESENTES NO PROJETO DE LEI Nº 6583/2013 (ESTATUTO DA FAMÍLIA)

Carlos Luiz Alves¹

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar dialogicamente o Projeto de Lei nº 6583/2013, Estatuto da Família dentro dos Princípios do Direito de Família Moderno. Trata-se de um projeto polêmico, elaborado pela bancada evangélica, que defende uma concepção de família tradicional. Neste trabalho, procuraremos analisar algumas vozes que se apresentam a favor e outras que se apresentam contra ao projeto. A partir dos pressupostos teóricos do Círculo de Bakhtin (2010), da ADD (Análise Dialógica do Discurso) e da Jurisprudência (ADPF 132 e da ADI 4277), identificaremos as relações dialógicas presentes no momento da discussão do projeto. Além das relações dialógicas, estudaremos as questões ideológicas de natureza jurídica que perpassam os discursos, fatos que contribuem para a compreensão das contradições que giram em torno do projeto. Esse estudo se faz necessário, à medida que tais discussões perpassam o ambiente das salas de aulas, mais especificamente dentro do Direito de Família, situação está que requer uma postura ética e responsável de todos os envolvidos.

Palavras-chave: Família; Estatuto; Relações Dialógicas; Análise do Discurso.

¹ Mestre em Linguística pela Universidade Cruzeiro do Sul e Graduando em Direito pela FMU, com MBA em Gestão Empreendedora: Educação pela Universidade Federal Fluminense. Atualmente exerce a função de docente da Escola de Negócios e Hospitalidade da FMU, com pesquisas na área de Empreendedorismo e Gestão, Gestão do Conhecimento e Inovação. É coordenador do Projeto de Extensão “Liberdade Empreendedora” com foco na Responsabilidade Social e desenvolvimento de Economia Criativa.

PRINCIPLES OF MODERN FAMILY LAW FROM THE CONCEPT OF DIALOGICAL RELATIONS PROPOSED BY BAKHTIN AND HIS CIRCLE: JURIDICAL AND DIALOGICAL ANALYSIS OF THE ASSUMPTIONS PRESENT IN PROJECT LAW NO. 6583/2013 (STATUTE OF THE FAMILY)

Abstract

The present work aims to analyze dialogically the Project Law No. 6583/2013 (Statute of the Family) within the Principles of Modern Family Law. It is a controversial project, elaborated by the evangelical group, which defends a conception of traditional family.

In this work, we will try to analyze some voices that are in favor and others that present themselves against the project. From the theoretical assumptions of the Bakhtin Circle (2010), ADD (Dialogical Discourse Analysis) and Jurisprudence (ADPF 132 and ADI 4277), we will identify the dialogic relations present at the time of the project discussion. In addition to the dialogical relations, we will study the ideological questions of a juridical nature that permeate the discourses, facts that contribute to the understanding of the contradictions that revolve around the project. This study is necessary, as such discussions permeate the classroom environment, more specifically within Family Law, a situation that requires an ethical and responsible attitude of all those involved.

Keywords: Family; Statute; Dialogical Relationships; Speech analysis.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Já dizia Bakhtin/Volochínov (1997, p.91) em *Marxismo e Filosofia da Linguagem* que *tratar a língua, como sistema de normas imutáveis e incontestáveis é cometer um grave erro*, fato que acaba por desprezar todo um contexto de produção de sentidos. Desta forma, neste artigo, procuraremos analisar as relações dialógicas que cruzam e perpassam os inúmeros discursos que afetam direta ou indiretamente a elaboração do Projeto de Lei nº 6583/2013, que, no momento, encontra-se em tramitação na Câmara Federal, pelo Dep. Anderson Ferreira (PR-PE).

Para isso, analisaremos as repercussões feitas pelos alunos do 1º semestre do Curso de Administração de uma universidade particular da cidade de São Paulo em relação aos artigos 1º e 2º do referido projeto, assim como dos dispositivos legais sobre o modelo de família previsto no Artigo 226 da Constituição Federal,

como também dos princípios de adoção previstos na Lei 8069/90 ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), às decisões do STF (Supremo Tribunal Federal), como a dos julgamentos da ADPF 132 e da ADI 4277 e também as que envolvem processos de adoção por casais homoafetivos, assim como a de discursos de movimentos sociais que *lutam* em defesa dos direitos das minorias como as dos casais homoafetivos.

A participação dos alunos do 1º semestre do curso de Administração ocorreu no momento em que se trabalhava o conceito e produção de um *Artigo de Opinião*, que era umas das atividades propostas para a disciplina Leitura, Linguagem e Discurso do ano de 2015.

A partir de um texto-guia elaborado pelo professor, em que constavam excertos dos temas acima, tendo como base o conceito de *arquitetônica* de Bakhtin (2011), os alunos leram e produziram uma *dissertação escolar*, em que emitiram suas opiniões a respeito desse Projeto de Lei, mais especificamente, em relação aos direitos civis de homossexuais, como os de constituírem famílias, por meio da união civil, e, conseqüentemente, os de terem os mesmos direitos de adoção previstos para os casais heterossexuais.

O CONCEITO DE ARQUITETÔNICA, DIÁLOGO E DE RELAÇÕES DIALÓGICAS

Pensando no modelo de *arquitetônica* proposto por Bakhtin (2010), foram utilizados quatro excertos de textos, que foram colocados em folha única, para que os alunos pudessem articulá-los de forma mais realista, buscando um todo de sentido, pois, entendemos que sem estabelecer uma relação (diálogo) entre os mesmos, acreditamos que haveria um isolamento dos textos, dificultando a compreensão de todo um processo discursivo. Neste sentido, o *enunciado em sua plenitude é informado como tal pelos elementos extralinguísticos (dialógicos), está ligado a outros enunciados. Esses elementos extralinguísticos (dialógicos) penetram o enunciado também por dentro* (BAKHTIN,2010, p 313).

A partir desta visão bakhtiniana de produção de enunciados concretos, é possível traçar um caminho teórico-metodológico para a nossa análise que procurará identificar, nas várias réplicas elaboradas pelos alunos, elos ou elementos que dialogam entre si em um contexto de relações dialógicas e de produção de sentidos

Segundo Campos (2012), a partir do conceito de *arquitetônica* é possível pensar o mundo dos sentidos, da diversidade, da cultura sem precisar eliminar as análises formais, mas entendendo o movimento das relações dialógicas, pois para Bakhtin

a unidade de sentido se dispõe ao redor de um centro concreto de valores que é pensado, visto, amado dos quais surgem afirmações, ações reais de membros também reais, que se encontram vinculados entre si por meio de relações em virtude de um fato concreto.

A tramitação do Projeto de Lei nº 6583/2013 foi o fato concreto. Conhecido como *Estatuto da Família*, proposto pelo Deputado Anderson Ferreira (PR-PE), propõe redução de direitos concedidos aos homossexuais como a *união homoafetiva* e a *adoção*, estatuto que, em seu artigo 2º, define família *como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ficando, assim, de fora outros modelos ou formas de família.*

Segundo Chaves (2011), enquanto o Legislativo “cochilava”, isto é, não se preocupava com o tema, procurando elaborar leis mais condizentes à realidade do país, o Judiciário fez valer os princípios constitucionais da igualdade e liberdade, quando no julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277, fato que representou uma genuína quebra de paradigmas e um avanço para o nosso Direito de Famílias.

Na ocasião, o STF (Supremo Tribunal Federal) entendeu que a união homoafetiva é entidade familiar, e que dela decorriam todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher, equiparando assim a união homoafetiva como união estável. Na época, as duas ações foram julgadas procedentes por unanimidade dos magistrados, sendo que grande parte dos Ministros acompanhou a integralidade o sensível e juridicamente preciso voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, ressaltando a postura consensual da Corte contra a discriminação e o preconceito. Identificados os pressupostos legais para configuração da união estável, consubstanciada na convivência pública, continuada e duradoura, com intuito de formação de família, os ministros também chegaram à conclusão de que também os casais homossexuais *“formam uniões estáveis aptas ao usufruto de todos os direitos e ao exercício de deveres decorrentes do mesmo sentimento: que é o amor e a afetividade”*.

Assim, as uniões homoafetivas, à época, foram equiparadas às uniões estáveis. Mas o que dizer sobre o casamento civil? Sendo que este é um dos questionamentos mais recorrentes quando se debate sobre os “Direitos das Famílias” no STF? Pois, muitos dos julgadores e diversos membros da sociedade civil, ao interpretarem o Art. 1723 do Código Civil brasileiro, buscam-lhe uma nova luz tendo como base os princípios previstos em nossa Constituição, equiparando, enfim, as duas entidades, como famílias, embora o casamento civil homoafetivo ainda não seja permitido.

Muitos doutrinadores e membros da magistratura afirmam que o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo é, sim, possível, como um efeito direto ou natural da decisão do STF. Desta forma, o Art. 1.726 do Código Civil Brasileiro é bem claro e explícito ao estabelecer que "*a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil*".

A partir da publicação do Projeto de Lei, começaram pela mídia e internet protestos com o objetivo de incluir no projeto outras formas ou modelos de famílias, que já são reconhecidos pelo Poder Judiciário. Por meio das redes sociais, ativistas mobilizaram a sociedade criando um contexto de debate, de relações dialógicas e ideológicas que é o nosso objeto de investigação neste trabalho.

Para isso, foi feito um recorte de alguns enunciados que circulam pela internet e o colocamos em *discussão* em sala de aula, de forma cotejada, para que os alunos debatessem sobre modelos de família, união homoafetiva, casamento civil homoafetivo e critérios de adoção de nossa sociedade. Os resultados foram relevantes, pois podemos concluir que quanto maior o nível escolar dos indivíduos, mais abertas são as pessoas para reconhecerem direitos e outras formas de famílias que convivem à sombra de um modelo tradicional composto apenas da união de um homem e de uma mulher.

Neste estudo, também, pudemos perceber que as tradições religiosas pouco ou nada interferem nas opiniões das pessoas, pois somente um número bastante reduzido (menos de 10%) se posicionou contra o casamento *gay* e a adoção de crianças tendo como referências valores religiosos.

Ao colocar esses enunciados que *circulam* pela internet em contato com os alunos, em uma perspectiva teórico-metodológica ou *arquitetônica*, em que ocorrem juízos de valor, tom valorativo, posicionamento axiológico dos debatentes, costumes, leis e jurisprudência, foi possível refletir sobre as questões ideológicas propostas pelo Círculo de Bakhtin, que refletem a hermenêutica do processo de reconhecimento do casamento civil homoafetivo, assim como a de todos os efeitos a ele recorrentes, em um momento de relações dialógicas que se consubstanciam no momento de elaboração de enunciados concretos, como a de culminação de um lei que reconheça este novo modelo familiar.

As relações dialógicas, deste modo, são extralinguísticas. Ao mesmo tempo, porém, não podem ser separadas do campo do discurso, ou seja, da língua enquanto fenômeno integral concreto. A linguagem vive apenas na comunicação dialógica daqueles que a usam. É precisamente essa comunicação dialógica que constitui o verdadeiro campo da vida

da linguagem. Toda a vida da linguagem, seja qual for seu campo de emprego (a linguagem cotidiana, a prática, a científica, a artística, etc.), está impregnada de relações dialógicas. (BAKHTIN, 1981, p. 158)

Para Bakhtin (1981, p.158), *não há e nem pode haver quaisquer relações dialógicas na linguagem, enquanto objeto da linguística*, ou seja, enquanto formulações abstratas, para que haja *relações dialógicas* é necessário que os textos (aqui chamados enunciados) circulem pela sociedade.

Não pode haver relações dialógicas igualmente entre os textos, vistos também sob uma perspectiva rigorosamente linguística. Qualquer confronto puramente linguístico ou grupamento de quaisquer textos abstrai forçosamente todas as relações dialógicas entre eles enquanto enunciados integrais. (BAKHTIN, 1981, p.158)

Tal definição coaduna com a impossibilidade de se aplicar diretamente, sem um confronto dialógico com a sociedade em geral, os pressupostos que abarcam a natureza de um casamento civil entre um homem e uma mulher, previsto no Art. 1726, Código Civil, com a natureza originária de uma união estável tradicional a uma união estável homoafetiva, que é objeto de análise deste trabalho.

Aprofundando este conceito de *relações dialógicas*, Bakhtin (1981) informa que as mesmas só se tornam possíveis a partir de *relações lógicas* ou *concreto-semânticas* entre os enunciados. Em outras palavras, as relações dialógicas só acontecem quando são *materializadas*, isto é, quando se tornam *discurso* e ganham autoria, ou seja, há um sujeito que se posiciona e faz juízos de valor a partir de um determinado ponto de vista, refletindo e refratando atos éticos e estéticos sobre o objeto discursivo em questão. Assim quando um grupo reconhece um único tipo tradicional de casamento, é a isso que nos referimos.

As relações dialógicas são absolutamente impossíveis sem relações lógicas e concreto-semânticas, mas não irredutíveis a estas e têm especificidade própria. Para tornarem-se dialógicas, as relações lógicas e concreto-semânticas devem, como já dissemos, materializar-se, ou seja, devem passar a outro campo da existência, devem tornar-se discurso, ou seja, enunciado e ganhar autor, criador de dado enunciado cuja posição ela expressa. (BAKHTIN, 1981, p.159)

Bakhtin (1981) dá um exemplo de *relações lógicas* como ponto de partida para o entendimento das condições que ocorrem as *relações dialógicas*, propondo dois enunciados em que se encontram em oposição (afirmação e negação): *a vida é boa e a vida não é boa*.

A vida é boa. A vida não é boa. Estamos diante de dois juízos revestidos de determinada forma lógica e um conteúdo concreto-semântico (juízos filosóficos acerca do valor da vida) determinado. Entre esses juízos há certa relação lógica: um é a negação do outro. Mas entre eles não há nem pode haver quaisquer relações dialógicas, eles não discutem absolutamente entre si (embora possam propiciar matéria concreta e fundamento lógico para a discussão). Esses dois juízos devem materializar-se para que possa surgir relação dialógica entre eles ou tratamento dialógico deles. Assim, esses dois juízos, como uma tese e uma antítese, podem unir-se num enunciado de um sujeito, que expresse a posição dialética uma desta em relação a um dado problema. Neste caso não surgem relações dialógicas. Mas se esses dois juízos forem divididos entre dois diferentes enunciados de dois sujeitos diferentes, então surgirão entre eles relações dialógicas. (BAKHTIN, 1981, p.159)

Assim, ao tratarmos da validade ou não do casamento civil homoafetivo, não podemos simplesmente, por analogia, partindo-se de uma lógica jurídica que produz efeitos sobre toda a legislação, quando se diz que, na verdade, são questões culturais e tradicionais que se encontram em jogo. Em outras palavras, seria ineficaz apenas a hermenêutica da lei, ou apenas as decisões judiciais, sem o pressuposto de levar em conta uma mudança de paradigmas que traduzem as contradições e as aspirações de uma sociedade.

Desta forma, para entendermos as condições em que ocorrem as *relações dialógicas*, segundo Bakhtin (1981), devemos admitir, pelo menos, a existência de dois ou mais sujeitos (enunciadores) que discutem *algum assunto entre si*, de forma coerente ou lógica.

Tendo como referência os enunciados concretos tendo como base ou fundamento o Artigo 2º do Projeto de Lei, é possível verificar como sucedem relações *lógicas e dialógicas*, observando as falas (réplicas) dos alunos em relação ao conceito de família e de casais homoafetivos de adotarem crianças.

Réplica 1: a favor da adoção por casais homoafetivos:

“Os homossexuais têm plenas condições de adotar e educar crianças. A constituição de uma família não se deve apenas pela união ou casamento de pessoas de sexos opostos, mas sim de pessoas com condições materiais e, principalmente, sentimentais de dar a uma criança a base do que é ser uma família.” (Fala de uma aluna)

Réplica 2: contra a adoção e união de casais homoafetivos:

“O meu pensamento nos dias de hoje é totalmente contra o casamento gay, com isso mais tendo filhos em suas relações, onde eu acho um

grave efeito psicológico à criança que convive com este tipo de situação, pois aí estamos criando uma forte linha de perigo sobre o futuro e aí a explosão sentimental de uma criança”. (Fala de um aluno)

Analisando esta duas réplicas e seus contrastes, podemos notar algumas *relações lógicas* que ocorrem entre os enunciados a partir da posição axiológica de ser homossexual, da possibilidade do casamento *gay* e do reconhecimento de outros modelos e ou formas de família, além da união entre um homem e uma mulher. É importante destacar que essas relações lógicas vão além do modelo tradicional de família.

As relações dialógicas são possíveis não apenas entre enunciações integrais (relativamente), mas o enfoque dialógico é possível a qualquer parte significativa do enunciado, inclusive a uma palavra isolada caso esta não seja interpretada como palavra impessoal da língua, mas como signo da posição interpretativa de um outro, como representante do enunciado de um outro, ou seja, se ouvimos nela a voz do outro. Por isto, as relações dialógicas podem penetrar no âmago do enunciado, inclusive no íntimo de uma palavra isolada se nela se chocam dialogicamente duas vozes. (BAKHTIN, 1981, p.160)

Faraco (2006, p.65) ao comentar os pressupostos teóricos das relações dialógicas formuladas por Bakhtin (1981) informa que elas são relações de sentido que se estabelecem entre os enunciados tendo como referência o todo da interação verbal e não apenas o evento da interação face a face.

Assim, quaisquer enunciados, se postos lado a lado no plano do sentido, *acabam por estabelecer uma relação dialógica* (p.117). Mesmo enunciados separados um do outro no tempo e no espaço e que nada sabem um do outro, se confrontados no plano do sentido, revelarão relações dialógicas (p.124). E isso em qualquer ponto do vasto universo da criação ideológica, do intercâmbio sociocultural. (FARACO, 2006, p.65)

Faraco (2006) aprofunda a discussão quando revela as condições que são necessárias ao surgimento das relações dialógicas, que segundo Bakhtin (1981), são relações de sentido, que não se reduzem a relações de ordem lógica (jurídica) ou linguística.

Para haver relações dialógicas, é preciso que qualquer material linguístico (ou de qualquer outra materialidade semiótica) tenha entrado na esfera do discurso, tenha sido transformado num enunciado, **tenha fixado a posição de um sujeito social**. Só assim é possível responder (em sentido amplo e não empírico do termo), isto é, fazer réplicas do dito, confrontar posições, dar acolhida fervorosa à palavra

do outro, confirmá-la ou rejeitá-la, buscar-lhe um sentido profundo, ampliá-la. Em suma, estabelecer com a palavra de outrem relações de sentido de determinada espécie, isto é, relações que geram significação responsabilmente a partir do encontro de posições avaliativas. (FARACO, 2006, p.66)

O Círculo de Bakhtin (*apud* Faraco, 2006, p.68) não compreende a palavra *diálogo* como algo marcado positivamente, como *solução de conflitos*, *entendimento* ou *consenso*, pelo contrário, para os membros do Círculo, as relações dialógicas não apresentam apenas consonâncias, mas dissonâncias e multissonâncias, isto é, as relações dialógicas são dinâmicas, como são dinâmicas a vida social e as lutas de classe. Nesta perspectiva, em um *simpósio universal*, de acordo com o Círculo, é impossível um consenso ou forma de pensamento único, dada a diversidade de *vozes* ou *opiniões*.

O Círculo de Bakhtin entende as relações dialógicas como espaços de tensão entre enunciados. Estes, portanto, não apenas coexistem, mas se tencionam nas relações dialógicas. Mesmo a responsividade caracterizada pela adesão incondicional ao dizer de outrem se faz no ponto de tensão deste dizer com outros dizeres (outras vozes sociais): aceitar incondicionalmente um enunciado (e sua respectiva voz social) é também implicitamente (ou mesmo explicitamente) recusar outros enunciados (outras vozes sociais) que podem se opor dialogicamente a ela. (FARACO, 2006, p.68)

Nesta diferenciação entre diálogo e relações dialógicas, Bakhtin informa que qualquer enunciado é uma unidade contraditória e tensa de duas tendências opostas da vida verbal, as forças centrípetas e as forças centrífugas. (FARACO, 2006, p.70).

Assim, o diálogo, no sentido amplo do termo 'o simpósio universal', deve ser entendido como um vasto espaço de luta entre as vozes sociais (uma espécie de guerra dos discursos), no qual atuam *forças centrípetas* (aquelas que buscam impor certa centralização verboaxiológica por sobre o plurilinguismo real) e *forças centrífugas* (aquelas que corroem continuamente as tendências centralizadoras, por meio de vários processos dialógicos tais como a paródia e o riso de qualquer natureza, a ironia, a polêmica explícita ou velada, a hibridização ou a reavaliação, a sobreposição de vozes etc.) (FARACO, 2006, p.70)

Possuindo esses referenciais teóricos do Círculo de Bakhtin, podemos *visualizar* e *compreender* as dinâmicas que operam sobre os signos: *família* e *casamento* que veem sofrendo alterações significativas (ideológicas) e jurídicas ao longo da

história, em função de mudanças sociais e do surgimento de novas configurações. Fatos que se dão, principalmente, por meio das *relações dialógicas* que ocorrem no meio social, no legislativo e nos tribunais superiores, por meio de julgamentos de recursos especiais. Assunto que será melhor detalhado no tópico a seguir.

O SIGNO LINGUÍSTICO: PRESSUPOSTOS IDEOLÓGICOS E JURÍDICOS

Neste espaço de luta de vozes sociais, em que ocorrem um duelo entre *forças centrípetas* e *forças centrífugas*, destacamos as ideologias oficial e cotidiana, que se entrecruzam nos vários âmbitos ou esferas discursivas.

A ideologia oficial é entendida como relativamente dominante, procurando implantar uma concepção única de produção de mundo. A ideologia do cotidiano é considerada como a que brota e é constituída nos encontros casuais e fortuitos, no lugar do nascedouro dos sistemas de referência, na proximidade social com as condições de produção e reprodução da vida. (MIOTELLO, 2006, *apud* BRAIT, 2006, p.169)

Assim, de acordo com esses aspectos que fomentam debates e discursos, temos a ideologia oficial, relativamente estável, que defende o modelo de família tradicional, casamento de homem e mulher, representando as forças centrípetas, centralizadoras; por outro lado, a ideologia do cotidiano, que é instável, relacionada a forças centrífugas, tendo como modelo as novas configurações de família, como as uniões homoafetivas, que se relacionam reciprocamente sem perder de vista com o foco no processo de produção global de ideologias e de reprodução social. (MIOTELLO, 2006, *apud* BRAIT, 2006, p.169, grifo nosso)

Para Bakhtin/Volochínov (1997, p.31), os signos refletem e refratam realidades. Tudo que é ideológico possui um significado e remete a algo situado fora de si mesmo. Em outros termos, tudo que é ideológico é um signo. Sem signo não existe ideologia. A partir desses pressupostos, por muito tempo, acreditou-se que a ideologia era algo construído pelas classes hegemônicas a fim de ocultar as diferenças sociais. Volochínov e o Círculo de Bakhtin demonstraram que essa assertiva não é totalmente verdadeira, uma vez que a *palavra* é carregada de ideologia, que dentro de condições sócio históricas específicas, acaba adquirindo outros matizes e outros significados, principalmente, quando se aplica os princípios constitucionais e a legislação vigente aos casos concretos em que há união estável homoafetiva e que já fora reconhecida pelos ministros do STF.

Em Volochínov encontramos a única definição de ideologia, dada por alguém do Círculo de Bakhtin em forma direta e explícita: por ideologia

entendemos todo o conjunto dos reflexos e das interpretações da realidade social e natural que tem lugar no cérebro do homem e se expressa por meio de palavras[...] ou outras formas sígnicas. Logo se vê que não cabe a possibilidade de tratar a ideologia como falsa consciência, ou simplesmente como expressão de uma ideia, mas como expressão de uma tomada de posição determinada. (MIOTELLO, 2006, apud BRAIT, 2006, p.169)

Desta forma, pensando em nosso contexto de significação de família e de casamento, para o Círculo de Bakhtin, essas palavras possuem uma dupla materialidade, tanto no aspecto do significante (sentido físico-material), quanto do significado (sentido sócio-histórico), as quais recebem um ponto de vista, ou seja, representam uma realidade a partir de um lugar valorativo. Tendo como base as *forças centrípetas* e as *forças centrífugas* que partem respectivamente das superestruturas e infraestruturas sociais, podemos compreender melhor como as palavras acabam *adquirindo* múltiplos sentidos a partir do lugar em que elas são pronunciadas.

Logo, todo signo é ideológico. O ponto de vista, o lugar valorativo e a situação são sempre determinados sócio-historicamente. E seu lugar de constituição e de materialização é na comunicação incessante que se dá nos grupos organizados ao redor de todas as esferas das atividades humanas. (MIOTELLO, 2006, apud BRAIT, 2006, p.170)

A partir desses pressupostos e desta realidade dos signos, são *nos encontros casuais e fortuitos*, nas conversas corriqueiras, que acontecem no dia-a-dia das pessoas, que a ideologia se instala como *força centrífuga*, adquirindo uma natureza *instável* que procura a seu termo *modificar* a ideologia hegemônica e ou dominante, como as que protegem e definem o casamento apenas entre um homem e uma mulher:

É nessa relação (entre forças centrípetas e forças centrífugas) que Bakhtin/Volochínov defende que as menores, mais ínfimas e mais efêmeras mudanças sociais repercutem imediatamente na língua; os sujeitos interagentes inscrevem nas palavras, nos acentos apreciativos, nas entonações, na escala dos índices de valores, nos comportamentos ético-sociais, as mudanças sociais. As palavras, nesse sentido, funcionam como agente e memória social, pois uma mesma palavra figura em contextos diversamente orientados, pois as palavras são tecidas por uma multidão de fios ideológicos, contraditórios entre si, que se construíram em todos os campos das relações e dos conflitos sociais. (MIOTELLO, 2006, apud BRAIT, 2006, p.172)

Em razão de sua própria natureza, Bakhtin/Volochínov (*apud* BRAIT, 2006, p.172) diz que diversas *vozes ecoam nos signos e neles coexistem contradições* ideológico-sociais entre o passado e o presente, entre as várias épocas do passado, entre os vários grupos do presente, entre os futuros possíveis e contraditórios. Desta forma, podemos pensar as palavras família e casamento com seus vários e contraditórios sentidos a partir dos vários pontos de vistas de agrupamentos humanos, que se delineiam na história, tendo como ponto de partida suas posições valorativas, suas convicções, suas crenças e valores que acabam sendo tecidos juntamente nessas palavras por uma multidão de fios ideológicos, principalmente aqueles que se encontram amparo legal a luz dos princípios constitucionais como de igualdade e liberdade, ou de conceitos como afetividade. Ora, é senso-comum que os conceitos de família e de casamento não são mais os mesmos e, que ao caracterizar família, como fruto de uma união estável de um homem e uma mulher apenas, em contraste com as demais formas constitutivas, acabam colocando os grupos tradicionais em situação superior de desigualdade, ocasionando evidentemente, conforme já explicitado, um grande debate de natureza jurídica, fato que por si só, acaba fomentando conflitos sociais entre tradicionais e progressistas.

Como exemplo do que aqui se está discutindo, penso na luta ideológica que vem se dando na sociedade brasileira para estabilizar o sentido de 'casamento'. Basta olhar para as múltiplas composições familiares, para os vários tipos possíveis de casamentos, para as discussões sem fim em torno do 'casamento' de pessoas de mesmo sexo" para entender que estamos diante de uma luta declarada de sentidos; a ideologia oficial buscando construir um sentido relativamente estável para 'casamento' (união entre duas pessoas de sexo diferente), enquanto os estratos inferiores da ideologia produzem uma multidão de sentidos e realidades. (MIOTELLO, 2006, *apud* BRAIT, 2006, p.174)

A partir desses pressupostos teóricos, podemos concluir que as palavras *família* e *casamento* são signos que carregam um viés ideológico que necessita de ser analisado a partir do ponto de vista jurídico-linguístico, considerando que o sentido das palavras é totalmente *determinado por seus contextos* e que esses contextos *não estão simplesmente justapostos, como se fossem indiferentes uns aos outros; encontram-se numa situação de interação e de conflito tenso e ininterrupto.* (BAKHTIN E VOLOCHÍNOV, 1997, p.106- 107)

DADOS DA PESQUISA: ANÁLISE

Os conceitos de família e de casamento nem sempre foram os mesmos durante a história, já vimos no tópico anterior, que isso é decorrência da própria natureza dos

signos, que refletem e refratam determinadas realidades. Neste caso, há necessidade de se investigar as várias *ideias* ou *realidades* que perpassam os signos e que circulam na sociedade, produzindo *modelos*.

Converte-se, assim, em signo o objeto do discurso, o qual, sem deixar de fazer parte da realidade material, passa a refletir e a refratar, numa certa medida, uma outra realidade. [...]. Um signo não existe apenas como parte de uma realidade; ele também reflete e refrata uma outra. Ele pode distorcer essa realidade, ser- lhe fiel, ou aprendê-la de um ponto de vista específico, etc. Todo signo está sujeito aos critérios de avaliação ideológica (isto é: se é verdadeiro, falso, correto, justificado, bom etc.). O domínio do ideológico coincide com o domínio dos signos: são mutuamente correspondentes. Ali onde o signo se encontra, encontra-se também o ideológico. Tudo que é ideológico possui um valor semiótico. [...] Cada signo ideológico é não apenas um reflexo, uma sombra da realidade, mas também um fragmento material dessa realidade. (BAKHTIN E VOLOCHÍNOV, 1997, p.32-33)

Já em *Gênesis*, primeiro livro da Bíblia, temos o modelo de casal formado por Adão e Eva, cuja ordem divina dada aos cônjuges era para que eles *fossem férteis e que se multiplicassem* (Gn, p.16, cap.1, v.28). Sobre o casamento, temos uma referência no capítulo 2º do mesmo livro, em que Deus diz que o *homem deixará pai e mãe e se unirá à sua mulher, e se tornarão uma só carne*. (Gn, p.18, cap.2, v. 24). Já no Novo Testamento, temos o modelo de família composto por José e Maria, de onde temos como fruto deste casamento: Jesus.

Essas referências bíblicas que trazem um modelo de família, composta por um homem e por uma mulher e que são *tecidas por uma multidão de fios ideológicos*, continuam bem vivas no imaginário de grande parte da população brasileira e que, por este motivo, dada a influência da Igreja Católica e de inúmeras igrejas protestantes, devem ser levadas em consideração.

As palavras são tecidas a partir de uma multidão de fios ideológicos e servem de trama a todas as relações sociais em todos os domínios. É, portanto, claro que a palavra será sempre o indicador mais sensível de todas as transformações sociais [...] A palavra constitui o meio no qual se produzem lentas acumulações quantitativas de mudanças que ainda não tiveram tempo de engendrar uma forma ideológica nova e acabada. A palavra é capaz de registrar as fases transitórias mais íntimas, mais efêmeras das mudanças sociais. (BAKHTIN E VOLOCHÍNOV, 1997, p.41)

Em nossa pesquisa, constatamos que 22,5% dos alunos são contra o casamento de homossexuais, desses 26% por motivos religiosos, ou seja, o único casamento

reconhecido é o que acontece entre um homem e uma mulher de acordo com a Bíblia, e os restantes, 74%, preocuparem-se com a educação das crianças, isto é, há uma preocupação com o *bullying* que eventualmente, nas escolas, as crianças poderiam estar expostas pelo fato de seus pais serem *gays* (questão de preconceito), assim como há um temor por parte de muitas pessoas que a humanidade estaria em ritmo de extinção, *em razão de casais gays não se reproduzirem*.

Na Tabela 1 a seguir, temos alguns dados tabulados sobre a pesquisa.

TABELA 1 – DADOS DA PESQUISA.

QUADRO 1 – DADOS DA PESQUISA		
POSICIONAMENTO DOS ALUNOS	QUANTIDADE	PORCENTAGEM
Família é amor, independente de gênero.	29	28%
Direitos iguais, a favor do casamento civil de homossexuais.	38	37%
Contra a união de homossexuais (motivo religioso e cuidado com as crianças)	23	22,5%
Não se manifestaram nem contra ou a favor	13	12,5%
TOTAIS	103	100%

Fonte: Autor (2015)

Sobre aqueles que são a favor da união de casais homossexuais, observamos que há uma grande divisão: há aqueles que consideram a família como uma união em torno do amor e da afetividade, independente de gênero; porém, uma grande parte dos alunos, considera a união (casamento dos homossexuais) como direito individual.

Veja o depoimento de um aluno:

“Família é quem cria

Desde pequenos somos criados a ter uma visão de família, que é aquele pai trabalhador e a mãe sofredora. Isso na minha opinião é um machismo e um preconceito social que antigamente era forte e totalmente desnecessário.

Antes de argumentar qualquer coisa temos que ter a visão de que o grande causador de toda discriminação sexual é o preconceito. Se não

existisse o preconceito, uma família de gays seria algo totalmente natural e as pessoas iriam respeitar.

Não estou falando para as pessoas aceitarem e sim respeitar, pois daqui a um tempo será algo natural e para nós, família é quem cria, quem dá amor. Melhor um casal de gays que ama seu filho adotado, do que um casal tradicional que maltrata e não suporta seu filho” (transcrição de redação de uma aluna que é a favor do casamento, pois entende família como “amor”)

No Quadro 2, os dados apontam que 65% dos alunos são a favor do casamento e de adoção por casais homossexuais. Isto indica, que quanto maior o número de anos de estudos, mais pessoas não se opõem a união de casais homoafetivos. Neste mesmo quadro, temos 12,5% dos alunos que não se manifestaram ser contra ou a favor. Este indicador sugere que as pessoas ainda estão confusas em relação às mudanças que estão ocorrendo na sociedade.

Segue outro depoimento:

“Adoção por famílias gays

A adoção de crianças por casais gays tem de ser permitida perante a lei, pois esse pensamento retroativo já deveria ter sido banido.

Muitas crianças estão esquecidas em orfanatos, crescendo e sem perspectiva nenhuma de alguém vir adotá-las, pois além da procura ser muito pequena, os casais ou famílias preferem as crianças para inseri-las na família.

Os homossexuais têm plenas condições de adotar e educar esses jovens, a constituição de uma família não se deve apenas por uma união de pessoas de sexos opostos, mas, sim, de pessoas com condições materiais e principalmente sentimentais de dar a uma criança a base do que é ser uma família” (transcrição de uma redação de aluno que é a favor da adoção de crianças por casais homossexuais)

TABELA 2 – DADOS DA PESQUISA

QUADRO 2 – DADOS DA PESQUISA		
POSICIONAMENTO DOS ALUNOS	QUANTIDADE	PORCENTAGEM
A favor do casamento e da adoção	67	65%
Contra o casamento e adoção	23	22,5
Não se manifestaram (são indiferentes)	13	12,5
TOTAIS	103	100%

FONTE: Autor (2015)

No Quadro 3, temos alguns dados sobre aqueles que se manifestaram *contra* a união de casais *gays*, assim como pela adoção. Daqueles que são *contra*, 26% alegam motivos religiosos, ou seja, para eles o casamento reconhecido é o tradicional (a união entre um homem e uma mulher conforme aponta a Bíblia). Os demais, 74%, alegam preocupações com o desenvolvimento das crianças, uma vez que elas podem sofrer *bullying* nas escolas. Destes alguns alegam preocupações com a reprodução humana.

Segue mais outro exemplo:

“Por que mudar?

Casamento gay, cura gay, adoção de crianças por casais do mesmo sexo. Enfim, esses temas já renderam vários debates em escolas, praças, trabalhos, faculdade e em todo o Brasil.

Com todos esses assuntos citados, acabam revelando três tipos de grupos: os daqueles que são *contra* a tudo isso; os que apoiam totalmente a causa e por fim o grupo daqueles que não expõem sua opinião... não são *contra* e nem a favor.

Porém, é muito importante relembrar que no começo de toda nossa criação... Deus, o Criador do Céu e da Terra, fez primeiro o homem e vendo que o mesmo se sentia sozinho criou uma mulher para auxiliar e ao mesmo tempo fazer-lhe companhia.

Depois de toda essa criação, o pedido do Criador foi ‘crescei e multiplicai’. Agora, Caro Eleito, imagina se os primeiros seres humanos da terra não houvessem se multiplicados, com a Terra continuaria?

Porém, a pensar dessa opinião particular, toda pessoa merece respeito e também tem seus direitos e ninguém deve ser ridicularizado por causa da sua opção de sexo.

O Estatuto da Família é a base de tudo e é isso que faz o mundo melhor e se Deus uniu o homem e a mulher, por que mudar? ” (Transcrição de redação de uma aluna, que por motivos religiosos, é *contra* o casamento gay)

TABELA 3 – DADOS DA PESQUISA

QUADRO 3 – DADOS DA PESQUISA		
POSICIONAMENTO DOS ALUNOS	QUANTIDADE	PORCENTAGEM
Contra o casamento (motivos religiosos)	06	26%
Contra o casamento (exemplo para as crianças)	17	74%
TOTAIS	23	100%

FONTE: Autor (2015)

Segue mais uma réplica de aluno:

“A família com suas opiniões explícitas

Hoje em todo o mundo vemos as evoluções das famílias nos tempos ‘modernos de hoje’. Onde vimos de família da antiguidade, onde pais e mães tinham seus casamentos escolhidos para o futuro, nota-se uma mudança radical durante os tempos quando se trata de casamento gay, modernizando mais com filhos em suas relações.

O meu pensamento nos dias de hoje é totalmente contra o casamento gay, com isso mais tendo filhos em suas relações, onde eu acho um grave efeito psicológico à criança que convive com este tipo de situação, pois aí estamos criando uma forte linha de perigo sobre o futuro e a explosão sentimental de uma criança.

Com tudo isso sou contra o casamento, pois como citado acima tenho uma ‘teoria’ de nossos pais e mães que antigamente não existia casamento gay, isto vale como efeito psicológico tratado no ser humano onde há uma cura para este ‘complicado problema’ sendo isto uma forte guerra para assumir o casamento gay... e imagine a criança convivendo com isto? (transcrição de um aluno)

Abaixo relato de um aluno que não se manifestou contra ou a favor e compõe os 12,5% dos *indiferentes* à situação.

“La Famiglia

De acordo com meus exemplos de vida e de mundo, família se constitui de pais e filhos, sendo assim um homem e uma mulher e sua prole.

Porém, de acordo com o mundo moderno, todas as formas de amor são livres, mas não aceitas. Eu particularmente não simpatizo com homossexuais. O fato que implica sua aceitação por toda a sociedade está na superproteção da minoria e na generalização da maioria, não são apenas os gays que sofrem preconceitos e também não são apenas eles que têm dificuldades para adotar crianças, a meu ver o problema de constituição familiar dos gays, se encontra no momento que a criança vai ter dois pais ou duas mães no RG, o que não é comum, pra mim cada um faça o que bem quiser de sua vida particular, não atrapalhando a vida dos demais elementos da sociedade.

Esse é um assunto polêmico que deve ser discutido por pessoas com esse interesse em comum, para mim é indiferente os gays formarem ou não família. ” (texto de um aluno)

A partir desses posicionamentos, é possível perceber que as ideologias presentes nas palavras *família* e *casamento* acabam vindo à tona justamente em momentos de tensão e ou conflitos, pois é por meio desses embates que ocorrem na esfera social, e, recentemente, na esfera jurídica e legislativa, que podemos perceber alguns *fos ideológicos* que são tecidos na materialidade da palavra e que acabam ganhando

valor semântico a partir das relações dialógicas ou do lugar em que elas são pronunciadas.

A significação normativa da forma linguística só se deixa perceber nos momentos de conflito, momentos raríssimos e não característicos do uso da língua (para o homem contemporâneo, eles estão quase exclusivamente associados à expressão escrita) [...] A palavra está sempre carregada de um conteúdo ou de um sentido ideológico ou vivencial. É assim que compreendemos as palavras e somente reagimos àqueles que despertam em nós ressonâncias ideológicas ou concernentes à vida (BAKHTIN E VOLOCHÍNOV, 1997, p.95)

Tendo em mente essas considerações, é possível entender a preocupação do grupo de evangélicos em tentar, normativamente, ou seja, através de Projeto de Lei, definir uma versão, por escrito, do que seja uma *família* e um *casamento*, sob pena de anular todo um discurso de uma tradição que sempre afirmou que casamento só é possível entre um homem e uma mulher, assim como, a ideia de que uma família é constituída de um pai, de uma mãe e de filhos. Por outro lado, podemos também compreender a luta dos casais homossexuais em tentar garantir seus direitos, que já são reconhecidos pela Suprema Corte em face dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos durante este trabalho, que os signos sofrem mutações, devido a sua própria natureza sónica, ou seja, eles são flexíveis e acabam incorporando toda uma teia de fios ideológicos que são produzidos nos embates e discussões na sociedade. A partir de pesquisas de ordem bibliográfica e exploratória, com a participação de alunos de nível universitário, foi também possível compreender melhor como se processa essas *mutações*, entendendo como são produzidos os mecanismos que configuram as *relações dialógicas*, que *dinamizam* uma língua, tornando-a viva pelo fato de resignificarem as palavras de forma significativa.

Considerando os diversos contextos sociais em que ocorrem embates, principalmente as manifestações recentes dos tribunais superiores sobre o que é família, as palavras adquirem múltiplos sentidos, incorporam várias ideologias, como no caso do *casamento gay* que tivemos a oportunidade de analisarmos neste estudo.

Por meio deste trabalho, foi possível entender a importância que as *relações dialógicas* adquirem no atual momento, em que o legislativo e o judiciário manifestam opiniões, muitas delas divergentes e que, por fim, acabam contribuindo na constituição dos diversos fios ideológicos e jurídicos que tecem

a legislação e a doutrina sobre o que é família em nosso Código Civil. Ao mesmo tempo, tal mecanismo de expressão notadamente linguístico, facilita a incorporação ao signo das diversas ideias (ideologias) que circulam pela sociedade sobre o que é casamento e sobre o que é família. Fatos esses que ocorrem a partir do lugar em que as palavras são *pronunciadas*, ou seja, no STF, no Congresso Nacional, nos diversos tribunais, nas mídias e nos mais diversos recantos do país em que diversas famílias buscam seus direitos e, principalmente, equiparação, em pé de igualdade com as demais famílias já reconhecidas em lei e ou expressas na legislação. Isso tudo ocorre a partir do posicionamento axiológico do sujeito, principalmente, do lugar em que as palavras “família” e “casamento” são pronunciadas.

Vimos também que o sentido de *ideologia* vai além da concepção de *ocultamento* e ou de *lutas de classe*, pois pudemos notar, durante nossos estudos, que as palavras são repletas de ideologia, é o próprio *signo ideológico*, segundo os pressupostos teóricos do Círculo de Bakhtin.

Por fim, foi possível compreender as discussões que estão ocorrendo em Brasília, na mídia e nas redes sociais sobre o Projeto de Lei nº 6583/2013, que trata do *Estatuto da Família* e sua repercussão nos ambientes escolares e na sociedade em geral, nos tribunais, como princípios de Direito de Família ou de Famílias Moderno. Para o Direito, acreditamos, que foi um momento de reflexão sobre a linguagem e de entender, como se constituem os discursos na sociedade, principalmente os que estão relacionados aos estudos jurídicos, às decisões monocromáticas, às decisões dos colegiados, aos projetos de lei nas casas legislativas, habilidades que achamos fundamental para se compreender como se formam as leis e como são interpretadas a luz da Constituição, proporcionando aos futuros operadores do direito, a possibilidade de atuar de forma ética e responsável em um mundo multifacetado, caracterizado, principalmente, pelo respeito à diversidade e aos direitos mais básicos do ser humano: que é a sua dignidade como pessoa em um mundo marcado por mudanças, não somente sociais, mas linguísticas e jurídicas.

REFERÊNCIAS

BAKHTIN, M. M. **O problema do conteúdo, do material e da forma na criação literária.** In: Questões de literatura e de estética: A teoria do romance. Trad. Aurora F. Bernadini e outros. São Paulo: Hucitec, 1998, p. 13-70.

_____. **Os Gêneros do Discurso.** In.: Estética da criação verbal. Trad. Paulo Bezerra. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p 261-335.

_____. **O autor e a personagem na atividade estética.** In.: Estética da criação verbal. Trad. Paulo Bezerra. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 3-192.

_____. **Para uma filosofia do ato responsável.** Trad. Valdemir Miotello e Carlos Alberto Faraco. São Carlos: Pedro & João Editores, 2010.

_____. **Marxismo e filosofia da linguagem.** Problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem. Trad. Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. 7 ed. São Paulo: Hucitec, 1995.

_____. **Problemas da poética de Dostoiévski;** tradução de Paulo Bezerra, Rio de Janeiro; Ed. Forense-Universitária, 1981.

CAMPOS, M.I.B., **A questão da arquitetônica em Bakhtin: um olhar para materiais didáticos de língua portuguesa,** Filol. linguíst. port., n. 14(2), p.247-263, 2012.

CHAVES, M, **Artigo - O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil.** Disponível em: <https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2978105/artigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>, acesso em: 14/10/2018

FARACO, C. A.; **Linguagem & Diálogo: as ideias linguísticas do círculo de Bakhtin;** São Paulo; Parábola Editorial, 2009.

MIOTELLO, V., **Ideologia, p.167-176, Bakhtin: conceitos-chave,** (org.,) BRAIT, B.; 3ª edição; São Paulo; Contexto, 2006.

PROVA PERICIAL NA FOTOGRAFIA DIGITAL COMO MEIO HÁBIL À IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO DO AUTOR

Lorena Pretti Serraglio² e Bruna Evellyn Pereira Bigas²

Resumo

O presente trabalho trata-se de estudo sobre os direitos autorais em fotografias digitais e a perícia em tais elementos como forma de se comprovar a titularidade da imagem. Para tanto, partiu-se da análise de casos práticos, oriundos de demandas propostas em todo o país, em que fotógrafos alegam o uso indevido de suas obras na internet, sem, no entanto, possuírem qualquer meio hábil a comprovar a propriedade daquelas. Para embasar o estudo, destina-se capítulo próprio para análise da Lei de Direitos Autorais, com sucinta crítica à presunção de propriedade, que, nos termos da legislação editada na década de 80, vigente até os dias atuais, independe de registro. Em seguida, partese para análise da perícia digital e suas peculiaridades. Adiante, passa-se ao estudo sobre os formatos de fotografias, quando, então, concluir-se-á pela possibilidade de identificação de autoria pela análise dos metadados do arquivo.

Palavras-chave: Direito autoral. Direito digital. Fotografia digital. Prova pericial.

EXPERT EVIDENCE ON DIGITAL PHOTOGRAPY AS A WAY OF IDENTIFYING COPYRIGHT

This work is a study of the copyright in digital photographs and the possibility of expertise in such elements, as a way of proving ownership of the image. In order to do so, it was based on the analysis of practical cases, arising from demands proposed throughout the country, in which photographers claim the improper use of their works on the internet, without, however, possessed any means capable of proving their ownership. To base the study, it is intended a chapter for the analysis of the Copyright Law, with succinct criticism of the presumption of ownership, which is independent of registration. Then, we analyze the digital expertise and its peculiarities. Later, we proceed with the study of the formats of photographs, when we will conclude by the possibility of identification of authorship by the analysis of the file metadata.

Keywords: Copyright. Digital right. Digital photography. Expert proof.

² Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Pós-Graduada em Direito Eletrônico pela Escola Paulista de Direito.

INTRODUÇÃO

Discussões atinentes ao direito autoral e aos reflexos pecuniários da utilização indevida de obras sempre estiveram nas pautas do Judiciário. Fotógrafos requerendo indenizações ante à utilização não autorizada de suas imagens (por jornais, revistas e, atualmente, sites) são parte integrante de um cenário comum, desde os tempos em que as fotografias ainda eram obtidas por meio de câmeras analógicas, posteriormente catalogadas e cedidas, através de contratos firmados.

Com o transcorrer do tempo e o desenvolvimento das tecnologias, as fotografias tornaram-se digitais, ao passo que, com o surgimento de novas formas de compartilhamento, sua disseminação aumentou de maneira vertiginosa. O reflexo das crises de direito material não poderia ser diverso: cresceram as demandas versando sobre a titularidade de tais imagens e os pleitos indenizatórios pelos ditos usos não autorizados.

Da análise de casos práticos será possível verificar, de um lado, como os autores das ações judiciais justificam a origem e propriedade das imagens difundidas na internet e, de outro, como o Poder Judiciário está se posicionando frente aos pleitos. Pautados na presunção de titularidade daquele que alega ser autor, e na previsão legal de que a propriedade independe de registro, o provimento jurisdicional tem sido concedido sem qualquer entrevero.

Inobstante a previsão legal, a presunção de autoria acaba por proteger não apenas aqueles que de fato são os titulares como, também, os que, de forma indevida, alegam que o são, sendo agraciados pela desnecessidade de comprovação de suas alegações. É dizer: aquele que pretenda rechaçar a afirmação que produza prova em contrário. Nesse exato ponto surgiu o cerne deste trabalho: a comprovação da titularidade por meio de um arquivo metadados a ser periciado. O resultado desse exame seria seguro o bastante para delimitar o autor de uma imagem.

A análise de diversas áreas do direito, como autoral, digital e processual trará conclusões hábeis a influenciar, sobremaneira, o comportamento da jurisprudência nacional, como, de fato, já vem ocorrendo na região sul do país, especificamente em Santa Catarina. O Poder Judiciário daquele Estado, no julgamento de uma demanda, em 1ª Instância, compreendeu pela ausência do direito do autor diante da não apresentação daquele que seria o documento composto por metadados capazes de comprovar a autoria da imagem. A tese utilizada pelo magistrado originou o presente estudo.

Desse modo, o presente artigo busca dar início à propagação das técnicas de comprovação do direito autoral, em cotejo à própria legislação e à jurisprudência, mormente em um contexto de rápida evolução das mídias digitais.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO AUTORAL

O Direito Autoral é regulado, no Brasil, pela Lei 9.610³, de 19 de fevereiro de 1998. Sancionado há, praticamente, duas décadas – em cenário completamente diverso do atual – referido diploma veio para consolidar a legislação sobre direitos autorais, designando que seus dispositivos são aplicáveis aos nacionais, e, também, aos estrangeiros aqui residentes.

A despeito do rol de itens protegidos, o foco do presente trabalho é voltado para a obra fotográfica, documento não escrito, cuja essência consiste na captura dos elementos visuais e registro das impressões sensíveis. SALLES (2004)⁴ traz o conceito técnico:

De início, podemos definir tecnicamente a Fotografia como a arte de fixar uma imagem luminosa por meio de 3 elementos fundamentais: materiais fotossensíveis, uma câmara escura dotada de orifício ou lente e uma fonte de luz externa. A nomenclatura vem do grego Photos = Luz / Graphos = escrita, portanto, "escrita da luz".

A legislação supramencionada, e que servirá de paradigma para o desenvolvimento deste trabalho, foi exaustiva ao delimitar, outrossim, os sujeitos relacionados ao direito autoral, definindo o autor, em seu artigo 11, como a pessoa física criadora da obra literária, artística ou científica, podendo ser aplicável, também, a pessoas jurídicas. Nesses contornos, para se identificar como tal, o autor da obra fotográfica poderá ser reconhecido por seu nome civil, completo ou abreviado (inclusive por suas iniciais), pelo pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional.

No entanto, após prever os meios pelos quais o autor aporá sua identificação, estabelece a lei, em seu artigo 18, que os direitos autorais independem de registro. Nessa seara, é possível compreender que o conceito de autor carrega em si a propriedade por suas criações, tendo em vista que o registro da autoria é dispensável e inexigível, já que as obras estão protegidas pelo simples ato de

³ BRASIL, Lei nº 9.610/1998. **Lei de Direitos Autorais**. 1998, s.p. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em 20/11/2018.

⁴ SALLES, Filipe. **Manual de fotografia cinematográfica básica**. Mnemocine, 2004, s.p. Disponível em: <[download/manual_introd_cap1_hist.pdf](#)>. 20/11/2018.

exteriorizá-las. É o que doutrina de PARANAGUÁ e BRANCO (2009)⁵ chama de Princípio da Ausência de Formalidade ou da Proteção Automática.

Nesse ponto, necessário que a obra esteja devidamente materializada em qualquer suporte adequado ao seu conteúdo, do contrário, estaríamos considerando a proteção de uma ideia, tão somente. Assim, a obra protegida é aquela é a própria exteriorização do trabalho espiritual e intelectual do autor, tornando-o seu detentor, conforme preceitua o artigo 13 da Lei de Direitos Autorais.

Criada e exteriorizada a obra, protegida estará pelo manto da proteção automática. Dessa forma, o registro é mero ato facultativo que visa não declarar, mas, sim, tornar público e vinculante a terceiros o direito intrínseco do autor. Nesse sentido é o artigo 5, 2, da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 1886, em vigor no Brasil desde 1975:

2) O gozo e o exercício desses direitos não estão subordinados a qualquer formalidade; esse gozo e esse exercício independentes da existência da proteção no país de origem das obras. Por conseguinte, afora as estipulações da presente Convenção, a extensão da proteção e os meios processuais garantidos ao autor para salvaguardar os seus direitos regulam-se exclusivamente pela legislação do País onde a proteção é reclamada.

Ademais, nos ensinamentos de POLI (2008)⁶, os direitos autorais possuem eficácia absoluta. São absolutos porque são oponíveis erga omnes, isto é, o autor pode opô-los a qualquer um que ameace, tente ou efetivamente viole seus direitos morais, a fim de garantir o seu vínculo indissolúvel com a obra criada.

Neste ponto reside a discussão e proposta do presente trabalho. Apoiados na inexigibilidade de registro para reconhecimento de autoria e na proteção automática, inúmeros são os indivíduos que aduzem serem os reais detentores de obras fotográficas, abarrotando o Poder Judiciário com demandas que pleiteiam a condenação em danos morais e patrimoniais pela suposta utilização, desprovida de autorização.

O cenário pareceria normal, pautado no mero exercício do devido processo legal, não fosse um importante detalhe: hoje, a imensa maioria das fotografias são produzidas com câmeras digitais, profissionais ou não, oriundas de celulares ou

⁵ PARANAGUÁ, Pedro. BRANCO, Sérgio. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 43

⁶ POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral: Parte Geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 31

qualquer outro dispositivo. E apenas um compartilhamento separa a imagem da disponibilização para todo o mundo.

Nesse ponto, questiona-se, então, como ocorreria a comprovação da autoria de uma fotografia publicada em sites ou redes sociais. A mera alegação de propriedade, que independe de registro, seria suficiente para cravar a proteção intelectual sobre a imagem?

Em uma análise pautada única e exclusivamente na legislação autoral, datada da década de 80, e na Convenção de Berna, do século 19, sob o crivo de fotografias retiradas por câmeras analógicas, a resposta poderia ser positiva. No entanto, como dito anteriormente, a LDA foi concebida há anos, em uma realidade inteiramente diversa da que hoje nos cerca. É certo que os direitos autorais são protegidos. Mas estender tal proteção, de maneira absoluta e automática, a qualquer elemento que não tenha uma condição mínima de comprovação da autoria, mormente em tempos de compartilhamento em redes sociais, seria deveras arriscado.

Exatamente nesse sentido, a existência de fotografia postada na internet cuida-se de mera prova circunstancial, que não é, nem de longe, suficiente a comprovar a titularidade de um direito, justamente pela dinâmica de compartilhamento inerente à rede. Sem qualquer marca que impeça sua utilização, não há como conferir a autoria a quem quer que seja.

Assim, do quanto se nota, a previsão da Lei de Direitos Autorais encontra-se em certo descompasso com a atual realidade, causando imensa insegurança nas relações cotidianas. O presente trabalho busca dar início a tal discussão, mormente no ramo de atuação jurídico contenciosa. Meios seguros para comprovação de autoria de uma fotografia digital existem, bastando aos operadores do direito a busca pelas informações corretas e, principalmente, uma atitude disruptiva, que vise o alcance de meios de prova hábeis ao fim específico.

DA ANÁLISE TÉCNICA DA FOTOGRAFIA

Conceito primordial a embasar o presente estudo é o de uma obra fotográfica em si. O termo fotografia, conforme dito anteriormente, tem origem grega, representando a escrita da luz. Sua principal característica consiste na captura dos elementos visuais e no registro das impressões sensíveis, extraídas dos fatos ou coisas que se pretende representar. Também é considerada um documento e, assim sendo, pode constituir prova material em um processo.

Nas palavras de PALACIN (2012)⁷, fotografia é, essencialmente, a técnica de criação de imagens por meio de exposição luminosa, fixando esta em uma superfície fotossensível, ou seja, sensível à luz.

A fotografia, impressa ou digital, é considerada pela Lei como obra intelectual, conforme consta em seu artigo 7º, inciso VII. O mesmo diploma legal, ainda, em seu artigo 18, menciona que os direitos de que trata esta lei não dependem de registro. Tal fato é oriundo da crença de que a autoria da foto poderia ser comprovada de diversas outras maneiras, como, por exemplo, com o orçamento que gerou o trabalho, o pedido do cliente, a nota fiscal e, até mesmo, a sequência do trabalho realizado, incluindo o que não foi apresentado ao contratante.

Há alguns anos, quando o universo da fotografia ainda se limitava ao uso da película, com câmeras analógicas, fato comum eram aos fotógrafos andar com suas anotações sobre os dados técnicos referentes a cada imagem capturada. O processo era totalmente manual e só após a revelação do filme era possível avaliar os resultados, confrontando a foto com as anotações. Dessa forma, aprendia-se a perceber as diferenças, visualizando o que era registrado e como funcionavam as técnicas fotográficas.

Diante de tais circunstâncias, com os trabalhos totalmente manuais, problemas abarcando titularidade e direitos autorais eram menos frequentes. Ora, falava-se de uma realidade em que se pagava, de início, por uma câmera, ou, ainda, contratava-se um profissional para fotografar um evento. Não suficiente, era ainda necessário pagar por cada filme utilizado, e, por fim, um valor por cada fotografia impressa.

A realidade vigente é outra. Os equipamentos fotográficos atualmente disponíveis no mercado possuem alta sofisticação em qualidade de imagem e são oferecidos a preços cada vez mais baixos. A facilidade do uso decorrente da simplificação dos processos de captação, armazenagem, impressão e reprodução de imagens, proporcionados pelo ambiente digital, bem como a incorporação da câmera fotográfica aos aparelhos de telefonia móvel, têm ampliado significativamente o uso da foto.

LIBÉRIO (2013)⁸ tratou de discorrer sobre a indústria fotográfica nos séculos 20 e 21:

⁷ PALACIN, Vitché. **Fotografia: Teoria e Prática**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 2.

⁸ LIBÉRIO, Carolina Guerra. **Indústria fotográfica e fotografia do século XX ao XXI**. Universidade Federal do Rio de Janeiro/RJ. 2013, s.p. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/90->

É possível associar estas vertentes a conceitos típicos da produção industrial, sempre orientada para a busca da máxima produtividade, com o maior aproveitamento, menor custo e no menor tempo possível. Podemos, portanto, associar o desenvolvimento do dispositivo fotográfico ao seu caráter de bem de consumo, feição que assume tanto como equipamento de produção, quanto sob a forma de fotografias produzidas.

Com o advento digital, além de não ser necessário esperar o tempo de revelação do filme, as anotações feitas pelos profissionais passaram, automaticamente, para as câmeras. Ademais, os próprios dispositivos possuem aplicativos que permitem a modificação da foto no equipamento. Assim, apresentar em juízo uma fotografia, apenas em sua versão física, no papel fotográfico, não trará qualquer segurança jurídica, vez que esta poderá ter sido editada previamente (quicá, dentro da própria câmera).

Diante de tal afirmação, o questionamento que exsurge é: como uma fotografia digital poderia ser periciada, a fim de, por meios hábeis, ser obtida a comprovação de sua autoria? Alguns formatos de arquivos fotográficos permitem ao operador do Direito, mediante auxílio de um perito, a segurança necessária para a solução de uma demanda envolvendo o direito autoral.

A Fotografia em Formato RAW

Raw (.raw), que significa “cru” em inglês, é uma denominação genérica para formatos de arquivos de imagens digitais que contêm a totalidade dos dados dessa imagem, tal como captada pelo sensor da câmera, ou seja, revela a foto em seu formato original, sem alterações, por menores que sejam, por isso cru. Conforme SILVA⁹:

Tais arquivos, em formato RAW (literalmente em estado cru), trazem as imagens capturadas antes ainda do processamento final da câmera fotográfica. Arquivos RAW são espécies de negativos digitais, matrizes incorruptíveis [...].

Esse tipo de arquivo indica a origem da foto, pois nele são inseridas informações a respeito da câmera utilizada, localidade, horário, exposição, brilho. Como o formato *raw* contém todos os dados da imagem capturada e uma maior

encontro-2013/artigos/gt-historia-da-midia-audiovisual-e-visual/industria-fotografica-e-fotografia-do-seculo-xx-ao-xxi>. Acesso em 20/11/2018.

⁹ SILVA, Wagner Souza e. **Fotografia e interfaces digitais: Convergência entre construção, comunicação e significação**. Revista Geminis. Ano 6 - n. 1. p. 335. Disponível em: <<http://www.revistageminis.ufscar.br/index.php/geminis/article/viewFile/233/204>>. Acesso em 20/11/2018.

profundidade de cor, é, muitas vezes, chamado de negativo digital, pois equivalente a um filme negativo na fotografia analógica. O negativo não é utilizável como uma imagem, mas contém todas as informações necessárias para criar uma.

Este formato mantém a integridade da imagem vez não permite que qualquer manipulação seja salva no mesmo arquivo, sendo necessário sua conversão para outro formato, como o TIFF (.tif) ou o JPEG (.jpg). Dessa forma, garante, por si só, a autenticidade do arquivo e imagem. MACHADO e SOUKI (2004)¹⁰ cuidaram de delinear, com maestria, os contornos da importância de tal formato fotográfico:

O fato do formato RAW ser um sistema de arquivamento que não permite nenhum tipo de manipulação, isto é, a imagem, quando nesse formato, não pode ser modificada por ninguém, proporciona à fotografia uma propriedade testemunhal o que parece ser uma excelente opção para garantir o valor legal das imagens digitais.

Portanto, ao garantir a integridade e autenticidade do arquivo, a fotografia, quando salva em formato *raw*, permite a prova de sua autoria, sendo meio hábil e seguro a embasar uma decisão judicial, pautada não apenas na presunção de titularidade do direito que se invoca, mas, sim, em uma prova técnica.

O Hash da Fotografia

Um *hash* é uma sequência de bits gerada por um algoritmo de dispersão (método de cifrar dados de forma a manter a sua integridade), em geral representada em base hexadecimal (representação numérica em base 16, isto é, 16 símbolos) que permite a visualização em letras e números (0 a 9 e A a F), representando um *nibble* (sucessão de quatro cifras binárias – *bits*) cada. É dizer, o *hash* é a transformação de uma grande quantidade de dados em uma pequena quantidade de informações.

Essa sequência busca identificar um arquivo ou informação, sendo utilizado para garantir sua integridade, permitindo verificar se um determinado dado teve seu conteúdo alterado. Dessa forma, a utilização de um software para gerar o *hash* do arquivo pode trazer a garantia de autenticidade da imagem em análise.

¹⁰ MACHADO, André Wilson; SOUKI, Bernardo Quiroga. **Simplificando a obtenção e a utilização de imagens digitais: scanners e câmeras digitais.** R Dental Press Ortodon Ortop Facial, v. 9, n. 4, p. 140, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dpress/v9n4/a12v9n4>. Acesso em 18/11/2018.

No estudo de DINIZ (2016)¹¹, o *hash* é importante forma de garantir que um arquivo digital não foi alterado, criando-se uma assinatura para aquele. Qualquer modificação no arquivo (e, aqui, são incluídas as fotografias) irá substituir o *hash* criado, de modo a detectar eventual fraude.

Cada alteração de informação, por mínima que seja, provoca modificações completas no valor do *hash*. O processo é de grande simplicidade e segurança, sendo um método de garantia de integridade para imagens digitais. Assim, o próprio perito pode atestar a autenticidade dessas imagens, gerando uma soma de verificação ou *hash*, dos arquivos de imagens gerados, preservando assim sua lisura.

A Utilização de Metadados – O Formato Exif

Metadados são as informações referentes à criação da foto, como as antigas anotações que eram feitas nas fotografias impressas. Essas etiquetas digitais, também conhecidas como EXIF - *Exchangeable image file format*, ou formato de imagem alterável, em português -, concentram informações como data e hora em que a fotografia foi capturada, marca da câmera e até mesmo localização exata, via coordenadas de GPS, quando disponível no dispositivo utilizado, e outras informações técnicas-fotográficas. Ou seja, usa rótulos (*tags*) para identificar diferentes partes dos metadados que podem ser extraídos de um arquivo de imagem.

O EXIF foi proposto pela JEIDA (*Japan Electronic Industries Development and Association*) em 1995 e definido pela ISO 12234-1 como o formato primário para câmeras fotográficas digitais. Nele, são armazenados os metadados da imagem digital, e, no caso da fotografia, são registradas informações técnicas tais como: abertura do diafragma, velocidade do obturador, ISO, câmera, distância focal (objetiva), Sistema 21 GPS¹⁹, data e hora, conforme ponderou CABRAL (2006)¹², em seu estudo sobre mineração de dados.

Esse formato foi criado para ser único, porém, teve que ser flexível a ponto de permitir ser alterado, possuindo um campo livre, geralmente chamado de “Nota do Fabricante” onde cada fabricante registra a sua informação. A Canon, por exemplo, registra neste campo o número de série de sua câmera, propondo assim

¹¹ DINIZ, Everaldo Henrique. **AUTENTICIDADE DE FOTOGRAFIAS DIGITAIS**. Acta de Ciências e Saúde, v. 1, n. 1, p. 126, 2016. Disponível em: <<http://www2.ls.edu.br/actacs/index.php/ACTA/article/view/127/118>>. Acesso em 18/11/2018.

¹² AMAZONAS CABRAL, Cristina. **Mineração de dados para classificação fotográfica**. Rio de Janeiro, 2006, s. p. Disponível em: <http://www.pec.coppe.ufrj.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7232:cristina-amazonas-cabral&catid=463&lang=es-es&Itemid=513>.

uma forma de reconhecimento da autoria da foto e garantia dos direitos autorais. Além disso, o EXIF permite incorporar informação customizada criando novos rótulos IFD (*Image File Directory* – diretório de arquivos de imagem).

Ainda, a fabricante mencionada anteriormente, embutiu em certos modelos de suas câmeras algumas impressões gravadas em campos originais e inalteráveis do EXIF, a que ela chama de *original decision data* (dados da decisão original) que a princípio são não- manipuláveis, garantindo a autenticidade e preservando a autoria da foto. Foi a única fabricante, até hoje, que propôs este tipo de segurança e legitimidade da fotografia.

DA PROVA PERICIAL

O presente trabalho, como visto, busca delinear os contornos de identificação de autoria de uma fotografia digital. Feitos breves apontamentos sobre o direito autoral, necessário o ingresso, neste momento, no estudo da prova e sua produção.

Com um viés extremamente prático, voltado ao exercício do contencioso jurisdicional, a análise desde capítulo é um convite ao estudo da prova pericial em si, com enfoque à perícia digital, hábil a delimitar, pela análise dos vestígios, o verdadeiro autor de uma imagem.

Se, por um lado, o avanço da tecnologia na era digital provê ferramentas, equipamentos, técnicas e métodos cada vez mais modernos no campo da ciência forense, por outro lado, cria situações extremamente complexas ao trabalho pericial e investigativo de aquisição e análise de evidências.

A enorme quantidade de dados digitais a serem periciados e os inúmeros dispositivos acoplados traduzem a complexidade de um dos requisitos fundamentais da perícia digital: a cadeia de custódia. A documentação da história cronológica da evidência e sua rastreabilidade, exigência intrínseca à confiabilidade e idoneidade de qualquer trabalho pericial, se torna ainda mais relevante e indispensável quando se trata de uma prova digital.

Segundo GIOVA (2011)¹³, a cadeia de custódia na perícia digital deve ganhar uma nova roupagem, uma vez que o método tradicional não garante a eficiência necessária:

¹³ GIOVA, Giuliano. *Improving Chain of Custody in Forensic Investigation of Electronic Digital Systems*. International Journal of Computer Science and Network Security, v. 11, p. 1-9, 2011. Disponível em http://paper.ijcsns.org/07_book/201101/20110101.pdf.

Como a evidência digital é complexa, difusa, volátil e pode ser modificada acidentalmente ou indevidamente após a aquisição, a cadeia de custódia deve assegurar que a evidência coletada pode ser aceita como verdadeira pelo tribunal. Neste cenário, a cadeia de custódia tradicional baseada em papel é ineficiente e não pode garantir que os processos forenses seguiram os princípios legais e técnicos numa sociedade eletrônica (tradução nossa).

Durante todas as fases da sua realização, o trabalho pericial forense deve se preocupar com a finalidade precípua de constituir prova válida e capaz de elucidar as questões controvertidas, de modo a estabelecer a existência da verdade e formar a convicção do juiz. Afinal, conforme ensinamentos da saudosa professora GRINOVER (2015)¹⁴, a prova constitui o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo.

Sobre o papel do perito como auxiliar do juízo e sua contribuição fundamental para o julgamento de determinadas causas ALVIM (2015)¹⁵ leciona:

O perito é especialista em determinado campo do saber, que atua como auxiliar eventual do juízo, protagonizando a prova pericial. Na condução da perícia, substitui o juiz na percepção e análise, técnica ou científica, das fontes de prova (pessoa ou coisa), em busca da elucidação dos pontos de fato controvertidos e, com isso, contribui para o julgamento da causa. Suas impressões técnicas e científicas sobre os fatos em discussão são registradas no chamado laudo pericial, que será objeto de discussão pelas partes e seus assistentes técnicos.

A aceitação da perícia digital pelo tribunal como uma prova válida depende de uma cadeia de custódia robusta e confiável, uma vez que deve ser capaz de demonstrar todos os passos da investigação, desde a coleta de dados até a sua conclusão, realizada conforme conhecimentos científicos e procedimentos adequados do ponto de vista técnico.

De acordo com o Novo Código de Processo Civil, o perito precisa indicar o método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou.

A cadeia de custódia da evidência digital percorre processos e técnicas próprias do mundo virtual, como a necessidade de identificação e preservação de códigos

¹⁴ CINTRA, A; GRINOVER, A; DINAMARCO, C. **Teoria Geral do Processo**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 260.

¹⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER et al. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 1ª ed. versão e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 448.

hash, assinaturas eletrônicas, *logs*, *bits*, etc. GIOVA (op. cit) descreve, em introdução ao tema, esse passo a passo necessário ao se referir ao trabalho da perícia digital, que deve se equiparar à sociedade digital em que vivemos:

Conhecendo o código 'hash' dos arquivos digitais (impressão digital), a localização da evidência e o nome dos praticantes não é mais suficiente para o tribunal. A assinatura eletrônica de cada objeto, a localização correta onde cada parte da evidência digital é tratada, o momento exato de acesso à evidência, a identificação correta de todas as pessoas que tiveram contato com a evidência e a descrição completa de todas as transações também é necessária. Além disso, deve haver registros precisos sobre as evidências digitais e tais registros devem ser auditados. Estas razões obrigam os tribunais, partes e investigadores forenses a exigir um sistema robusto e automatizado para manter a cadeia de custódia de evidência digital, um sistema consistente com a sociedade digital.

Em linhas gerais, evidências digitais são apenas uma modalidade dos resquícios de um ato ou fato. É dizer: se, de um lado, há o rastro de um projétil no mundo físico, há, de outro, o vestígio de uma publicação em uma rede social. Transportando o conceito ao presente estudo, há a fotografia impressa e seu negativo. De outra ponta, há a fotografia digital, e seu arquivo metadados, em formato compatível a ser periciado.

Para a coleta e análise das evidências digitais, devem ser utilizadas ferramentas próprias de interpretação forense. A utilização de um software comercial, como o Word, por exemplo, irá alterar dados importantíssimos e contaminar a evidência. Arquivos de foto têm seus códigos e subconjuntos que darão origem à imagem. O arquivo *raw* de uma foto é o banco de dados original, sem nenhuma alteração ou manipulação, ou seja, é a evidência digital.

Esta é a grande transformação da era digital: o que antes se comprovava por papéis e documentos físicos ou, por exemplo, o negativo de uma foto, hoje se o faz por meio da análise de *bits*, dados e metadados.

Poderia se questionar, então: como a produção de prova pericial, abrangendo todos os conceitos acima delineados, poderia ser aplicada às fotografias? A resposta é simples e esclarecedora. A fotografia possui evidências digitais, ponto central do presente trabalho.

No caso, nem toda fotografia consegue ser tão profundamente periciada. As imagens são voláteis. Se, por um lado, a internet disponibilizou inúmeros avanços, possibilitou, também, a modificação das imagens por meio dos mais variados programas editores.

Para que se consiga, de fato, realizar uma perícia digital com resultados satisfatórios, necessário o acesso ao arquivo em seu formato *raw*, que seria o “negativo digital” da fotografia; além dos metadados, que podem ser entendidos como as “etiquetas digitais”, podendo conter dados como localização, data e hora em que a foto foi capturada.

Por fim, é importante ressaltar que o mundo virtual está em constante transformação, de modo que as técnicas e ferramentas que viabilizam o trabalho da perícia digital forense precisam acompanhar esta evolução.

Destarte, é possível concluir que o campo da perícia forense digital caminha em constante transformação, à medida em que a sociedade também se modifica. A sociedade digital já é realidade, de modo que o mundo virtual permeia todas as atividades do mundo físico.

Não seria diferente com as fotografias. Muito embora pareça tão difícil delimitar a autoria de uma imagem nos dias atuais, mormente ante à facilidade de disseminação na internet, a perícia digital pode, sim, chegar à conclusão sobre os direitos do autor. A perícia digital caminhou ao encontro de tal possibilidade, de forma a trazer maior segurança jurídica às relações.

DO CENÁRIO JURÍDICO ATUAL – DEMANDAS INDENIZATÓRIAS

Com entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, o legislador positivou a possibilidade da apresentação das fotografias digitais aos autos processuais, com a posterior realização de perícia:

Art. 422. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida.

§ 1º As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia.

Em que pese a previsão legislativa, a fim de tornar possível a descoberta da real autoria em uma fotografia digital, não há menção dos meios e técnicas para garantir a proteção dessas informações para que se possibilite uma posterior perícia técnica.

E, além da ausência de menção, os provimentos jurisdicionais estão sendo prolatados sem que seja analisada a questão do direito material em si. Conforme abordado no início do trabalho, os juízes partem do pressuposto da presunção relativa de autoria das imagens, concedendo as indenizações pleiteadas. O arquivo fotográfico, em si, não é periciado.

Em sede de Juizado Especial Cível, a situação é ainda mais preocupante. Observam-se litigantes que ingressam com ações indenizatórias, apenas apresentando uma fotografia, alegando, de forma enérgica, que a titularidade é sua. Nenhum registro. Nenhum negativo. Nenhum arquivo em *pendrive*. Nenhuma prova testemunhal. Nenhuma fotografia em formato hábil à perícia (mormente diante da impossibilidade procedimental junto ao Juizado Especial).

Em estudo sobre a jurisprudência atinente ao tema, foi possível identificar que a maioria das sentenças e acórdãos caminham para o reconhecimento da autoria das fotografias pela presunção da titularidade e proteção absoluta, nos termos aqui já delineados. No entanto, em compasso com as novas tecnologias e atento à possibilidade de comprovação da autoria por meio da análise dos metadados, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina passou a adotar entendimento inovador sobre o tema, muito mais próximo à realidade que hoje nos cerca.

As sentenças, em seus relatórios, têm consignado sobre a importância do arquivo em formato raw para reconhecimento da autoria. Isso porque, muito embora o direito autoral independa de registro, nos termos da Lei de Direitos Autorais, a mera alegação não faz prova do fato:

[...] A mera indicação no sítio eletrônico da suposta autoria das fotografias veiculadas pela Prefeitura de Porto Seguro Bahia não é suficiente à atestar a autoria da imagem em comento. Isso porque a autoria de determinada fotografia somente se comprova com a apresentação da imagem em seu formato originário, denominado RAW. [...] (Processo nº 0601200-47.2014.8.24.0005, em trâmite na 2ª Vara Cível de Balneário Camboriú/SC). Data do julgamento: 17/05/2017.¹⁶

[...] Entretanto, como fotógrafo profissional que é, o Autor sabe que a única prova efetiva sobre a autoria de uma foto é a imagem RAW, visto que apenas o possuidor da câmera fotográfica a detém. [...] (Processo nº 0601208-24.2014.8.24.0005, em trâmite no Juizado Especial de Balneário Camboriú/SC).

¹⁶ BRASIL. 2ª Vara Cível de Balneário Camboriú/SC. **Processo nº 0601200-47.2014.8.24.0005**. Autor: Clio Robispierre Camargo Luconi. Réu: Rapi10 Viagens Corporate Travel Viagens e Turismo Ltda. Disponível em: <<https://esaj.tjsc.jus.br/esaj/portal.do?servico=190090>>. Acesso em 20/11/2018.

Data do julgamento: 12/12/2014¹⁷

[...] Frisa-se, também, que o objeto central do presente caso é uma fotografia e, assim sendo, a prova mais contundente de autoria é a apresentação do arquivo .RAW, o formato original registrado pela câmera, que o verdadeiro Autor da imagem teria. Esse arquivo também não foi apresentado nos autos e não há indícios de que o demandante o possuía. [...] (Processos nº 0601179-71.2014.8.24.0005 / 0304315-18.2015.8.24.0005, em trâmite na 4ª Vara Cível de Balneário Camboriú/SC). Data do julgamento: 17/01/2017.¹⁸

Portanto, nítido que o direito autoral deve ser resguardado. No entanto, para o provimento jurisdicional que visa pôr fim à crise de direito material, consubstanciada no uso indevido de uma fotografia, necessário que aquele que alega ser proprietário do documento apresente arquivo compatível a ser periciado.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou dar início ao estudo da discussão que surgiu no Poder Judiciário do sul do país, referente ao direito autoral de fotografias digitais. Por ser um tema amplo, extremamente novo, com contornos práticos intensos, a pesquisa deverá continuar.

Por ora, tem-se que permanecer na concepção imutável de que os direitos autorais independem de registro, nos termos da Lei de Direitos Autorais e da Convenção de Berna, mostra-se em descompasso ao momento disruptivo que a sociedade está experimentando.

No instante em que a Justiça de Santa Catarina acatou a tese de ausência de *raw* para julgar improcedente a demanda do autor, importante passo em direção à modernização dos meios de prova foi dado. Naquele julgamento, o Poder Judiciário quebrou o paradigma da presunção de titularidade da autoria pela mera alegação de que se é autor.

Não se ignora a previsão da Lei de Direitos Autorais, concernente na dicção de que os direitos por ela protegidos independem de registro. No entanto, referida legislação retratava outra realidade, de tal forma que, quando aplicada aos processos supramencionados, chegava-se à absurda conclusão de que a mera

¹⁷ BRASIL. 1º Juizado Especial Cível de Balneário Camboriú/SC. **Processo nº 0601208-24.2014.8.24.0005**. Autor: Clio Robispierre Camargo Luconi. Réu IBR Turismo Ltda- ME. Disponível em: <<https://esaj.tjsc.jus.br/esaj/portal.do?servico=190090>>. Acesso em 20/11/2018.

¹⁸ BRASIL. 4ª vara Cível de Balneário Camboriú/SC. **Processo nº 0601179-71.2014.8.24.0005**. Autor: Clio Robispierre Camargo Luconi. Réu Mercearia Rabelo Uildberger Alves Rabelo Me Disponível em: <<https://esaj.tjsc.jus.br/esaj/portal.do?servico=190090>>. Acesso em 20/11/2018.

alegação de que a foto pertencia ao indivíduo, fazia com que, realmente, dele fosse.

Rompendo tal posicionamento estático, e valendo-se de conhecimentos multidisciplinares, acertou o juiz ao reconhecer que, em detrimento do quanto previsto em lei, nenhum elemento levava a crer ser o autor da demanda proprietário da imagem digital.

É dizer: o direito, na prática, mormente no campo contencioso, abriu os olhos à tecnologia. E tal movimento é, de fato, necessário, a fim de se tornar as relações mais seguras, evitando-se, por consequência, o cometimento de injustiças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMAZONAS CABRAL, Cristina. **Mineração de dados para classificação fotográfica**. Rio de Janeiro, 2006. Disponível

em:

<http://www.pec.coppe.ufrj.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7232:crisrina-amazonas-cabral&catid=463&lang=es-es&Itemid=513>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

ARRUDA ALVIM WAMBIER et al. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 1ª ed. versão e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. 2ª Vara Cível de Balneário Camboriú/SC. **Processo nº 0601200-47.2014.8.24.0005**. Autor: Clio Robispierre Camargo Luconi. Réu: Rapi10 Viagens Corporate Travel Viagens e Turismo Ltda. Disponível em: <<https://esaj.tjsc.jus.br/esaj/portal.do?servico=190090>>. Acesso em 20/11/2018.

BRASIL. 1º Juizado Especial Cível de Balneário Camboriú/SC. **Processo nº 0601208-24.2014.8.24.0005**. Autor: Clio Robispierre Camargo Luconi. Réu IBR Turismo Ltda- ME. Disponível em: <<https://esaj.tjsc.jus.br/esaj/portal.do?servico=190090>>. Acesso em 20/11/2018.

BRASIL. 4ª vara Cível de Balneário Camboriú/SC. **Processo nº 0601179-71.2014.8.24.0005**. Autor: Clio Robispierre Camargo Luconi. Réu Merceria Rabelo Uildberger Alves Rabelo Me Disponível em: <<https://esaj.tjsc.jus.br/esaj/portal.do?servico=190090>>. Acesso em 20/11/2018.

BRASIL, Lei nº 9.610/1998. **Lei de Direitos Autorais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em 05/11/2017.

BRASIL. Lei nº 13.105/2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

Acesso em 20/11/2018.

CINTRA, A; GRINOVER, A; DINAMARCO, C. **Teoria Geral do Processo**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DINIZ, Everaldo Henrique. **AUTENTICIDADE DE FOTOGRAFIAS DIGITAIS**. Acta de Ciências e Saúde, v. 1, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://www2.ls.edu.br/actacs/index.php/ACTA/article/view/127/118>>. Acesso em 18/11/2018.

GIOVA, G. **Improving Chain of Custody in Forensic Investigation of Electronic Digital Systems**. International Journal of Computer Science and Network Security, v. 11, p. 1-9, 2011. Disponível em <http://paper.ijcsns.org/07_book/201101/20110101.pdf>. Acesso em 20/11/2018.

LIBÉRIO, Carolina Guerra. **Indústria fotográfica e fotografia do século XX ao XXI**.

Universidade Federal do Rio de Janeiro/RJ. Disponível em:

<<http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/9o-encontro-2013/artigos/gt-historia-da-midia-audiovisual-e-visual/industria-fotografica-e-fotografia-do-seculo-xx-ao-xxi>>. Acesso em 20/11/2018.

MACHADO, André Wilson; SOUKI, Bernardo Quiroga. **Simplificando a obtenção e a utilização de imagens digitais: scanners e câmeras digitais**. R Dental Press Ortodon Ortop Facial, v. 9, n. 4, 2004. <Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dpress/v9n4/a12v9n4>>. Acesso em 20/11/2018.

PALACIN, Vitché. **Fotografia: Teoria e Prática**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PARANÁGUA, Pedro. BRANCO, Sérgio. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral: Parte Geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. SALLES, Filipe. **MANUAL DE FOTOGRAFIA E CINEMATOGRAFIA BÁSICA**.

Mnemocine. 2004. 1p; Disponível em:

<http://www.mnemocine.com.br/download/manual_introd_cap1_hist.pdf>.

Acesso em 20/11/2018.

SILVA, Wagner Souza e. **Fotografia e interfaces digitais: Convergência entre construção, comunicação e significação.** Revista Geminis. Ano 6 - n. 1. p. 335. Disponível em: <
<http://www.revistageminis.ufscar.br/index.php/geminis/article/viewFile/233/204>>. Acesso em 20/11/2018.

UNESCO. **Convenção de Berna para a Proteção das obras literárias e artísticas.** Disponível em <http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil_conv_berna_09_09_1886_por_orof.pdf>. Acesso em 19 de novembro de 2018.

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO: UM ESTUDO SOBRE AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS À LUZ DO ESTATUTO DE ROMA

Emilly Nascimento Magnavita¹ e Adriana Deuner Mullet²

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar violações de direitos humanos na República Democrática do Congo, um país extremamente rico em minerais que traz consigo uma longa história de guerras, desde a sua colonização pela Bélgica até os conflitos pós colonização e movimentos de libertação nacional. Investiga-se como os direitos humanos são lá violados e qual resposta o Direito Internacional oferece.

Palavras-chave: Violação de Direitos Humanos – Congo – República Democrática do Congo

DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO: A STUDY ON HUMAN RIGHTS VIOLATIONS UNDER THE STATUTE OF ROME

Abstract

This article aims to analyze human rights violations in the Democratic Republic of Congo, a country rich in minerals that bring with it a long history of wars, from colonization through the jungle to colonization to national colonization. Investigating human rights are violated there and what the answer International Law offers.

Keywords: Human Rights Violation – Congo – Democratic Republic of the Congo

¹ Aluna do oitavo semestre de Direito na Instituição FMU.

² Aluna do terceiro semestre de Direito na Instituição FMU.

DE ESTADO INDEPENDENTE DO CONGO À REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO: GUERRAS CIVIS, CONFLITOS PÓS-COLONIZAÇÃO E MOVIMENTOS DE LIBERTAÇÃO NACIONAL

A República Democrática do Congo possui uma semelhança com os demais países do continente Africano no que tange à sua formação. Marcada pela colonização europeia, o país que possui vastas riquezas minerais e naturais com um dos maiores recursos hídricos e floresta tropical do continente é o mesmo que enfrenta problemas por conta de extrema pobreza, corrupções e guerras civil.

Em 1908, o Estado Independente do Congo passou ao domínio da Bélgica onde se iniciou a exploração das riquezas naturais da região, como por exemplo, de diamantes e cobalto.

Em 1960, após uma longa disputa pela descolonização, o Congo finalmente conseguiu sua independência, assumindo a sua presidência Joseph Kasavubu tendo como o primeiro-ministro Patrice Lumumba.

Segundo Junior (2005) após um mês da formação do gabinete de governo, teve início a Guerra de Secessão entre Katanga (região sul) e o restante do país. O conflito perdurou até 1963, e buscava a independência daquela província. Patrice Lumumba foi assassinado e Adula se tornou o novo primeiro-ministro em 1961. Com o apoio dos EUA e da ONU conseguiu recuperar o domínio da região. Porém, as rebeliões não cessaram e agravaram-se devido a séria crise econômica enfrentada pelo país nos anos seguintes.

No ano de 1965 o país passou a se chamar Zaire, ato do General Mobutu Sese Seko que com o apoio de Moïse Tschombé – ex-líder da rebelião de Katanga – tomou o poder. O governo perdurou até 1997, quando o General foi deposto por rebeldes liderados por Laurent-Desiré Kabila, que assumiu a presidência no mesmo ano (mais especificamente em 29 de maio de 1997) e, então, mudou o nome do país para República Democrática do Congo (RDC).

Mas as coisas não se acalmaram, pois logo em seguida aconteceu uma nova rebelião por partidários do antigo regime, divergentes FAC e apoiados por Uganda e Ruanda. Sudão, Chade, Angola, Zimbábue e Namíbia passaram a apoiar Kabila, e então, foi dado início a um sangrento campo de batalha onde mesmo com a intervenção da ONU e de outros países (Grã Bretanha e África do Sul) os conflitos além de não cessarem, expandiram pela RDC (ex.: Ituri ao Nordeste e North Kivu ao Norte).

O apoio de Kabila aos rebeldes da etnia Hutu¹ e aos revolucionários da UNITA intensificou os conflitos étnicos, resultando na morte de Kabila em 2001. Dez dias depois, seu filho, Joseph Kabila assumiu a presidência do RDC agravando a guerra civil que já era intensa. Meses após assumir o mandato assinou um acordo de paz com os rebeldes (outubro de 2002) onde criou um governo de unidade nacional de caráter transitório. E, mesmo após esse ato, as guerras não cessaram. Ainda existem conflitos étnicos, principalmente nas regiões de Ituri e North Kivu, muito embora as forças de paz da ONU tentem estabilizar a situação e proteger os civis.

A situação política da República Democrática do Congo é incerta. Segundo Kelly (2010)² após ser atingido por duas guerras sucessivas em 1996 e 1998 a região oriental da RDC se encontra em uma espécie de limbo entre estado de conflito e pós-conflito, onde mais de vinte grupos armados operam em uma paisagem variada de motivações e alianças, deixando o país, após décadas de instabilidade, com alguns dos piores indicadores de desenvolvimento e saúde do mundo.

VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS: CONCEITO DE CRIMES CONTRA HUMANIDADE E CRIMES DE GUERRA (ESTATUTO DE ROMA 1998 – 2002)

Entende-se como crimes contra a humanidade qualquer um dos atos elencados no artigo 7º do Estatuto de Roma, sendo eles: homicídio; extermínio; escravidão; deportação ou transferência forçada de uma população; prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; tortura; agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; perseguição de um grupo ou coletiva que possa ser identificado por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis; desaparecimento forçado de pessoas; *apartheid* e outros atos desumanos com caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento ou afetem gravemente a integridade física ou mental.

Já os Crimes de Guerra encontram-se no artigo 8º do referido Estatuto e são de competência do Tribunal julgar tais crimes, particularmente quando cometidos como parte integrante de uma política, prática ou plano em larga escala dos seguintes crimes: violações graves às Convenções de Genebra de 1949 através dos atos previstos nos incisos I ao VIII da alínea “a” dirigidos a pessoas ou aos

bens protegidos; outras violações graves dos costumes ou leis aplicáveis nos casos de conflitos armados internacionais, devidamente elencados nos incisos I ao XXVI da alínea “b”.

Há ainda, previsão legal (art.8º, alínea “c”) no que tange as violações graves em casos de conflito armado, ainda que não seja no âmbito internacional. Nesse caso, aplica-se o disposto no artigo 3º, comum às quatro Convenções de Genebra (1949) e se estendem a pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de combater devido a prisão, doença, lesões ou qualquer outro motivo.

Conforme Júnior (2005), o primado do Tribunal Internacional Penal é de que o acusado de praticar crimes contra o *status* humano deve prestar contas de sua ação à humanidade e não a um Estado específico.

Durante a guerra no Congo, foram perpetradas várias violações de direitos humanos, tanto por rebeldes quanto por forças governamentais, como por exemplo a execução de civis, desaprecimentos forçados, genocídios, detenções arbitrárias, tortura, crimes de guerra e crimes sexuais. Tais características levaram a Luiz Moreno-Ocampo, Procurador-chefe do Tribunal Penal Internacional, classificar o “caso Congo” como sendo o mais importante da História, depois da II Guerra Mundial.

A investigação na República Democrática do Congo levou à primeira condenação do Tribunal Penal Internacional (TPI) com o caso Thomas Lubanga Dyilo

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O “SENHOR DA GUERRA”

O Estatuto de Roma instituiu o Tribunal Penal Internacional e o definiu no seu artigo 1º como sendo uma instuição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional.

A competência do Tribunal é estabelecida no artigo 5º, onde, segundo o diploma legal, restringe-se aos crimes mais graves e que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, sendo eles o genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.

No tocante a competência, diferente dos demais Tribunais Internacionais *ad hoc*, o Tribunal Penal Internacional é permanente, porém não-retroativo, ou seja, trata-se de competência *rationae temporis*, isto é, a Corte só pode julgar os crimes cometidos após 1º de julho de 2002 que foi a data da sua instalação. Porém, isso

não significa que os crimes anteriores a essa data devam ficar impunes, uma vez que os crimes contra os direitos humanos não prescrevem segundo a ótica do direito internacional e devidamente prevista no artigo 29 do Estatuto de Roma. Logo, nesses casos, cabe aos órgãos jurisdicionais congolese julgar os abusos cometidos.

Referente a jurisdição, o artigo 12 do Estatuto esclarece as condições prévias para o seu exercício, sendo uma delas o território onde ocorreu a conduta, estendendo-se aos crimes cometidos a bordo de navios e aeronaves cuja a matrícula tenha sido feito no Estado.

No Brasil, o Congresso Nacional aprovou o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, vigorando no país a partir de 1º de setembro do mesmo ano.

Caso Thomas Lubanga Dyilo

Chamado de “O Senhor da guerra” liderou a milícia conhecida como *Union des Patriotes Congolais*, ou, União dos Congolese Patrióticos, e foi ex-comandante das Forças Patrióticas para Libertação do Congo (FPLC).

Foi condenado pelo TPI (10.07.2012), recebendo a pena de 14 anos de prisão por seu envolvimento no recrutamento e alistamento de crianças-soldado, menores de 15 anos, nas FPLC e usá-los nos ataques realizados na região de Ituri (leste RDC) entre setembro de 2002 e agosto de 2003.

Na audiência pública foi considerado pelo Juiz Presidente da Câmara, Adrian Fulford, a gravidade dos crimes, a natureza do comportamento ilegal, os meios utilizados para executar o crime, o nível de participação da pessoa condenada, grau de instrução, idade, local, bem como, a extensão dos danos causados às vítimas e suas famílias.

O Juiz também destacou a gravidade dos efeitos dos crimes cometidos por Lubanga, tendo eles um efeito internacional e observou que “a vulnerabilidade das crianças significa que elas precisam ser objeto de proteção especial, que não se aplica à população em geral, conforme reconhecido em tratados internacionais”.

Porém, o que chama atenção nesse caso é que Lubanga Dyilo foi acusado apenas de alistamento e recrutamento de crianças soldados menores de 15 anos e de utilizadas em atividades hostis, nada foi mencionado a respeito de crimes de gênero, violência sexual contra meninas e escravidão sexual.

Segundo Fatou Bensouda (procuradora-chefe da CPI) as investigações aconteceram em circunstâncias muito difíceis no que se trata de segurança e dos altos riscos corridos pelas vítimas, devido a isso, entendeu-se que o caso baseado na utilização das crianças era forte o suficiente para ser apresentado à Corte.

A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU

A Organização das Nações Unidas – ONU, trata-se de uma organização internacional constituída por países que voluntariamente se reuniram com o objetivo de assegurar o desenvolvimento e a paz mundial.

A Carta das Nações Unidas de 1945, documento que funda a organização, traz em seu preâmbulo os ideais e propósitos, cujo o governo dos 50 países presentes à Conferência sobre Organização Internacional realizada em São Francisco, se uniram para constituir as Nações Unidas. Podemos observar a influência que as Grandes Guerras tiveram. Vejamos:

“ Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que, por duas vezes no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla.

E para tais fins praticar a tolerância e viver em paz uns com os outros, como bons vizinhos, unir nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, e empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos. Em vista disso, nossos respectivos governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de ‘Organização das Nações Unidas’ (Carta das Nações Unidas, 1945)

A ONU tem seus propósitos elencados no artigo 1º da referida Carta, sendo eles: a manutenção da paz e segurança internacionais, promoção e estímulo ao respeito dos direitos humanos e às liberdades fundamentais, promoção de

relações amigáveis entre os países, observando a igualdade entre os países e autodeterminação dos povos e a busca pela harmonização das ações dentro da ONU para a consecução dos objetivos comuns.

Como princípios, traz consigo a boa-fé, igualdade, assistência, paz, segurança, justiça internacional, concordância implícita e não intervenção interna. Já referente a organização interna, o artigo 7º institui os órgãos da ONU sendo seis ao total.

O Conselho de Segurança, órgão deliberativo da ONU, teria um papel central para colocar em prática o sistema de segurança coletiva, porém, com a crescente polarização no início dos anos 50 em função da Guerra Fria, foi marginalizado pela incapacidade de encontrar consenso entre os membros permanentes. Assim, as missões de paz surgiram como uma possibilidade de prevenir conflitos entre estados através do uso de forças multinacionais.

Missões de Paz seriam ações recomendadas pelo Conselho de Segurança que devem ser seguidas, quando se percebe risco da paz e estabilidade internacional entre Estados, com possibilidade do uso de força.

Novas missões de paz foram estabelecidas baseadas em três pilares: Consentimento das partes envolvidas no conflito, Imparcialidade e Mínimo uso da Força, restrito à auto-defeza das tropas de paz ao mínimo uso da força .

Até o fim da Guerra Fria, apenas 14 missões foram aprovadas até o final dos anos 80. A transição de uma ordem mundial bipolar para o multilateralismo unipolar dos anos 90 permitiu ao conselho aprovar mais algumas missões de paz, ampliando sua atuação. Além disso, os com conflitos internos proporcionados pelos processos de descolonização, também desafiaram a paz e a estabilidade internacional, resultando em crises humanitárias de causas religiosas e éticas. Assim, visando pôr um fim nas violações humanitárias cometidas, a ONU aprovou missões de paz que tinham maiores quantidades de tropas para lidar com essa nova situação de conflitos internos e novos mandatos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVES, Laura Leite. **A CORTE PENAL INTERNACIONAL NO CASO THOMAS LUBANGA DYILO: o primeiro réu condenado após o início de sua atuação.** Artigo publicado em 05.2017 no site JUS.COM.BR Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57457/a-corte-penal-internacional-no-caso-thomas-lubanga-dyilo-o-primeiro-reu-condenado-apos-o-inicio-de-sua-atuacao>> Acesso em 06.11.2018 (15:08)

BRASIL. ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Diário Oficial da União, 26 set.2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm Acesso em: 20.11.2018 (00:10)

CARRANCA, Adriana. ESTUPRO VIRA ARMA DE GUERRA NO CONGO. Estadão, 27 out. 2013. Disponível em: <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,estupro-vira-arma-de-guerra-no-congo-imp-,1090073> > Acesso em: 20.11.2018 (00:13)

JÚNIOR, José Carlos. O CASO “REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO” NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.1, n.1, jan./jun.2005. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/dint/article/download/4580/3824> Acesso em: 19.11.2018 (18:05)

KELLY, Jocelyn. REPE IN WAR: Motives of Militia in DRC. Matéria especial USIP – Unit States Institute os Peace. Publicado em June/2010. Disponível em: <https://www.hhi.harvard.edu/sites/default/files/publications/rape-in-war-motives-of-militia.pdf> > Acesso em: 06.11.2018 (17:13)

OLIVEIRA, Bárbara de Abreu. O TRATAMENTO DOS CRIMES DE VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MULHERES NO ÂMBITO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

ONU BR, Nações Unidas no Brasil. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL SENTENCIA EX-SENHOR DA GUERRA CONGOLÊS A 14 ANOS DE PRISÃO. Matéria publicada no site das Nações Unidas no Brasil (ONUBR). Publicada e atualizada em 10.07.2012 Disponível em: <https://nacoesunidas.org/tribunal-penal-internacional-sentencia-ex-senhor-da-guerra-congoles-a-14-anos-de-prisao/>

PENACHIONI, Jília Battisyuzzi. VIOLÊNCIA SEXUAL EM CONFLITOS ARMADOS E EM ATAQUES GENERALIZADOS OU SISTEMÁTICOS: a criminalização pelo Tribunal Penal Internacional. Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC), 2017. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/19843/2/J%C3%BAlia%20Battistuzzi%20Penachioni.pdf> > Acesso em: 06.11.2018 (16:09)

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Convenção de Genebra IV. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Conven%C3%A7%C3%A3o-de-Genebra/convencao-de-genebra-iv.html> > Acesso em: 20.11.2018 (00:06)

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO: UM ESTUDO SOBRE AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS À LUZ DO ESTATUTO DE ROMA

Adriana Muller¹, Emilly Magnavita¹ e Vanessa Bunk²

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar violações de direitos humanos na República Democrática do Congo, um país extremamente rico em minerais que traz consigo uma longa história de guerras, desde sua colonização pela Bélgica até os conflitos pós colonização e movimentos de libertação nacional. Investiga-se como os direitos humanos são lá violados e qual resposta o Direito Internacional oferece.

Palavras-chave: Violação de Direitos Humanos; Congo; República Democrática do Congo; imigração; refugiados.

DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO: A STUDY ON HUMAN RIGHTS VIOLATIONS UNDER THE STATUTE OF ROME

Abstract

This article aims to analyze human rights violations in the Democratic Republic of Congo, a country rich in minerals that bring with it a long history of wars, from colonization through the jungle to colonization to national colonization. Investigating human rights are violated there and what the answer International Law offers.

Keywords: Human Rights Violation; Congo; Democratic Republic of the Congo; immigration; refugees.

PROJEÇÃO DE REFÚGIO EM ESCALA MUNDIAL

Diariamente, em todo o mundo, cerca de 44.400 pessoas são forçadas a deixar suas casas por conta de conflitos e perseguições em seus próprios países de origem, esses indivíduos majoritariamente não podem confiar em seu próprio

¹ Graduanda em Direito no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas.

² Graduanda em Relações Internacionais no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas.

governo, que a princípio, deveria ser o garantidor e protetor dos direitos humanos fundamentais bem como de sua integridade e segurança física.³

Segundo dados de 2017 fornecidos pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) é apontado que mais de 68,5 milhões de pessoas são forçadamente retiradas de seus locais de origem em todo mundo, sendo destas, 40 milhões sob o status de deslocados internos⁴. As outras 25,4 milhões possuem o status oficial de refugiados (destas, 19,9 milhões estão deslocadas sob mandato do ACNUR e outros 5,4 milhões são refugiados palestinos registrados e sob mandado da UNRWA). Do total dos deslocados mundiais, 3,1 milhões ainda estão como requerentes de asilo.

Aproximadamente 85% dos refugiados estão alocados em países em desenvolvimento, ou seja, 16,9 milhões de todos os refugiados mundiais sob mandato do ACNUR encontram-se atualmente em países subdesenvolvidos, ou em fase de desenvolvimento. Enquanto isso, há um crescente significativo em países menos desenvolvidos que fornecem asilo a ao menos um terço do total global (cerca de 6,7 milhões de refugiados).

Segundo o relatório Global Trends Forced Displacement realizado ao longo de 2017, os países que mais acolhem refugiados são, respectivamente: Turquia 3,5 milhões, (ressaltando que, a Turquia pelo quarto ano consecutivo abriga o maior número de refugiados no mundo). Progressivamente tem-se o Paquistão com 1,4 milhões, Uganda com 1,4 milhões, Líbano, com cerca de 1 milhão, República Islâmica do Irã com 979,400 mil, Alemanha com 970,400 mil, Bangladesh 932,200 mil, e Sudão com 906,600 mil.

NORMATIVA INTERNACIONAL

Para que se caracterize a condição de refugiado, recorre-se à Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados celebrada em 1951, definindo todo o indivíduo que se encontre fora de seu país de origem (nacionalidade originária), em condição de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, opinião política, ou pertencimento a determinado grupo social, e que categorize a estes motivos a causa da obstrução de sua permanência (ou retorno) ao seu país de origem. Posteriormente, definições mais amplas foram

³ Relatório 'Global Trends Forced Displacement in 2017', fornecido pelo UNHCR. Disponível em <https://www.unhcr.org/globaltrends2017>, último acesso 22/11/2018.

⁴ IDP, pessoas forçadas a deixar suas casas para ir a outro lugar em seu próprio país em busca de proteção e segurança. Diferentemente dos refugiados, estas não cruzaram uma fronteira internacional em busca de amparo, mesmo que o inimigo seja seu próprio Estado.

sendo agregadas à esta descrição, dada a transformação do cenário global e o surgimento de novos fenômenos, como é o caso do Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados⁵, desta forma, pode-se associar como um refugiado todo aquele que é obrigado a deixar o seu país de origem devido ao agravamento de conflitos armados, a presença da violência generalizada e ao acirramento dessa necessidade de fuga, sem nenhuma limitação geográfica ou período específico. Subsequentemente, a Declaração de Cartagena celebrada em 1984 ampliou seu escopo para a América Latina (em decorrência da evolução do refúgio principalmente na América Central) e salientou a urgência de países que ainda não aderiram e ratificaram o Estatuto de Refugiados de 1951 e 1967 o fizessem. Enfatizou também a necessidade de maior apoio ao ACNUR bem como, a permissão de estabelecer mecanismos diretos de coordenação para facilitar seu mandato na região, a facilitação da repatriação de refugiados, e principalmente estendeu o conceito refugiado em decorrência da especificidade da região⁶.

O Estatuto da Apatridia celebrado em 1954 outorgou similarmente a proteção de toda pessoa que não seja considerada nacional por nenhum Estado, nesse sentido, a convenção celebra que todo o apátrida terá perante o país em que se encontra, deveres e obrigações, bem como a não discriminação por motivos de raça, religião ou país de origem. Essa solicitude é instrumentalizada especialmente pelo ACNUR, assim como missões de paz estabelecidas pela ONU em regiões conflituosas. Contudo, mesmo com altos investimentos

DESAFIOS NA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO, MISSÕES DE PAZ DA ONU E A UNIÃO AFRICANA

Ao todo, mais de 68% de todos os refugiados do mundo veio de apenas cinco principais países: República Árabe da Síria com 6,3 milhões, Afeganistão com 2,6 milhões, Sudão do Sul com 2,4 milhões, Myanmar com 1,2 milhões e Somália com 986,400. Recentemente há uma atenção especial para a situação atual da

⁵ A Convenção de Genebra assinada em 1951 só se aplicava a pessoas que se tornaram refugiadas em decorrência dos acontecimentos testemunhados até esta data, e em locais previamente determinados.

⁶ Em face da experiência presenciada de observância de refugiados na região da América Central, tornou-se necessário a ampliação na gama de definições do conceito, mediante a característica da situação existente na região. Nesse sentido, também são considerados refugiados aqueles que tenham fugido de seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada e agressão estrangeira, conflitos internos, violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. Essas definições foram estabelecidas em ressonância à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos que concerne à proteção dos direitos dos refugiados na região. nas missões de paz e operações proporcionadas pelas Nações Unidas, os números que vem- se hoje são alarmantes, e categorizados como os maiores níveis de deslocamento e crise de refugiados já presenciados em nossa história.

população de deslocados internos na República Democrática do Congo que dobrou em 2017 para mais de 4,4 milhões. Além disso, existem cerca de 620.800 refugiados congolese em outros países e 537.100 refugiados de outros países dentro das fronteiras da RDC.

Grande parte das guerras civis presentes na região africana, extrapolou fronteiras internas transbordando para âmbito regional, causando toda uma mobilização internacional para uma possível solução pacífica dessas controvérsias como é o caso que acontece nas fronteiras da RDC. Marcada por guerras civis internas, ditaduras, crises de nacionalidade e identidade, este processo é apontado por Sébastien Kiwonghi Bizawu, como uma forma que os banyamulenge⁷ projetaram sua hegemonia militar no Leste do Congo por questões mormente securitárias. Fora isso, com o avanço dessas questões securitárias, atualmente deve-se considerar outras variáveis (das muitas) para que se compreenda as motivações desses conflitos. Questões como interesses econômicos, questões demográficas, superpopulação de regiões, e a geopolítica, devem ser apontadas como fundamentais, de acordo com o Human Rights Watch⁸.

A República Democrática do Congo (RDC) está no centro de uma das mais graves e complexas crises de refugiados em âmbito global, entretanto, como está localizada no continente africano essa tensão acaba ficando continuamente esquecida pelo resto do mundo. Recentemente, a dinâmica mais preocupante têm manifestado-se a partir de conflitos surgidos em províncias anteriormente “pacificadas” e com a existência de conflitos intercomunitários entre grupos armados. A conjuntura atual enfrentada pela República Democrática do Congo está sendo conduzida à uma situação alarmante e impossível de se ignorar dentro da comunidade internacional, principalmente quando são analisados os últimos números do final de 2017, com cerca de 630,500 refugiados congolese em regiões adjacentes (como Tanzânia, Zâmbia e Uganda) e 4,49 milhões de deslocados internos, afetando crescentemente mais pessoas à medida que continua. Os civis, particularmente nas províncias na região de Kasai, continuam a fugir de suas casas buscando proteção, maior segurança e assistência em outras regiões de seu próprio território, tal como para países vizinhos como a Angola (8.000 pessoas são deslocadas diariamente desde abril de 2017, salvo aquelas outras dezenas de

⁷ Banyamulenge, é o termo que se refere historicamente aos étnicos tutsis, também chamados de “tutsis congolese”. Pertencem a um grupo étnico muito distinto quando diz respeito a dialeto, cultura, posição política e social que dependerá da região de sua origem (Kivu do Norte e Kivu do Sul, fronteiras com Uganda, Ruanda, Burundi e Tanzania) caracterizando um caso específico de etnogênese.

⁸ Para mais detalhes sobre conflitos na República Democrática do Congo, [https://www.hrw.org/blog-feed/democratic-republic-congo-crisis](https://www.hrw.org/blog/feed/democratic-republic-congo-crisis), último acesso em 21/11/2018.

milhares que fugiram para a Angola). Por esse motivo, a população de refugiados congolese está agora entre os dez maiores do mundo⁹.

No final de 2017, foram contabilizados mais de 713 mil refugiados congolese que buscavam proteção países vizinhos, incluindo Angola, Burundi, República Centro-Africana, Ruanda, República do Congo, Sudão do Sul, Tanzânia, Uganda e Zâmbia, assim como, em países da África Austral e além. Destes, mais de 100.000 novos refugiados foram deslocados à força em 2017, como consequência da deterioração da situação no país. Desde o início de 2018, dezenas de milhares de refugiados congolese escaparam para os países vizinhos elevando o número total de refugiados congolese na África, número que saltou para cerca de 770.000. A maior parte dos países procurados por refugiados congolese em busca de asilo estão mantendo suas fronteiras abertas, no entanto, os campos existentes estão tornando-se saturados tal como muitos serviços básicos disponibilizados, que já estão em seu limite. Em muitas situações, esses refugiados precisam ser transferidos para locais mais seguros e longe das áreas de fronteira, novos assentamentos estão sendo estabelecidos em Angola e na Zâmbia, e o mesmo será feito caso a entrada de refugiados no Burundi e na Tanzânia perdurem. O aumento do número de recém-chegados está colocando muita pressão sobre áreas que já receberam grandes populações de refugiados, e o agravamento dessa situação acarreta em um impacto desastroso na já precária situação humanitária na República

Democrática Congo e região adjacente, ainda que o risco desses deslocamentos permaneça alto é necessária uma medida eficiente para que haja uma preocupação maior com a tutela dessa população, e assegurar a égide acerca da segurança coletiva.

A União Africana (UA), criada em 2002 em substituição a antiga Organização da Unidade Africana (OUA), atua na mediação e na prevenção de conflitos no continente africano contribuindo de maneira significativa para a evolução institucional do continente, e a primazia da criação de uma identidade própria frente ao sistema internacional. Dentre as iniciativas apontadas pela União, está em pauta o avanço de uma abertura econômica, transparência administrativa dos Estados-membros¹⁰, e principalmente o respeito aos Direitos Humanos. A criação

⁹ Relatório 'Congolese situation: Responding to the needs of displaced Congolese and refugees' (Supplementary Appeal, January – December 2018) fornecido pelo UNHCR. Disponível em http://reporting.unhcr.org/sites/default/files/2018%20Congolese%20Situation%20SB%20-%20DRC_0.pdf último acesso em 22/11/2018.

¹⁰ Atualmente a União Africana possui 54 membros, ou seja, todos os Estados do continente africano.

do órgão Conselho de Paz e Segurança da União Africana (CPSUA) em 2004, surge pela necessidade de manter a paz na região, intervir rapidamente em casos de genocídios, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Essas ações envolvem a diplomacia preventiva no contexto específico dos conflitos africanos, e a fomentação de ações humanitárias em parceria com a Organização das Nações Unidas. No entanto, essa associação entre estas organizações requerem maior aperfeiçoamento e modernização em suas estratégias, para que tenham o sucesso almejado como é o caso da MONUSCO, missão de paz específica para a região da República Democrática do Congo. A declaração realizada à ONU News em 2017, pelo subsecretário-geral para as Operações de Manutenção de Paz da ONU Jean-Pierre Lacroix, ressaltou a necessidade da maior cooperação entre nações africanas, bem como as suas organizações, para que assim o resultado almejado seja alcançado. Não obstante, destaca a importância de maior ajuda financeira assim como o aumento no segmento da ajuda técnica. Atualmente, a região africana abrange cerca de 58% das forças de paz globais e acolhe nove das dezesseis missões da organização¹¹.

DE ESTADO INDEPENDENTE DO CONGO À REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO: GUERRAS CIVIS, CONFLITOS PÓS-COLONIZAÇÃO E MOVIMENTOS DE LIBERTAÇÃO NACIONAL

A República Democrática do Congo possui uma semelhança com os demais países do continente Africano no que tange à sua formação. Marcada pela colonização europeia, o país que possui vastas riquezas minerais e naturais com um dos maiores recursos hídricos e floresta tropical do continente é o mesmo que enfrenta problemas por conta de extrema pobreza, escândalos de corrupção e guerras civis e étnicas de magnitude histórica.

Em 1908, o Estado Independente do Congo passou ao domínio da Bélgica onde se iniciou a exploração das riquezas naturais da região, como por exemplo, de diamantes e cobalto.

Em 1960, após uma longa disputa pela descolonização, o Congo finalmente conseguiu sua independência, assumindo a sua presidência Joseph Kasavubu tendo como o primeiro-ministro Patrice Lumumba.

¹¹ Matéria na íntegra disponível em <https://news.un.org/pt/story/2017/06/1588291-onu-precisa-de-ajuda-da-africa-para-avancar-com-processos-de-paz> último acesso em 23/11/2018.

Segundo Junior (2005) após um mês da formação do gabinete de governo, teve início a Guerra de Secessão entre Katanga (região sul) e o restante do país. O conflito perdurou até 1963, e buscava a independência daquela província. Patrice Lumumba foi assassinado e Adula se tornou o novo primeiro-ministro em 1961. Com o apoio dos EUA e da ONU conseguiu recuperar o domínio da região. Porém, as rebeliões não cessaram e agravaram-se devido a séria crise econômica enfrentada pelo país nos anos seguintes.

No ano de 1965 o país passou a se chamar Zaire, ato do General Mobutu Sese Seko que com o apoio de Moïse Tschombé – ex-líder da rebelião de Katanga – tomou o poder. O governo perdurou até 1997, quando o General foi deposto por rebeldes liderados por Laurent-Desiré Kabila, que assumiu a presidência no mesmo ano (mais especificamente em 29 de maio de 1997) e, então, mudou o nome do país para República Democrática do Congo (RDC).

Mas as coisas não se acalmaram, pois logo em seguida aconteceu uma nova rebelião por partidários do antigo regime, divergentes FAC e apoiados por Uganda e Ruanda. Sudão, Chade, Angola, Zimbábue e Namíbia passaram a apoiar Kabila, e então, foi dado início a um sangrento campo de batalha onde mesmo com a intervenção da ONU e de outros países (Grã Bretanha e África do Sul) os conflitos além de não cessarem, expandiram pela RDC (ex.: Ituri ao Nordeste e North Kivu ao Norte).

O apoio de Kabila aos rebeldes da etnia Hutu¹ e aos revolucionários da UNITA (União Nacional para a Independencia Total de Angola) intensificou os conflitos étnicos, resultando na morte de Kabila em 2001. Dez dias depois, seu filho, Joseph Kabila assumiu a presidência do RDC agravando a guerra civil que já era intensa. Meses após assumir o mandato assinou um acordo de paz com os rebeldes em Outubro de 2002, onde criou um governo de unidade nacional de caráter transitório. Mesmo após esse ato, as guerras não cessaram. Ainda existem conflitos étnicos, principalmente nas regiões de Ituri e North Kivu, muito embora as forças de paz da ONU tentem estabilizar a situação e proteger os civis.

A situação política da República Democrática do Congo é incerta. Segundo Kelly (2010)² após ser atingido por duas guerras sucessivas em 1996 e 1998 a região oriental da RDC se encontra em uma espécie de limbo entre estado de conflito e pós-conflito, onde mais de vinte grupos armados operam em uma paisagem variada de motivações e alianças, deixando o país, após décadas de instabilidade, com alguns dos piores indicadores de desenvolvimento e saúde do mundo.

VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS: CONCEITO DE CRIMES CONTRA HUMANIDADE E CRIMES DE GUERRA (ESTATUTO DE ROMA (1998 – 2002))

Entende-se como crimes contra a humanidade qualquer um dos atos elencados no artigo 7º do Estatuto de Roma, sendo eles: homicídio; extermínio; escravidão; deportação ou transferência forçada de uma população; prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; tortura; agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; perseguição de um grupo ou coletiva que possa ser identificado por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis; desaparecimento forçado de pessoas; *apartheid* e outros atos desumanos com caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento ou afetem gravemente a integridade física ou mental.

Já os Crimes de Guerra encontram-se no artigo 8º do referido Estatuto e são de competência do Tribunal julgar tais crimes, particularmente quando cometidos como parte integrante de uma política, prática ou plano em larga escala dos seguintes crimes: violações graves às Convenções de Genebra de 1949 através dos atos previstos nos incisos I ao VIII da alínea “a” dirigidos a pessoas ou aos bens protegidos; outras violações graves dos costumes ou leis aplicáveis nos casos de conflitos armados internacionais, devidamente elencados nos incisos I ao XXVI da alínea “b”.

Há ainda, previsão legal (art.8º, alínea “c”) no que tange as violações graves em casos de conflito armado, ainda que não seja no âmbito internacional. Nesse caso, aplica-se o disposto no artigo 3º, comum às quatro Convenções de Genebra (1949) e se estendem a pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de combater devido a prisão, doença, lesões ou qualquer outro motivo.

Conforme Júnior (2005), o primado do Tribunal Internacional Penal é de que o acusado de praticar crimes contra o *status* humano deve prestar contas de sua ação à humanidade e não a um Estado específico.

Durante a guerra no Congo, foram perpetradas várias violações de direitos humanos, tanto por rebeldes quanto por forças governamentais, como por

exemplo a execução de civis, desaprecimentos forçados, genocídios, detenções arbitrárias, tortura, crimes de guerra e crimes sexuais. Tais características levaram a Luiz Moreno-Ocampo, Procurador-chefe do Tribunal Penal Internacional, classificar o “caso Congo” como sendo o mais importante da História, depois da II Guerra Mundial.

A investigação na República Democrática do Congo levou à primeira condenação do Tribunal Penal Internacional (TPI) com o caso Thomas Lubanga Dyilo

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O “SENHOR DA GUERRA”

O Estatuto de Roma instituiu o Tribunal Penal Internacional e o definiu no seu artigo 1º como sendo uma instuição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional.

A competência do Tribunal é estabelecida no artigo 5º, onde, segundo o diploma legal, restringe-se aos crimes mais graves e que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, sendo eles o genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.

No tocante a competência, diferente dos demais Tribunais Internacionais *ad hoc*, o Tribunal Penal Internacional é permanente, porém não-retroativo, ou seja, trata-se de competência *rationae temporis*, isto é, a Corte só pode julgar os crimes cometidos após 1º de julho de 2002 que foi a data da sua instalação. Porém, isso não significa que os crimes anteriores a essa data devam ficar impunes, uma vez que os crimes contra os direitos humanos não prescrevem segundo a ótica do direito internacional e devidamente prevista no artigo 29 do Estatuto de Roma. Logo, nesses casos, cabe aos órgão jurisdicionais congolese julgar os abusos cometidos.

Referente à jurisdição, o artigo 12 do Estatuto esclarece as condições prévias para o seu exercício, sendo uma delas o território onde ocorreu a conduta, estendendo-se aos crimes cometidos a bordo de navios e aeronaves cuja a matrícula tenha sido feito no Estado.

No Brasil, o Congresso Nacional aprovou o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, vigorando no país a partir de 1º de setembro do mesmo ano.

Caso Thomas Luganga Dyilo

Chamado de “*O Senhor da guerra*” liderou a milícia conhecida como *Union des Patriotes Congolaisi*, ou, União dos Congolese Patrióticos, e foi ex-comandante das Forças Patrióticas para Libertação do Congo (FPLC).

Foi condenado pelo TPI em 10 de Julho de 2012, recebendo a pena de 14 anos de prisão por seu envolvimento no recrutamento e alistamento de crianças-soldado menores de 15 anos nas FPLC (Forças Patrióticas para a Libertação do Congo), e usá-los em ataques realizados na região de Ituri (região leste da RDC) entre Setembro de 2002 e Agosto de 2003. Na audiência pública foi considerado pelo Juiz Presidente da Câmara, Adrian Fulford, a gravidade dos crimes, a natureza do comportamento ilegal, os meios utilizados para executar o crime, o nível de participação da pessoa condenada, grau de instrução, idade,

local, bem como, a extensão dos danos causados às vítimas e suas famílias.

O Juiz também destacou a gravidade dos efeitos dos crimes cometidos por Lubanga, tendo eles um efeito internacional e observou que “a vulnerabilidade das crianças significa que elas precisam ser objeto de proteção especial, que não se aplica à população em geral, conforme reconhecido em tratados internacionais”.

Porém, o que chama atenção nesse caso é que Lubanda Dyilo foi acusado apenas de alistamento e recrutamento de crianças soldados menores de 15 anos e de utilizadas em atividades hostis, nada foi mencionado a respeito de crimes de gênero, violência sexual contra meninas e escravidão sexual.

Segundo Fatou Bensouda (procuradora-chefe da CPI) as investigações aconteceram em circunstâncias muito difíceis no que se trata de segurança e dos altos riscos corridos pelas vítimas, devido a isso, entendeu-se que o caso baseado na utilização das crianças era forte o suficiente para ser apresentado à Corte.

A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E AS MISSÕES DE PAZ: A EFETIVIDADE DA MONUSCO

A Organização das Nações Unidas – ONU, trata-se de uma organização internacional constituída por países que voluntariamente se reuniram com o objetivo de assegurar o desenvolvimento e a paz mundial.

A Carta das Nações Unidas de 1945, documento que funda a organização, traz em seu preâmbulo os ideais e propósitos, cujo o governo dos 50 países presentes à Conferência sobre Organização Internacional realizada em São Francisco, se uniram

para constituir as Nações Unidas. Podemos observar a influência que as Grandes Guerras tiveram. Vejamos:

“ Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que, por duas vezes no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla.

E para tais fins praticar a tolerância e viver em paz uns com os outros, como bons vizinhos, unir nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, e empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos. Em vista disso, nossos respectivos governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de ‘Organização das Nações Unidas’ (Carta das Nações Unidas, 1945)

A ONU tem seus propósitos elencados no artigo 1º da referida Carta, sendo eles: a manutenção da paz e segurança internacionais, promoção e estímulo ao respeito dos direitos humanos e às liberdades fundamentais, promoção de relações amigáveis entre os países, observando a igualdade entre os países e autodeterminação dos povos e a busca pela harmonização das ações dentro da ONU para a consecução dos objetivos comuns.

Como princípios, traz consigo a boa-fé, igualdade, assistência, paz, segurança, justiça internacional, concordância implícita e não intervenção interna. Já referente a organização interna, o artigo 7º institui os órgãos da ONU sendo seis ao total.

O Conselho de Segurança, órgão deliberativo da ONU, teria um papel central para colocar em prática o sistema de segurança coletiva, porém, com a crescente polarização no início dos anos 50 em função da Guerra Fria, foi marginalizado pela incapacidade de encontrar consenso entre os membros permanentes. Assim,

as missões de paz surgiram como uma possibilidade de prevenir conflitos entre estados através do uso de forças multinacionais.

Missões de Paz seriam ações recomendadas pelo Conselho de Segurança que devem ser seguidas, quando se percebe risco da paz e estabilidade internacional entre Estados, com possibilidade do uso de força.

Novas missões de paz foram estabelecidas baseadas em três pilares: Consentimento das partes envolvidas no conflito, Imparcialidade e Mínimo uso da Força, restrito à auto-defeza das tropas de paz ao mínimo uso da força .

Até o fim da Guerra Fria, apenas 14 missões foram aprovadas até o final dos anos 80. A transição de uma ordem mundial bipolar para o multilateralismo unipolar dos anos 90 permitiu ao conselho aprovar mais algumas missões de paz, ampliando sua atuação. Além disso, os conflitos internos proporcionados pelos processos de descolonização, também desafiaram a paz e a estabilidade internacional, resultando em crises humanitárias de causas religiosas e éticas. Assim, visando pôr um fim nas violações humanitárias cometidas, a ONU aprovou missões de paz que tinham maiores quantidades de tropas para lidar com essa nova situação de conflitos internos e novos mandatos.

O conceito de Peacekeeping concerne atividades que buscam criar condições favoráveis à paz duradoura e a possibilidade de prevenir conflitos em Estados através do uso de forças multinacionais. Atualmente, a região africana abrange 50% das forças de paz globais acolhendo 7 das 14 missões de paz promovidas pela ONU. A MONUSCO (Missão das Nações Unidas na República Democrática do Congo) é a missão de Paz vigente na região estudada, estabelecida em 1999 visava as tarefas de observação e vigilância que não envolviam o uso de força. O aumento dos conflitos na região alterou esse cenário em 2010 alterando seu nome, de MONUC para MONUSCO, via resolução 1925 aprovada pelo

Conselho de Segurança, incumbindo um nova fase de atuação na região. Essa nova missão foi autorizada a usar todos os meios para cumprir seu mandato, inclusive o meio militar. Hoje, a República Democrática do Congo está entre as dez maiores crises de refugiados do mundo, fomentando o questionamento acerca da efetividade da missão de paz na região.

CONCLUSÕES PRELIMINARES

No presente artigo foi observado o quanto heranças colonizatórias e divergências étnicas têm afetado o território africano como um todo, principalmente nosso objeto de estudo: A República Democrática do Congo. Interpretamos os

movimentos da missão de paz no local, bem como a sua efetividade, já que, os números quando falamos em ‘refúgio’ são alarmantes e críticos, corroborando em uma deficiência nas ações de paz junto à organismos internacionais.

Concomitantemente, está sendo realizado um exaustivo levantamento de casos de crimes de guerra em consonância ao Tribunal Penal Internacional, considerando que as violações dos Direitos Humanos e o uso da violência generalizada está drasticamente exacerbada na região que serve como nosso objeto de estudo. Desta forma, procuramos elucidar as violações que ocorrem no território, e como são utilizadas como instrumentos de guerra, seja para desestruturar a ordem regional, seja para a conquista de territórios ‘redesenhados’ após o período de descolonização africana.

REFERÊNCIAS

A ONU PRECISA DE AJUDA DA AFRICA PARA AVANÇAR NOS PROCESSOS DE PAZ, Matéria na íntegra disponível em <https://news.un.org/pt/story/2017/06/1588291-onu-precisa-de-ajuda-da-africa-para-avancar-com-processos-de-paz> último acesso em 23/11/2018.

ALVES, Laura Leite. A CORTE PENAL INTERNACIONAL NO CASO THOMAS LUBANGA DYILO: o primeiro réu condenado após o início de sua atuação. Artigo publicado em 05.2017 no site JUS.COM.BR Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57457/a-corte-penal-internacional-no-caso-thomas-lubanga-dyilo-o-primeiro-reu-condenado-apos-o-inicio-de-sua-atuacao> Acesso em 06.11.2018 (15:08).

BRASIL. ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Diário Oficial da União, 26 set.2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm Acesso em: 20.11.2018 (00:10)

CARRANCA, Adriana. ESTUPRO VIRA ARMA DE GUERRA NO CONGO. Estadão, 27 out. 2013. Disponível em: <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,estupro-vira-arma-de-guerra-no-congo-imp-,1090073> Acesso em: 20.11.2018 (00:13)

Conflitos na República Democrática do Congo segundo o Human Rights Watch <https://www.hrw.org/blog-feed/democratic-republic-congo-crisis> último acesso em 21/11/2018.

JÚNIOR, José Carlos. O CASO “REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO” NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Revista Brasileira de Direito

Internacional, Curitiba, v.1, n.1, jan./jun.2005. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/dint/article/download/4580/3824>> Acesso em: 19.11.2018 (18:05)

KELLY, Jocelyn. REPE IN WAR: Motivies of Militia in DRC. Matéria especial USIP – Unit States Institute os Peace. Publicado em June/2010. Disponível em: <<https://www.hhi.harvard.edu/sites/default/files/publications/rape-in-war-motives-of-militia.pdf>> Acesso em: 06.11.2018 (17:13)

OLIVEIRA, Bárbara de Abreu. O TRATAMENTO DOS CRIMES DE VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MULHERES NO ÂMBITO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. ONU BR, Nações Unidas no Brasil. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL SENTENCIA EX-SENHOR DA GUERRA CONGOLÊS A 14 ANOS DE PRISÃO. Matéria publicada no site das Nações Unidas no Brasil (ONUBR). Publicada e atualizada em 10.07.2012 Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/tribunal-penal-internacional-sentencia-ex-senhor-da-guerra-congoles-a-14-anos-de-prisao/>>

PENACHIONI, Jília Battisyuzzi. VIOLÊNCIA SEXUAL EM CONFLITOS ARMADOS E EM ATAQUES GENERALIZADOS OU SISTEMÁTICOS: a criminalização pelo Tribunal Penal Internacional. Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC), 2017. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/19843/2/J%C3%BAlia%20Battistuzzi%20Penachioni.pdf>> Acesso em: 06.11.2018 (16:09)

Relatório ‘Congolese situation: Responding to the needs of displaced Congolese and refugees’ (Supplementary Appeal, January – December 2018) fornecido pelo UNHCR. Disponível em http://reporting.unhcr.org/sites/default/files/2018%20Congolese%20Situation%20SB%20-%20DRC_0.pdf último acesso em 22/11/2018.

Relatório ‘Global Trends Forced Displacement in 2017’, fornecido pelo UNHCR. Disponível em <https://www.unhcr.org/globaltrends2017> último acesso 22/11/2018.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Convenção de Genebra IV. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Conven%C3%A7%C3%A3o-de-Genebra/convencao-de-genebra-iv.html>> Acesso em: 20.11.2018 (00:06).

TEORIA DA APARÊNCIA SOBRE A AÇÃO DE ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS

Douglas Marques Pereira¹ e Priscila de Oliveira Leite Nascimento²

Resumo:

O presente artigo busca, de maneira dedutiva, introduzir o tema da teoria da aparência, com enfoque principal na ação de alimentos compensatórios. Para tanto foram abordados os conceitos doutrinários, as principais fontes que dão origem a este dever legal, seus fundamentos jurídicos, tanto como o dever legal de prestar alimentos. Por meio de pesquisa a bibliografias, por fim este trabalho tem como objetivo analisar como a teoria da aparência vem sendo aplicado aos casos da ação de alimentos congruentes.

Palavras-chave: alimentos - aparência - embasamento - doutrina - dever-prestação - compensatórios

APPARENT EXISTENCE ABOUT COMPENSATORY ALLIMENT ACTION

Abstract:

This article search, for deductive method, introduce the theme of the theory of appareance, with focus in compensatory alliment action. For this is basead in doctrine concepts, searching the principal legal fonts used for to createte the obrigation, both with legal duty to provide aliments. For this article we used bibliographics research, for this article have the objective to examined how the theory of appareance is going used in cases of compensatory alliment's.

Keywords: alliment - appareance - basis - doutrine - legal - prestation - compensatory

INTRODUÇÃO

Com o passar dos tempos a ação de alimentos sofreu grandes transformações perante a sociedade, não só com o avanço da sociedade e da lei com a implementação do código civil de 2002, mas também com a evolução dos

¹ Graduando de direito 4 semestre Faculdades Metropolitanas Unidas.

² Bacharel de administração universidade Presbiteriana Mackenzie - Graduanda de direito Faculdades Metropolitanas Unidas.

costumes da sociedade. Filhos fora do casamento não eram conhecidos como herdeiros legítimos pelo código civil de 1916, ferindo principalmente a dignidade humana que eram considerados ações legítimas para os costumes da época. Após 1988 com retomada da democracia e com a instauração da constituição federal fora reconhecido a igualdade entre homens e mulheres, esse princípio foi adotado no código civil onde extinguiu a ideia de família que era adotada pelo antigo código levando a uma ideologia de direitos e responsabilidades recíprocas entre os cônjuges. A assistência material, também designada de alimentos, é o cuidado que uma pessoa tem pela outra, fornecendo-lhe os meios necessários para a sua subsistência, conforme a possibilidade do assistente e a necessidade do assistido.

A natureza jurídica dos alimentos está ligada à origem da obrigação. A Constituição Federal, no artigo 229, reconhece a obrigação dos pais de ajudar, criar e educar seus sucessores, do mesmo modo que os porvindouros devem auxiliar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade. A obrigação alimentar é baseada na solidariedade familiar.

Para Lisboa a obrigação de alimentar pode se originar (Lisboa, 2012, p.36 a 39):

- a) da lei, como as verbas de natureza alimentar pagas pelo poder público;
- b) da vontade humana, mediante o negócio jurídico ou, ainda, o legado (cláusula testamentária que beneficia determinado sucessor, que pode ser pessoa estranha à família ou não);
- c) de sentença judicial.

DA SOLIEDARIEDADE FAMILIAR

Os alimentos não podem ser considerados comento como alimentos, a origem da palavra alimento vem do latim “alimentum” que significava “sustento alimento, manutenção, subsistência, do verbo alo, is, iu, itum, ere, alimentar, desenvolver, aumentar, animar, formentar, manter, sustentar, tratar bem (Azevedo 2012, p.304), os alimentos devem ser fixados em favor do integrante da família que deles necessite para subsistir, em face do princípio da solidariedade familiar.

O princípio da solidariedade social abrange a solidariedade familiar, segundo a qual a família é a base da sociedade e tem proteção especial do Estado.

Os alimentos podem ser:

- alimentos naturais, indispensáveis ou necessários, que são aqueles devidos para a subsistência do organismo humano, conforme o princípio da proporcionalidade.

- alimentos civis ou cômputos, que se consubstanciam em verbas para a habitação, o vestuário, a educação, o lazer, a saúde e o funeral. Destinam a manter a qualidade de vida do credor, de modo a preservar o mesmo padrão e *status* social do alimentante.

Conforme o artigo 1694 do Código Civil:

Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

[...]

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.”

[...]

Com o fim da separação, o tema da culpa desapareceu. Os dispositivos legais que limitavam o valor dos alimentos a favor do cônjuge culpado restaram derogados (artigos 1.702 e 1.704 do Código Civil).

DA OBRIGAÇÃO DE ALIMENTAR

A obrigação alimentar pode ser própria ou imprópria.

A obrigação alimentar própria é aquela cuja prestação é necessária para a manutenção da vida da pessoa.

A obrigação alimentar imprópria é aquela cuja prestação fornece os meios necessários para a subsistência do credor. A lei pode estabelecer alimentos pela solidariedade famílias ou, em consequência da prática de um ato ilícito, que acarreta a responsabilidade pessoal do devedor da pensão.

A obrigação de prestar alimentos possui as seguintes características: ~~uma vez~~ quando presente o binômio da necessidade de uma pessoa e possibilidade da outra para a fixação da pensão:

1. A obrigação alimentar é condicional e periódica, pois subsiste enquanto durar a situação jurídica das partes, o que possibilita ao devedor efetuar o pagamento de pensão nos termos previamente fixados, para a satisfação dos interesses do credor.
2. A obrigação alimentar é variável, pois se sujeita a alterações posteriores que

venham a ser realizadas, conforme a situação socioeconômica das partes. A dívida de alimentos possui a natureza jurídica de dívida de valor, e não de quantia certa, alcançando inclusive as pensões em atraso, não havendo qualquer motivo para considerar que o julgador teria eventualmente sentenciado ultra petita se for utilizado o critério da estimativa pela desvalorização da moeda ante o decurso de tempo.

3. A obrigação alimentar é recíproca, pois os alimentos podem ser aplicados em favor de uma parte ou, ainda, da outra, de acordo com a situação jurídica existente. Assim, tanto o cônjuge varão como a cônjuge virago podem obter o direito à percepção de alimentos, a serem pagos por aquele que tem a possibilidade de prestá-los, sempre observando o binômio necessidade-possibilidade;
4. Os alimentos são direitos personalíssimos e, assim, possuem como características fundamentais:
 - a. A indisponibilidade ou irrenunciabilidade, tornando-se possível tão somente a renúncia a eventuais prestações não pagas e não cobradas no decorrer do prazo prescricional. A renúncia não alcança, portanto, o direito, mas o seu exercício sobre as parcelas a que o credor da pensão faria jus.
 - b. A intransmissibilidade ou intransferibilidade. Portanto, uma vez tendo sido efetuado o pagamento de alimentos, não cabe devolução, mesmo sendo fixados em caráter provisório, provisional ou definitivo, título pagos em face de ação de alimentos é em regra irrepitível, ou seja, não há obrigatoriedade de devolver aquilo que foi recibo a título de pensão alimentícia.

DO DIREITO

O direito de alimentos pode ser requerido a qualquer tempo; porém, deve-se sempre verificar, para a sua fixação, a existência do binômio necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante.

DA APLICAÇÃO DA AÇÃO

As prestações reconhecidas como devidas deverão ser pagas pelo devedor a partir da data em que venceram, o que se reconhecerá com a citação do alimentante na ação de alimentos. Assim, a sentença judicial que fixa a obrigação alimentar possui efeito retroativo à data da citação.

Os alimentos atrasados, destarte, somente poderão ser cobrados se fundados em convenção, testamento ou ato ilícito.

A impenhorabilidade, pois se destinam a suprir as atuais necessidades do alimentando, e não podem, ser objeto de constrangimento em execução judicial, para o pagamento de dívidas vencidas perante terceiros.

A obrigação alimentar deve ser cumprida primeiramente, prevalecendo sobre as obrigações de outra natureza que o devedor tenha contraído.

Tradicionalmente, para quantificação dos alimentos, analisa-se o binômio necessidade e possibilidade. Essa mensuração é feita para que se respeite o princípio da proporcionalidade. Por isso se começa a falar em trinômio: proporcionalidade- possibilidade-necessidade. Ao cônjuge e ao convivente , são devidos alimentos naturais.

DA PRESCRIÇÃO

A imprescritibilidade do direito, sendo passíveis de prescrição, somente as prestações vencidas e não pagas nos últimos 2 anos.

ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS

Os alimentos têm a natureza de direito de personalidade e estão reconhecidos entre os direitos sociais disposto no artigo 6º da Constituição Federal:

[...]

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

[..]

.assim criando ao estado a obrigação de prestação assistencial à família disposto artigo 226 da Constituição Federa:

[...]

Art. 226ºA família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado

[...]

A família, por força de lei, é obrigada a prover o sustento uns dos outros, aliviando o Estado e a sociedade desse encargo, segundo Dias (2016, p.936). Tão acentuado é o interesse público para que essa obrigação seja

cumprida que é possível até a prisão do devedor de alimentos disposto em seu artigo 5.º, LXVII da Constituição Federal.

[...]

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

[...]

Segundo Dias (2016, p. 936), os cônjuges têm o dever de reciprocidade em suas obrigações e direitos, pois com casamento é estabelecido a comunhão plena de vida, disposto no artigo 1511 do Código Civil: “ ... O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges ”, adquirindo os cônjuges a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família artigo 1565 do Código Civil: “ Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”. Entre os cônjuges se estabelece verdadeiro vínculo de solidariedade. O rompimento desse vínculo que resulte questões patrimoniais são invocáveis as normas das obrigações solidárias (artigo 264 do Código Civil). Existe a possibilidade da busca posterior, disposto no artigo 1704 do código civil, apesar das divergências, mas não há vedação da lei, e pelo princípio da solidariedade, não há como extinguir a obrigação quando existe a necessidade de um é absoluta e tem o ex-cônjuge condições de prestar auxílio.

DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Para o ex cônjuge propor ação de alimentos, um dos requisitos dispostos na lei 5478/1968 é de que existe a necessidade de comprovar que existiu união de fato para gerar direito aos alimentos.

A obrigação alimentar não tem caráter indenizatório, e surge da necessidade e da ausência de prover a si próprio a subsistência. Os alimentos podem ser revistos e estão sujeitos a exoneração, diferente de indenização, que tem caráter definitivo.

A indenização pode ser paga de forma parcelada e não inibe a busca de alimentos devidos simultaneamente. Os alimentos compensatórios apesar de sua natureza indenizatória, não se confundem com dano moral.

Não existe um previsão expressa na lei sobre os alimentos compensatórios, porém, por força da doutrina, a justiça começou a reconhecer este direito. Não tendo como finalidade de suprir as necessidades de sobrevivência, mas sim de atenuar a alteração do padrão de vida do cônjuge desprovido após o término do

casamento, ou união estável. tem natureza indenizatória. Surgiu no dever de mútua assistência e na condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família que os cônjuges adquirem com o casamento dispostos no artigo 1565 do código civil “ ... **Art. 1.565.** Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família ...”, segundo (Dias 2016, p. 984 e 985).

DO DIREITO AOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS

Os alimentos compensatórios são concedidos para quem não recebera os bens em face do regime de bens adotado no casamento, que não permite comunicação dos aquestos, reduzindo o efeito da mudança social de que vivia antes do fim da vida em comum.

O pagamento (Dias, 2016, p.985), pode ser feito em única parcela ou de forma periódica, e poder ser cumulada com alimentos. Não se confundem com os alimentos decorrentes das relações de conjugalidade dispostos no artigo 1694 do Código Civil, que, em regra, são fixados com termo certo, para dar suporte à adaptação da nova realidade social e tempo para buscar inserção, recolocação ou progressão no mercado de trabalho.

Assim, mesmo que o credor de alimentos compensatórios trabalhe, mas sua renda seja insuficiente para manter seu padrão anterior, principalmente se foi casado pelo regime da separação convencional de bens, e não exercia atividade remunerada, perdeu a chance de investir em seu próprio capital humano, os alimentos compensatórios têm o fim de ajudara substituir a perda sofrida. Os alimentos compensatórios, deste modo, podem ser considerados como uma indenização, atentando-se ao princípio da equidade que serve de base ao dever de solidariedade. Por não ter caráter alimentar, afixação não se submete ao trinômio proporcionalidade-possibilidade/necessidade. Então, independente do credor conseguir meios de manter a própria subsistência, o devedor não é dispensado do pagamento do valor estipulado.

Para (Dias 2916, p.986) a revisão só cabe quando alteradas as condições econômicas do alimentante, conforme da teoria da imprevisão, cuja cláusula *rebus sic stantibus* sempre está presente em se tratando de obrigações que se prolongam no tempo.

No regime da comunhão universal de bens (Tartuce, 2017, p.341), não tem justificativa para pedir alimentos compensatórios, pois os rendimentos dos bens que, independentemente do regime do casamento, pertencem ao casal, quando na administração exclusiva de um, o outro faz jus à metade dos seus rendimentos

a título de meação dos frutos do patrimônio comum, até o fim da partilha, e desta forma podendo pedir compensação desses rendimentos, diferente dos alimentos compensatórios. Conforme (Dias 2016, p. 986), essa estratégia pressiona a divisão do patrimônio comum que, geralmente permanece nas mãos do varão, que o administra sozinho, e fica, na maior parte das vezes, com a totalidade dos rendimentos. O direito a divisão desses rendimentos não podem ser confundidos com alimentos compensatórios.

(Madaleno 2018, p.1306) entende que não adianta afirmar que com a partilha dos bens os consortes se mantêm economicamente equilibrados, se com o marido, hipoteticamente, ficaram os bens rentáveis e com a pensão alimentícia a ex-esposa sequer consegue conservar sua parte. Ainda seguindo o pensamento de Madaleno, os alimentos compensatórios devem ser solicitados na primeira manifestação processual do credor, pois ao contrário da pensão alimentícia, a pensão compensatória é exclusivamente derivada da separação fática dos cônjuges e da manifesta comprovação de um desequilíbrio econômico existente no momento da ruptura da convivência, mesmo que o divórcio ou a dissolução oficial da união estável ocorram posteriormente, para tentar conservar o mesmo nível de vida presente no matrimônio.

Outro ponto que não encontra uma resposta única em sede jurisprudencial diz com a compensação dos valores recebidos quando da efetivação da partilha. A tendência é admitir a compensação, quando se trata dos frutos dos bens comuns.

A inserção das mulheres no mercado de trabalho, conforme (Dias 2016, p 951), tem diminuído as demandas alimentares. Porém, muitas mulheres, não têm como prover à própria subsistência após o fim de um relacionamento conjugal, em especial, no regime de separação de bens e quando a esposa se dedicou exclusivamente à família, não tendo renda própria ou tendo renda que é insuficiente para manter seu status social.

DA TEORIA DA APARÊNCIA

A teoria da aparência se consiste em constatar de fato de que o se tem publicidade é-condiz com a realidade, hoje o sistema judicial considera imprescritível levar em consideração o princípio da boa fé, esse princípio não vem de tempos contemporâneos mas sim de décadas passadas, mas hoje tornou-se aceitável o uso dessa pratica que antes era adotada principalmente pelo direito comercial, hoje o direito brasileiro não existe uma norma especifica regulamentando essa teoria, mas é de praxe adotar essa teoria. Para o magistério Vicente Ráo entende que a teoria da aparência :

"São seus requisitos essenciais objetivos: a) uma situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente a apresentem como se fora uma situação de direito; b) situação de fato que assim possa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas; c) e que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se fora titular legítimo, ou o direito como se realmente existisse. São seus requisitos subjetivos essenciais: a) a incidência em erro de quem, de boa fé, a mencionada situação de fato como situação de direito considera; b) a escusabilidade desse erro apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu.

O instituto da época medieval GEWERE, que vigera até o início do século XIX, considerava a propriedade de fato, o mesmo poderia reter, reaver ou administrar, essa propriedade não era se considerado se houvera ou não justo título sobre o bem, bastava somente que fosse possuidor do bem com isso era adquirido a confiança de terceiros sobre o bem. Hoje parte da doutrina entende que a incidência da teoria da aparência tende-se a levar o princípio da boa-fé objetiva, pois leva-se em consideração a aparência em decorrência da realidade de fato. Outra parte da doutrina entende que existe a necessidade de criação de regra específica que poderia ser respaldada sobre a aplicabilidade da lei aos herdeiros aparentes chamados de "*jus singulare*", previsto em nosso código civil pelo artigo 1827:

[...]

Art. 1.827. O herdeiro pode demandar os bens da herança, mesmo em poder de terceiros, sem prejuízo da responsabilidade do possuidor originário pelo valor dos bens alienados.

[...]

Ao entender do código é notado que o código leva em consideração o princípio da ação se foi em boa-fé ou não, em caso afirmativo alinha-se eventual restituição paga ao outrem também herdeiro pelo que vendera sem o consentimento anterior.

Entende-se que nas relações entre ex-cônjuges esse dispositivo pode ser aplicada a ação de alimentos principalmente se a natureza da ação for em caráter compensatório, podendo abranger o ex-cônjuge ou eventualmente o prole do casal a fim de manter o status social perante a terceiros.

A teoria da aparência visa abordar três aspectos diferentes para a concessão do direito, são elas: a publicidade dos atos praticados, igualdade e a responsabilidade subsidiária entre as partes, a publicidade dos atos leva em consideração tudo o que é mostrado a terceiros, desde o jeito que se traja perante a sociedade e levando em considerações a época em que vivemos, publicações

em redes sociais “ostentados” em diversas publicações. A igualdade visa equilibrar aquilo que de fato fora atestado sua veracidade assim o ex-cônjuge poder usar, gozar e usufruir dos meios que também já fora parte do patrimônio enquanto um casal, pode se embasar também a responsabilidade subsidiária por esse meio de bem anterior a separação de fato, adquirindo os mesmos direitos póstumos ao divórcio, levando em consideração que os mesmo já fizera parte do patrimônio de ambos quando ainda eram um casal.

Hoje há o entendimento do STF de que ação de alimentos compensatórios tem natureza excepcional, fora chegado a esse resultado após o julgamento em 12 de dezembro de 2017 que fora analisada pela 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça. No caso em específico fora analisada a lide em relação ao um dos ex-cônjuge pedia a indenização compensatória até que fosse concluída a partilha dos bens. A parte argumentara que o antigo parceiro havia permanecido na administração das propriedades rentáveis do casal. O caso chegou ao STJ após o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entender que os alimentos compensatórios só poderiam ser aplicado na ausência de mecanismo a partilha de eventuais injustiças cometidas por uma das partes.

Houve julgamento da APL: 121118920108070003 DF 0012111-89.2010.807.0003, 2011 negando provimento ao pedido de redução do valor a título de pensão alimentícia em relação a uma possível chegada de um novo filho, mas sem prova unanimemente fora indeferido o pedido, vistos que não ajuntados provas não poderia ser provido o pedido somente pela teoria da aparência .

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como a ação de alimentos e suas ramificações em especifica a analise da ação de alimentos compensatórios se interage aos dias atuais com o entender do avanço da sociedade em seus mais diversos aspectos. Além disso fora verificado toda a trajetória e o avanço da lei no Brasil para a apuração da ação de alimentos em uma visão macro até a visão micro. Dada a importância do assunto torna-se mais necessário uma atitude célere do judiciário para suprir as eventuais necessidades que possam vir a ocorrer em face de um eventual divórcio, nesse sentido a atualização que ocorrerá em 2002 tornou o processo de ação de alimentos mais humanizado visando resguardar garantias para os que antes eram de praxe sua exclusão

Bibliografia

Dias, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Lisboa, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil, Volume 5: Direito de Família e Sucessões**. 7ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

Madaleno, Rolf. **Direito de Família**. 8ª. ed. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2018.

Tartuce, Flávio. **Direito Civil, Volume 5: Direito de Família**. 12ª. edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

IBDFAM. **Alimentos entre ex-cônjuges: para o STJ, excepcionais e temporários**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/ibdfam-na-midia/6444/+Alimentos+entre+ex-c%C3%B4njuges%3A+para+o+STJ,+excepcionais+e+tempor%C3%A1rios>

Legislação

Código Civil de 2002

Lei 5478/1968 (Lei de Alimentos)