

# **JUSTIÇA E SOCIEDADE**

## PEMBROKE COLLINS

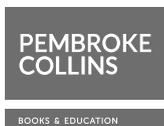
### CONSELHO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)  
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)  
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)  
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)  
Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, São Paulo)  
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)  
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)  
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)  
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)  
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)  
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Porto Seguro)  
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)  
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Juiz de Fora)  
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)  
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)  
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)  
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)  
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)  
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Espanha)  
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)  
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)  
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)  
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)  
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)  
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)  
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)  
Omar Toledo Toribio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)  
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)  
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)  
Rosangela Tremel (UNISUL, Florianópolis)  
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)  
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)  
Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brasil)  
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)  
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)  
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

*ORGANIZADORES:*  
NURIA BELLOSO MARTÍN, FRANCISCO JAVIER GORJÓN GOMÉZ,  
HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO, UBIRAJARA DA FONSECA E  
ARIANE TREVISAN FIORI DAVIDOVICH

# JUSTIÇA E SOCIEDADE



**PEMBROKE COLLINS**

Rio de Janeiro, 2020

**Copyright © 2020 Nuria Belloso Martín, Francisco Javier Gorjón Gómez,  
Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Ubirajara da Fonseca e Ariane Trevisan Fiori Davidovich  
(orgs.)**

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi  
EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi  
REVISÃO Coordenação Editorial Pembroke Collins  
PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes  
DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

**PEMBROKE COLLINS**

Rua Pedro Primeiro, 07/606  
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ  
info@pembrokecollins.com  
www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO

Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Pembroke Collins.

Todas as obras são submetidas ao processo de peer view em formato double blind pela Editora e, no caso de Coletânea, também pelos Organizadores.

J96

Justiça e sociedade / Nuria Belloso Martín, Francisco Javier Gorjón Gómez, Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Ubirajara da Fonseca e Ariane Trevisan Fiori Davidovich (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

334 p.

ISBN 978-65-87489-25-4

1. Justiça social. 2. Responsabilidade social. 3. Direito. I. Martín, Nuria Belloso (org.). II. Gómez, Francisco Javier Gorjón (org.). III. Pinho, Humberto Dalla Bernardina de (org.). IV. Fonseca, Ubirajara da (org.). V. Davidovich, Ariane Trevisan Fiori (org.).

CDD 303.37

# SUMÁRIO

<b>ARTIGOS.....</b>	<b>13</b>
SUFRÁGIO UNIVERSAL, ESTADO CORPORATIVO E DEMOCRACIA AUTORITÁRIA NO PENSAMENTO POLÍTICO DE OLIVEIRA VIANNA.....	15
<i>Matheus Guimarães de Barros</i>	
¿UNA JUSTICIA SIN TOGA? HERRAMIENTAS PREDICTIVAS PARA UNA "JUSTICIA PREDICTIVA".....	32
<i>Nuria Belloso Martín</i>	
JUSTICIA Y MERCADO DE LA PROCREACIÓN: EL VALOR DE LAS MUJERES EN LA GESTACIÓN SUBROGADA.....	48
<i>Luis-Carlos Amezúa Amezúa</i>	
LA UNIÓN EUROPEA COMO ESPACIO DE JUSTICIA PARA LA SOCIEDAD EUROPEA. ALGUNAS REFLEXIONES DESDE EL DERECHO ORIGINARIO.....	64
<i>Juan José Martín-Arribas</i>	
A COLABORAÇÃO PREMIADA À LUZ DOS PRINCÍPIOS PENAIIS: BRASIL X PORTUGAL.....	78
<i>Weider Silva Pinheiro</i> <i>Johnata Alves de Oliveira</i>	
DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: PRECEDENTES E SUAS PERSPECTIVAS NO CONTEXTO DA SOCIEDADE EM REDES NO SÉCULO XXI.....	95
<i>Cleiton Lixieski Sell</i>	

EDUCAR PARA A MEDIAÇÃO, É POSSÍVEL?.....	113
<i>Kleber Paulo Leal Filho</i>	
A TRIBUTAÇÃO NA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E SEUS REFLEXOS À EVASÃO FISCAL.....	128
<i>Marciano Buffon</i> <i>Priscila Anselmini</i>	
O USO DA MACONHA MEDICINAL E A DIGNIDADE HUMANA: DISCUSSÕES NECESSÁRIAS.....	142
<i>Janaína Reckziegel</i> <i>Simone Tatiana da Silva</i>	
A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA: DIREITOS HUMANOS E HUMANIZAÇÃO DO DIREITO.....	155
<i>Inês Cabral Ururahy de Souza</i>	
A QUESTÃO DA JUSTIÇA E DO DIREITO EM TOMÁS DE AQUINO: FUNDAMENTOS ÉTICOS E JURÍDICOS NA SUMA TEOLÓGICA.....	166
<i>Lino Rampazzo</i> <i>Marcus Tadeu Maciel Nahur</i> <i>João Carlos Valentim Veiga Junior</i>	
ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO BRASILEIRA PÓS REFORMA TRABALHISTA DECORRENTE DA LEI Nº 13.467/2017.....	180
<i>Christiano Abelardo Fagundes Freitas</i> <i>Inês Cabral Ururahy de Souza</i> <i>Léa Cristina Barboza da Silva Paiva</i> <i>Rafael Crespo Maciel Machado</i>	
O CONSENSO EM MATÉRIA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: LIMITES E CONTROVÉRSIAS EM TORNO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL INTRODUZIDO NA LEI Nº 8.429/1992 PELA LEI Nº 13.964/2019.....	193
<i>Humberto Dalla Bernardina De Pinho</i>	
SURVEILLANCE E A TEORIA DA PONDERAÇÃO: O CONFLITO ENTRE DIREITO A PRIVACIDADE E SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL.....	208
<i>Vinícius Almada Mozetic</i> <i>Diego Roberto Barbiero</i>	

APORTACIONES ROMANISTICAS PARA UNA JUSTICIA DE ARMONÍA SOCIAL.....	224
<i>Gema Vallejo Pérez</i>	
O CONCEITO DE JUSTIÇA EM NANCY FRASER.....	235
<i>Rafael Carrano Lelis</i>	
ENVOLVIMENTO E A PERCEPÇÃO DO CIDADÃO BRASILEIRO: ELEIÇÕES MUNICIPAIS.....	252
<i>Hian Ramos de Oliveira</i>	
O ACESSO À ÁGUA POTÁVEL COMO UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA AMBIENTAL: APONTAMENTOS ACERCA DA REALIDADE BRASILEIRA.....	268
<i>Luciana Turatti</i> <i>Guilherme Weiss Niedermayer</i>	
COLETA DE MATERIAL GENÉTICO E OS IMPACTOS NO DIREITO À CULTURA INDÍGENA.....	284
<i>Juliano dos Santos Seger</i> <i>Janaína Reckziegel</i>	
PERSPECTIVAS DO USO DA TECNOLOGIA NA CRISE MUNDIAL DO CORONAVÍRUS: UM DIÁLOGO COM O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....	299
<i>Têmis Limberger</i> <i>Jânia Saldanha</i> <i>Márcin Szinvelski</i>	
<b>RESUMOS.....</b>	<b>313</b>
PLANIFICAÇÃO DEMOCRÁTICA E JUSTIÇA SOCIAL EM KARL MANNHEIM.....	315
<i>Matheus Guimarães de Barros</i>	
O SUJEITO COMO OBJETO DAS POLÍTICAS ESTATAIS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....	319
<i>Ariane Trevisan Fiori Davidovich</i>	

PODER JUDICIÁRIO, JUSTIÇA E FUNÇÕES ESSENCIAIS: PREVISÃO  
CONSTITUCIONAL, REALIDADE NORMATIVA E EXPECTATIVAS PARA O  
ESTADO E A SOCIEDADE BRASILEIRA.....323

*Adriano Moura da Fonseca Pinto*

*Marcelo Pereira de Almeida*

*Ubirajara da Fonseca Neto*

VOZES ESCUTADAS OU JOGO DE CENA: AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS  
E SUAS REPRESENTAÇÕES NOS VOTOS DE (DES)CONSTRUÇÃO DO  
CASO QUILOMBOLA.....328

*Rosana Júlia Binda*

## CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	Universidade Santa Úrsula, Brasil
Alexandre Bahia	Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil
Alfredo Freitas	Ambra College, Estados Unidos
Antonio Santoro	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Denise Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Edgar Contreras	Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia
Eduardo Val	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Felipe Asensi	Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Fernando Bentes	Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
GlauCIA Ribeiro	Universidade do Estado do Amazonas, Brasil
Gunter Frankenberg	Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha
João Mendes	Universidade de Coimbra, Portugal
Jose Buzanello	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Klever Filpo	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Luciana Souza	Faculdade Milton Campos, Brasil
Marcello Mello	Universidade Federal Fluminense, Brasil

Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil
Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia
Pedro Ivo Sousa	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Santiago Polop	Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina
Siddharta Legale	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Saul Tourinho Leal	Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil
Sergio Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Susanna Pozzolo	Università degli Studi di Brescia, Itália
Thiago Pereira	Centro Universitário Lassale, Brasil
Tiago Gagliano	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

## **SOBRE O CAED-Jus**

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

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

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

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

Em 2020, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2020)**, que ocorreu entre os dias 22 a 24 de abril de 2020 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 500 artigos e resumos expandidos de 48 universidades e 26 programas de pós-graduação stricto sensu. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de peer review com double blind, o que resultou na publicação dos 12 livros do evento: Dimensões dos direitos humanos e fundamentais (Vols. 1, 2 e 3), Direito Público em perspectiva, Direito privado: teoria e prática, Conflitos e formas de solução, Crimes e sociedade em debate, Atualidades do trabalho e da seguridade social, Diálogos sobre tecnologia e direito, Justiça e sociedade, Direito: passado, presente e futuro (Vols. 1 e 2).

Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 18 trabalhos foram realocados noutra GT, conforme previsto em edital. Vale também mencionar que o GT que teve mais trabalhos (Direitos humanos e fundamentais) obteve a aprovação para a publicação de 3 livros e o segundo com mais trabalhos (Temas contemporâneos) obteve a aprovação para a publicação de 2 livros.

Os coordenadores de GTs indicaram artigos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2020. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Daniel Giotti e Paula (PFN), Klever Filpo (UCP/UFRRJ) e Paula Lucia Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia). O trabalho premiado foi de autoria de Sara Santos Moraes e Ícaro Argolo Ferreira sob o título “Subnotificação e Lei Maria da Penha: o registro como instrumento para o enfrentamento dos casos de violência doméstica contra mulher considerando o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2019)”.

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

# ARTIGOS



# SUFRÁGIO UNIVERSAL, ESTADO CORPORATIVO E DEMOCRACIA AUTORITÁRIA NO PENSAMENTO POLÍTICO DE OLIVEIRA VIANNA

*Matheus Guimarães de Barros*

## 1. INTRODUÇÃO

Relevante na instituição não apenas da linguagem autoritária do Brasil mas do próprio Estado Moderno brasileiro, Oliveira Vianna foi um escritor bastante original. Tendo desenvolvido sua obra entre 1918 e 1951, marcou o pensamento político de sua época com a centralidade de um critério nacional, inclusive para abordar autores estrangeiros. Este é o ponto fulcral dos seus textos, o que permite caracterizá-lo como ideólogo do nacionalismo autoritário. Seu forte cunho nacionalista, presente sobretudo na defesa de governos patrióticos e no rechaço às aspirações simplistas de subsunção de modelos democráticos estrangeiros ao contexto brasileiro, reflete um anseio de modernização do país levando em conta as características próprias do seu povo-massa. Daí o sentido prático de seu trabalho intelectual: a necessidade de verter seus escritos em ação. Nesse sentido, Oliveira Vianna dá enfoque no tangível, na realidade nacional mesma. Portanto, toda idealização é, a princípio, perigosa. Essa constatação será o pilar do presente artigo, que tem como objetivo principal analisar como Oliveira Vianna vislumbrava a positivação jurídica do sufrágio universal em contraposição ao panorama social brasileiro da sua época e qual a postura esta-

tal entendida como necessária para a “verdadeira democracia”. Para tanto, serão utilizados os seus escritos “O idealismo da Constituição” de 1927 e “Instituições Políticas Brasileiras” de 1949, assim como a análise atenta de comentadores. A escolha de tais obras não é, de modo algum, aleatória, mas cumpre o objetivo do artigo de investigar os pontos-chave do pensamento de Oliveira Vianna a respeito das temáticas específicas que dão nome a este trabalho.

## 2. CODIFICAÇÃO *VERSUS* COSTUME: SOBRE O IDEALISMO DA ELITE LIBERAL REPUBLICANA ACERCA DO SUFRÁGIO UNIVERSAL

No decorrer de “O idealismo da Constituição”, Oliveira Vianna questiona a força da norma jurídica positivada. A produção de efeitos do texto legal, para o autor, não depende apenas da sua sistematização em um código ou constituição. Ou seja, a positivação da lei não culmina necessariamente na sua eficácia perante o corpo social. Ora, esse autor satiriza a crença dos republicanos de seu tempo “no poder transfigurador das normas escritas” (VIANNA, 1927, p. 37). A prerrogativa de que a norma escrita, por si só, é capaz de alterar efetivamente o que está consolidado na estrutura do real definitivamente não se harmoniza com o pensamento de Vianna.

Em “Instituições Políticas Brasileiras”, o autor ratifica o exposto supra. Consoante exprime, os costumes de um povo podem permanecer intactos mesmo diante de modificações legais e constitucionais. Logo, o ponto de partida deve ser outro: ao invés de partir das leis e constituições para reformar os costumes, faz-se necessário partir dos costumes já arraigados na tradição do povo-massa para se pensar no campo da modernização nacional possível. Posto isso, cumpre ressaltar que a verdadeira preocupação de Vianna refere-se a um desacordo entre idealismo constitucional e realidade nacional; conflito que, segundo o autor, ocorreu em relação à Constituição de 1824 e foi perpetuado na Constituição de 1891.

Nessa toada, esse pensador político repele a existência de uma constituição abarrotada de belas palavras, porém nada práticas quando diante do contexto social. Para ele, o regime democrático e, por isso,

a própria constituição, devem guardar conveniência e adaptação com a vivência do povo brasileiro. Senão, perdem completamente o sentido. Ao discorrer sobre a Constituição de 1824, por exemplo, retrata que possuía variadas presunções que não tinham, entre os brasileiros, qualquer objetividade exequível. Uma delas é a presunção de que detínhamos uma ‘opinião pública’ que manifestava a vontade do povo soberano; daí advindo a instituição do sufrágio universal.

Contudo, a constatação de Oliveira Vianna revela o oposto: sequer desfrutávamos de opinião organizada; o que pode ser percebido tanto pela desorganização ou, quando muito, pela organização rudimentar das classes populares, quanto pela falta de um sentimento de interesse coletivo. Dessa forma, a mera concessão do sufrágio a todos os cidadãos não era suficiente para fazer emergir um ambiente democrático fecundo. Por conseguinte, o cenário sociocultural daquele período não guardava qualquer compatibilidade com tal aspiração liberal republicana. Pelo contrário, as circunstâncias conspiravam pelo seu absoluto fracasso.

Um regime de opinião, para o autor, preexiste à prerrogativa de eleger representantes. Logo, mesmo com a consecução desse direito, se não houver organização da opinião, impossível se falar numa democracia bem estabelecida.

Ora, segundo Vianna, as classes brasileiras eram silenciosas e viviam em certo estado de semiconsciência. Não se impunham aos governantes exigindo-lhes determinadas posturas. Sendo assim, assiste pouca razão despojar toda a culpa naqueles que detinham o poder, uma vez que estes eram apenas vítimas das próprias circunstâncias em que atuavam (VIANNA, 1927).

De acordo com o autor, a carência de pressão de uma opinião pública organizada fatalmente resulta num governo de partido e, exatamente por isso, não patriótico<sup>1</sup>. Essa regra inexorável refletia a complexidade do problema democrático brasileiro; que não comportava soluções simplistas via reformas constitucionais. Nas palavras de Oliveira Vianna, “o que os fatos têm demonstrado e a experiência comprovado é que somente pela virtude dos textos constitucionais não conseguiremos reorganização alguma” (VIANNA, 1927, p. 63).

---

1 A crítica aos partidos políticos será mais aprofundada no tópico seguinte.

Retomando mais especificamente a questão do sufrágio universal, em “Instituições Políticas Brasileiras” Oliveira Vianna mantém-se fiel ao entendimento de que a mera previsão constitucional desse direito não fornece subsídio suficiente para o desenvolvimento do regime democrático, tendo em vista a inexistência de cidadãos verdadeiramente capazes de executá-lo. Consoante reforçou o autor à época, “o nosso povo-massa não comporta ainda uma generalização assim tão ampla e inconsiderada desta técnica da democracia que é o sufrágio universal” (VIANNA, 1999, p. 482).

Destaca-se que, para Vianna, o acesso dos cidadãos ao voto não era uma prerrogativa condenável. O problema, como já exposto, cingia-se à inaptidão do povo-massa para o seu exercício. Portanto, os legisladores teriam pecado ao presumir a existência de um eleitor já formado, provido de todo espírito democrático. A bem da verdade, pautando-se nesse eleitor imaginário, esqueceram das condições reais dos eleitores de “carne e osso”. Ao desconsiderar a fraqueza, a debilidade, a inconsistência de função, a miserabilidade, o medo, a dependência do eleitorado brasileiro, negavam às claras a própria realidade social. Todas essas idiosincrasias foram veladas em prol de uma figura fictícia de eleitor.

### 3. O SUFRÁGIO QUE NÃO CUMPRE SUA FUNÇÃO: CARÊNCIA DE REGIME DE OPINIÃO E PRECARIEDADE DE REPRESENTAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Daniel Bianchi, em sua dissertação de mestrado, expõe que as críticas de Vianna à elite política estavam atreladas fundamentalmente aos partidos políticos, à forma do Estado republicano, à Constituição e suas instituições liberais, exatamente em razão da dissonância com uma realidade brasileira marcada por interesses particularistas, pelo “insolidarismo” e pelo “espírito de clã” (BIANCHI, 2010).

O “apoliticismo da plebe”, conforme análise de Ricardo Silva, não era evidente para os idealistas utópicos do constitucionalismo liberal<sup>2</sup>, vez que não possuíam uma consciência objetiva da estrutura e do

---

2 Oliveira Vianna distinguia “idealismo utópico” e “idealismo orgânico”. Segundo Evaldo Vieira (2010, p. 122), “o idealismo utópico caracteriza-se pela ‘disparidade que há

processo de constituição do “povo-massa” no Brasil (SILVA, 2008). Destarte, antes mesmo de uma alteração constitucional era preciso empreender reformas sociais e econômicas, de modo a fomentar o discernimento político-democrático do povo brasileiro. A formação de um cidadão consciente e independente deveria ser prioridade.

Cabe, aqui, esclarecer que Vianna não descartava a importância da legislação; tampouco refutava a necessidade de alterações constitucionais. Não obstante, pensava que tais reformas representariam “apenas um dos meios da nossa reorganização política e, ainda assim, meio subsidiário ou acessório; mas, nunca meio principal e, muito menos ainda, meio único” (VIANNA, 1927, p. 66).

Em suma, não bastaria que o voto se organizasse; seria preciso que a opinião se estruturasse. A previsão legal de um regime democrático não faz com que, num passe de mágica, a democracia seja instaurada. Distintamente disso, faz-se necessária toda uma preparação cultural prévia que assegure um eleitorado consciente, capaz e livre (VIANNA, 1999). Fica claro que o povo brasileiro, para Oliveira Vianna, tinha pouquíssimas qualidades cívicas: era desprovido do sentimento dos grandes deveres públicos e do sentimento de hierarquia e autoridade.

De fato, a medida imprescindível para o autor resumia-se na preparação do povo-massa para um exercício democrático aliado ao direito de voto; algo que o país definitivamente deixava a desejar. Vejamos:

---

entre a grandeza e a impressionante euritmia da sua estrutura e a insignificância do seu rendimento efetivo – e isto quando não se verifica a sua esterilidade completa’. Já os idealismos orgânicos nascem da ‘própria evolução orgânica da sociedade e não são outra coisa senão visões antecipadas de uma evolução futura’. Entre nós nunca foi praticado o idealismo orgânico e é precisamente esta adesão ao idealismo utópico que tem impedido a concretização da organização social e política do Brasil. Dominados pelos idealismos de origem francesa, inglesa e norte-americana, nossos estadistas caíram no utopismo, desconhecendo que a ‘verdadeira causa do mal’ estava ‘no próprio povo, na sua estrutura e na sua mentalidade, tal como o haviam modelado quatro séculos de evolução original, particular, sua’”. Oliveira Vianna associa o idealismo utópico com sentimentalismo, imaginação, sonhos, ficções. Por isso as elites liberais estariam fora da realidade, não seriam práticas, objetivas, comprometendo a participação na organização e direção do país.

Nem como homem da cidade, nem como homem do campo – o nosso homem do povo nunca pôde organizar instituições sociais que educassem na prática do direito de voto e na tradição de escolha dos seus administradores e dirigentes, habituando-se a manejar esta pequenina arma delicada: uma cédula de eleitor (VIANNA, 1999, p. 487)

Evidentemente, Oliveira Vianna não atrela a inaptidão do povo-massa para o instrumento democrático do voto ao analfabetismo, mas à incapacidade política dos brasileiros pautada na desorganização da opinião. Não havia entre os brasileiros ideias assentadas, convicções firmes. Se a opinião não refletia a vontade do povo soberano, a constitucionalização do sufrágio universal teria pouco valor prático.

Podemos sustentar, portanto, uma espécie de determinismo sociológico na incapacidade política do nosso povo-massa, uma vez que

Ao invés das ‘tradições comiciais’, da prática solidária na tomada de decisões públicas, da participação política espontânea, o que Oliveira Vianna observa, desde o limiar da colonização, é uma população dispersa nos domínios rurais e inteiramente submissa aos senhores desses domínios, uma população ansiosa pela benevolência desses poderosos chefes de clã e inteiramente dependente de sua proteção (SILVA, 2008, p. 12).

Seguindo essa linha de pensamento, Bianchi (2010) assevera que a liberdade popular jamais adviria das eleições ou disputas partidárias. Essa seria tão somente uma utopia da elite dominante que desprezava a dispersão do poder nas mãos dos caudilhos.

Vale lembrar que Vianna desaprovava a representação política da sua época tendo em vista o caráter personalista dos partidos políticos. Para o autor, tal característica intensificaria o espírito de clã, tornando a política uma verdadeira disputa de fâçções (BIANCHI, 2010).

Na célebre interpretação de Gildo Marçal Brandão, a congruência do exposto acima é corroborada:

Nessa sociedade de oligarquias ‘brincas’, a democracia política constitui a grande ilusão. Seu aparato pesado, lento, ineficiente

e corrupto não dá conta dos dinamismos e desafios do mundo moderno, sua subserviência ao sufrágio universal e aos partidos – **que não passam de quadrilhas irmanadas contra o bem comum** –, apenas entrega o Estado de pés e mãos atados aos interesses privatistas e aos coronéis [...] (BRANDÃO, 2005, p. 247). [grifo nosso]

Uma vez que o povo brasileiro é incapaz de organizar-se e sua elite dirigente perdeu-se no idealismo utópico, os partidos políticos não possuem qualquer utilidade. Além disso, por serem “voltados para o gozo do poder onde se realizam seus interesses particulares e se justificam todos os meios para mantê-lo, os partidos frequentemente entram em conflito com a nação, a qual não representam e até mesmo desprezam” (VIEIRA, 2010, p. 126). Dessa forma, Oliveira Vianna retira qualquer função representativa dos partidos e os excluem da vida política; substituindo-os pelas corporações. A vontade geral, para o autor, somente se mostraria pela organização associativa.

#### 4. ESTADO CORPORATIVO E CONSELHOS TÉCNICOS: UNIÃO ENTRE PAÍS LEGAL E PAÍS REAL

Nesse ponto, adentra uma questão sumamente relevante: a percepção de Vianna de que o Estado autoritário e corporativo, pautado na centralização político-administrativa, traria solução à problemática brasileira, pois garantiria unidade territorial e nacional, bem como liberdade civil aos cidadãos<sup>3</sup>. Trata-se de um “Estado pedagogo, edificador da nação e inspirador do civismo, que se destina a organizar uma sociedade vista quase em um estado de natureza” (VIEIRA, 2010, p. 18). Para Oliveira Vianna, a vida social brasileira era completamente desorganizada e o país incapaz de vir a ordenar-se sozinho. Daí a necessidade de intervenção estatal.

---

3 Trata-se de liberdade civil e não de liberdade política. Já que o povo era incapaz de defender os interesses coletivos, não poderia participar ativamente na política nacional. Uma elite “esclarecida” ficaria à cargo da representação social. Aprofundaremos nesta questão no próximo tópico.

Tendo como atributo principal o fortalecimento do Poder Executivo em detrimento do Poder Legislativo, das representações partidárias e do sistema eleitoral, esse modelo de Estado forte objetivaria reorientar a vida política e constitucional da nação (BIANCHI, 2010).

Segundo Brandão (2005, p. 246), essa é justamente a imagem do Brasil que emerge do pensamento conservador, incluindo o de Oliveira Vianna, e que torna imperiosa uma robusta atuação estatal:

De que esse é um país fragmentado, atomizado, amorfo e inorgânico, uma sociedade desprovida de liames de solidariedade internos e que depende umbilicalmente do Estado para manter-se unida. Nessa terra de barões, onde ‘manda quem pode, obedece quem tem juízo’, o homem comum só costuma encontrar alguma garantia de vida, liberdade e relativa dignidade, se estiver a serviço de algum poderoso. Fora disso, estará desprotegido – a não ser que o Estado intervenha.

Contudo, sabe-se que, diferentemente do pensamento das elites cuja crítica é direcionada, Oliveira Vianna entende que o desapareço à realidade circundante resulta num afogamento das construções espontâneas da sociedade. Posto isso, essa postura propriamente verticalizada do Estado precisaria ser balizada de acordo com demandas sociais. Ou seja, uma ponte entre o Estado e a Sociedade Civil precisaria ser construída.

Dessa forma, levando em consideração todo o questionamento quanto à eficiência do sufrágio e do parlamentarismo, Oliveira Vianna realçou uma representação corporativa e os chamados Conselhos Técnicos. Conforme Bianchi (2010, p. 52), “ele defendia a ação de um pequeno grupo que fosse preparado para orientar ‘organicamente’ a sociedade a partir de leis que estabeleciam organizações sindicais subordinadas ao governo”.

Oliveira Vianna pretendia, portanto, unir o “país legal” com a “país real”. E a identidade entre ambos se daria mediante atividade das corporações. Destaca Vieira (2010, p. 75):

No nível desta concepção, as organizações corporativas funcionam como mediadoras entre os dois países, sob a égide de

um Estado sem partido único e sem ideologia organizada, que substituiu o princípio da liberdade pelo princípio da autoridade. Tal é o Estado Corporativo de Oliveira Vianna, sob a forma de Estado Autoritário.

Ao Estado caberia submeter a sociedade, igualmente desconhecendo qualquer tipo de partido político representante ou não de classes sociais. Sua função primordial seria falar em nome da nação, desvelando a vontade nacional através da organização corporativa (VIEIRA, 2010). As corporações teriam como finalidade organizar a massa e aprimorar o funcionamento da administração, de que fazem parte. Percebe-se que Oliveira Vianna acreditava no caráter apolítico da administração.

Em suma, a articulação da nação ocorreria de cima para baixo por meio do funcionamento das corporações. A ação corporativa, por sua vez, estaria baseada basicamente na organização sindical, na justiça trabalhista e nos conselhos técnicos. A atividade dessas novas instituições “não só dará origem a uma elite administrativa capacitada como ainda organizará as classes, tornando viável a democracia no Brasil” (VIEIRA, 2010, p. 142).

Sobre essas novas instituições, contudo, os Conselhos Técnicos tomam posição central na obra de Oliveira Vianna. Acerca destes, expõe Bianchi (2010, p. 56):

Na prática, esses conselhos técnicos seriam formados por especialistas em diversas áreas (ensino, comércio e indústria, trabalho etc.), que pudessem consultar as populações e traduzir ao Estado seus reais anseios, resolvendo a cisão entre um país real e legal. Desse modo, as elites políticas poderiam finalmente representar a sociedade, não apenas no papel, mas dando forma e unidade ao que até então esteve disforme.

Ilustra ainda que:

Em outras palavras, os conselhos técnicos funcionariam como uma espécie de elo entre a elite política e o ‘povo massa’, entre o Estado e a sociedade, uma vez que eles representariam o co-

nhecimento científico da nação a serviço da compreensão dos usos e costumes dos brasileiros.

Incontroverso, portanto, que para o pensamento político de Oliveira Vianna os Conselhos Técnicos seriam espaços fundamentais de articulação do processo de desenvolvimento e modernização da nação, uma vez que superariam o descompasso e a tensão atinentes à dicotomia entre país legal e país real, aproximando o Estado da realidade social. Sendo assim, a sua função primordial resumir-se-ia em suplantando os limites do desconhecimento da administração pública quanto ao plano dos fatos.

Realmente, Vianna entendia como patológico o obscurantismo das elites políticas que legislavam acerca do próprio povo legislado. Nessa toada, os Conselhos Técnicos trariam a adequação ao real tão pretendida pelo autor, pois o próprio povo-massa seria chamado para intervir e colaborar, dirimindo-se a insuficiência legislativa e servindo de orientação às classes políticas. Segundo Cássio A. A. Albernaz (2013, p. 07),

Os Conselhos Técnicos atuariam como importantes espaços corporativos para a **participação das ‘classes econômicas’ na orientação das políticas**, contribuindo, através de sua organização e capacidade técnica, com a identificação, e propostas de superação, dos dilemas econômicos nacionais. [**grifo nosso**].

Além de uma incumbência pragmática, os Conselhos Técnicos guardariam uma missão integrativa. Distintamente da representação político-partidária, permitiriam a participação efetiva da sociedade no processo decisório e de planejamento, abrindo espaço para uma legítima democracia.

A importância dos Conselhos Técnicos para Oliveira Vianna é incontestável. Essa colaboração técnica via pareceres, anteprojetos, representações, sugestões direcionadas à administração do governo traria vitalidade para o processo de democratização. Ricardo Silva, inclusive, entende que “o núcleo legislativo e decisório estratégico, na arquitetura institucional do sistema político idealizado por Oliveira Vianna, surge cristalizado na instituição dos ‘conselhos técnicos’” (SILVA, 2008, p.

23). Outrossim, conforme expõe Silva (2008), esses conselhos foram pensados enquanto um quarto poder, tendo inclusive prerrogativas de intervenção, julgamento e veto sobre os demais poderes da República.

No que tange à composição dos Conselhos Técnicos, pensando na melhor maneira de traduzir as aflições do povo-massa, expõe Silva (2008, p. 26) que

Deveria levar em consideração a participação dos ‘práticos’, dos ‘entendidos’ em determinados temas. Só estes poderiam trazer a vivência dos problemas reais da organização da produção. Por isso, os membros das associações de classe seriam presenças indispensáveis nos Conselhos, ao lado dos técnicos e administradores do Poder Executivo.

## 5. A “VERDADEIRA DEMOCRACIA”: AUTORITARISMO INSTRUMENTAL OU ONTOLÓGICO?

Aclarada essa questão, cumpre avaliar se esse modelo de Estado autoritário proposto por Oliveira Vianna seria apenas um mecanismo ou uma etapa necessária para a consecução de uma sociedade eficazmente liberal, na qual o liberalismo político se tornaria possível (interpretação denominada “autoritarismo instrumental”) ou se o autoritarismo, em si, apresentar-se-ia enquanto o grande escopo do autor.

De início, destaca-se que o liberalismo político está atrelado, nas palavras de Silva (2008, p. 17), ao “autogoverno dos cidadãos pelo exercício consciente e autônomo das liberdades políticas, inclusive da liberdade positiva do sufrágio”. Por conseguinte, guarda íntima conexão com o ideal democrático.

Quanto ao “autoritarismo instrumental”, conceito teorizado pelo cientista político Wanderley Guilherme dos Santos que, segundo Christian Lynch (2013), dedicou o melhor dos seus esforços para examinar a produção do chamado pensamento autoritário brasileiro, faz-se necessária uma elucidação mais pormenorizada.

Para Santos (1978), o caráter instrumental da política autoritária aparece de modo cristalino na obra de Oliveira Vianna. Ao expressar o dilema do liberalismo no Brasil, Vianna demonstrou que a coexistên-

cia de um sistema político liberal com uma sociedade parental, clânica e autoritária seria inverossímil. Ademais, certificou que não haveria caminho natural através do qual a sociedade brasileira chegaria ao estágio liberal. Sendo assim,

Concluiria Oliveira Vianna, o Brasil precisa de um sistema autoritário cujo programa econômico e político seja capaz de demolir as condições que impedem o sistema social de se transformar em liberal. Em outras palavras, seria necessário um sistema político autoritário para que se pudesse construir uma sociedade liberal (SANTOS, 1978, p. 93).

Conforme Lynch (2013), para alcançar a ordem democrática seria preciso, portanto, certa dose de autoritarismo capaz de esmagar os obstáculos ao advento do sistema liberal nessa atrasada sociedade.

Para fins de melhor elucidação, cabe discorrer sobre a distinção estabelecida por Wanderley Guilherme dos Santos entre o chamado “liberalismo doutrinário” e o “autoritarismo instrumental”; apresentando, igualmente, a diferenciação entre os ontologicamente autoritários e os instrumentalmente autoritários.

Nas palavras de Santos (1978, p. 97), os liberais doutrinários são

As sucessivas facções de políticos e analistas que, desde meados do século XIX, sustentaram a crença de que a reforma político-institucional no Brasil, como em qualquer lugar, seguir-se-ia naturalmente à formulação e execução de regras legais adequadas.

Posto isso,

Sempre acreditaram que o desenvolvimento de um sistema capaz de produzir, naturalmente, contínuos e justos resultados, requeria apenas algumas regras removendo os obstáculos que o impedem de operar de maneira liberal (SANTOS, 1978, p. 100).

Diametralmente opostos a tal entendimento, os autoritários instrumentais pensavam, como já exposto, que o liberalismo político não

se sustentaria na hipótese de inexistir uma sociedade propriamente liberal. Além disso, esta somente se edificaria através de um Estado forte o suficiente para romper com os elos da sociedade familística. Consequentemente, o autoritarismo seria o próprio instrumento de viabilização do liberalismo político (SANTOS, 1978).

De fato, a mudança social não poderia ser depreendida da mera instauração de instituições políticas liberais, consoante concebiam os liberais doutrinários. Segundo Lynch (2013, p. 50),

Além de perceberem que as mesmas instituições não produzem sempre os mesmos efeitos em todos os lugares, em razão da variabilidade da cultura e do estágio de desenvolvimento das comunidades políticas, os instrumentais acreditavam que a construção da ordem não se dava de maneira espontânea, por mera força do jogo social, como acreditavam os liberais puros; para os instrumentais, o mundo social era sustentado por uma ação política concertada.

Ademais, os instrumentalmente autoritários, como mencionado anteriormente, também divergem dos ontologicamente autoritários. Enquanto aqueles assimilavam o autoritarismo enquanto mecanismo transitório, cuja utilização seria restrita à criação de condições para implementação de uma sociedade liberal no Brasil (GENTILE, 2016), sendo essa postura de autoridade do Estado legitimada tão somente para tal fim (SILVA, 2015), estes entendiam que o autoritarismo seria “um remédio político permanente, e não transitório, para a ordem política” (LYNCH, 2013, p. 37), de modo que quanto mais a sociedade progrediria, mais necessários se fariam os regimes autoritários (SANTOS, 1978).

Em síntese, expõe Santos (1978, p. 103) que

Dois aspectos distinguem o autoritarismo instrumental tanto dos liberais doutrinários quanto dos outros autoritários. Em primeiro lugar, os autoritários instrumentais, na designação aqui adotada, crêem que as sociedades não apresentam uma forma natural de desenvolvimento, seguindo antes caminhos

definidos e orientados pelos tomadores de decisão. E desta presunção deriva-se facilmente a inevitável intromissão do Estado nos assuntos da sociedade a fim de assegurar que as metas decididas pelos representantes desta sociedade sejam alcançadas. Nesta medida, é legítimo e adequado que o Estado regule e administre a vida social – ponto que, desde logo, os distingue dos liberais. Em segundo lugar, afirmam que o exercício autoritário do poder é a maneira mais rápida de se conseguir edificar uma sociedade liberal, após o que o caráter autoritário do Estado pode ser questionado e abolido.

Acontece que, para Ricardo Silva, Oliveira Vianna desassocia totalmente democracia e liberalismo político na medida em que retrata a existência de uma democracia apropriada à sociedade brasileira, contrariando a interpretação do seu pensamento enquanto revestido apenas do autoritarismo instrumental. Quando se questiona sobre qual a democracia a que Vianna estava se referindo, não hesita em afirmar que tratava-se de uma ‘democracia corporativa’, também chamada de ‘democracia profissional’, ‘verdadeira democracia’ ou ‘democracia autoritária’.

Essa resposta, ao que parece, guarda compatibilidade com a defesa de Vianna do corporativismo e sindicalismo, cuja grande marca são os conselhos técnicos já analisados no presente trabalho. Segundo Ricardo Silva (2008, p. 21), “na democracia de opinião pública organizada, almejada por Oliveira Vianna, o que deve estar bem representado é o interesse particular das diversas corporações profissionais”.

A dúvida quanto à finalidade do projeto centralizador de Vianna também aparece nos estudos de Gildo Marçal Brandão. Ao averiguar a dinâmica de governança pretendida pelo autor, afirma que

Tratar-se-á de educar as elites, evitar a luta de classes, dar prioridade à construção da ordem sobre a liberdade, dar independência ao Judiciário, limitar as autonomias estaduais, organizar a população por meio de corporações, e construir uma sociedade civil (civilizada) por meio da ação racional de um novo Estado centralizado. E só depois – **se é que haveria um depois!** – admitir a democracia política. (BRANDÃO, 2005, p. 247) [**grifo nosso**].

Ora, essa “verdadeira democracia” de Oliveira Vianna representa a substituição do individualismo da liberal-democracia pela integração do cidadão na corporação. “Para modernizar-se, o Brasil deveria possuir um Estado Autoritário em que as corporações fossem a base do regime democrático” (VIEIRA, 2010, p. 147). Frise-se que essa democracia corporativa também é nacional, uma vez que precisa expressar os interesses fundamentais da nacionalidade.

A grande questão é que essa democracia de Oliveira Vianna consagra ao povo tão somente a liberdade civil e não há qualquer pretensão de, posteriormente, conceder-lhe liberdade política. O campo político fica restrito a uma elite esclarecida. Já que o povo era incapaz de defender interesses da coletividade, a atividade na política nacional ficar-lhe-ia vedada. Apenas através dessa elite técnica a democracia poderia funcionar.

Outrossim, a própria elite deve eleger seus membros, inclusive o presidente da República, “a fim de impedir a intervenção das incapacitadas massas eleitorais do interior no seu processo de escolha” (VIEIRA, 2010, p. 120). Daí a defesa do presidente único, tal como empreendida em “O idealismo da Constituição”. Trata-se de presidente que não divida com ninguém mais a sua autoridade, em quem ninguém mande, exercendo o seu poder em nome da nação, só a ela subordinado e só dela dependente (VIEIRA, 2010).

O presidente da República, centro de toda autoridade, seria eleito indiretamente por um corpo eleitoral selecionado. O auxílio às suas decisões, por sua vez, decorreria da capacidade da elite administrativa treinada nas organizações corporativas então existentes: sindicatos, Justiça do Trabalho e, principalmente, Conselhos Técnicos (VIEIRA, 2010).

Resta patente que o Estado Corporativo de Oliveira Vianna não é um Estado Democrático. Conforme explica Vieira (2010, p. 153), sua democracia, “quando muito, será uma democracia passiva, de participação restrita da nação”.

## 6. CONCLUSÃO

Vemos, portanto, que essa sociedade “harmônica e democrática” almejada por Oliveira Vianna, na qual o caráter social inorgânico é

corrigido pela compostura de um Estado autocrático e pedagogo, pode significar nada mais que a manutenção de um autoritarismo que marca insistentemente a sua obra. Suas análises parecem esconder um desejo enorme de criação de um Estado Nacional, corporativo e autoritário, sem grandes pretensões de aberturas democráticas. Eis seu principal postulado: antiliberalismo fundamental e fundamental autoritarismo.

## REFERÊNCIAS

- ALBERNAZ, Cássio A. A. **Elites, Modernização Estatal e Desenvolvimento Industrial: Intersecções no Pensamento Autoritário de Oliveira Vianna e Azevedo Amaral**. XXVII Simpósio Nacional de História – ANPUH BRASIL, Natal, p. 01-21, 2013.
- BIANCHI, Daniel. **Dos limites do Estado, da democracia e do direito em Oliveira Vianna e Raymundo Faoro**. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação do Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- BRANDÃO, Gildo Marçal. **Linhagens do Pensamento Político Brasileiro**. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 48, n. 2, p. 231-269, 2005.
- GENTILE, Fabio. **Nacionalismo Social, Corporativismo Fascista e “Autoritarismo Instrumental” no Pensamento de Oliveira Vianna**. História e Cultura, Franca, vol. 5, n. 3, p. 76-97, 2016.
- LYNCH, Christian. **A Institucionalização da Área do Pensamento Político Brasileiro no Âmbito das Ciências Sociais: Revisitando a Pesquisa de Wanderley Guilherme dos Santos (1963-1978)**. In: DULCI, Otavio Soares (Org.). Leituras Críticas sobre Wanderley Guilherme dos Santos. Belo Horizonte: Editora UFMG; São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Ordem Burguesa e Liberalismo Político**. – São Paulo: Duas Cidades, 1978.

SILVA, Fernanda Xavier da. **As Quatro Faces de Oliveira Vianna**. Política e Sociedade, Florianópolis, vol. 48, n. 30, p. 132-159, 2015.

SILVA, Ricardo. **Liberalismo e democracia na Sociologia Política de Oliveira Vianna**. Sociologias, Porto Alegre, ano 10, n. 20, p. 238-269, jul / dez 2008.

VIANNA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Coleção Biblioteca Básica Brasileira – Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

VIANNA, Oliveira. **O Idealismo da Constituição**. – Rio de Janeiro: Edição de Terra de Sol, 1927.

VIEIRA, Evaldo Amaro. **Autoritarismo e corporativismo no Brasil: (Oliveira Vianna & Companhia)**. – 3. Ed. – São Paulo: Editora UNESP, 2010.

# ¿UNA JUSTICIA SIN TOGA? HERRAMIENTAS PREDICTIVAS PARA UNA “JUSTICIA PREDICTIVA”

Nuria Belloso Martín

*“Sin la justicia, ¿qué serían en realidad los reinos sino bandas de ladrones?, ¿y qué son las bandas de ladrones si no pequeños reinos? [...] Por ello, inteligente y veraz fue la respuesta dada a Alejandro Magno por un pirata que había caído en su poder, pues habiéndole preguntado el rey por qué infestaba el mar, con audaz libertad el pirata respondió: por el mismo motivo por el que tú infestas la tierra; pero ya que yo lo hago con un pequeño bajel me llaman ladrón, y a ti porque lo haces con formidables ejércitos, te llaman emperador. (San Agustín, De civitate, IV, 4).”*

## Introducción<sup>4</sup>

Tomando como pretexto el título de la conocida obra de R. Dworkin, *La Justicia con toga* (2007), se plantea en este estudio si, inmersos en un proceso de innovación tecnológica, se está transitando hacia una decisión judicial automatizada en la que la teoría decisonal de los jueces pueda verse claramente afectada o sustituida, al menos en parte, por un avanzado software. El análisis se realizará desde la perspectiva de la justicia que, desde la célebre propuesta tomista del

---

4 El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “*La inteligencia artificial jurídica (IAJ)*”. (Código: RTI2018-096601-B-I00). Proyectos I+D+I “Generación de Conocimiento”. Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Derecho como “objeto de la justicia” (“*ius est obiectum iustitiae*”) (cuestión 57. *Secunda Secundae* de la *Summa Theologiae*) ya planteó la construcción *decisional* del derecho, en la cual junto a las decisiones generales (leyes) se contemplan asimismo las decisiones concretas (sentencias judiciales y demás tipos de actos vinculantes) (ROBLES: 1990).

El interrogante de qué es Justicia sigue presente en los debates de la sociedad. El jurista Hans Kelsen, acerca de esta interpelación ya reconocía que: “No hubo pregunta alguna que haya sido planteada con más pasión, no hubo otra por la que se haya derramado tanta sangre preciosa ni tantas amargas lágrimas como por ésta; no hubo pregunta alguna acerca de la cual hayan meditado con mayor profundidad los espíritus más ilustres, desde Platón a Kant. No obstante, ahora como entonces carece de respuesta” (KELSEN: 2011). El hombre ha tratado de definir lo que es justicia y al interrogante se ha respondido: “Justicia es lo que Dios quiere”, “justicia es lo que corresponde a la naturaleza humana. “Justicia es dar a cada uno lo que le corresponde”, justicia es dar a cada uno lo que merece”, “justicia es tratar a todos por igual”. Ilustres iusfilósofos siguen debatiendo en la actualidad sobre qué es justicia y qué es lo justo (Marx, Nozick, Dworkin, Rawls, Posner, Sadurski, Habermas y tantos otros) (CAMPBELL: 2002).

En las sociedades del siglo XXI el principio y a la vez valor principal del Derecho, como es la Justicia, sigue siendo un tema de debate. Junto a las inquietudes de debates doctrinales clásicos entre concepciones iusnaturalistas e iuspositivistas, a las disquisiciones entre justicia intergeneracional (diferentes generaciones no simultáneas) y justicia intrageneracional (diferentes generaciones simultáneas), a las polémicas sobre la justicia transicional y memoria histórica y tantas otras formulaciones, se ha añadido otra modalidad como es la denominada Justicia “predictiva” o “algorítmica”. Conviene aclarar que no se trata de un estudio de la justicia como valor ni como virtud –como la aristotélico–tomista (distributiva, correctiva o sinalagmática, conmutativa y judicial)– sino más bien un tipo de justicia que deriva de un sistema judicial específico, en el que se usan un software de inteligencia artificial. Por tanto, versa sobre cómo se hace justicia, es decir, sobre la construcción *decisional* de la justicia –vinculada a un modelo de proceso judicial y, a unas decisiones judiciales automatizadas– (NIEVA FENOL: 2019).

Se trata de un paso más en las posibilidades de aplicación de la informática al Derecho. Además de la informática jurídica documental (que ayuda a obtener información jurídica muy completa en un corto espacio de tiempo) y la informática jurídica de gestión (que intenta liberar al jurista de las tareas más rutinarias haciendo que el trabajo de los operadores del Derecho sea cada vez más sencillo), la informática jurídica decisional está integrada por los procedimientos dirigidos a la sustitución o reproducción de las actividades del jurista, a proporcionarle decisiones y dictámenes, es decir, a ofrecerle soluciones a problemas. Pero si estos software se aplican para obtener un perfilado de los jueces o para anticipar las decisiones judiciales –incluso por los propios jueces– las incidencias en los sistemas judiciales podrían dar lugar a graves alteraciones en el propio concepto del Derecho y en la forma de administrar justicia.<sup>5</sup>

Los usos de la IA aplicada a los sistemas judiciales son diversos: Ayuda en la elaboración de baremos en determinados litigios civiles; Apoyo a las medidas alternativas de solución de conflictos en materia civil; Resolución de disputas en línea; Uso de algoritmos en la investigación penal para identificar dónde se están cometiendo los delitos o donde haya probabilidad de que se cometan o para predecir las posibilidades de reincidencia de un delincuente (DE MIGUEL: 2018).<sup>6</sup> Ahora bien, tal y como establece la Carta Ética Europea sobre el uso de inteligencia artificial en los sistemas judiciales,<sup>7</sup> hay usos que sólo podrán considerarse después de realizar estudios científicos adicionales tales como el “perfilado de jueces” y la “anticipación de las decisiones judiciales”. En realidad, el término de “Justicia predictiva” debe descartarse porque es ambiguo y engañoso. No se trata de vaticinar cuál será la decisión judicial sino que, estadísticamente, según la legislación

---

5 Jurimetría de Wolters Kluwer España. [www.jurimetria.es](http://www.jurimetria.es)

6 Vid. Caso *Wisconsin v. Loomis* Sentencia 13 de julio de 2016: *State v. Loomis*, 881, N.W.2d 749, 7532 (Wis, 2016) en relación al programa COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) en Estados Unidos.

7 Vid. European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment, aprobada en diciembre de 2018, por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for...4.../16808f699c>

reguladora y los hechos acaecidos, estadísticamente el fallo será uno absolutorio/condenatorio. Estas herramientas se basan en métodos de análisis principalmente de jurisprudencia usando métodos estadísticos que de ninguna manera reproducen el razonamiento legal pero pueden intentar describirlo.

La aplicación de análisis predictivos sobre el Derecho que ofrecen las nuevas tecnologías –como la inteligencia artificial (IA)- auguran cambios significativos para los próximos años tanto en relación a los despachos jurídicos como en la Administración de Justicia y en los operadores jurídicos.

La metodología del presente trabajo combina el estudio empírico con el análisis teórico y doctrinal. En este trabajo se analizarán dos de esas experiencias en las que se ha recurrido a una IA para predecir decisiones. En el primer caso, el del Tribunal Supremo estadounidense; en el segundo caso, sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación a si se había producido o no la violación de algunos de los derechos contemplados en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos* (CEDH). Con la IA se pretendía verificar si el software podía llegar a predecir cuál sería el fallo judicial, es decir, si se pueden llegar a predecir las sentencias (es decir, en la “anticipación de las decisiones judiciales”), habiéndose obtenido un resultado exitoso para la IA en ambas experiencias. Como punto de partida del análisis, se partirá de los presupuestos iusfilosóficos indagando cuáles son las teorías jurídicas que fundamentan esos deseos de mitigar la incertidumbre (realismo jurídico frente al formalismo jurídico; modernidad líquida y sociedad del riesgo). Se concluirá con unas reflexiones finales.

## 1. Bases doctrinales y fundamentos iusfilosóficos de la justicia predictiva

La sociedad actual no gusta de la incertidumbre ni de las esperas y zozobras que un litigio judicial representa. Es una sociedad líquida que pretende regirse por un Derecho también líquido (BAUMAN: 2007). En la vida **líquida** según Bauman, la sociedad se basa en el **individualismo** y se ha convertido en algo **temporal e inestable**

que carece de aspectos sólidos. Todo lo que tenemos es **cambiante y con fecha de caducidad**, en comparación con las estructuras fijas del pasado. Lo fluido, lo inestable, la ausencia de vínculos sociales, el predominio del individualismo frente a la solidaridad desemboca en una incertidumbre, una inseguridad e incluso en miedo. Se aleja de un Derecho esencialmente orientado por doctrinas principiológicas, valores e incluso moral. No se trata de un Derecho dúctil (ZAGREVELSKY: 2018) sino un Derecho que se inscribe en la sociedad del riesgo (BECK: 2006). En una sociedad dominada por el presentismo (todo se quiere aquí y ahora) (INNERARITY: 2009) vuelven a recuperarse presupuestos de construcciones del pasado siglo, como el Realismo jurídico americano.

Realismo jurídico norteamericano y formalismo jurídico son las corrientes jurídicas que presiden el estudio llevado a cabo sobre las predicciones de las sentencias del TEDH con el ánimo de establecer, finalmente, si en las decisiones de los magistrados del TEDH tienen más peso los hechos y la realidad (realismo) o las normas y las prescripciones (formalismo). Es conocido que hay dos formas opuestas de dar sentido a la toma de decisiones judiciales: una es el formalismo legal y otra, el realismo jurídico. Según los formalistas legales, los jueces deciden los casos deductivamente, al subsumir hechos bajo reglas legales formales o bien, recurren a un razonamiento legal más complejo que la deducción cuando las reglas legales son insuficientes para garantizar un resultado particular. Por su parte, los realistas jurídicos han criticado los modelos formalistas, insistiendo en que los jueces deciden principalmente los casos respondiendo al estímulo de los hechos del caso concreto, en lugar de basarse en reglas legales o doctrinas, que en muchas ocasiones están racionalmente indeterminadas.

Una de las obras más representativas de J. Frank –partícipe del realismo jurídico americano–, es la que lleva precisamente el título de *Derecho e incertidumbre*<sup>8</sup>. Tomando como punto de partida algunas de las ideas esbozadas por W. Holmes, defensor de la jurisprudencia sociológica, considera que ni siquiera en una sociedad relativamente estática los hombres han podido construir un sistema de reglas o normas

---

8 El propio J. Frank llegó a mostrar su rechazo a la etiqueta “realismo jurídico”, proponiendo en su lugar la de “jurisprudencia experimental”.

omnicomprensivas, que contengan respuestas para todas las posibles cuestiones. De ahí que se pregunte por qué se ha de ocultar esa dimensión de incertidumbre, de falta de certeza. Los abogados suelen ocultarla cuando le dicen al cliente que el derecho dará respuesta a sus cuitas. También la ocultan los profesores del derecho cuando presentan el orden jurídico como un sistema firmemente establecido. También la ocultan los jueces cuando disfrazan sus innovaciones, a veces radicales, bajo la apariencia de una interpretación de la norma establecida, interpretación que revisten con el ropaje de un sesudo pseudorazonamiento lógico, para presentar el fallo como fiel aplicación de una vieja norma, mediante argucias formalistas (RECASENS: 1976, p.293) (SOLAR CAYÓN: 2005).

Según la idea enseñada por muchos juristas, se supone que el Derecho es general, uniforme, continuo, igual y puro. Sin embargo, la experiencia muestra que esto no es así. No hay tal certeza, ni seguridad, ni uniformidad. Para cualquier persona, el derecho cierto sobre una determinada situación es sólo la sentencia que un tribunal haya pronunciado sobre esa situación, en tanto que dicha sentencia afecta a aquella persona particular. Antes de que haya recaído sentencia, lo único que puede tenerse respecto del derecho relativo a esa persona y situación es la suposición que los abogados hagan lo que el tribunal vaya probablemente a decidir. Por ello, entiende Frank que el derecho respecto a una determinada situación es o bien el derecho efectivo, real, contenido en una sentencia pronunciada en el pasado sobre dicha situación, o bien nada más que el derecho probable, es decir, el pronóstico o suposición sobre una sentencia futura.

La idea realista de que el Derecho es un conjunto de hechos – fundamentalmente de decisiones judiciales– antes que un conjunto de proposiciones prescriptivas ha sido contestada por formalistas tales como Hart y Kelsen pero también por otras corrientes como la iusnaturalista. Así, I. Fuller–, en su conocido opúsculo *El caso de los exploradores de cavernas*, plantea cuál debería ser el punto de vista del juez para juzgar el caso de los exploradores: ¿iuspositivista, textualista, moralista, iusnaturalista, realista jurídico? Ante un “caso difícil”, cada uno de los magistrados personifica a una de las distintas perspectivas acerca de lo que es el derecho, cuestión que influirá en su fallo final acerca de si los

acusados son o no culpables (FULLER: 2002). Teorías iusnaturalistas, propuestas formalistas-normativistas y otras, ¿han quedado relegadas por las teorías del lenguaje, de la argumentación y de la lógica, más fácilmente trasladables al lenguaje informático?

Todo ello permite entender que un software difícilmente puede interpretar –más allá de cómo su programador lo haya diseñado– esas diversas perspectivas jurídicas que lo que traslucen a su vez son distintas concepciones de la justicia. Pero ello no supone aceptar que no hay valores y principios sólidos que guían las acciones. Zozobra, inseguridad e incertidumbre han acompañado al ser humano a lo largo de la historia, debiendo enfrentarse, según cada momento, a las distintas adversidades pero su empeño en construir y perfeccionar los sistemas jurídicos no ha disminuido ni un ápice. Por el contrario, la búsqueda de la justicia, tanto en los casos difíciles como ante las violaciones de derechos humanos, sigue fuerte.

## 2. Un software ¿puede predecir un fallo judicial?

Un análisis predictivo pionero se realizó en 2004 por parte de un grupo de profesores de Derecho y politólogos en el Tribunal Supremo de Estados Unidos. Su propósito era predecir, antes de que las partes en cada litigio presentaran en sala sus argumentos orales, tanto los votos individuales de los nueve jueces como el sentido final (confirmación/revocación) de las decisiones que el citado Tribunal iba a adoptar en todos los casos que, a lo largo de ese año judicial 2002–2003, hubiera de conocer (SOLAR CAYÓN: 2019, p.126). Para llevar a cabo tal estudio predictivo se tuvieron presente los resultados de los 628 casos que hasta entonces había analizado el Tribunal, cuya composición había permanecido inalterada desde 1994, lo que aportaba una estabilidad difícil de conseguir para llevar a cabo tal experiencia (RUGER et al.: 2004).<sup>9</sup>

---

9 En el ámbito norteamericano se han desarrollado otros trabajos, centrados también en la predicción de las decisiones del Tribunal Supremo, con la finalidad de diseñar un algoritmo *random forest* (bosque aleatorio) capaz de ofrecer un modelo predictivo de alcance general (válido no sólo para un determinado momento o una misma composición del tribunal). Para la construcción de tal modelo, en 2014 los investigadores eli-

El algoritmo que se utilizó tomó en consideración seis variables: circuito federal de procedencia del caso a revisar, área temática, tipo de demandante, tipo de demandado, dirección ideológica (liberal o conservadora) de la regla fijada por el tribunal inferior y cuestionamiento o no de la constitucionalidad de una norma o práctica. Además, este estudio –que refleja la predicción algorítmica– se comparó con la predicción humana que realizó un grupo de académicos y abogados expertos en la doctrina del tribunal (la decisión de cada caso fue pronosticada por un panel de tres expertos). El resultado fue el siguiente: de los 78 asuntos que se revisaron durante ese año judicial, el algoritmo fue capaz de predecir el 75% de las decisiones del tribunal y el 66,7% de los votos individuales. En cambio, el grado de acierto de los expertos fue del 59% de las decisiones y del 67,9% de los votos individuales.

Además de que de este estudio se deduce que la inteligencia artificial es capaz de predecir las sentencias judiciales con un mayor índice de acierto que la inteligencia humana, cabe también preguntarse qué tiene más peso en los fallos judiciales: El Derechos o los hechos. Algunas otras investigaciones empíricas que se han realizado sobre los procesos de toma de decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos han llegado a la conclusión de que los modelos de predicción más fiables de las demandas que se presentan ante la Corte Suprema de los Estados Unidos son las preferencias políticas de los jueces y no los argumentos doctrinales y legales. Por tanto, ante casos difíciles, la subsección “Circunstancias”, tendría más peso en la decisión que la subsección ‘Ley’. Incluso esto puede hacer pensar que cuanto más alto sea el posicionamiento de tales tribunales, con mayor rango y jerarquía, más influidos estarán no por las disposiciones jurídicas sino por las circunstancias de caso concreto y las preferencias políticas de los propios magistrados. Ello lleva a preguntarse si esos resultados podrían generalizarse a otros tribunales.

---

gieron 95 variables que extrajeron de la *Suprema Court database* (SCDB) y extrajeron información sobre cada uno de los miembros del Tribunal, las tendencias históricas de TS y tendencias de cada uno de sus miembros. La predicción abarcaba un periodo de 60 años del TS (desde el 1953 a 2013). Los resultados fueron muy certeros: el algoritmo predijo correctamente el 69,7% de las decisiones del TS y el 70,9% de los votos de sus integrantes (30 jueces) sobre un universo total de 7.700 casos y más de 68.000 votos individuales.(KATZ et al.:2017) (SOLAR CAYÓN: 2019, pp.127-128).

En el ámbito europeo también se ha realizado un ensayo de construcción de un modelo predictivo de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En octubre del año 2016 el “University College of London” publicó una investigación que habían llevado a cabo un grupo de profesores de Derecho y de Ciencias de la Computación británicos y norteamericanos (ALETRAS et al: 2016). Su novedad radica en que se trata del primer modelo de análisis predictivo de decisiones de un tribunal (internacional) basado exclusivamente en el contenido textual de sus decisiones. A diferencia de la experiencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos que había tomado en consideración características de los casos esencialmente formales, en el estudio sobre el TEDH es la información textual contenida en las sentencias el objeto de análisis.

Los autores del estudio utilizaron el algoritmo de aprendizaje automático *Support Vector Machine* (SVM) que había dado buenos resultados en la clasificación de textos. La finalidad era ver si el *software* podía predecir las decisiones del TEDH acerca de si se ha producido o no una violación de los artículos 3 (prohibición de torturas y tratos inhumanos y degradantes), 6 (derecho a un proceso equitativo) y 8 (respeto a la vida privada y familiar) de la Convención de Derechos Humanos. El estudio analizó 584 decisiones del TEDH en asuntos relacionados con los tres artículos citados para encontrar patrones en el texto.

La metodología del estudio, resumida de forma sucinta, fue la siguiente: La predicción del resultado de los casos juzgados por el TEDH basados únicamente en contenido textual partía de una clasificación binaria, donde la entrada de los clasificadores era el contenido textual extraído de un caso y el resultado objetivo era el juicio real en cuanto a si ha habido una violación de un artículo del Convenio Europeo de Derechos humanos. Para cada uno de los tres artículos objeto de estudio, primero se han recuperado todos los casos disponibles en HUDOC.<sup>10</sup> Seguidamente se analizaron sólo los que estaban en lengua inglesa y se examinaron siguiendo la estructura de casos indicada anteriormente. Después, se seleccionó un número igual de casos de violación y no violación para cada uno de los tres artículos indicados del

---

10 <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRAND-CHAMBER%22,%22CHAMBER%22%7D>

CEDH. De la evidencia textual extraída de un caso, lo que interesaba tomar en consideración eran: las partes relacionadas con los hechos; la ley aplicable pertinente; y los argumentos presentados por las partes implicadas.

Las sentencias del TEDH tienen una estructura específica, claramente divididas en diferentes secciones que abarcan estos contenidos, lo que permite una estandarización directa del texto y, en consecuencia, hacen posible realizar un análisis basado en el texto. Tal y como establece el artículo 74 del Reglamento del TEDH,<sup>11</sup> la sentencia contiene (entre otras cosas):

- Descripción del “procedimiento” seguido a nivel nacional;
- “Hechos” del caso, sección que comprende todo el material que no se considera que se relacione con argumentos legales. A su vez, la sección ‘Hechos’ se divide en dos subsecciones principales: Las “Circunstancias del caso” (antecedentes de hecho del caso y “Derecho relevante” (el procedimiento anteriormente seguido ante los tribunales nacionales y, por tanto, distinto de la Convención);
- “Derecho” / Fondo: esta subsección proporciona las razones legales que pretenden justificar el resultado alcanzado por el TEDH. Típicamente, el TEDH coloca su razonamiento dentro de un conjunto más amplio de reglas, principios y doctrinas que ya se han establecido en su jurisprudencia pasada e intenta basar la decisión en referencia a estos. Cada una de las violaciones alegadas se subdividen en dos subsecciones: “Argumentos de las partes” (suelen resumir los principales argumentos jurídicos presentados por el solicitante y el Estado demandado) y “Méritos”.
- “Disposiciones operativas”: esta es la sección donde el Tribunal anuncia el resultado del el caso, es decir, es la decisión en el sentido de si ha habido o no una violación de algún artículo del CEDH

---

11 Reglamento de Procedimiento del TEDH – 1 de agosto de 2018. [www.echr.coe.int/ Documents/ Rules\\_Court\\_SPA](http://www.echr.coe.int/ Documents/ Rules_Court_SPA)

El resultado del estudio fue que se pueden predecir las decisiones del TEDH con una gran precisión (79% de promedio) (BERK et al: 2017). De nuevo, una victoria para la IA. Ahora bien, el sistema predictivo, en su análisis textual, se encuentra con tópicos que despiertan dudas. Así por ejemplo, las largas penas de prisión y otras medidas de detención ¿podrían considerarse equivalentes a un trato inhumano y degradante en virtud del artículo 3 del CEDH?<sup>12</sup> o bien, ciertas opciones con respecto a la política social de los Estados, ¿pueden equivaler a una violación del artículo 8 del CEDH?. Estas situaciones se resolvieron rechazando que hubiera una violación del artículo 8, en línea con la tendencia del TEDH de reconocer un amplio margen de apreciación a los Estados con respecto a los derechos sociales.

Los resultados llevados a cabo en ese estudio indican que los hechos y circunstancias de un caso –más que las disposiciones legales que regulan el caso– son el principal indicador de si ha habido una violación de un artículo del citado Convenio. Esta conclusión permite entender que la toma de decisiones por parte del TEDH está más cercana a la teoría del realismo jurídico que a otras concepciones jurídicas –ya que la adopción de decisiones judiciales se ha visto significativamente afectada por el estímulo de los hechos–.

En definitiva, se informa sobre una serie de patrones cualitativos que podrían potencialmente impulsar decisiones judiciales. En aproximadamente ocho de cada diez sentencias, la inteligencia artificial fue capaz de anticipar lo que 47 juristas experimentados suelen dirimir in secreto ateniéndose a los argumentos legales. Los resultados que obtuvo el bot – según la investigación–, pusieron de manifiesto que los jueces del alto tribunal eran más «realistas» que «formalistas», dejándose llevar más por hechos pragmáticos, alejados de las leyes, que por la propia legalidad en sí. El algoritmo daba a entender que, en casos muy concretos, con circunstancias muy prefijadas y con información suficiente, puede acertar el diagnóstico.

---

12 Por ejemplo, casos como *Kafkaris v. Chipre* ([GC] no. 21906/04, TEDH 2008-I), *Hutchinson v. Reino Unido* (n. ° 57592/08 de 3 de febrero de 2015) y *Enea v. Italia* ([GC], no. 74912/01, CEDH 2009-IV) se identificaron como ejemplos de esta tendencia.

### 3. La justicia y la imprescindible toga

La justicia, entendida como valor-virtud en el sentido aristotélico, está también presente en la denominada “Justicia predictiva” en cuanto que es un juez –como inteligencia humana– quien juzga y decide. La inteligencia artificial se contrapone y se hace competir con la inteligencia humana. Pero no se trata sólo de capacidad o rapidez para manejar datos (donde siempre la máquina será superior al ser humano). El cerebro humano no ha podido ser reproducido por una máquina porque es mucho más complejo lo cual se refleja también en las sentencias judiciales. En rapidez, memoria y cálculos matemático-estadísticos la IA es superior a la inteligencia humana. Pero la inteligencia humana aporta otros elementos como el valor de la justicia, la experiencia, la contextualización social y tantos otros, que aportan ese criterio distintivo al razonamiento humano. De ahí la relevancia de la esfera de discrecionalidad que debe acompañar a la toma de decisiones de un juzgador. Como la Teoría del derecho ha venido defendiendo, el razonamiento judicial es sobre todo una cuestión de evaluación e interpretación, de los hechos probados y relevantes de un caso, de las normas legales aplicables (textuales o precedentes), de interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados –como diría H. L. Hart, de la textura abierta, sobre todo en los casos difíciles– de la interpretación subjetiva por parte de los jueces del concepto de equidad.

De los dos estudios predictivos sobre sentencias que se han analizado (en TS de EE.UU. y en TEDH) podría concluirse que hay unos patrones que guían los fallos judiciales. Ahora bien, esos patrones no son infalibles. En el contexto europeo, por ejemplo, la exigencia de una proporcionalidad o ponderación –tal y como como ha alentado el propio TEDH– es una práctica que sólo puede aplicar la inteligencia humana. Los cambios jurisprudenciales, los votos particulares en este tipo de tribunales colegiados, ponen de manifiesto que la interpretación de los hechos y de las normas así como la aplicación del criterio de la justicia no son unívocas.

Los denominados espacios de no-Derecho relacionados con fines y estrategias de naturaleza ajena a la jurídica, tales como sociales, económicas, políticas, etc., tienen un peso relevante en la

toma de decisiones de Tribunales y Cortes de la más alta jerarquía –como el TEDH–, precisamente porque en aras de la justicia deben incorporar a las sentencias elementos extra-normativos y aplicar principios que regulen el Derecho. Las formulaciones normativas y prescriptivas no son el único factor determinante de las decisiones de los jueces. La aplicación de la IA a la predicción de fallos judiciales de altos tribunales puede poner de manifiesto algunos criterios interpretativos en relación al CEDH y sus Protocolos pero le resultará difícil explicar los cambios o giros interpretativos y jurisprudenciales del TEDH.

La complejidad de la ley radica en su naturaleza teleológica y con-  
tenciosa: dos argumentos coherentes pueden conducir a juicios dife-  
rentes de acuerdo con dos prioridades diferentes. Esto se debe a que  
el silogismo legal es más una forma de presentar el razonamiento legal  
que su traducción formal. No refleja el razonamiento completo del  
juez que, de hecho, está formado por una multitud de factores hasta  
forjar su decisión, que no se pueden formalizar *a priori*, y que a ve-  
ces se basan en su discreción: ¿cuáles son los hechos relevantes? ¿Están  
probados estos hechos? ¿qué regla es la aplicable a ese caso? ¿Cuál es el  
significado de esa regla con respecto al caso?

La sociedad necesita y exige certidumbres pero lo que el Derecho  
puede –y debe– ofrecer es seguridad (seguridad jurídica) y no resul-  
tados ya anticipados y “predecidos” fruto de una operación lógico-  
informática realizada por una inteligencia no humana. Los usos de la  
IA como auxilio judicial resultan ya imprescindibles pero en ningún  
caso, sustitutivos de un juez ni sin la supervisión de una inteligencia  
humana. La “toga judicial” sigue siendo imprescindible para hacer jus-  
ticia al ciudadano.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAUMAN, Z. (2007). *Tiempos líquidos: vivir una época de incerti-  
dumbre*, trad. de C. Corral, Santos, México: Tusquets Editores.
- BECK, U. (2006). **La sociedad del riesgo. Hacia una nueva mo-  
dernidad**, Barcelona: Paidós.

BERK, R., HEIDARI, H., JABBARI, S., KEARNS, M. and ROTH, A. (2017). **Fairness in criminal justice risk assessments: the state of the art.**

arXiv preprint arXiv:1703.09207.

CAMPBELL, T (2002). **La justicia: los principales debates contemporáneos**, trad. de Silvina Álvarez, Barcelona: Gedisa.

DE MIGUEL BERIAÍN, I. (2018). Does the use of risk assessments in sentences respect the right to due process? A critical analysis of the Wisconsin v. Loomis ruling, Law. **Probability and Risk**, Vol. 17, 1, pp. 45–53.

DWORKIN, R. (2007). **La justicia con toga**, trad. de M. Iglesias Vila e I. Ortiz de Urbina, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

FRANK, J. (1993). **Derecho e incertidumbre**, trad. de C.M. Bidegain, 3ª ed., México: Fontamara.

FULLER, L. L. [1949] (2002). **El caso de los exploradores de cavernas**, 2ª ed., Buenos Aires: Abeiedo- Perrot.

GARRIDO GÓMEZ, Mª. I. (2009). La predecibilidad de las decisiones judiciales, **Revista Ius e Praxis**, año 15 - N° 1, Talca, pp.55-73.

<[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122009000100003](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100003)

INNERARITY, D. (2009). **El futuro y sus enemigos**: una defensa de la esperanza política, Barcelona: Paidós Ibérica.

KATZ, D.M.; BOMMARITO, M. y BLACKMAN, J. (2017): A General Approach for Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States”, **Plos One**, vol.12, nº4. <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0174698>

KELSEN, H. (2011). **¿Qué es la justicia?**, 25ª ed., México: Fontamara.

NIEVA FENOLL, J. (2018). **Inteligencia artificial y proceso judicial**, Madrid: Marcial Pons.

RECASENS SICHES, L. (1976). El movimiento del realismo jurídico americano, **Antología: 1922-1974**, México: FCE.

ROBLES, G. (1990). Teoría de la legislación en Aquino: el iusnaturalismo tomista como una teoría de la decisión jurídica”, **Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos**. Vol. 40. Estudios en Homenaje al Prof. Javier Hervada. Servicio de publicaciones. Universidad de Navarra, pp. 197-229.

RUGER, T.W; KIM, P.T.; MARTÍN, A.D. y QUINN, K.M. (2004): “The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decisionmaking”, **Columbia Law Review**, vol.104, pp.1150-1210.

SOLAR CAYÓN, J. I. (2005). **El realismo jurídico de Jerome Frank: normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial**, Madrid: BOE, 2005.

SOLAR CAYÓN, J. I. (2019). **La Inteligencia Artificial Jurídica. El impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de servicios jurídicos**, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

ZAGREBELSKY, G. (2018). **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**, 11ª edición, 1 reimpresión, trad. de Marina Gascón, Madrid: Trotta.

## PÁGINAS WEB

Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective”(24.10.2016).

<https://peerj.com/articles/cs-93/>

“AI predicts outcomes of human rights trials” (24.10.2016).

<https://www.ucl.ac.uk/news/2016/oct/ai-predicts-outcomes-human-rights-trials>

European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment, aprobada en diciembre de 2018, por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for...4.../16808f699c>

Reglamento de Procedimiento del TEDH – 1 de agosto de 2018.

[www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) › Documents › Rules Court SPA

Jurimetría de Wolters Kluwer España

<http://www.derechopractico.es/guialegaltech/jurimetria/>  
[www.jurimetria.es](http://www.jurimetria.es)

Sentencia 13 de julio de 2016: *State v. Loomis*, 881, N.W.2d 749, 7532 (Wis, 2016).

# JUSTICIA Y MERCADO DE LA PROCREACIÓN: EL VALOR DE LAS MUJERES EN LA GESTACIÓN SUBROGADA

*Luis-Carlos Amezcua Amezcua*

## 1. INTRODUCCIÓN

Los avances en las tecnologías reproductivas han abierto un nicho de mercado que necesita legitimar su expansión convenciendo a las personas de que sus deseos de ser padres o madres pueden satisfacerse sin afectar a los bebés ni a la dignidad de las madres gestantes. Un deseo se convierte en un derecho.

Confieso mi perplejidad sobre el asunto. Para reflexionar al respecto, hemos de atender a las razones discrepantes. Por eso vamos, a continuación, a mostrar la situación complicada en el ámbito internacional, recogiendo sentencias europeas recientes y centrando el muestreo de contradicciones en un país como España, que figura en la tercera posición mundial de tratamientos de fertilidad asistida y que acoge también un elevado número de casos de gestación por subrogación, a pesar de los impedimentos legales. Después esbozaré algunos argumentos críticos y sus inconsistencias, optando por una propuesta restrictiva que pretende satisfacer los casos peculiares minimizando el impacto sobre la dignidad personal y la vulnerabilidad de las mujeres.

## 2. COMPLEJIDAD HUMANA Y REDUCCIONISMOS IDEOLÓGICOS

La reflexión ponderada se hace más necesaria cuanto más beligerancia y precipitación encontramos. Y eso abunda respecto de estos contratos reproductivos que conforman la gestación para otros. Lo primero debería ser atender las razones de la sociedad y de las partes, procurando veracidad y respeto. La denominación de la cuestión es emotiva y dificulta comprender lo que está en juego, sobre todo cuando llamamos maternidad subrogada o alquiler de vientres (“¡no somos *vasijas!*”, “*hornos humanos*”) a estos contratos de embarazo que se aprovechan de los avances de las técnicas de reproducción asistida para promocionar la gestación para otros (expresión más neutral, que utilizan en francés, “*gestation pour autrui*”) o gestación por sustitución o por subrogación. Aun así, la denominación invisibiliza la transacción económica y, por ello, otras investigadoras prefieren designar esta relación como “gestación comercial” porque captura mejor la naturaleza de esta práctica (PHILLIPS, 2013; NUÑO, 2016).

Por un lado, las razones del *mainstreaming* de género han de ser atendidas y moduladas, porque las relaciones interpersonales sobrepasan los vínculos de dominación y además apelamos a la defensa kantiana de la dignidad (DE LORA, 2019). Por otro lado, se hace antipática también esa proclama libertaria de que el mercado es el mecanismo que mejor ajusta los proyectos individuales, asignando valor a preferencias de los actores, porque esta ideología define a las personas como meros preferidores utilitaristas que calculan beneficios y pérdidas. Ni todo está en venta, como sostendría el liberalismo libertario de Nozick, ni es tan claro que el mercado asegure la eficiencia en la asignación de recursos si carece de regulación pública.

Regular e intervenir no significa anular la libertad de ningún modo, porque no es verdad que un mercado libre de vientres produzca la autorregulación de los intereses de todas las partes, como pretende Dwight R. Lee. Este exceso de confianza en el mercado conlleva postular que la libertad personal es función de la libertad de mercado y presupone que todos los beneficios y costes son subjetivos. Por lo cual el único agente capacitado para saber lo que conviene es uno mismo. Si

cada individuo decide según preferencias y circunstancias particulares, cualquier control del Estado restringe nuestra libertad: “quienes más sufren cuando la gente pierde su libertad para ser barbero sin tener que pasar exámenes estatales acerca de la composición química del pelo, no son los potenciales barberos sino quienes necesitan un corte de pelo” (LEE, 2001).

Ahora bien, si ese ejemplo del profesor Lee, siguiendo al parecer a Hayek, quiere rechazar el control gubernamental de las profesiones para defender la libertad, tal vez debiera sustituirlo por un control gremial u otro tipo de exigencias que no dependan de la votación popular o del resultado de métricas calculadas por algoritmos. No puede pretender justificar los contratos de embarazo (esa manera jurídica de nombrar la gestación por subrogación) convirtiendo cualquier relación humana, del tipo que sea, en una relación mercantil por el hecho de que siempre haya intercambio de *algo*, ya sea de afecto, de conocimiento, o de dinero.

En esa misma línea libertaria, Walter Block resume su tesis del intercambio utilitario “*do ut des*”, mientras que no recibirás si no ofreces algo. Su conclusión extrema es que donde hay interacción e intercambio hay pago, sea en el matrimonio, en la amistad o en la prostitución (BLOCK, 2018: 6-7). Como todo es intercambiable y venal, todo es mercancía.

Por consiguiente, huyamos de exageraciones extremadas y conciliemos de manera prudente la autonomía personal con la protección de la dignidad. Queremos localizar esta reflexión superando los prejuicios propios, buscando razones contrarias a la intuición fundamental del abuso de la vulnerabilidad en estos contratos reproductivos. Hay un abuso que afecta sobre todo a las madres gestantes (mujeres) y arriesga la atención para las criaturas. Además de la inseguridad jurídica para todos, bebés, padres y madres de intención también. Lo expresa con claridad Debra Satz (2010: 115): “Tratar el trabajo reproductivo como una mercancía, como algo sujeto a los principios de oferta y demanda que gobiernan los mercados económicos, es peor que tratar otras formas de trabajo humano como mercancías”. Y ello, no por cuestiones esencialistas referidas a la calidad intrínseca degradante del trabajo reproductivo, sino basadas sobre la idea de estatus de iguales.

### 3. DESAJUSTES NORMATIVOS Y LA REALIDAD SOCIAL

Sabemos que el Derecho depara tensiones estructurales por los desajustes intrasistémicos y por la inadecuación social de las normas, porque choca con el comportamiento de los ciudadanos y de las mismas instituciones garantes. Tenemos una muestra del desajuste entre la realidad y la normativa en el enfoque de la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico español. En España es una práctica “nula de pleno derecho” e incluso podrían afectarse tipos penales. Sin embargo, hay más niños nacidos por gestación subrogada que niños adoptados y, además, los padres comitentes o de intención acuden al extranjero, a pesar de que la legislación nacional y decisiones judiciales recientes desaconsejarían hacerlo para quienes pretendan evitar litigios y tener mayor certidumbre de los resultados de sus actos.

En realidad, el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), declara que: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. El segundo párrafo del mismo artículo dispone que “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”; y el tercer y último apartado admite “la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

Aunque estrictamente hablando, en España la gestación subrogada no está prohibida, la consecuencia es la invalidez. En la teoría del Derecho está normalizado, al menos desde Herbert Hart (*The concept of law*, 1961, cap. 3), que la nulidad es consecuencia del incumplimiento de condiciones de validez de una norma que confiere potestades. Estas normas no pretenden disuadir a sus destinatarios de realizar actos que no satisfagan los requisitos formales que esas normas establecen, simplemente no reconocen efectos a esos actos. Mientras que otro tipo de normas entraña deberes, las normas regulativas (obligan, prohíben, permiten) incorporan una valoración moral de ilicitud y aplican sanciones. Ya Francisco Suárez (*De legibus*, 1612) discernió que las *leges irritantes* no son normas penales, sino de otra clase, cuyo

incumplimiento no tiene por efecto una sanción, sino la ineficacia del acto al que falta algún requisito. Para Manuel Atienza, esto implicaría que en el orden jurídico español actual vigente no se puede considerar que contravenga el orden público (frente a la interpretación del Tribunal Supremo en 2014) el hecho de utilizar la gestación subrogada acudiendo fuera del país para luego inscribir la filiación y reclamar el reconocimiento de la paternidad (ATIENZA, 2018: 18; lo matiza SUÁREZ LLANOS, 2019).

Lo cierto es que la gestación subrogada está dando lugar a problemas jurídicos y soluciones cercanas al fraude de ley. Sin embargo, las cifras de afectados se mantienen cada año y en España hay estimaciones oficiales de embajadas y consulados que contabilizan unas 979 inscripciones de bebés nacidos por gestación subrogada transnacional (535 procedentes de USA y 231 de Ucrania), entre 2010 y 2016. Son el 78% del total de hijos procedentes de 12 países. Aunque el Comité de Bioética (2017), dependiente del Ministerio de Sanidad, ha solicitado la promoción a nivel internacional de una legislación común que prohíba estos contratos de gestación subrogada, ya comprobamos que nada ha cambiado hasta la fecha de hoy. El Parlamento europeo (2015, § 115) condena esta práctica como un riesgo para la dignidad y derechos de las mujeres y de los niños. Continúa la inseguridad y el caos está afectando a las instituciones, aparte de que se enconan las discrepancias doctrinales y crece la tensión entre activistas del movimiento feminista y LGTBI.

El Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, mantiene un criterio diferente al sostenido por el Tribunal Supremo, Sala de lo civil en pleno, que desde la sentencia 835/2013, de 6 de Febrero de 2014 deniega el reconocimiento en España de la filiación establecida en el asiento registral de California, a la pareja española de varones que había acudido al extranjero para tener dos hijos mediante gestación por sustitución.

Esta sentencia atiende al interés del menor e insta a la Fiscalía a iniciar actuaciones para determinar la correcta filiación de los menores y su inserción en el propio entorno familiar, mediante el acogimiento o la adopción. Los argumentos mayoritarios del fallo rechazan ese contrato de gestación porque quiebra el orden público (el sistema de derechos

reconocidos en la Constitución española, convenios internacionales de derechos humanos ratificados y legislación interna), “no se acepta que los avances en las técnicas de reproducción humana vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población” (FJ 3 § 6. 2). En cambio, los votos particulares de la minoría de magistrados discrepantes enfatizaron el derecho a procrear, la garantía del consentimiento de la madre gestante otorgado ante la autoridad judicial extranjera, reconociendo la autonomía de la madre gestante y la voluntariedad del acuerdo.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 26 de junio de 2014, asuntos Labassee y Mennesson), ha impuesto a Francia la admisión de la inscripción del menor cuando mantenga un vínculo biológico con uno de los padres de intención, en “interés superior del menor”. Reiteró esta postura en 2016 y luego en el caso Paradiso y Campanelli contra Italia (nº 25358/12), de 24 de enero de 2017<sup>13</sup>. La Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo concluyó que la decisión del Estado italiano de dar al niño en adopción, alejándole de sus padres de intención, no lesionaba el derecho a la vida privada y familiar. Sin embargo, con posterioridad el Tribunal ha emitido una Opinión consultiva (10 de abril de 2019), a petición del Tribunal de Casación francés (P16-2010-001), donde aclara que las normativas estatales deben prever el reconocimiento de la filiación entre el niño

---

13 La Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ratifica la decisión del Estado italiano de entregar al niño en adopción, alejándole de sus padres de intención. Entiende que no hay lesión al derecho a la vida privada y familiar, porque “la ausencia de todo vínculo biológico entre el niño y los padres intencionales, la corta duración de la relación con el menor y la precariedad de los lazos desde el punto de vista jurídico, y pese a la existencia de un proyecto parental y la calidad de los lazos afectivos, el Tribunal estima que las condiciones que permitan concluir la existencia de una vida familiar *de facto* no se cumplen” (§ 157).

y la madre intencional, facilitando la adopción por parte de la madre o de la pareja del cónyuge, para no excluir a mujeres o parejas que no aporten material biológico en la procreación (MATIA, 2019).

La legislación internacional sobre esta modalidad de gestación subrogada también es variada. Como muestra, sin matizar la complejidad, es aceptada en algunos estados de los EEUU como California, Florida, Arkansas, Nevada, Illinois, etc.; en Tailandia, Camboya, India (excluye a extranjeros), México, Canadá, Israel, Rusia, Ucrania, Georgia. En Europa está bastante restringida, aceptada en Reino Unido para nacionales, si es altruista, y en Portugal para parejas heterosexuales por razones médicas.

La complejidad es enorme. Esperar a unificar criterios en el ámbito internacional sería un despropósito, por lo que hay que establecer cuanto antes unos criterios mínimos y aclarar los efectos de esta práctica en Estados que compartan sistemas de valores. Las dudas regulativas, el vacío normativo en biojurídica, las posibilidades técnicas o la permisividad de hecho en las relaciones humanas, la desvinculación de sexualidad, emociones y procreación, entre otros elementos que confluyen, están afectando a los grupos familiares de una manera que hace sospechar la destrucción del matrimonio y de la familia. Entonces, desconcierta aún más la presión de las parejas, del tipo que sean, por tener hijos que compartan sus rasgos físicos y genéticos, volviendo hoy a realizarse el vínculo paterno o materno-filial en un sentido biologicista y racial que creíamos haber superado. El deseo de las parejas de nuevo cuño de perpetuar los propios genes y completar su relación afectiva con un hijo de características físicas seleccionadas, nos retrotrae a tiempos pretéritos en los que la familia nuclear tradicional se orientaba a la reproducción dentro del matrimonio.

#### 4. ARGUMENTOS EN DISCORDIA

La precedente exposición, siquiera en pinceladas, es más que suficiente para mostrar el caleidoscopio de sensaciones y recoger las aristas que afloran cuando describimos una pequeña parte de las situaciones. Así comprobamos la diversidad de conflictos a todos los niveles.

En lo que sigue, me interesa destacar con brevedad algunos de los argumentos en liza.

Aunque comparto la intuición inicial de desasosiego, mi rechazo principal a usar *sólo* (subrayo este adverbio) en esta ocasión una perspectiva de género, se asienta en las razones de la dignidad y del autorrespeto. Sin embargo, no hay en sí mismo nada contra el mercado, salvo ese mercado burdamente comprendido que deja sueltos a los actores potentes, cuyo descontrol conduce ineludiblemente a desafueros. No habría que insistir en ello: lo estamos padeciendo con la extensión de la *gig economy*, la contribución del capitalismo salvaje y la financiarización de la economía a la Gran Recesión, los excesos de la desregulación galopante o la huida del trabajo.

Seguiré el esquema sencillo de identificar alguno de los principales argumentos contrarios a la gestación para otros y detectar su inconsistencia.

#### 4.1. Vinculación física y emocional

La disputa sobre la validez de estos acuerdos de maternidad viene de tan lejos como 1976, cuando el abogado Noel Keane, de Michigan, pretendió ayudar a matrimonios estériles poniéndoles en contacto con madres sustitutas. Una década después se produjo el salto cualitativo con el célebre caso *Baby M*, cuando la madre gestante, que había sido inseminada por el esposo de la pareja comitente, se arrepintió después del parto y quiso quedarse con la niña. En este caso, los Tribunales acabaron por atribuir la filiación al varón (padre que aportó gametos) y reconocieron a la mujer gestante derechos de visita. Desde entonces, las posibilidades técnicas facilitan la selección de características físicas de los bebés engendrados, lo que ha expandido el negocio porque se puede encargar el embarazo a mujeres del tercer mundo y obtener un bebé sin ningún rasgo físico de la gestante.

Todavía no está del todo claro que haya alteraciones psicológicas irreversibles en la madre durante el embarazo, que el vínculo emocional entre la madre y su criatura sea indeleble en todo caso, ni que los niños así procreados tengan más dificultades que otros para su aceptación social. Deberían recopilarse con rigor datos concretos de las conse-

cuencias futuras para las personas que intervienen en estas relaciones, en especial las madres gestantes y sus familias, los hijos entregados a los padres o madres intencionales, así como la posición social en países con culturas diferentes, para evitar el prejuicio occidental sobre el papel de la maternidad en la condición de la familia y la consideración de las mujeres. Podría ya haberse hecho un seguimiento lo suficiente amplio para no seguir especulando y dar respuesta empírica a dudas que Richard Posner (1989) formulaba hace tiempo, o bien corroborar la importancia de la maternidad y el embarazo para el sentido existencial de conexión de las mujeres (WEST, 2000: 102), una conexión física y material a la vida humana que altera las capacidades cognitivas, psicológicas y morales de las mujeres, en línea con las tesis de Nancy Chodorow y Carol Gilligan.

Precisamente Carole Pateman (1988) esencializa tal vez demasiado la posibilidad de procrear, pues cuerpo, sexo y diferencia sexual son inseparables de la subordinación civil. La identidad encarnada, esa diferencia por naturaleza, biología y sexo, exigiría acabar con el juego “patriarcal” en favor del “individuo” abstracto, que permite apropiarse del cuerpo de la mujer para sacar el servicio y arrancarle el fruto de su vientre.

## 4.2. Dignidad

Un poderoso argumento contrario a esta gestación subrogada es que instrumentaliza el cuerpo de la mujer y la somete a explotación. Los medios de comunicación criminalizan esa actividad cuando destacan el aumento extraordinario de este tipo de contrataciones en India (que llevó al gobierno en 2015 a limitar el acceso a extranjeros) o las granjas de mujeres en Tailandia o Camboya, la creación de un proletariado productivo en los países que aceptan sin controles la fábrica de bebés ganga, como Nepal, Irán, Georgia, Kenia o Guatemala. La presentación de la noticia escandaliza y eso es evidente en las expresiones usadas, que he reproducido tal cual de un blog periodístico<sup>14</sup>.

---

14 Nazanin Armanian, “16 claves sobre ‘madres alquiladas en las granjas de los fetos vendidos’”, diario *Público*, 19/09/2018. Acceso: <https://blogs.publico.es/puntoyseguido/5194/16-notas-sobre-madres-alquiladas-en-las-granjas-de-los-fetos-vendidos/>

Ahora bien, la elección sin coacción excluye el vicio del trabajo impuesto por la violencia de la necesidad. El problema similar lo tiene cualquiera que trabaja en algo que no haría cuando quiere vagar o dedicarse a la pintura o seguir su verdadera vocación -por decir alguna cosa-, pero la necesidad de tener que comer o vestir o cobijarse, las ganas de disfrutar del teatro o de visionar series y películas emitidas en *Netflix* bajo suscripción costosa, o de tener que mantener a unos hijos hedonistas... , obliga a todos nosotros a no descuidarnos y realizar nuestro trabajo cumplidamente. ¿O es que no hay otros trabajos penosos que, sin embargo, alguien tiene que llevar a cabo? Se me ocurren algunos que generalmente tienen fama de desagradables o asquerosos: los trabajos de pocero, minero, matarife. También tienen sus pegas los oficios de camionero, recepcionista, azafato u otros que se nos puedan ocurrir. ¿Es grato limpiar letrinas o limpiar fluidos corporales en asilos u hospitales? ¿Lo es recomponer cuerpos desmembrados? ¿Es decente contribuir a la explotación de los repartidores de comida o *riders* tal como funcionan ahora mismo? Por no ahondar en otros trabajos que han tenido importancia histórica, siempre infamados, como el de verdugo. Y trabajos tan peligrosos como el de escolta o soldado profesional. O el desempeño de taxista en EEUU (tal vez en más lugares), cuya autopercepción es que carecen de prestigio y reconocimiento social por su oficio, así como dedicarse al cobro de morosos o ser detective privado especializado en infidelidades matrimoniales. ¡Cuánta gente disgustada cambiaría su trabajo!

No, el problema no está tanto en la agradabilidad del desempeño, como en la afectación de la dignidad. Las mujeres tienen la libertad de decidir, obviamente cuando se eliminan situaciones de coacción, como en cualquier ámbito de la existencia para que podamos hablar de libertad al modo humano. Sabemos que caben abusos en concreto por ser mujer y en general por las situaciones socioeconómicas de menesterosidad.

Si alguien utiliza a una mujer como medio para producir un niño a cambio de dinero, estaría tal vez mercantilizando a la persona. La utiliza como medio y no como fin, menoscabando la dignidad (BELLOSO, 2015; APARISI, 2017). Así como las cosas que son medios tienen precio y los seres racionales existimos como fines en sí mismos, con

dignidad. Suprimir el precio en ese contrato de embarazo quizá satisfaría este argumento kantiano. Sin embargo, la fórmula de la humanidad como fin, de la segunda versión del imperativo kantiano, en la que viene insistiendo Atienza (2018: 19) deja claro que no se ataca a la dignidad. Y ello porque en toda relación humana hay alguna instrumentalización, en cuanto que el médico es a veces el medio que hace que nos curemos, o utilizamos al profesor para ampliar nuestros conocimientos y al albañil como medio para reparar las paredes de nuestra vivienda. La fórmula de los fines o fórmula de la personalidad afirma (KANT, 2002: 139): “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca *simplemente* como medio” (A. 67; Ak. IV, 249). Un ser racional no puede ser tratado solo o simplemente como un mero instrumento.

Imaginemos los motivos de mujeres que se ofrecen a criar hijos para otros, aunque en nuestros contextos nos parezcan extravagantes. Podrían ofrecerse por creencias religiosas, contribuir a llevar almas al cielo, por razones de patriotismo y traer hijos al mundo que engrandezcan a la nación. O por motivos más simples, como aquel tipo de motivos que hacen que incluso gente ilusionada que disfrute haciendo pan madrugue cada día para que tengamos pan en la mesa. No lo hace para que los demás estemos agradecidos (aunque, por hipótesis, no es descartable, pero raro sería), lo hace por su propio interés. Esto ya lo enseñó Adam Smith (*The Wealth of Nations*, 1776): “No es la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero la que nos procura el alimento, sino la consideración de su propio interés” (SMITH, 2014: 17).

El altruismo es indiferente para la validez de los contratos de gestación subrogada, mientras no haya coacción ni abuso de la necesidad. La compensación pecuniaria no minusvalora otros trabajos vocacionales o “gustosos”, del docente, un académico, un artista, una escritora o una cirujana, por mentar algunos, pues hemos de sustentarnos por igual los profesores que los barrenderos, las madres gestantes igual que las juezas o que cantantes famosos y actores de cine. Hace poco se mostró muy ilusionado el cantante Ricky Martin, recién “embarazado” de gemelas, según dijo ante los *media* exultante, el 30 de septiembre de 2019 —y padeció los reproches de quienes se ofendieron por utilizar a una mujer

a su servicio para alcanzar lo que él y su pareja no pueden por otras vías, gastando enormes cantidades de dinero en clínicas que quizás remuneren muy poquito a quien le va a dar tan gran satisfacción. En efecto, esa expresión de alegría puede ser algo molesta para algunos y algunas, pero importa comprobar si el acuerdo con la madre gestante fue equilibrado para compensar su generosidad. La entrega de cantidades razonables, quizás –como se dice como orientación– en torno al triple del salario mínimo, aparte de atenciones médicas y jurídicas durante el embarazo, era más relevante.

No se puede considerar lo heroico y supererogatorio como único criterio de moralidad en el trabajo. Si hubiera que aceptar la validez jurídica de alguna modalidad de gestación subrogada, el precio por ese trabajo tendría que estar asegurado. Altruismo no significa gratis total, sino aportación de una remuneración suficiente y generosa. Quienes más cobran son las agencias intermediarias, clínicas y abogados, mientras que la persona en verdad imprescindible, la mujer, quien más pone de su parte, física y emocionalmente, obtiene en proporción menos rentabilidad por su dedicación.

Aun así, defender estos contratos incomoda. Como la tecnología reproductiva permite combinaciones inimaginables hace poco, las complicaciones pueden ser tremendas. Caben hijos de tres progenitores, cabe que los bebés sean rechazados por los comitentes si no satisfacen sus expectativas o padecen anomalías. La justificación de los contratos de gestación por sustitución, según los modelos de justicia liberal, procedimental, social e incluso el garantista, es insatisfactoria. La profesora Nuria Belloso ha mostrado con detalle que esos cuatro paradigmas de la justicia aplicados a este tipo de contrato biojurídico erosionan la estructura básica de moralidad, explotan la vulnerabilidad y afrentan la dignidad humana (BELLOSO, 2015: 217-221). Hay que ser restrictivo en cualquier caso e ir elaborando algunos criterios atendiendo al casuismo, para intentar objetivar las situaciones que acojan esta modalidad de gestación. Guiados por el principio de precaución, podemos suscribir de manera provisoria esta tentativa mediadora entre el abolicionismo y la facilitación de estos contratos. Podemos, también, incorporar algún argumento poderoso al margen de la lesión de la dignidad, para dar cabida a excepciones. En tal sentido, hay razones expresadas desde la

superación de teorías feministas atendiendo a las dimensiones de la autonomía y de la igualdad de las mujeres.

### 4.3. Igualdad

Consideremos las razones de Debra Satz (2010, cap. 5) acerca de regular y restringir los contratos de gestación subrogada, porque se trata de un trabajo que afecta a las mujeres con tal intensidad como para otorgar a terceros acceso y control del cuerpo y la sexualidad de ellas de una manera análoga al control que tienen los jefes militares sobre sus soldados. Pero lo verdaderamente objetable no es el grado de disponibilidad de las mujeres durante el embarazo, la invasión de su cuerpo y afectación de su modo de vida por las órdenes de otros supervisores. Para Satz, el problema principal no es el control ejercido sobre el cuerpo, sino el modo en que ello convalida una tradición de sometimiento fundada sobre la pertenencia a un grupo. Un embarazo contractual brinda a otros un mayor acceso y control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres, en un contexto político y social que a lo largo de la historia ha venido subordinando los intereses de las mujeres a los de los hombres.

De una segunda manera este contrato de embarazo contribuye a las desigualdades de género, porque refuerza estereotipos negativos de las mujeres como “*baby machines*”. Las aspiraciones de las mujeres son “moldeadas poderosamente por la estructura de oportunidades, pero también por las expectativas que ellas y otros tenían acerca de su rol en el hogar” (Satz, 2010: 130). La autopercepción de su función en la esfera social o en la doméstica, podría condicionar la imagen que las mujeres tienen de sí mismas, en el caso de que se extendiera esta práctica de gestar para otras.

Por último, este contrato aumenta el peligro de que se defina la maternidad en términos del material genético. Así fue en el caso *Baby M*, y ahora está sucediendo en la jurisprudencia actual, con claridad en las sentencias de Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fundamentadas en el aporte genético de los comitentes. Definen la maternidad por la aportación de genes y no por la contribución gestacional ni por la crianza. Es sorprendente que los tribunales estén recuperando la

caduca biología de Aristóteles, en la cual la mujer era receptáculo pasivo y materia inerte, mientras que solo la simiente del varón tiene fuerza generativa. Pero la filiación no es solo biológica, sino legal y debería recoger modalidades acordes con la evolución social.

Admito con Debra Satz la tesis de la asimetría entre el trabajo reproductivo y otros trabajos y que contratos de este cariz son especialmente problemáticos. No tanto porque el contenido del servicio degrade a la mujer (hay muchos trabajos penosos y absorbentes que ponen en riesgo la autonomía personal), ni porque aliene a la mujer de una parte fundamental de su identidad (como opina Carole Pateman), sino porque refuerza una división tradicional del trabajo asentada en una jerarquía de género.

De todos modos, incluso en sociedades que hubieran alcanzado un elevado grado de igualdad de género, seguirían existiendo enormes reparos a la comercialización de servicios corporales íntimos como a la admisibilidad de la regulación jurídica de estos contratos de embarazo. Importa asegurar que la mujer ofrezca su trabajo reproductivo sin presiones derivadas de una situación de vulnerabilidad extrema; ponderar los efectos de esta práctica sobre otras desigualdades confluyentes por motivos raciales, étnicos, de clase social o religión; garantizar a los niños la evitación de cualquier daño. Por eso debemos extremar la cautela al regular este tipo de contratos. Amparar la autonomía de la mujer requiere que la legislación impida la exigibilidad de cumplimiento judicial específico a la madre gestante y requiere reconocer su derecho a arrepentirse; en los casos disputados, los tribunales no deberían distinguir entre padres genéticos y los subrogantes en relación a derechos parentales; debe minimizar la intervención de agentes intermediarios (Debra Satz pide su ilegalidad), para fortalecer la posición de la subrogante.

Por supuesto, aparte del género inciden otras dimensiones como el estatus o la clase social y la raza. Estas circunstancias afectan a las capacidades deliberativas de las mujeres y los trabajadores en la conformación de sus preferencias (SATZ, 2010: 134). En verdad la acción política tiene mucho que decir para corregir desigualdades materiales y derivadas del estatus, la raza, el género u otros elementos identitarios. La desigualdad condiciona fuertemente las oportunidades reales de las

personas, llega a determinar el grado de autonomía o de control individual sobre la acción del cuerpo y la integridad del autorrespeto.

Estos riesgos seguirán por la expansión de la tecnología y, desde luego, por pensar al modo lockeano el cuerpo como propiedad, como un recurso más comercializable.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

APARISI, Ángela (2017). “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, nº 93, pp. 163-175.

ATIENZA, Manuel (2018). “Propuestas para regulación de la gestación subrogada”. *Boletín Maternidad Subrogada. Juezas y Jueces para la Democracia*. 16 Abril 2018, pp. 18-21. Acceso: <http://www.juecesdemocracia.es/2018/04/16/boletin-tematico-jornadas-maternidad-s/>

BELLOSO, Nuria (2015). “Presupuestos teórico jurídicos de los contratos biojurídicos”, *Persona y Derecho*, nº 72, pp. 169-221.

BLOCK, Walter (2018). *Defending the Undefendable*. Auburn: Mises Institute.

COMITÉ DE BIOÉTICA (2017). *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. 16 Mayo 2017. Acceso: <http://www.comitedebioetica.es/>

DE LORA, Pablo (2019). *Lo sexual es político (y jurídico)*. Madrid: Alianza.

KANT, Immanuel (2002). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, traducción de Roberto Rodríguez Aramayo. Madrid: Alianza Editorial.

LEE, Dwigth R. (2001). “Mercados y libertad”, *El Cato Institute*, en su página en español *ElCato.org*, 07/06/2001. Acceso: <https://www.elcato.org/mercados-y-libertad>

MATIA, Francisco Javier (2019). “¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?”, *Revista de Derecho Político*, UNED, N° 105, pp. 81-125.

- NUÑO, Laura (2016). “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”, *Isegoría*, nº 55, pp. 683-700.
- POSNER, Richard (1989). “The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood”, *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, vol. 5, pp. 21-31.
- PARLAMENTO EUROPEO (2015). *Resolución de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI))*. P8\_TA(2015)0470.
- PATEMAN, Carole (1988). *The Sexual Contract*. Stanford: Stanford University Press.
- PHILLIPS, Anne (2013). *Our Bodies, Whose Property?* Princeton: Princeton University Press.
- SATZ, Debra (2010). *Why some things should not be for sale? The moral limits of markets*. New York: Oxford University Press, 2010.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (España, Sala Civil, Pleno) Nº. 835/2013. Identificador Europeo de Jurisprudencia: ROJ: STS 247/2014 - ECLI: ES:TS:2014:247.
- SMITH, Adam (2014). *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, traducción de Gabriel Franco. 19ª reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica.
- SUÁREZ LLANOS, Leonor (2019). “La gestación y su derecho. En-clave jurídico, ético y racional”. En NÚÑEZ PAZ et al. (ed.), *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 101-135.
- WEST, Robin (2000). *Género y teoría del derecho*, traducción de Pedro Lama. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre.

# LA UNIÓN EUROPEA COMO ESPACIO DE JUSTICIA PARA LA SOCIEDAD EUROPEA. ALGUNAS REFLEXIONES DESDE EL DERECHO ORIGINARIO

*Juan José Martín-Arribas*

## I.- INTRODUCCIÓN.

Por lo general, cuando se habla de justicia en la Unión Europea (UE), se piensa automáticamente en el espacio de libertad, de seguridad y de justicia. El establecimiento de dicho espacio se contempla, en sus tratados constitutivos, tanto como un deseo de los representantes de los Estados partes en ellos (preámbulo del Tratado de la UE), como un objetivo cuya consecución es de obligado cumplimiento para la UE, la cual debe brindar a sus ciudadanos, y que se caracteriza por la inexistencia de fronteras en su interior, la garantía de la libre circulación de personas, medidas adecuadas para controlar las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y para prevenir y luchar contra la delincuencia organizada (art. 3 del TUE). Como hace ya algún tiempo escribió LIÑÁN (2016, p. 89), “se trata de un objetivo de primera magnitud, pues no solo engloba ámbitos competencias muy amplios, sino que, en ciertos casos, además, afectan a sectores de la actividad estatal muy sensibles, política y jurídicamente, hasta el punto de identificarse con el núcleo duro de su soberanía”.

Como no podría ser de otra manera, se halla sometido a ciertas limitaciones esenciales, como son “el respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros” (art. 67.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE). Con ello los redactores han introducido un amplio margen de coherencia, sintonizándolo, por una parte, con los compromisos que han adquirido los Estados miembros (EEMM) por la vía del Derecho internacional convencional y, al propio tiempo, por otra, con los fundamentos jurídicos de sus respectivos ordenamientos internos, a sabiendas de que el acervo comunitario es respetuoso con ellos y, a su vez, queda plenamente salvaguardado su respeto desde el mismo momento en que se produce la adhesión de cualquier Estado miembro a la UE.

Es real y verdaderamente un y solo un espacio; pero, a su vez, es triuno, en el sentido de que, como un trébol normal contiene tres hojas, él también abarca tres materias muy interrelacionadas entre sí, que tienen mucho que ver con la vida diaria de los seres humanos y con el desarrollo de la propia sociedad europea. Cabe recordar, a este respecto, que la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) afirma, en su preámbulo, que la UE, al crear dicho espacio e instituir la ciudadanía de la Unión, “sitúa a la persona en el centro de su actuación”.

Pues bien, partiendo de este humanismo que se declara expresamente en los tratados constitutivos de la UE, planteo la cuestión de cómo promueve la justicia esta organización internacional para que la sociedad europea sea mucho más justa. Dicho de otro modo, qué concepción de la justicia está defendiendo y proyectando la UE sobre la actual sociedad europea. Para lo cual, me parece pertinente emplear un pluralismo metodológico puesto que permite el poder realizar diversas operaciones, como la descripción, la explicación y la sistematización, la operatividad y la aplicación del Derecho a la realidad (CASANOVAS, 1993, p. 183); así como seguir una estructura mediante la cual, además de considerar esta introducción, pueda analizar la relación entre la justicia y la sociedad, la imbricación entre justicia, valores y derechos fundamentales, la justicia y los mecanismos para hacerla cada vez más europea, la labor de las agencias y de las instituciones europeas en favor de la justicia, y, en fin, para concluir, poder establecer una serie de reflexiones finales.

## II.- JUSTICIA Y SOCIEDAD.

Los tratados constitutivos de la UE vinculan la justicia con la sociedad, al obligar a la UE a fomentar “la justicia y la protección sociales” (art. 3.3 TUE), al impulsar las mejoras socio-económicas y educativas de sus pueblos (preámbulo TFUE) y al reconocer una serie de derechos a la ciudadanía de la Unión (arts. 20 y ss. TFUE y CDFUE).

### 1.- ¿Qué sociedad?

Se trata de una sociedad que puede considerarse como inclusiva, en la medida en que aglutina a todos los seres humanos que viven y residen en el territorio europeo, ya sean nacionales de los EEMM o ya de terceros Estados; una sociedad democrática y respetuosa con el Estado de Derecho, que ve promocionada su cohesión social por parte de los EEMM y de la UE (arts. 3 TUE y 14 TFUE) de acuerdo con las competencias compartidas que tienen asignadas (art. 4.2.c) TFUE); una sociedad a la que el Derecho originario de la UE le reconoce unas peculiaridades propias: “el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres” (art. 2 TUE).

### 2.- La justicia social.

Puede considerarse la justicia social como aquella que pretende hacer de la sociedad un colectivo más equilibrado, equitativo y, en definitiva, justo. Comprende, al parecer de J. RAWLS (2006, p. 18), una serie de principios que “definen la distribución apropiada de los beneficios y de las cargas de la cooperación social”. Y, centrándola en Europa, cabría preguntarse qué está haciendo la UE para aminorar – o, en su caso, eliminar- la desigualdad y la pobreza sociales, al tiempo que hace mucho más próspera su economía. Básicamente, la UE, junto con sus EEMM, viene desarrollando tanto un conjunto de políticas sectoriales o comunes, como un buen grupo de mecanismos y normas que favorecen la justicia social de forma continua a lo largo del tiempo.

Así sucede, por ejemplo, con la *igualdad de oportunidades*, puesto que el TUE obliga a la UE a luchar contra la exclusión social y la discriminación, fomentar “la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño” y respetar la riqueza de su diversidad cultural y lingüística (art. 3.3). Por su parte, el TFUE encarga a la UE “eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad” (art. 8), le dota de facultades de apoyo y complemento a las actuaciones de los EEMM para adoptar medidas en favor de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el mercado laboral y en trato en el trabajo (153.1.i)), y, en fin, consagra el principio “de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor” (art. 157.1). En esta línea argumental, cabe situar los contenidos dispositivos que ofrece la CDFUE, puesto que, además de proclamar la igualdad entre hombres y mujeres (art. 23), protege a otros colectivos vulnerables, tales como los niños, las personas mayores y los discapacitados (arts. 24–26), y apuesta por la diversidad cultural, lingüística y religiosa (preámbulo y art. 22). En su consecuencia, puede decirse que hoy ya no puede considerarse simplemente la igualdad de oportunidades como “uno de los cuatro pilares de la nueva estrategia de la UE en materia de empleo” (PLANTENGA y HANSEN, 1999, p. 393), sino que, con ella, se han regulado otros ámbitos materiales (p.e. seguridad social, protección frente a la trata, etc), y se ha ampliado a otros colectivos tan necesitados o más que la mujer de nuevas protecciones e, incluso, de discriminaciones positivas.

Otro botón de muestra es *el desarrollo sostenible*. Calificado por JUSTE (2005, p. 768), “como un nuevo paradigma de nuestra época histórica, que constituye a la vez un objetivo a alcanzar, una estrategia para el logro de ese objetivo y un principio emergente de Derecho internacional”, en la UE se lo considera como un principio y como un objetivo de carácter transversal, dado que deben encauzarse hacia él todas sus decisiones, sus políticas y sus actuaciones (art. 3.3 TUE). RIECHMANN (1995, p. 14) define la mencionada expresión como aquel desarrollo que es “socialmente justo, ecológicamente compatible y económicamente viable”. Sus bases fundamentales son, por tanto, estas tres dimensiones, que, además de recogerse en la literatura especializa-

da, también se enuncian en los tratados constitutivos de la UE. Bien es verdad que en los contenidos jurídicos del TUE se detalla mucho más la dimensión económica que las otras dos, muy probablemente debido que, como es bien conocido, la integración europea presenta unos orígenes predominantemente económicos. Buena muestra de ello es que se especifican las siguientes bases o fundamentos: “basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente” (art. 3.3 TUE). Se trata de un concepto realmente transversal en la medida en que, para fomentarlo, deben integrarse las exigencias de protección del medio ambiente en la definición, en las políticas y acciones de la UE (art. 11 TFUE). Si todas las dimensiones del desarrollo sostenible son muy relevantes para la sociedad, es precisamente su dimensión socio-cultural la que tiene literalmente una influencia mucho más directa en ella.

Y, en fin, para terminar, parece oportuno y conveniente recordar que, en el marco de la dimensión social de la UE, sus instituciones están adoptando decisiones y realizando actuaciones para promover “un nivel de empleo elevado”, garantizar “una protección social adecuada” y luchar “contra la exclusión social” (art. 9 TFUE).

### 3.- Las mejoras socio-económicas y educativas.

Relacionadas con lo anterior, se halla el conjunto de mejoras socio-económicas y educativas que promueve y favorece la UE. Así sucede, sin ir más lejos, con la “mejora de la salud pública” en cuyo ámbito apoya, coordina o complementa la acción de los EEMM (art. 6 TFUE); con la adopción de “medidas que permitan mejorar la seguridad en los transportes” (art. 91 TFUE); con la mejora “de la producción o la distribución de los productos” como parte de la política de la libre competencia (art. 101.3 TFUE); con la necesidad de perseguir como objetivo “la mejora de las condiciones de vida y de trabajo” y las posibilidades de empleo de los trabajadores en el contexto de su política social (arts. 151,153 y 162 TFUE), mejorando la salud pública y la calidad del medio ambiente (arts. 168, 191.1 y 194 TFUE) así como

“la eficacia de los sistemas de prevención de las catástrofes” (art. 196 TFUE), actuando para “mejorar la formación profesional inicial y permanente”, “desarrollar la dimensión europea en la enseñanza” (art. 165 TFUE) en cuyo contexto cabe situar el programa europeo Erasmus para apoyar la educación, la formación, la juventud y el deporte que facilita el hecho de que estudiantes de un Estado miembro puedan realizar estudios y prácticas reconocidos por su universidad en otra de otro Estado.

#### 4.- Los derechos de la ciudadanía de la Unión.

La figura de la ciudadanía de la Unión es otra de las peculiares aportaciones que ha realizado la UE y que favorece a la sociedad europea, porque refuerza los lazos que unen a los pueblos de Europa y no tiene parangón con ningún otro mecanismo de cualquier otra organización internacional. Sin sustituir a la nacionalidad de cada uno de los EEMM se adiciona a ésta; y, siendo “superpuesta, complementaria e inseparable” de aquella (PÉREZ VERA, 2014-2015, p. 216), aglutina todo un conjunto de derechos y deberes que, sin solaparse, se añaden a los propios de la nacionalidad (art. 20.1 TFUE). De entre todos ellos cabe resaltar el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los EEMM (art 21 TFUE), el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo (PE) y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan (art.22 TFUE), el derecho a la protección diplomática y consular (art.23 TFUE), el derecho de petición ante el PE (arts. 227 TFUE y 44 de la CDFUE), el derecho a presentar una iniciativa ciudadana (arts. 24 TFUE y 11.4 TUE), el derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo (arts.24.3 TFUE y 43 de la CDFUE), el derecho a dirigirse por escrito en una lengua de los EEMM a cada una de las instituciones, órganos u organismos de la UE (art 24 del TFUE), el derecho a una buena administración (art 41 CDFUE), el derecho de acceso de documentos institucionales (arts. 15.3 TFUE y 42 CDFUE), la libertad profesional y el derecho a trabajar (art.15 CDFUE) y el derecho a la protección de datos de carácter personal (arts.16 TFUE y 8 CDFUE).

### III.- JUSTICIA, VALORES Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

Una sociedad no puede ser justa si no respeta, se inspira y comparte un conjunto de valores superiores, en los cuales, además, se asiente el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

#### 1.- Justicia y valores.

Pues bien, la actual sociedad europea ha heredado los valores culturales, religiosos y humanistas de las sociedades que históricamente le han precedido a lo largo del tiempo. Se trata de “valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona” (preámbulo TUE) y de “valores indivisibles” (preámbulo, CDFUE) en los cuales “se fundamenta la UE”, que “son comunes a los EEMM” y que se recogen en los tratados constitutivos: “respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías” (art. 2 TUE). Su afirmación y promoción forman parte de los objetivos que, con un anclaje en su Derecho originario, persigue la UE, tanto a nivel interno como en sus relaciones exteriores (arts. 3 y 7 TUE, y preámbulo CDFUE), y de lo cual se encargan, en la práctica, sus instituciones (art. 13 TUE) a través de sus políticas, acciones y su cooperación en todas las esferas en sus relaciones con terceros (arts. 21.2, 32 y 42 TUE). La UE los defiende, ampara (art. 7 TUE) y exige su respeto por parte de cualquier Estado europeo que quiera llegar a ser Estado miembro (49 TUE).

#### 2.- Justicia y derechos humanos.

Parece lógico que haya más facilidades para respetar y promover los derechos humanos en una sociedad en la que impere la justicia que en otra diversa en la que se alimente continuamente la injusticia. La sociedad europea, con sus propias debilidades y fortalezas, parece ser una de las zonas mundiales donde más y mejor se hallan asentados los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En favor de ellos, los tratados constitutivos ofrecen una regulación de carácter horizontal o transversal, en la medida en que, como expresa BOU (2014), forman parte de los valores, los objetivos generales y los principios fundamentales de la UE. Lo que no impide que se deban considerar, además, en todas las políticas sectoriales o comunes, como es el caso del espacio de libertad, de seguridad y de justicia, en el cual, como ya ha sido avanzado, se subraya muy especialmente que la UE respetará los derechos fundamentales (art. 67 TFUE). Se trata esencialmente de los derechos que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales como parte del Derecho de la UE como principios generales (preámbulo TFUE) y la CDFUE, que, con efectos jurídicos vinculantes, confirma aquellos y añade otros nuevos.

### 3.- El acceso a la justicia.

Ahora bien, la UE no solo trabaja, en términos generales, en favor de una sociedad mucho más justa por la vía del respeto y la promoción de sus valores y derechos humanos y libertades fundamentales, a través de sus políticas, acciones, programas y adoptando normas de Derecho derivado que, por ejemplo, apoyan la lucha contra la discriminación o favorecen la protección de datos personales, sino que también se ha dotado de un conjunto de disposiciones que favorecen el acceso a la justicia de las personas que viven o residen en su territorio. En efecto, la CDFUE reconoce un listado de derechos – a mi modo de ver, meramente indicativo y no cerrado – que se hallan vinculados con la administración de justicia: el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (art. 47), la presunción de inocencia y los derechos de defensa (art. 48), los principios de legalidad penal y de proporcionalidad de los delitos y de las penas (art. 49) y el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito (art. 50).

## IV.- JUSTICIA Y MECANISMOS PARA HACERLA MÁS EUROPEA.

Además del acceso a la justicia, la UE también se ocupa y se preocupa por la coordinación de la justicia en su territorio hasta donde le

permiten las diversas competencias que tiene asignadas en los tratados constitutivos y hasta donde son capaces de llegar a consensuar acuerdos sus propios EEMM. Dicho de otro modo, la coordinación y la cooperación entre autoridades judiciales de sus EEMM se ha convertido, desde hace décadas, en una necesidad para poder conseguir materializar un verdadero espacio único europeo en el que puedan ejercerse, correctamente y sin interferencias, la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales.

Cabe reconocer que, para ello, ha dictado un conjunto de normas con las cuales se armoniza el Derecho de los EEMM en relación con la cooperación judicial civil y con la cooperación judicial penal, apostando por el principio del reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales y extrajudiciales (arts. 67, 81 y 82 TFUE), el cual ha sido calificado como “un elemento federalizador para la Unión” (GUZMÁN ZAPATER, 2001). De esta manera, la UE está actuado en pro de la consolidación de la confianza mutua entre órganos jurisdiccionales (y administraciones) de sus EEMM; confianza que, como ha reseñado el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), obliga a cada uno de los EEMM a considerar que todos los demás respetan el Derecho de la UE, en particular los derechos humanos que en él se reconocen (STJ de 12 de diciembre de 2019, as. C-625/19 PPU, *XD*, apdo. 33).

## 1.- La cooperación judicial civil.

Más en concreto, y habida cuenta de los cada vez más numerosos matrimonios mixtos (entre nacionales de dos EEMM), se han producido avances significativos en materias jurídicas, como la civil y la mercantil, tal y como ocurre en materia de notificación y traslado de documentos y obtención de pruebas, en la consecución de mayores facilidades en el funcionamiento de procedimientos tan comunes como, por ejemplo, el de insolvencia y en el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras sobre divorcios o separaciones judiciales, custodia de hijos o, por terminar, pensión alimenticia. Pero también, además de armonizarse normas sobre conflictos de leyes en materias como las obligaciones contractuales y las extracontractuales, se ha perfeccionado el acceso a la justicia en los litigios de ámbito transfronterizo.

## 2.- La cooperación judicial penal.

Como es sabido, la sociedad europea ha sido golpeada y se halla amenazada por el terrorismo y las organizaciones criminales internacionales organizadas. La lucha contra ellos no está exenta de grandes retos transnacionales y, sin embargo, las normas procesales en el ámbito penal no son idénticas en todos los EEMM. De ahí que se siga avanzando en la cooperación judicial penal (art. 82 TFUE) para facilitar la admisibilidad de pruebas entre EEMM, los derechos de las víctimas de los delitos, los derechos de los imputados, la lucha contra la trata de seres humanos, la delincuencia cibernética, la corrupción, el blanqueo de capitales, o tráficos como el de armas, de drogas, etc.

En este contexto debe remarcarse que se ha ido avanzando en mecanismos de reconocimiento mutuo, tales como la orden europea de detención y entrega, la imposición de una pena o medida privativa de libertad, la imposición de la libertad vigilada, las medidas de vigilancia de la libertad provisional, la orden europea de protección, el embargo preventivo de bienes o el aseguramiento de pruebas, el decomiso, la imposición de sanciones económicas y el exhorto europeo de obtención de pruebas.

## V.- JUSTICIA, ÓRGANOS E INSTITUCIONES EUROPEAS.

Además de los anteriores mecanismos de tipo normativo, la UE dispone de otros de carácter orgánico e institucional que le permiten materializar en la práctica su verdadera concepción de la justicia en beneficio de la sociedad.

### 1.- Las agencias y organismos especializados.

En efecto, existen en Europa un conjunto de agencias u órganos especializados que, de alguna manera, coadyuvan en la verificación de dicha aplicación en determinadas políticas y actuaciones. Se trata de la Unidad de Cooperación Judicial de la UE (EUROJUST) y de la Fiscalía Europea en materia de cooperación judicial penal, la Oficina

Europea de Policía (EUROPOL) y la Escuela Europea de Policía (CEPOL) en la cooperación policial, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA) en materia de derechos humanos y libertades fundamentales, el Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE), la Agencia Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (eu-LISA), etc.

## 2.- Las instituciones europeas.

Ya en el contexto de las instituciones, debe destacarse el rol tan relevante que juega el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) (arts. 19 TUE y 251 a 281 TFUE), puesto que, en tanto que garante del respeto “del Derecho en la interpretación y aplicación de los tratados” (art. 19.1. TUE) se constituye como una pieza clave de la interpretación uniforme y la correcta aplicación del DUE en los EEMM, del control de la legalidad de las normas que dicten las instituciones europeas, de la resolución de las diferencias que tengan lugar entre Estados, instituciones europeas y entre estas y aquellos, e, igualmente, del acceso de los particulares, ya sean personas físicas o personas jurídicas, cuando estén legitimados desde el prisma procesal. Para ello dispone de dos instancias u órganos jurisdiccionales, el Tribunal de Justicia y el Tribunal General, cuya composición, organización, funcionamiento y competencias son bien diversos y bastante complementarios, disponiendo cada uno de su propio reglamento de procedimiento. Ahora bien, como ya escribió hace décadas P. PESCATORE, “sería una visión demasiado limitada considerar que el Tribunal es la única institución encargada de vigilar la observancia de la legalidad del sistema”, puesto que los órganos jurisdiccionales de los EEMM colaboran con él en esta tarea (PESCATORE, 1980, p. 23).

Por su parte, la Comisión Europea, en tanto que “guardiana de los tratados” (ISAAC, 2000, p. 90), garantiza que los EEMM apliquen correctamente el Derecho de la UE en beneficio de la propia sociedad europea. Para lo cual, tras incoar un procedimiento por infracción, puede llegar a plantear, en su caso, un recurso por incumplimiento ante el TJUE contra el Estado miembro afectado.

## VI.- CONCLUSIONES.

Tras lo redactado en las líneas anteriores, corresponde aquí y ahora desarrollar un conjunto de reflexiones a modo de conclusiones finales.

Tanto a nivel teórico como a nivel práctico, parece obvio que la concepción que defiende y aplica la UE presenta un carácter predominantemente pluridimensional o una naturaleza poliédrica, que supera con creces el mero contenido y el alcance que propugnan las políticas, las actuaciones, las normas y las dimensiones que proyecta el denominado “espacio de libertad, de seguridad y de justicia” tal y como se regula en los tratados constitutivos.

En efecto, en ellos parece que la sociedad es el fin último de la justicia y aquella se beneficia muy especialmente de ésta. La justicia social, que a nivel internacional puede llegar a ser considerada como retórica (La ONU decidió que su día mundial es el 20 de enero), es una realidad tangible sobre la que sigue trabajando la UE, a pesar de sus logros socio-económicos, formativos, educativos y sobre los derechos de la ciudadanía de la Unión (Justicia retributiva). Se trata de una justicia que crea oportunidades y distribuye las cargas y beneficios de la sociedad (Justicia distributiva).

A diferencia de la Constitución española de 1978 que contempla la justicia como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español (junto con la libertad, la igualdad y el pluralismo político) (J.J. SANTAMARÍA IBEAS (1997)), los tratados constitutivos de la UE no la incluyen expresamente. Ahora bien, si la justicia social sitúa al ser humano en su centro de atención, los valores en los que se fundamenta la UE y los derechos fundamentales que propugna no tendrían su razón de ser sin la existencia de una sociedad relativamente justa y que persigue la justicia.

Los tratados constitutivos consideran la justicia como una de las características de la sociedad europea y determinan que su fomento constituye una obligación para la UE. Los derechos que la CDFUE reconoce y vincula con la administración de justicia comportan tan solo un mínimo común denominador a nivel europeo, puesto que una gran parte de los EEMM amparan además otros derechos procesales.

La UE está promoviendo desde hace lustros que haya una mayor y mejor coordinación entre las autoridades judiciales de sus

EEMM. Es en este punto donde destacan las cooperaciones judiciales (civil y penal) dentro del denominado espacio de libertad, de seguridad y de justicia, puesto que existen disposiciones en los tratados constitutivos (TFUE) que las respaldan (Derecho originario), junto con normas de Derecho derivado cada vez más vanguardistas y relativamente operativas, que se basan en el principio del reconocimiento mutuo y en la confianza recíproca de los órganos jurisdiccionales y de las autoridades administrativas estatales. Aunque cada vez se proyectan con mayor envergadura y amplitud, lo cierto es que también tienen presentes los derechos de las víctimas y de los imputados (¿Justicia restaurativa?).

En la aplicación de la justicia en el contexto de la UE participan agencias, órganos e instituciones europeas. Dentro de estas últimas, debe remarcarse el papel estelar que tiene adjudicado el TJUE en la aplicación, la interpretación y la legalidad del Derecho de la UE (Justicia procesal), así como la labor de supervisión y control que lleva a cabo la Comisión Europea ante la falta de aplicación o la aplicación incorrecta del Derecho de la UE por parte de cualquiera de sus EEMM.

## BIBLIOGRAFÍA:

BOU FRANCH, V. (2014), La Unión Europea y los derechos fundamentales: desafíos actuales, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 24, p. 15-50.

CASANOVAS Y LA ROSA, O. (1993), La vuelta a la teoría, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, p. 179-196.

GUZMÁN ZAPATER, M. (2001), Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 10, p. 405-438.

ISAAC G. (2000), *Manual de Derecho Comunitario general*, 5ª ed., act. Según el Tratado de Ámsterdam; bajo la supervisión de Germán-Luis Ramos Ruano, Barcelona, Ariel, Derecho.

- JUSTE RUÍZ, J. (2005), El desarrollo sostenible y los derechos humanos, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tom. II, Elisa Pérez Vera, Alejandro Rodríguez Carrión, et al., Sevilla, Servicios de publicaciones de las Universidades de Sevilla, Córdoba y Málaga, p. 757-778.
- LIÑÁN NOGUERAS, D. (2016), El espacio de libertad, de seguridad y de justicia, Cap. 4 de A. MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, p. 89-122.
- PÉREZ VERA, E. (2014-2015), Ciudadanía y nacionalidad de los Estados miembros, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27 y 28, p. 215-230.
- PESCATORE, P. (1980), La estructura jurídica de las Comunidades Europeas, *Documentación Administrativa*, nº 185, enero-marzo, p. 15-30.
- PLANTENGA, J. y HANSEN, J. (1999), Balance de la igualdad de oportunidades en la Unión Europea, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 118, nº 4., p. 393-424.
- RAWLS, J. (2006), *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González. 2ª ed., 6ª reimpresión, México, FCE, p. 18.
- RIECHMANN, J. (1995), Desarrollo sostenible: la lucha por la interpretación, in *De la economía a la ecología*, J. RIECHMANN et al., Madrid, Trotta, p. 9-35.
- SANTAMARÍA IBEAS, J.J. (1997), *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, Burgos, Universidad de Burgos.

# A COLABORAÇÃO PREMIADA À LUZ DOS PRINCÍPIOS PENAIIS: BRASIL X PORTUGAL

*Weider Silva Pinheiro*

*Johnata Alves de Oliveira*

## INTRODUÇÃO

Com o crescimento do crime organizado no mundo, os Estados cada vez mais tentam incrementar seus mecanismos de combate à delinquência, através de melhorias materiais, pessoais, organizacionais, negociais e até legais.

No Estado brasileiro não podia ser diferente, pois o Estado procura, dia-a-dia, empreender esforços variados para enfrentar com sucesso os criminosos e seus bandos, que não raro superam o Estado com a macroestrutura que têm para delinquir em contraste com a microestrutura que existe para combatê-los.

Um dos mecanismos legais, introduzido inicialmente na Lei dos Crimes Hediondos, mas posteriormente consagrado em outros diplomas legais, é a delação premiada, criado pelo Estado na luta contra o crime. Tal instituto, também denominado de colaboração premiada, foi inspirado na legislação estrangeira, e trazido para o cenário jurídico nacional através de diversos mecanismos legais ainda em fase de amadurecimento.

A delação premiada, portanto, é um considerável avanço na persecução penal, principalmente em situações em que se torna difícil atin-

gir os objetivos propostos, mormente a punição dos infratores, sem a contribuição efetiva de um coautor ou partícipe.

Nos últimos tempos a delação premiada ganhou evidência no cenário nacional, amplamente difundida pelos meios de comunicação em operações de combate à corrupção, a exemplo da “Lava Jato”, sendo que os acordos de colaboração firmados com co-autores ou partícipes contribui para a investigação de forma significativa.

É nesse contexto que se situa o presente estudo, que tem por objetivo destacar as peculiaridades do instituto da delação premiada, mormente a sua contribuição para o combate à corrupção no país.

## 1 A COLABORAÇÃO PREMIADA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIS

A primeira questão a ser ressaltada, nesse ponto, é que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema processual acusatório, que tem como característica o estabelecimento da relação processual entre autor, réu e órgão jurisdicional, com direitos e deveres, ônus e prerrogativas processuais a todos os sujeitos envolvidos, devendo o processo penal observar os princípios da ampla defesa e do contraditório, dentre outros.

Anote-se, ainda, que o sistema acusatório se contrapõe ao sistema misto ou inquisitivo, mormente por assegurar garantias e direitos ao acusado.

De acordo com Moreira (2011, p. 44-47), o princípio acusatório é uma conquista das mais avançadas democracias, pois parte “de um sistema de julgamentos e acusações onde as funções de julgar, investigar e acusar encontram-se determinantemente separadas”.

Não há como ignorar que no direito pátrio há clara separação entre as funções do órgão magistrado, a quem cabe o exame imparcial dos fatos, do Ministério Público, que atua como órgão de acusação e a quem cabe fiscalizar o trabalho de investigação, e da Polícia Judiciária, responsável pela investigação criminal, realização de diligências, dentre outras medidas voltadas a auxiliar a formação da convicção do órgão acusador, podendo inclusive conduzir a um resultado benéfico à defesa.

Importa destacar, ainda, que o princípio acusatório se encontra intimamente ligado ao princípio da presunção de inocência, o qual preconiza que o réu é presumidamente inocente até decisão penal condenatória irrecorrível; e, “nem as provas mínimas existentes para o recebimento de denúncia ou queixa-crime são capazes de toma-lo como culpado” (Moreira, 2011, p. 46).

Nesse cenário é que o silêncio do réu é consagrado como direito constitucionalmente assegurado, e não implica em culpa, ou seja, não pode ser invocado em desfavor do acusado.

São, pois, os princípios que norteiam o sistema acusatório que lhes dão contorno próprio e o define, em especial os princípios da ampla defesa, do direito ao silêncio, do juiz natural, da motivação as decisões judiciais e, sobretudo, o princípio da inércia da jurisdição (Moreira, 2011, p. 46). Ocorre que há defensores da afronta do instituto da delação premiada aos princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro; e, por conseguinte, apontam ser o instituto inconstitucional, já que todos os meios de prova, no direito pátrio, devem obedecer aos direitos e garantias previstos na Constituição Federal. Logo, como pontua Bittar (2011, p. 194), a colaboração do coautor ou partícipe somente seria aceita quando estivesse amparada na Constituição da República de 1988 e na legislação processual penal.

Desta feita, no âmbito da discussão sobre a legitimidade dos benefícios concedidos aos sujeitos englobados pelo instituto da delação premiada, deve ser quanto a existência de compatibilidade da norma prevista com as constitucionais, “modo de aferir não apenas a injustiça, mas também a existência de invalidade por oposição à norma fundamental” (PEREIRA, 2009, p. 52).

O autor também explica que a possível contestação de condições penais encontra respaldo na existência de conflitos das normas, tanto por alguma falha, como por algum exagero.

Anote-se, ainda, que a Constituição da República de 1988, como salienta Valle (2012, p. 61) por ser letra legítima da população, assume papel fundamental para dar legitimidade e validar as normas jurídicas. Logo, as legislações que tem como fundamento a busca por uma rápida resposta contra a criminalidade, como a delação premiada, resultam no sacrifício de garantias constitucionais.

É nesse contexto que há uma grande preocupação dos estudiosos do direito quanto à utilização desenfreada da delação premiada, para que não afronte os princípios constitucionais e processuais penais, pois tais direitos fundamentais, como observa Valle (2012, p. 61), possuem caráter de inatos, ainda que tentem muda-los com a justificativa de um bem maior.

Não se pretende, nesse estudo, esgotar a análise dos princípios constitucionais e processuais penais, mas tão-somente apresentar as principais críticas tecidas a eventual afronta dos direitos e garantias externados nos princípios em comento.

No que tange o princípio do contraditório e da ampla defesa, consagrados no inciso LV, do art. 5º, da Constituição da República de 1988, Fernandes (2012, p. 65) destaca se tratar de características imprescindíveis ao processo penal, sem o qual este é nulo. Logo, deve ser dada ciência a ambas as partes sobre determinado fato ou ato processual, com a oportunidade de contestar as informações prestadas.

Fernandes (2012) explica que no âmbito do processo penal é preciso que os elementos essenciais do contraditório possibilitem uma utilização efetiva e plena deste princípio. Pleno no sentido de que é necessária a presença do contraditório no decorrer de toda a causa, até sua conclusão. Efetivo, pois é indispensável oportunizar a parte contrária os meios para que possa contrariar de forma real os argumentos suscitados e não apenas de maneira formal.

Assim, o acusado que opta por contribuir para a persecução penal, por meio da delação premiada, muitas vezes está tomado por sentimento de ódio, revolta, vingança daqueles que participaram do crime. Por isso Valle (2006, p. 173) destaca que “a pessoa que é alvo daquela delação, [...] estando ela a partir daquele momento sendo incriminada pelo delator, é atingida frontalmente nos direitos fundamentais defendidos ferozmente” pelas medidas garantias consagradas no direito pátrio, em especial o contraditório e ampla defesa.

Não obstante, o contraditório deve ser respeitado para que se busque a verdade, mesmo que esta não seja plena, mas de forma a possibilitar que o magistrado julgue com a melhor racionalidade possível.

No que tange o princípio da presunção de inocência, consagrado no inciso LVII, do art. 5º, da Constituição, que preconiza que “nin-

guém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” BRASIL (1988), é mister ressaltar que é dever do Poder Público seguir duas regras quanto ao acusado.

Pereira (2009) considera que o princípio da presunção de inocência é pressuposto essencial para a civilização, por meio do qual o Estado garante estabilidade para a sociedade. E esclarece ainda que para afastar a presunção de inocência de alguém, é necessário que haja um conjunto de provas irrefutáveis para comprovar alguma culpabilidade do indivíduo, e não apenas fundada em uma única prova.

Significa dizer, portanto, que as informações prestadas pelo delator não podem, por si só, desconsiderar o princípio da presunção de inocência, até mesmo porque o delator é também acusado, na condição de coautor ou partícipe.

É mister ressaltar que quando um indivíduo resolve assumir a participação no delito, através de acordo realizado com o Poder Judiciário, por meio da delação premiada, abre mão da presunção de inocência quanto à sua pessoa. Exatamente por isso Pereira (2009, p. 58-59) preconiza que o “réu pode, desde que livre e conscientemente, dispor de seu direito constitucional de não colaborar”. Contudo, terceiros que ele delata na sua colaboração não renunciaram a este princípio. Logo, mesmo em casos de delação premiada, tem o Estado o dever de presumir a inocência dos apontados pelo delator, respeitando todas as suas garantias, sob pena de afronta ao princípio da presunção de inocência.

Não se pode ignorar que cabe ao Ministério Público, órgão acusador, provar os fatos alegados, pois não é possível lastrear-se decreto condenatório apenas em colaboração processual, devendo haver a corroboração por elementos de convicção externos às declarações do delator, bem como a submissão ao contraditório, através da produção de prova pela defesa do corréu (Pereira, 2009, p. 171-178).

Constata-se, portanto, que a delação premiada deve observar os princípios, direitos e garantias penais do acusado, sob pena de afrontar a Constituição da República de 1988, tornando-se, por conseguinte, inconstitucional, seja em abstrato, quando da previsão legal em algum diploma, seja no caso em concreto.

Superada esta breve análise conceitual, e antes de adentrar no histórica da delação premiada no direito pátrio, e sua consequente análise

da sua disciplina na atualidade, mister se faz abordar como surgiu o instituto e se desenvolveu no Direito Comparado, objeto do próximo capítulo.

## 2 A DELAÇÃO PREMIADA NO DIREITO COMPARADO

Analisar o instituto da delação premiada no direito comparado é uma possibilidade de se conhecer não apenas a origem do instituto, mas também as similitudes e diferenças em alguns ordenamentos jurídicos, dentre eles a disciplina do tema no direito pátrio.

Cumprе ressaltar, nesse ponto, que como salienta Pereira (2009, p. 41-48), o instituto da delação premiada tem origem no direito anglo-saxão, ou seja, no sistema do *common law*, baseado fortemente na colaboração do imputado com a persecução penal, tendo sido posteriormente incorporado ao sistema do *civil law*, que atualmente reconhece a delação premiada como meio de prova.

Ainda segundo o autor, há uma diferença entre os sistemas adotados, pois no sistema anglo-saxão a cooperação e participação do indiciado ou acusado na persecução penal é fundamental, através dos institutos como a *plea bargaining* e *guilty plea*, sendo a concessão de benefícios penais uma das grandes bases dos sistemas jurídicos em países como Estados Unidos e países do Reino Unido.

Ainda de acordo com Pereira (2009), no Brasil, porém, vigora o princípio da obrigatoriedade da ação penal, ainda que mitigado em casos como o da Lei dos Juizados Especiais – Lei nº 9.099/1995, e também quando da delação premiada, enquanto nos países do sistema anglo-saxão prevalece o princípio da oportunidade, proporcionando a formação de negociações e acordos entre acusação e defesa visando pôr fim ao processo penal.

Contudo, alerta Pereira (2009) que nos países em que não há uma regulação específica acerca da valoração probatória da colaboração premiada como suficiente para embasar a condenação penal, ou, como ocorre no Brasil, se faz necessária a corroboração das declarações do delator com outros meios de prova, há muitas divergências. E cita os Estados Unidos, em que a jurisprudência não é pacífica em relação ao tema, se encontrando decisões que exigem a corroboração das infor-

mações com outras provas, produzidas em juízo, e outras que admitem apenas o testemunho do delator como elemento hábil a fundamentar a condenação penal.

## 2.1 Delegação Premiada E A Legislação Brasileira

A delação premiada foi inicialmente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei dos Crimes Hediondos – Lei nº 8.072/1990, que veio regulamentar dispositivo constitucional, embora tal diploma tenha sido editado de forma a atender o clamor social ante a prática de delitos considerados graves, a exemplo da extorsão mediante seqüestro, do homicídio qualificado, dentre outros.

Desta feita, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, em que a delação premiada surgiu na jurisprudência para, posteriormente, ser positivada, no direito brasileiro primeiramente foi editado legislação prevendo a sua utilização, para então passar a ser utilizada pelos julgadores.

Ao dissertar sobre a instituição da delação premiada, Lima (2007) destaca que foi implementado por conta da necessidade de mostrar à sociedade um combate imediato à criminalidade, mesmo que sendo de maneira ilusória. Defende que o nosso país adotou uma cultura emergencial, para resolver problemas apresentados na esfera criminal.

Contudo, para a compreensão efetiva do histórico do instituto no direito pátrio, é imprescindível tecer alguns comentários acerca da previsão da delação premiada.

Lei nº 8.072/1990: Lei dos Crimes Hediondos – Como já dito alhures, o primeiro dispositivo que trouxe em seu bojo o instituto da delação premiada foi a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII, art. 5º, da Constituição da República.

Assim, no parágrafo único, do art. 8º proporcionou ao participante ou associado de quadrilha destinada à prática de crimes hediondos a diminuição da pena de um a dois terços em caso de delação que leve ao resultado desmantelamento do bando. O referido diploma legal assim dispõe: “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena

reduzida de um a dois terços” (BRASIL, 1990). Desta feita, há uma vantagem penal ofertada àquele que colabora com as investigações, traduzida em redução de pena, embora a Lei dos Crimes Hediondos nada tenha mencionado acerca de procedimento especial para a concessão do benefício, cabendo ao magistrado, portanto, valorar as informações prestadas pelo delator, e assim decidir pela diminuição da pena, o *quantum* a ser aplicado, e fundamentar sua decisão na sentença penal condenatória.

Lei 7.492/86: Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional - De 16 de junho de 1986, que regulamenta os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, traz, em seu art. 25, § 2º, a previsão da delação premiada para os delitos desta natureza cometidos em quadrilha, de forma que o “coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços” (BRASIL, 1986).

Lei 8.137/90: Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e relações de consumo - De 27 de dezembro de 1990, que define os crimes contra a ordem tributária econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências, de maneira bem semelhante a Lei dos Crimes Hediondos, prevê a delação premiada no parágrafo único, do art. 16. Assim, nos casos de crimes praticados em bandos ou coautoria, haverá redução de pena de um a dois terços ao coautor ou partícipe, que revelar através de confissão espontânea, a trama delituosa, seja à autoridade policial, seja à autoridade judicial.

Lei 9.034/95: Lei do combate às organizações criminosas - De maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por instituições criminosas, dispõe sobre a delação premiada no art. 6º, o qual dispõe que “nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria” (BRASIL, 1995). Nesse ponto é mister ressaltar que é difícil determinar o âmbito de abrangência da lei, uma vez que o conceito de organização criminosa não é tarefa fácil, sendo questão divergente na doutrina e jurisprudência.

Lei 9.613/1998: Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro - De 03 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação

de bens, direitos e valores, da prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos em seu bojo, e dá outras providências, em seu art. 1º, § 5º, prevê a redução da pena de um a dois terços, além do início do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, na hipótese de o coautor ou partícipe prestar informações capazes de esclarecer os crimes ou localizar os bens, objetos ou valores relacionados à lavagem de dinheiro. Anote-se que o texto da lei fala que a delação deve levar ao esclarecimento “das infrações penais”. Desta feita, a utilização do plural como uma forma de permitir que as informações prestadas sejam acerca do crime de lavagem ou de algum dos crimes antecedentes previstos no art. 1º da lei (BRASIL, 1998). Por isso, os requisitos para caracterizarem uma colaboração eficiente são alternativamente dois: possibilitar o esclarecimento da autoria e materialidade, no caso de delação acerca dos crimes antecedentes ou da própria lavagem; ou localização dos bens ou valores que estavam sendo levados ao processo de branqueamento, este último requisito apenas para a delação limitada ao crime de lavagem. Segundo Mendroni (2006, p. 114), o instituto da delação premiada na referida lei “viabiliza a identificação dos principais agenciadores da lavagem do dinheiro - dos chefes das organizações criminosas -, os principais responsáveis pela criminalidade”.

Lei 9.807/99: Lei de Proteção às vítimas, testemunhas e réus - De 13 de julho de 1999, que estabelece normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal, também trata da delação premiada no art. 13, como modalidade de perdão judicial, e no art. 14, como causa de redução de pena, aos réus que colaborarem na identificação dos demais coautores na localização da vítima ou na recuperação do produto do crime. Anote-se que o perdão judicial, previsto no art. 13, pode ser dado por iniciativa do próprio juiz, ou a requerimento das partes, representadas pelo advogado de defesa e pelo membro do Ministério Público.

Lei 11.343/2006: Lei de Drogas - Na seqüência dos diplomas legais que tratam do instituto, tem-se a delação premiada consagrada na

Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, que a exemplo do diploma legal que a antecedeu, a Lei nº 10.409/2002, prevê a delação premiada. O instituto se encontra previsto no art. 41, o qual determina que o indiciado ou o acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá a pena reduzida de um a dois terços. Cumpre ressaltar que a Lei de Drogas também não detalhou o procedimento para a concessão do benefício, tendo se limitado a ressaltar que pode ser concretizada na fase do inquérito policial, bem como na fase da ação penal.

Lei nº 12.529/11: Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - De 30 de novembro de 2011, que trata da estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispendo sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, alterando a lei de crimes contra a ordem tributária e o Código de Processo Penal, entre outros efeitos, também trata da delação premiada. O diploma legal em comento, ao dispor sobre os acordos de leniência a serem celebrados entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, e as pessoas físicas e jurídicas autoras de infrações à ordem econômica, trouxe, em seu art. 86, causa de extinção da ação punitiva do Estado, bem como a possibilidade de redução da pena de um a dois terços, desde que “colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada” (BRASIL, 2011). Desta feita, embora trate de penalidades administrativas, e seja uma lei voltada para a estruturação de um sistema administrativo, sem caráter penal, houve previsão de efeitos penais para os agentes que celebrem o acordo de leniência.

Lei nº 12.850/13: Lei que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal - De 03 de agosto de 2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, trata, em um capítulo específico, acerca da delação premiada. Segundo Mendonça (2013, p. 5-7), o procedimento da colaboração premiada, consagrado no diploma legal em comento, pode ser aplicado, por analogia, a todos os tipos penais, desde que se tome cuidado em não ba-

nalizar o instituto da delação premiada, reservando-o para os casos de especial gravidade, e de dificuldade de obtenção de prova pelos meios tradicionais. A lei trata, ainda dos benefícios legais, quais sejam: concessão do perdão judicial; redução em até dois terços da pena privativa de liberdade; substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; extinção da punibilidade com a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal para o Ministério Público.

Contudo, a principal inovação foi o fato de ter o legislador dedicado capítulo inteiro ao procedimento da colaboração premiada, que consiste, em apertada síntese, em acordo escrito, assinado pelo delegado de polícia, investigado e seu advogado, bem como parecer do Ministério Público, podendo também ser formalizado por acordo firmado entre o Ministério Público e o acusado, que deve estar acompanhado de advogado, sendo que, em qualquer das situações, é necessária a homologação judicial (MENDONÇA, 2013, p. 5-7).

## 2.2 Delegação Premiada Em Portugal

Os crimes de corrupção estão previstos no Código Penal Português nos artigos 373º e 374º, corrupção passiva e corrupção ativa, tendo a redação atual destes artigos sido introduzida pela Lei nº 32/2010, de 2 de setembro.

Na realidade essa redação, vem consoante sobre à corrupção passiva no artigo 318º (Peita, suborno e corrupção de empregado público) do CP de 1886, no § 331 (Vorteilsannahme) e § 332º (Bestechlichkeit) do StGB alemão na versão anterior à revisão de 1997, e no § 304 (Geschenkannahme durch Beamte) do StGB austríaco. No que respeita à corrupção activa, as fontes encontram-se no artigo 321º (corrupção activa) do CP de 1886, no §333 (Vorteilsgewahrung) e §334 (Bestechung) do StGB alemão na versão anterior à revisão de 1997 e no § 307 (Bestechung) do StGB austríaco (ALBUQUERQUE, 2009).

As Leis que compreendem a delação premiada e a corrupção em Portugal, vem passando por uma série de mudanças desde a reforma de 1995 ao Código Penal Português, com o Decreto-Lei nº48/95 de 15 de março, consagrou a independência entre a infração do corruptor e a infração do corrupto, passando assim a prever

dois crimes autônomos, o crime de corrupção ativa e o crime de corrupção passiva.

Portugal, nos últimos tempos, têm assim adotado medidas legislativas que visam cumprir e dar seguimento às recomendações e avaliações internacionais, dentro do contexto da corrupção.

No entanto, apesar de todo o trabalho desenvolvido no âmbito da prevenção e combate ao crime de corrupção, Portugal continua a ser um país fragilizado pelo fenômeno da corrupção.

Em um estudo realizado pelo Global Corruption Barometer, no ano de 2010 83% dos portugueses revelaram ter a percepção que os níveis de corrupção pioraram desde 2007, bem como 75% dos inquiridos revelaram considerar ineficaz a atuação do Governo nesta matéria.

Baseando-se nesse relatório, pode-se observar que os portugueses continuam a ver o fenômeno da corrupção, mediante a perda de confiança nos políticos e no Governo, devido à falta de eficácia da governação e das desigualdades sociais, como um dos maiores defeitos da democracia.

A corrupção em Portugal pode ser classificada, segundo Vegar e Morgado (2003) em:

Corrupção sistemática ou fragmentada - corrupção direta, imediata, não premeditada e não prolongada no tempo, constituindo o seu exemplo mais flagrante o suborno feito a agentes da brigada de trânsito para evitar sancionamentos.

Corrupção sistemática ou política - se caracteriza por modelos de troca bastante sofisticados que envolvem não apenas os atores diretos da transação, mas também uma série de mediadores e atores periféricos à troca cujas únicas funções são as de camuflar, branquear ou assegurar a credibilidade dos atores perante a ameaça de riscos externos.

Corrupção meta-sistemática ou de colarinho branco - um fenômeno sofisticado, invisível, diluído no sistema político e administrativo e em todas as modalidades de crime econômico.

Sabendo da parte classificatória da corrupção, desencadeia-se agora o conhecimento breve e específico da delegação premiada no que se refere as Leis Portuguesas. A Lei nº32/2010, de 2 de Setembro, aditou ao Código Penal português o artigo 374º-B, que tem como epígrafe dispensa ou atenuação de pena. As fontes deste artigo remontam ao

artigo 9º-A da Lei nº36/94, de 29 de setembro, aditado pela Lei nº 90/99, de 10 de Julho e ao artigo 372º, nº2 e nº3 do Código Penal na sua anterior redação.

Ressalta-se, no entanto, que a dispensa de pena prevista no nº1, alínea a) do artigo 374º-B do Código Penal, é obrigatória, não dependendo assim da verificação dos pressupostos gerais do instituto. Esse contexto torna-se aplicável ao corruptor ativo (artigo 374º do Código Penal), ao corruptor passivo (artigo 373º do Código Penal) e a agente ativo e passivo do recebimento indevido de vantagens (artigo 372º do Código Penal).

Conforme Artigo 361º, nº2 do Código de Processo Penal, o auxílio que o agente deve prestar, para que possa beneficiar da atenuação especial de pena prevista no artigo 374º-B nº2 alínea a) do Código Penal, deve ter lugar até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, ou seja, até ao encerramento da produção e discussão da prova na audiência.

Segundo Leite (2010) considerando essa interpretação, o caráter decisivo da prova assenta na relevância que esta teve na identificação e captura de outros responsáveis, não se exigindo assim que o contributo processual do argüido tenha conduzido efetivamente a uma condenação dos outros agentes do crime.

Além disso, vale ressaltar que o tribunal deve pronunciar-se sobre a colaboração do argüido na fase de investigação, fazendo assim um juízo de prognose póstuma sobre a utilidade da mesma, e avaliando o seu valor intrínseco independentemente do valor que estas posteriormente possam perder, nomeadamente com a inutilização ou descredibilização das provas obtidas através do seu contributo (LEITE, 2010).

Em Portugal, o Direito premial surge na seqüência do nascimento de um novo tipo de criminalidade, a criminalidade organizada. No entanto, ao mesmo tempo que observamos a criação e adoção de numerosos institutos premiais em diversos ordenamentos jurídicos, como única estratégia eficaz no combate à criminalidade organizada, observamos também em simultâneo a crítica e a rejeição destes mecanismos por grande parte da doutrina pela sua falta de ética e violação de princípios constitucionais.

Na visão de Matos (2013) em Portugal, embora o direito premial possa surgir, no âmbito do combate à corrupção, como um instituto

menos censurável devido à sua utilidade extrema no combate a este crime, pode ser um plano inclinado para a adoção de outras soluções legislativas mais radicais e que violem com mais intensidade os princípios basilares do estado democrático.

Ou seja, a colaboração premiada em Portugal na visão de Matos (2013) deve ser olhada de maneira conscienciosa e deve-se entender que a adoção de soluções legais que hoje lhe parecem aceitáveis pode ser bastante nociva à sociedade portuguesa num futuro próximo.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se compreender, ao longo do presente estudo, as peculiaridades da delação premiada, seu conceito, requisitos, regulamentação legal, e, principalmente, a sua importância no combate à corrupção na esfera pública, já que o instituto ganhou evidência, nos últimos tempos, em virtude da “operação Lava Jato” no Brasil, que revela um grande escândalo envolvendo políticos, empresários, funcionários de estatais, dentre outros sujeitos.

Ademais, é o instituto em comento meio de obtenção de prova bastante utilizado no combate ao crime organizado; e, nos moldes consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, guarda similitude com os procedimentos utilizados em maior ou menor grau nos Estados Unidos, Itália e Espanha, embora seja o modelo brasileiro inspirado fortemente na legislação italiana, que prevê a concessão de benefícios tanto no curso da investigação, do processo penal, ou mesmo após o trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

Constatou-se que a delação premiada é instituto recente no ordenamento jurídico brasileiro, já que foi pela primeira vez consagrado no bojo da Lei dos Crimes Hediondos – Lei n.º 8.072/1990; e, desde então, vem sendo tratada em vários diplomas legais, sendo certo que com o passar dos tempos o instituto vem sendo aperfeiçoado, tanto que a Lei n.º 12.850/2013 tratou, pela primeira vez, de um procedimento para a consolidação da delação premiada.

Percebe-se através dessa pesquisa, que em comparação a delegação premiada no Brasil tem criado efeitos diferenciados do que em Portu-

gal, onde a proposta está caminhando lentamente, mas que apesar de seus poucos efeitos, tem conduzido a melhores resultados.

Viu-se, ainda, que o instituto é ora denominado de delação premiada, ora de colaboração premiada, dentre outras expressões, mas que tem por objetivo primordial possibilitar que um co-autor ou partícipe do delito contribua, efetivamente, para as investigações policiais ou judiciais, sendo que há entendimento no sentido de que se faz possível a delação até mesmo após o trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

Decerto, o instituto da delação premiada é de grande importância para o direito penal, tendo em vista as diversas polêmicas causadas pela sua inserção na legislação brasileira, até mesmo com defensores da sua inconstitucionalidade, pois mitigaria garantias fundamentais consagradas na Constituição da República, e afrontaria, ainda, princípios norteadores do Direito Processual Penal.

Não há como negar que todo o processo penal, na atualidade, se direciona no sentido de assegurar ao acusado os direitos e garantias, de modo a obstar abusos por parte do poder estatal. Por isso é que se preconiza a necessidade de serem observados os princípios norteadores para que seja legítimo o acordo de delação premiada.

Assim, a aplicação do instituto deve atender ao princípio do devido processo legal, o qual determina que os preceitos legais devem ser observados; o princípio da ampla defesa e contraditório obrigatoriamente devem estar presentes, para que a defesa do acusado seja plena e todas as informações prestadas possam ser contestadas por ambas as partes para que se chegue mais perto possível da verdade real; o princípio da presunção de inocência, pois evita que o acusado seja considerado culpado, tanto pelos envolvidos no processo quanto pela população através dos meios de comunicação, fazendo com que seja assim denominado só após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nesse contexto é que há a necessidade de que as informações prestadas pelo delator sejam corroboradas com outras provas, pois o delator é também um coautor ou partícipe do crime, não podendo a sentença penal condenatória se pautar unicamente nas suas informações. Isso tendo validade tanto as questões brasileiras quanto portuguesas, no que tange a delegação premiada.

## 4 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, 2009

ALVES, Fábio Wellington Ataíde. O retorno dos prêmios pela cabeça? Um estudo sobre a possibilidade de reperguntas no interrogatório do corrêu delator, com enfoque a partir do direito de mentir e do novo ordenamento da delação premial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 92, n. 809, p. 446-461 mar. 2003

BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 19, v. 88, p. 225-272, jan./fev. 2011

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%20ao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%20ao_Compilado.htm)>.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**: Dispõe sobre os crimes hediondos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>

BRASIL. **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986**: Dispõe sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7492.htm)>.

BRASIL. **Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995**: Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9034.htm)>..

BRASIL. **Lei nº 9.612, de 3 de março de 1998**: Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades

Financeiras. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm)>.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

HABERMAS, Jürgen; ROSA, Alexandre Moraes da (Org.). **Para um direito democrático**: diálogos sobre paradoxos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006

LIMA, Camile Eltz de; Carvalho, Salo de. Delação premiada e confissão: Filtros Constitucionais e Adequação Sistemática. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 385, p. 123-138, nov. 2009

MENDONÇA, Andrey Borges de. A Colaboração Premiada e a Nova Lei do Crime Organizado (Lei 2.850/2013). **Custos Legis**: A Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, 2013, p. 5-7. Disponível em: <<http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>>.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos especiais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002

MOREIRA, Eduardo. Princípio acusatório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Org.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 879, p. 475-497, jan. 2009

# DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: PRECEDENTES E SUAS PERSPECTIVAS NO CONTEXTO DA SOCIEDADE EM REDES NO SÉCULO XXI

*Cleiton Lixieski Sell*

## Introdução

Este artigo visa, em seu núcleo central, caracterizar a teoria da democracia participativa e atualizar essa perspectiva no contexto da sociedade caracterizada por Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs)<sup>15</sup>, as denominadas sociedades em redes do século XXI. A análise se consiste em que, o cidadão possa participar diretamente nas decisões políticas como uma forma mais eficaz e ao mesmo tempo transparente de transmitir a vontade do povo. Diante desse contexto, a democracia participativa pode ser considerada um modelo de justificação efetuado pelo poder político em condições de igualdade com a participação de cidadãos.

---

15 A expressão "TICs" surgiu como um marco nas tecnologias de informação na década de 1970, quando ocorriam as mudanças com a Terceira Revolução Industrial e Informacional, mantendo suas bases no conhecimento e na ciência informática. Em 1990, as TICs se tornaram meios de distribuir informação e comunicação de forma precisa, bem como o setor industrial iniciou a produção eletrônica em grande escala.

Os autores Jean Jacques Rousseau e John Locke, ambos que seguem vertentes contratualistas, são considerados pelas teorias políticas como pensadores modernos sobre as teorias políticas e as formas de democracia. Locke defende que a teoria da representação política seria a mais correta para garantir os direitos como liberdades negativas que na verdade se trata da não interferência do poder Estatal sobre as ações dos cidadãos. Por outro lado, com um viés relacionado à participação direta do povo na tomada de decisões, Rousseau sustenta que, as leis são espécie de condição para associação da sociedade civil, uma vez que o povo que é submetido às leis e, conseqüentemente, as cumpre, deve ser o autor (ROUSSEAU, 1995, págs 99-100).

Para Bobbio (1998, p. 322), esses dois pensadores possuem categorias de pensamento político interessante na medida em que, Locke observa como o poder legislativo deve ser exercido pelos representantes do povo de forma indireta, ao passo que Rousseau discorda, uma vez que entende que esse poder transformado em leis, deve ser assumido como uma identidade pelos cidadãos que a defendem. Desse modo, em uma primeira análise sobre as diferenças que ambos pensadores possuem em relação às teorias da democracia representativa e participativa, o ponto está na forma de conceber o poder legislativo.

Nesse contexto, este trabalho propõe analisar a pergunta, através do método dedutivo, se a democracia participativa pode ser considerada uma alternativa para o processo de decisão com maior legitimidade? Baseado em procedimentos analíticos e históricos, o tema foi analisado desde algumas vertentes clássicas até a contemporaneidade. Para alcançar esse objetivo, se iniciará abordando sobre precedentes da democracia participativa e sua visão no contexto da sociedade em redes. Em um segundo momento, será uma análise sobre os aspectos da representação política do povo, bem como a importância do cidadão no processo democrático. Por fim, uma síntese da democracia direta e algumas conclusões sobre esse modelo no contexto de uma sociedade formada pelas TICs e pela utilização do voto eletrônico.

## 1. Considerações sobre a democracia participativa

A democracia que é um tema que acompanha séculos de discussão e ressurge no contexto das tendências dos novos direitos, bem como

quando ocorrem conflitos no contexto de um Estado de Direito. Para Kelsen (2000, p. 35), “[...] a essência da democracia só pode ser compreendida tendo-se em mente a antítese ideologia e realidade, antítese que, no problema democrático, desempenha um papel de especial importância”. Desse modo, a democracia é o que compreende as condições de exercício cidadão de um país, permitindo decisões sobre os temas em pauta para o progresso de uma nação.

A democracia é um conceito que sofreu alterações desde o período da Grécia antiga<sup>16</sup>, oportunidade está que expandiu para todos demais continentes na medida em que avançavam no desenvolvimento econômico. Cabe mencionar que, não existe uma resposta precisa de quando a democracia começou a ser desempenhada – entretanto – boa parte dos fatos levam a acreditar que tenha originado de práticas democráticas constantes no período grego (DAHL, 2009, p. 81). Em realidade, a democracia foi superando obstáculos e sendo reformulada nos séculos passados, no entanto, suas bases, seguindo a teoria da ciência política, permaneceram como o de garantir um regime político na qual todo o cidadão podem em igualdade de condições exercerem sua soberania.

A democracia é caracterizada por elementos como a estrutura social formada, a realidade econômica e política existente e o surgimento de novos direitos a partir de uma sociedade complexa. Desse modo, a democracia pode ser entendida como um “processo de participação dos governos na formação da vontade governativa; participação que se alarga e dilata a direção certa de um fim, todavia inatingível: a identidade de governantes e governados [...]” (BONAVIDES, 2003, págs 57-58). Ademais, Habermas (1997, p. 52) complementa que, a democracia possui vínculo com o direito e está interligada substancialmente, uma vez que “[...] as leis morais preenchem essa condição per se; no caso das regras do direito positivo, no entanto, essa condição precisa ser preenchida pelo legislador político”.

Para Bobbio (2000, p. 72) quanto mais democrático for o regime de Governo, maior será a proteção das liberdades públicas, bem

---

16 A caracterização da democracia ateniense, que foi o regime adota na Grécia Antiga, se tornou um modelo de organização política das Cidades-estados em 510 a. C. A incorporação do que pode ser chamado de primeiro modelo de democracia foi o resultado de uma revolta comandada por Clístenes, que era considera um líder político que lutava por reformas políticas.

como o seu processo de aperfeiçoamento e concentração nos regimes políticos. Deve-se notar que, a democracia não era tão benéfica para o indivíduo, pois atravessou momentos difíceis de legitimidade já na idade antiga. Todavia, esta tendência passou a ser um modelo com maior garantia sobre as atrocidades em relação aos direitos violados – no entanto – para haver uma definição mínima, “[...] como é a que aceito, não bastam nem a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência de regras de procedimento como a da maioria ou, no limite, da unanimidade” (BOBBIO, 1986, p. 20).

Em termos de reconhecimento de direitos fundamentais, do século XVIII ao XX, o mundo atravessou duas grandes revoluções que são as da liberdade e da igualdade dos indivíduos. No entanto, a evolução do Estado Liberal para o Estado Social do século XXI, é causada por incertezas políticas, econômicas e sociais, em que persistem debates sobre os partidos de direita que possuem uma aproximação com o capitalismo, ao passo que os de esquerda reagem contra essa tendência. No entanto, para Gorczewski e Martín (2018, p. 136), os novos desafios da democracia neste século estão relacionados com outras tendências como o discurso do ódio, democracia globalizada, desobediência ao direito e as formas de exaltação da nação ou nacionalismos.

Na visão de Cunningham (2009, p. 28), a democracia participativa se difere da representativa como um modelo alternativo à medida que se torna um mecanismo mais próximo da participação e ao mesmo tempo enfrenta a questão da exclusão social no âmbito de exercer a cidadania. A experiência brasileira, ao menos em certa escala, já exerce a democracia participativa, uma vez que torna o cidadão-povo soberano e o cidadão-nação governante, que pode ser realizada pelo plebiscito, o referendun e a iniciativa popular<sup>17</sup>. Ademais, cresce de importância inserir esses dispositivos jurídicos no contexto da contemporaneidade de duas formas: primeiro, aproxima e transparece a informação ao

---

17 A Constituição Federativa da República Brasileira de 1988 (CRFB/1988) prevê o seguinte texto sobre os direitos políticos mencionados. “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. [...]”.

indivíduo como cidadão, e o segundo é o fortalecimento da nação na medida em que busca soluções práticas.

As sociedades necessitam de espaços políticos para haver uma conscientização participativa do cidadão, uma vez que haverá uma justiça mais igualitária, passando por todas as gerações de direitos humanos. Desse modo, para Bonavides (2003, p. 233), “[...] as formas democráticas do modelo participativo direito são politicamente, em nosso tempo, as mais compatíveis para o seu emprego e concretização desde o início do constitucionalismo”. Na mesma linha de raciocínio, as formas de participação política, principalmente nesse início de século XXI, possuem novas ferramentas que os cidadãos utilizam nas análises das tendências políticas.

De todo modo, com a análise da democracia participativa no século XX, e a partir do uso das tecnologias no âmbito brasileiro, surgiu correntes constitucionais que abordam a democracia em dois grandes blocos: A dos juristas, que possuem raízes no positivismo clássico e que defendem o formalismo da Constituição acima de qualquer perspectiva; por outro lado surgem os filósofos como Hegel, Kant, Montesquieu, Rousseau, etc., que possuem suas bases teóricas nas leis do direito natural, bem como os conceitos baseados na justiça e na ética.

## 2. O início da representação política e a participação do povo no contexto da democracia

A fundamentação sobre a democracia e suas primeiras participações nas organizações representativas políticas na literatura mais clássica, por assim dizer, é tímida. Por mais que a preocupação da democracia tenha relação com a ética e com a justiça, os governantes realizam uma postura restrita quanto à questão da legitimidade. Platão, por exemplo, era um pensador que não acreditava na democracia, pois considerava que os governantes e magistrados, como expoentes do rei-filósofo, tinham suficiente sabedoria e não necessitavam de leis positivas para comandar a cidade com prudência e bons critérios. (BARKER, 1978, págs 365–366). Na Idade média, Santo Tomás de Aquino estabelece a teoria divino poder que é emanada de Deus. Esse poder se transmitia a comunidade que era delegada a partir de uma forma de governo (mo-

narquia, aristocracia, etc.), sendo um dos mais agudos críticos com a tirania (GORCZEVSKI; MARTÍN, 2018, p. 86).

As primeiras instituições que utilizaram a democracia para formação política organizada tem suas bases na Grécia Antiga, sendo uma ideia que foi estendida desde o século IX a. C., na qual foi o período que surgiram os *demos*<sup>18</sup> que possuíam métodos mais evoluídos em termos de formação do Governo (GORCZEVSKI, 2013, p. 53). No entanto, com a Idade Média e, por conseguinte, o fim do período absolutista, a concepção de política começa a enxergar o cidadão relacionado ao processo de decisão política. Ademais, nesse momento começa a surgir à ideia de que as leis devem governar o país ou nação, e não os homens, resultando, portanto, em uma vontade do povo, que é sustentada na teoria política rousseana.

Diante da forma de participação do povo, defendida por Rousseau, suas vertentes possuem inspiração na Revolução Francesa de 1789, oportunidade na qual a burguesia apoiada pelos trabalhadores camponeses das diversas regiões rurais e urbanas tomou o poder do Rei absolutista Luis XVI<sup>19</sup>. O que se tornou relevante na teoria rousseana para democracia foi a sua referência sobre a forma de democracia direta, se tornando uma base de pesquisa de estudiosos sobre o tema. No entanto, ao observar a teoria percebe-se que, por vezes, se mostra paradoxal à medida que também se refere a uma democracia plebiscitária, que se entende no sentido do decreto da Plebe, e que hoje é um ato convocado que antecede a criação de uma norma que passa pela aprovação ou rejeição da população.

---

18 O “*Demo*” na Grécia Antiga significava uma subdivisão das terras (ou áreas rurais) em Atenas, e que seu vínculo passou a ser obrigatório para que o cidadão pudesse exercer suas atividades civis.

19 A Revolução Francesa foi desencadeada pela crise política, econômica e social, provocando um ciclo histórico que ocorreu no final do século XVIII, no período de 1789 a 1799, na França, na qual foi marcado pelo fim do absolutismo. Além da participação da categoria burguesa, a massa popular contribuiu para que os números da Revolução crescessem, uma vez que esse processo desencadeou a chamada “Universalização dos direitos sociais e das liberdades individuais”, por intermédio da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

De todo modo, a democracia republicana é de certo modo um sinônimo da democracia participativa, uma vez que ambas se baseiam na participação direta da população. No entanto, a expressão de participação no processo político decisório é criticada por autores como Pateman (1992, p. 35), posto que, essa tendência de decidir sofreu modificações desde a década de setenta. Conforme Teixeira (2013, p. 27), essa mudança ocorreu em dois momentos, o primeiro em 1975, quando a participação surge como uma emancipação social para uma transformação, e no segundo momento, no início da década de 1990, quando a participação do povo é assemelhada a deliberação, criando-se uma nova relação entre a sociedade e o Estado.

No entanto, a democracia participativa é considerada por Ribeiro e Scalabrin (2009, p. 160), como uma onda do terceiro milênio em termos de teorias democráticas, uma vez que a participação do povo inicia uma nova forma de protagonismo diante das posições e decisões tomadas na sociedade. Para Macpherson (1978, p. 58), esse modelo de democracia atravessou fases até sua moldura no contexto de sociedade complexa, em que teve início pela protetora, depois surgiu à fase do desenvolvimento, posteriormente a do equilíbrio e, por último, a participativa. Ademais, essa transformação da representação para a forma participativa ocorreu gradualmente, bem como a inserção do cidadão nas escolhas administrativas e legislativas.

Os discursos que são reproduzidos sobre a democracia participativa, pelo menos em termos sociológicos, possuem algumas perspectivas no sentido de atender a demanda das minorias sociais – ou seja – há intrinsecamente um sentido semântico que se refere à inclusão social, bem como Bonavides (2003, p. 36) defende quando diz que é uma forma de resistência e de luta do povo. Desse modo, entende-se que essa perspectiva busca estimular o indivíduo a engajar-se naquela decisão que será melhor para sociedade em que está inserido, entretanto, não há transferência de legitimidade como aparenta, pois, só se transfere quando existe outro modo de realizar a vontade de uma sociedade democrática.

### 3. Uma democracia direta e com liberdade positiva

Conforme abordado sobre as linhas traçadas pela teoria da democracia participativa, a forma como Rousseau defendia as liberdades so-

ciais e individuais, era típico de uma democracia que pertence a todos os cidadãos. Desse modo, sua visão era considerada apoderada sobre os direitos de liberdade, uma vez que a participação direta do povo, quando da elaboração das leis, tornaria os indivíduos os próprios protagonistas (ROUSSEAU, 1995, p. 110). De todo modo, a ideia que o autor quer expressar é que, toda vez que um povo é submetido às leis que mantêm a organização social de uma sociedade, deverá atentar para sua autoria conforme ressalta que, “[...] toda lei que não foi ratificada pelo povo em pessoa é nula; não é de forma alguma uma lei” (ROUSSEAU, 1995, p. 148).

Um dos autores que trabalha a questão da liberdade política é o britânico Quentin Robert Duthie Skinner, um historiador da escola de *Cambridge*, na qual revisita a teoria neorromana referente à liberdade do cidadão civil, uma vez que foi rejeitada e esquecida por outras teorias como a teoria clássica do liberalismo político (SKINNER, 1998, págs 83-84). Esse resgate que Skinner realiza coaduna com pensadores contemporâneos que denominam de neorromanos – posto que – sua base teórica sobre a liberdade alinha-se aos antigos romanos. Ademais, essa liberdade abordada pode ser comparada a liberdade positiva que autores como Berlin (1981, p. 29), faz alusão de que a liberdade é uma espécie de componente na participação política, bem como uma condição para os livres exercícios dos direitos civis.

O autor ainda se refere que, a ideia central do pensamento político neorromano de liberdade, ao fim e ao cabo, se trata de uma forma de desfrutar os direitos civis sem haver um acovardamento. Nessa linha de raciocínio, a “Teoria dos Estados Livres”, que foi trabalhada por autores como John Needhan e Milton Friedman, na qual este último aborda com precisão essa questão na obra “Capitalismo e liberdade”<sup>20</sup>, publicada no EUA, possuem em sua teoria de que, só é possível exercer

---

20 Milton Friedman é um economista norte-americano que possui suas vertentes teóricas liberais, na qual realizou uma série de estudos sobre a economia e o capitalismo, vindo a fundar Institutos como a “Escola Monetarista”. Em sua obra defende que, há uma relação entre liberdade política e liberdade econômica enquanto papel do Governo a partir de uma leitura de sociedade livre. Do mesmo modo, o autor defende que, apesar dos problemas econômicos em sua maioria serem imprevisíveis e indesejáveis, as soluções para tais problemas surgem nessa mesma perspectiva com o tempo.

a liberdade individual em Comunidades ou Estados livres, o que significa dizer que, só é possível quando as leis que os governam é aceita de forma livre e espontânea por todos os cidadãos.

Apesar de haver uma aproximação da ideia defendida por Rousseau, os autores abordados não consideram a questão da democracia direta, uma vez que compartilham o viés negativo como segue a linha de Aristóteles sobre a forma de governar, que é conhecida como democracia representativa do povo. De todo modo, a questão da liberdade foi discutida por Hobbes, que dizia que essa liberdade seria no sentido da comunidade, e não particular. Também, esse tema foi discutido por pensadores modernos como Berlin e Benjamim Constant, uma vez que este abordava que, a liberdade pode ressuscitar antigas instituições incompatíveis com os novos direitos como à liberdade de expressão, enquanto aquele sustentava que a soberania coletiva do povo poderia corromper a soberania do indivíduo (SKINNER, 1998, págs 56-57).

Em uma perspectiva da democracia direta nos países em desenvolvimento, Bonavides (1987, págs 248-249), ressalta que, são necessárias condições básicas de possibilidade tais como, a crença nos valores e um exercício de lideranças políticas para garantir a liberdade pelo regime democrático. Desse modo, a democracia participativa propõe uma análise sobre a estrutura organizacional, uma vez que trabalha com princípios como a soberania popular como uma forma de reconhecimento da democracia perante o povo. Desse modo, apesar desse modelo participativo carregar alguns traços da democracia representativa, a partir de um sentido Lockeano, seu eixo que diferencia é a vontade do povo por ser soberano em sua atitude.

Diante das questões abordadas sobre a participação direta do povo e com a desigualdade social, para que fosse possível chegar à liberdade, há a necessidade de garantir a igualdade dos indivíduos. Desse modo, como o direito somente existe por convenções ou contratos, o Estado liberal é uma forma de converter em direito o que a elite monopolista já havia adquirido com a propriedade privada (ROUSSEAU, 1999, p. 12). Ademais, a ideia de democracia direta se centra no dever ser do cidadão, em outra visão, interesses arbitrários devem ser substituídos por condições de igualdade, bem como a sociedade deve representar a igualdade e a liberdade como elementos imprescindíveis para democracia participativa.

Para autores como Isaiah Berlin, que trata com propriedade a distinção da liberdade no sentido liberal e republicano, que é classificada como negativa e positiva da liberdade destacam que, ambas as liberdades não sobrevivem por si só, há uma correlação. Do mesmo modo, é preciso estabelecer a liberdade pessoal da liberdade coletiva, uma vez que “[...] preservar uma área mínima de liberdade pessoal se não quisermos degradar ou negar nossa natureza. Não podemos permanecer livres em termos absolutos e precisamos deixar de lado uma parcela da nossa liberdade para preservar o restante” (BERLIN, 1981, p. 139). Do mesmo modo, esse pensamento coaduna com o que Rawls (1999, p. 11), aborda quando se refere que, a sociedade se torna cada vez mais linguística e culturalmente diversificada, portanto, a liberdade é o passo elementar para essa transformação do indivíduo no contexto da sociedade democrática.

#### 4. O papel do cidadão no contexto da sociedade democrática informatizada em redes

A função do cidadão na perspectiva da sociedade perpassa pelo Estado Democrático para que haja legitimidade dos direitos. Para Bonavides (2003, págs. 17-18), é necessário que haja uma tendência mais aberta em se tratando de países em fase de desenvolvimento, como é o caso do Brasil, uma vez que a grande diversidade que se constituem os problemas de incumprimento desde os direitos fundamentais, é complexa a questão de analisar essa realidade de outra forma. Não diferente, sua denúncia está contextualizada na “recolonização aparelhada” a partir da classe dominante, em que o interesse social é deixado de lado como uma vertente do neoliberalismo que, em última análise, desagua na questão da liberdade.

Na perspectiva de Bonavides (2003, p. 19), é analisada a importância e interdependência da liberdade, igualdade e da justiça no contexto da concretização da democracia em um país. Na visão crítica do autor sobre o direito Constitucional, existem três gerações ou modelos como a doutrina majoritária reconhece, sobre suas origens no contexto de impacto na sociedade. A primeira vem desde o Estado liberal, no século XVI e XVII, na qual havia um embate com vertentes religiosas;

a segunda veio da União Soviética, com a ideia do Estado Social e, por último, a linha de um Direito Constitucional de autodissolução.

No âmbito do cidadão inserido na sociedade sob o viés da democracia participativa, o olhar se centra no indivíduo como um integrante que irá compor essa instância. Desse modo, o que em realidade se quer dizer é que, as leis são uma baliza de interpretação na qual os direitos devem ser concretizados para todos os cidadãos, no entanto, para que ocorra essa realização democrática da justiça, como bem lembra Sousa Santos (2007, p. 23), os conflitos sociais entre os indivíduos e o Estado que não cumpre com seus deveres não são poucos, implicando, portanto, na utilização última e derradeira opção para satisfazer essas prestações que é por intermédio do Poder Judiciário.

A democracia participativa proposta no viés da função da participação do povo, não se refere aquela no período da sociedade ateniense, na qual era formada por três camadas, a dos cidadãos atenienses, a dos metecos e a dos escravos, no entanto, esse modelo permite que o povo tenha instrumentos de participação política e de controle (BONAVIDES, 2002, págs 27-28). A partir de uma análise sobre a soberania do povo, Tocqueville (2005, p. 68), aborda que, esse princípio deve ser visto como o povo reinando no âmbito político assim como Deus reina no mundo, uma vez que tudo surge dele e dele deve ser absorvido, é a causa e o fim dos acontecimentos – ou seja – o que se entende é que, o povo em si se governa, uma vez que esse princípio se manifesta quando o povo faz as leis, ou, na medida em que elege aquele que age sob sua vontade para fazê-lo.

O uso da tecnologia se torna uma ferramenta com múltiplas possibilidades sobre as futuras tendências do aperfeiçoamento dos modelos democráticos. De todo modos, com o advento da revolução informacional, são realizadas profundas alterações nas relações sociais, tornando-se multidisciplinar e possuindo um conteúdo mais cognitivo, interativo, instantâneo e desafiador para as redes de informação alimentar esses dados. A questão da democracia em redes, conforme aborda Benevides (1991, p. 39), está direcionada para o cidadão investido de direitos sociais, pois, assim, se aproxima da perspectiva dos direitos do cidadão na sociedade globalizada. Desse modo, o manejo instrumental informático implica em maior transparência das decisões dos líderes

políticos, uma vez que conceito de rede se trata de uma revisitação do próprio “Capital”, de Karl Marx<sup>21</sup>, na qual reconstrói a visão da sociedade a partir do povo ou da maioria (ou classe) trabalhadora.

Na perspectiva de Perez Luño (2004, p. 60), no âmbito do ciberespaço, a teledemocracia consiste em teorias que, relacionadas com as novas tecnologias, se trata de fenômenos inseridos na política como forma de participação da sociedade no contexto democrático. Desse modo, as tecnologias juntamente com aqueles que detêm o conhecimento tecnológico, introduzem uma nova forma de enxergar a democracia, uma vez os meios de comunicação aproximam a informação das redes ao cidadão.

Na visão de Castells, (2013, p. 265), as redes de comunicação auxiliam a política mediática como um mecanismo que se retroalimenta a partir de um fenômeno conhecido como “crise da legitimidade política”, – ou seja – em grande medida, essa tendência retrata as consequências que criaram a crise democrática que, para o autor, está relacionado com os processos contraditórios da globalização desigual. A função do cidadão nesse contexto de teledemocracia representa um espaço para que possa ser exercida a cidadania de forma responsável e comunitária, no entanto, não estará imune de assumir riscos para sua concretização (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 80).

Os movimentos sociais na era das TICs têm implicado novas perspectivas na sociedade democrática representam o símbolo de uma cultura no século XXI. Desse modo, essa tendência produziu novos valores democráticos ao passo que também acompanham novos riscos e incertezas para tutela da liberdade, uma vez que ampliaram as possibilidades de interferir na intimidade e outros âmbitos dos direitos pessoais (PÉREZ LUÑO, 2014, págs 10-11). Esse novo cenário apresentado, já está consolidado em países que possuem maior avanço e uso tecnológico, faz com que a liberdade informática, autodeterminação ou

---

21 A partir das obras de “O Capital: crítica da economia política: Livro I: o processo de produção do capital” e do “Manifesto do partido comunista”, de Karl Marx, é possível identificar que o autor aborda a democracia inserida no contexto da sociedade capitalista, uma vez que nas relações de produção de mercadorias, as lutas de classes são mascaradas pela exploração da classe trabalhadora, bem como a liberdade e a igualdade que são um produto de mera aparência.

proteção de dados pessoais seja protegida constantemente, bem como construir barreiras jurídicas para resguardar esses direitos.

A maior crítica realizada pelos doutrinadores sobre a ciberdemocracia está relacionada com o fato de o internauta ser reduzido à figura de usuário, portanto, dificilmente assume o compromisso pelo bem coletivo que está intrínseco ao papel do cidadão. No Brasil, a utilização do sistema informatizado teve início em 1985, no entanto, o primeiro processamento de dados eletrônico ocorre em 1994. De todo modo, a grande revolução do voto político ocorre de fato, em 1995, quando sob presidência do Superior Tribunal Eleitoral (TSE)<sup>22</sup>, o Ministro Carlos Velloso, abordou sobre a forma de processar os votos eletronicamente. No ano seguinte, 1996, as eleições pela Urna eletrônica ocorreram com mais de 32 milhões de cidadãos, concretizando o primeiro passo rumo à introdução tecnológica no processo eleitoral.

Conforme dados do Instituto Internacional para a Democracia e a Assistência Eleitoral (Idea Internacional), o sistema eletrônico para apuração dos votos já é realizado em trinta e cinco nações, dentre eles sistemas políticos já consolidados, como é o caso do Canadá, Estados Unidos e Austrália (CRUZ, 2018, p. 1). Nos países da América Latina, México e Peru, também utilizam as urnas como processo eleitoral, assim como no continente asiático, na qual esse procedimento já está introduzido em países como a Coréia do Sul, Japão e a Índia, sendo este último, um dos países com maior número de eleitores.

Destarte, no contexto da democracia e a partir do cidadão como um sujeito de direitos, Grau (2013, p. 282) ressalta que, é preciso haver um equilíbrio em adotar em nome dos princípios, a efetivação da justiça que acaba comprometendo a atuação dos Poderes Judiciários. Desse modo, o autor analisa que o indivíduo está acompanhando as tendências sobre as mudanças sociais, no entanto, deve haver a consciência em não haver uma busca excessiva, no direito e nos princípios,

---

22 O Tribunal Superior Eleitoral visando adotar medidas antifraude eleitoral, em 1996, após serem realizadas várias iniciativas, adotou o sistema de urnas eletrônicas pela primeira vez em 57 cidades, caracterizando o primeiro passo em direção à informatização do sistema eleitoral brasileiro. A Justiça Eleitoral incentivou novos projetos de aperfeiçoamento para que as urnas chegassem a todo território nacional, somando 24 anos desde sua utilização nas eleições do país.

em encontrar justificativa para todas as ações como forma de alcançar a justiça, o que acaba resultando outros problemas como o sistema processual sobrecarregado e, por conseguinte, fragilizado e desacreditado.

## Conclusões

A democracia é um conceito que emergiu a partir de reformulações no contexto global da sociedade em redes interligadas por meios de informação, conforme sustentam autores como Pérez Luño, Manuel Castells, Pierre Lévy e Dominique Cardon. No entanto, a sociedade necessita de uma democracia efetiva para inclusão do povo nas decisões – posto que – os indivíduos necessitam de uma transparência que justifique a decisão confiada em seus representantes políticos. Para responder esta questão fundamental do texto a partir da teoria da democracia participativa, percebe-se que a participação do indivíduo é peça fundamental para a efetivação de uma democracia capaz de atender a demanda da população, bem como para alinhar o aspecto da Constituição que por natureza intrínseca prescreve o viés democrático.

Sobre as considerações realizadas sobre o modelo de democracia participativa, alinha-se ao pensamento de Bonavides na medida em que, essa perspectiva forma, organiza e sustenta ideias que rejeitam o neoliberalismo e a recolonização sob o manto da soberania. De todo modo, Rousseau foi um dos pensadores da teoria política que desenvolveu as bases de uma democracia participativa, uma vez que sua essência está em transferir a base do poder político para o consentimento individual do povo, bem como em estabelecer as normas da sociedade, de forma individual e coletiva, mediante um contrato social que será celebrado pelo Estado social.

Essa proposta sustentada por Rousseau, na qual o Poder Legislativo deve ser realizado pelos cidadãos de forma direta e sem intermediários, repele a questão da representatividade política, uma vez que se fora estendido essa possibilidade aos representantes, seria uma forma de alienação na qual o indivíduo (o povo) não possuiria a livre condição de vontade e tampouco poderia sancionar as leis que são oriundas do povo. Conforme se observa no modelo participativo, a partir de suas características, a participação do cidadão expande na esfera política, bem como na concretização da justiça social.

Nessa abordagem restou comprovado que, a teoria da democracia participativa apresenta elementos que caracterizam a diversidade em níveis de desenvolvimento político e econômico de um país. Igualmente, a democracia sofreu períodos tensos até ser aperfeiçoada para um padrão de garantias para os indivíduos, no entanto, como recorda Friedrich Müller (2003, p. 127), que para haver o autêntico Estado Democrático, é preciso que haja efetivação dos direitos assim como das garantias constitucionais, uma vez que os cidadãos são sujeitos que se utilizam da *práxis*, como se fossem protagonistas que lutam pelo tratamento igualitário dos indivíduos na sociedade. Ademais, na medida em que os fatos sociais ocorrem, os mecanismos para estabelecer a democracia precisam ser acompanhados, bem como quanto mais oportunidades digitais e meios de comunicação forem disponibilizadas, maior será a aproximação do cidadão e a transparência das decisões políticas.

Com as aportações realizadas sobre essa temática, resta concluso que, no âmbito jurídico e ético da teledemocracia, termo abordadas por Perez Luño, ambas as perspectivas refletem no plano moral da coletividade, uma vez que está ocorrendo uma profunda transformação da experiência de vida conectada virtualmente e que poderá ampliar o espaço para uma cidadania responsável e solidária. No aspecto jurídico, a teledemocracia possibilita para participação dos cidadãos de forma real no processo legislativo, contribuindo para a garantia de um Estado de direito com o viés democrático.

## Referências

- BARKER, Ernest. **Teoria Política Grega**. Brasília: UnB, 1978. ISBN 1285686724562
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A Cidadania Ativa – referendo, plebiscito e iniciativa popular**. São Paulo: Ática, 1991. ISBN 8508039913
- BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Tradução de Humberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981.
- BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: UnB, 1998. ISBN 9788523003098

- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea**. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará, 1987.
- BONAVIDES, Paulo. **Os Poderes Desarmados**. À margem da Ciência Política, do Direito Constitucional e da História. Figuras do passado e do presente. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002. ISBN 8574203467
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. ISBN 857420515X
- CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 2013. ISBN 978-972-31-1473-7
- CRUZ, José. Sistema eletrônico de votação já é utilizado em 35 nações. [em linha], em *AgênciaBrasil*. [Consulta: 16-3-2020]. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-10/sistema-eletronico-de-votacao-ja-e-utilizado-em-35-nacoes>>.
- DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Brasília: UNB, 2009. ISBN 9788523006211
- GORCZEWSKI, Clovis. Democracia e Participação Política: Um breve histórico de sua evolução e a educação como condição necessária ao seu exercício. In COSTA, M. M. M. da; LEAL, M. C. H. **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013. ISBN 8575781731
- GORKCZEWSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Beloso. **Cidadania, democracia e participação política: os desafios do século XXI**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2018. ISBN 978-85-7578-479-2

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6ª ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013. ISBN 9788539201969

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. 3ª ed. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2007. ISBN 9788515024384

KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. ISBN 978-8533612570

MACPHERSON, Crawford Brough. **The life and time of liberal democracy**. Oxford: Oxford University Press, 1978.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. 3ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2003. ISBN 9788586300394

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Paz e Terra, 1992.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?**. Barcelona: Gedisa, 2004. ISBN 9788497840187

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. Madrid: Universitas, 2012. ISBN 978-84-7991-373-1

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. ISSN 2236-1677. Vol 4, Nº 2 (Jul./Dez. 2014), p. 9-46.

RAWLS, John. **The Law of Peoples: Whith The Idea Of Public Reason Revised**. Cambridge, London: Harvard University Press, 1999. ISBN 0674005422

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a economia política e do contrato social**. Petrópolis: Vozes, 1995.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Tradução Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999. ISBN 978-85-7019-544-9

SKINNER, Quentin Robert Duthie. **A liberdade antes do liberalismo**. São Paulo: Unesp, 1998.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007. ISBN 9788524913242

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democráticos**. Tradução Eduardo Brandão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. ISBN 8580631548

# EDUCAR PARA A MEDIAÇÃO, É POSSÍVEL?

*Klever Paulo Leal Filpo*

## 1. Introdução

A proposta do presente artigo é descrever experiência empírica de emprego da mediação para o tratamento de conflitos escolares e refletir sobre a importância ou, antes a possibilidade de se pensar em uma educação para a mediação como condição de êxito para a aqui denominada Política Nacional de Tratamento Adequado dos conflitos de interesse, no Brasil.

Nosso estranhamento diz respeito ao fato de que, a despeito de todo o entusiasmo em torno da iniciativa de incorporar formas consensuais de solução de conflitos no Brasil, sobre o que trataremos mais adiante, há resistências e dificuldades, de ordem cultural e também estrutural, que se colocam como obstáculos à efetivação dessa política pública. Um desses obstáculos, que aqui nos interessa, é a ausência de uma educação para as formas consensuais de solução de conflitos, ou seja, de iniciativas que permitam formar pessoas para pensar de modo diferenciado (em relação às formas convencionais de solução de conflitos, pelo Judiciário) os conflitos interpessoais, e preparadas para lidar com eles, utilizando, sobretudo, as ferramentas da mediação (BRAGA NETO, 2012).

A questão que se coloca, baseada em revisão bibliográfica, é que há, no Brasil, uma cultura jurídica bastante arraigada (NICÁCIO, 2012) no sentido de que a solução de conflitos é tarefa do juiz. Modificar essa percepção demanda uma formação mais ampla para o consenso

– em vez do litígio – tendo como destinatários não apenas os profissionais de formação jurídica, mas a população em geral. Tal formação, no contexto de um movimento pelas soluções adequadas dos conflitos não seria também um papel da escola?

Metodologicamente, o texto contém revisão bibliográfica conjugada com o relato de experiências e dados de campo obtidos por meio de pesquisa empírica qualitativa que temos conduzido, com recursos do CNPq/Brasil, (Chamada Universal 2016). Nossas abordagens empíricas implicam em estudo de casos e observações realizados com o objetivo de compreender o que faz com que um conflito surgido na escola seja judicializado, e os mecanismos acionados na tentativa de administrá-lo. Interessa também identificar, compreender e descrever a utilização (ou não) de formas consensuais de tratamento desses conflitos e os caminhos que seguem no sistema de justiça.

A efetivação da política pública de tratamento adequado para os conflitos de interesse necessita ser objeto de reflexões e este é, enfim, o objetivo central da presente contribuição.

## 2. Política Nacional de Tratamento Adequado para os Conflitos de Interesse no Brasil

No campo da administração de conflitos sociais, vivemos hoje, no Brasil, sob os influxos da chamada Política Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse, que vem estimulando a utilização de meios consensuais, como a conciliação e a mediação, em diferentes contextos (MELLO e BAPTISTA, 2011).

Segundo Gianezini (2018), estabelecer um conceito unívoco de política pública é algo complexo, pois “não há uma teoria completa e definida sobre o tema, mas sim vários conceitos que formam o que pode ser traduzido como política pública.” A mesma autora informa que as políticas públicas estão diretamente associadas ao Estado. Contudo, há outros atores que agem na sua construção, tanto no âmbito privado como público. E propõe:

A partir dessas constatações, as políticas públicas são, então, espaços (ou campos) que contemplam conhecimentos teóricos

– da parte da academia – e empíricos – emanados mediante discursos de cidadãos que procuram promover a ação governamental ou recomendar possíveis alterações nessas ações. Destarte, as políticas públicas são, em verdade, as intenções governamentais que produzirão transformações profundas ou artificiais no mundo real (GIANEZINI, 2018, p. 1070).

Neste artigo, estamos considerando que todos os esforços que vêm sendo empreendidos, aproximadamente nos últimos 15 anos, a fim de disseminar o emprego de métodos consensuais de solução de conflitos no Brasil, como alternativa aos serviços judiciários prestados pelo Estado, podem ser considerados uma política pública. Tal política foi em muito influenciada pela atuação do Judiciário desde a criação do Conselho Nacional de Justiça (2004), consolidando-se a partir da Res. 125 desse Conselho (NUNES, 2014). Sob a ótica do Poder Judiciário, parece haver a intenção de evitar ao máximo a judicialização das disputas, preferindo que estas sejam contornadas, administradas ou mesmo solucionadas por outras vias, como a mediação extrajudicial (FILPO, 2016).

Nessa medida tem-se buscado estimular, de diversas maneiras, as chamadas soluções amigáveis ou não adversariais (AZEVEDO, 2012), para os conflitos de interesses, em diferentes contextos. A Lei 13.105/2015 absorveu essa proposta ao incluir, no procedimento comum cível (art. 334) a obrigatoriedade de realizar audiências de mediação, quando as partes em conflito estão ligadas em relações continuadas (de família e de vizinhança, por exemplo). Ou ainda, antes, quando o artigo 3º do Código convoca todos os atores processuais para incentivarem o emprego das soluções consensuais para os conflitos. Por outro lado, a Lei de mediação (13.140/2015) buscou regulamentar o emprego da mediação nos mais diferentes contextos, tanto em sede judicial como extrajudicial, chegando ao ponto de autorizar que se realize para dirimir conflitos envolvendo a administração pública, quando se tratar de direitos indisponíveis, mas que comportem transação.

Embora esteja implícito dentro desse movimento que a mediação teria ampla utilização, para auxiliar na administração de variados tipos de conflitos, vem se consolidando a percepção de que ela seria adequada para tratar daquelas disputas em que as partes, após a solução do problema es-

pecífico, tenham que continuar se relacionando, como acontece entre vizinhos, entre pais separados com filhos, entre estudantes de uma mesma escola, membros de uma mesma agremiação, dentre outros exemplos. É o que se denomina relações continuadas (AZEVEDO, 2012).

Os conflitos escolares parecem encaixar-se no contexto de relações continuadas, em que se recomenda o uso da mediação em lugar das soluções judiciais. Até mesmo para evitar que os jovens, envolvidos em conflitos de diferentes naturezas, acabem ingressando no sistema de justiça, em vez de serem buscadas soluções educativas, próprias para a sua idade e formação.

O que se está denominando de conflitos escolares são aqueles que surgem no ambiente ou a partir das relações inerentes às atividades da escola, envolvendo alunos, professores, pais, responsáveis, e outros atores. Em tais situações, recomenda-se que as próprias partes encontrem a melhor saída, em vez desta ser imposta pelo Estado-Juiz (SIMIÃO, 2010 e MARTÍN, 2011), o que pode, inclusive, trazer consequências severas e indesejadas para esses jovens.

### 3. Abordando Conflitos Escolares, empiricamente

A oportunidade de pesquisar formas de administração de conflitos escolares surgiu quando tivemos contato com o seguinte caso de mediação escolar, envolvendo disputa entre duas estudantes de uma escola particular da cidade de Petrópolis-RJ. Esse caso é particularmente significativo e paradigmático, razão pela qual temos feito referência a ele como um ponto de partida em nossas reflexões sobre o tema, tratando-se do relato de uma experiência prática.

Ao sermos chamados para intervir no caso, mediar o conflito, havia uma rixa entre as duas estudantes perpetuada por meses, que por pouco não descambou em agressões físicas. Como uma das estudantes era um pouco mais velha e visivelmente mais alta e forte do que a sua rival, esta última ficou intimidada, passando a apresentar queda de rendimento escolar. Sua mãe também relatou que a filha, geralmente uma estudante assídua e interessada, passou a inventar desculpas para não ir à escola, queixando-se com frequência de dores de cabeça e enjoos como justificativas para permanecer em casa.

A situação poderia ser encaixada no conceito de *bullying* que, segundo Teixeira (2011), pode ser definido como o comportamento agressivo entre estudantes. São atos de agressão física, verbal, moral ou psicológica que ocorrem de modo repetitivo, sem motivação evidente, praticados por um ou vários estudantes contra outro indivíduo, em uma relação desigual de poder, normalmente dentro da escola. Ocorre principalmente em sala de aula e no horário do recreio (conferir ALMEIDA, 2011).

Preocupada, a mãe procurou os dirigentes da escola e ficou sabendo que a desavença teria sido causada por um comentário feito durante um intervalo a respeito do interesse comum por um rapaz, a partir do qual as estudantes, antes boas colegas, se tornaram rivais. Os pais das estudantes foram chamados à escola e, juntamente com os seus dirigentes e um mediador, construíram uma solução pacífica entre elas. As reuniões, em um total de três, realizadas durante aproximadamente duas semanas, culminaram com o compromisso de que cada uma, dali por diante, respeitaria o espaço da outra, evitando novas agressões. O problema foi contornado.

Uma das mães admitiu, ao final da última reunião, que pensara em transferir a filha para outro estabelecimento e que já contratara um advogado para ajuizar ação contra a escola e os pais da aluna desafeta de sua filha, pois não enxergava outra solução para o problema. Mas ficou satisfeita com o resultado da mediação e desistiu de intentar a ação. Apesar disso, seu relato deixou evidenciado que o seu primeiro impulso apontou para via judicial como a solução para a questão que tanto afligia sua filha.

Nessa situação observada, um método consensual e extrajudicial, conduzido no próprio ambiente escolar, com a intervenção de terceiros, mediante o emprego de técnicas de mediação (cf. BRAGA NETO, 2012), conseguiu evitar o ajuizamento de uma ação que, possivelmente, poderia ser muito mais prejudicial (custosa e demorada) para os envolvidos. Segundo as dirigentes da escola, essa forma de tratar o conflito apresentou um aspecto educativo, propondo modificação de comportamentos e restabelecendo as condições para a convivência pacífica entre as estudantes, sem necessidade de providências mais severas. Essas são algumas das características da me-

diacção, enaltecidas por autores como Warat (2004–2011), Azevedo (2012) e Vezulla (2013).

Contudo, em contato com estudantes de ensino médio que participam como Jovens Talentos em nosso grupo de pesquisa em Petrópolis, RJ, percebemos que as iniciativas que envolvem a abordagem e tratamento do conflito em sede escolar, antes de se tornarem ações judiciais, não é tão comum. Geralmente, talvez por falta de treinamento/capacitação adequada para esse tipo de intervenção, a conduta da escola e seus dirigentes se aproxima mais com se fossem expectadores, não enxergando, a si próprios, como administradores ou solucionadores de conflitos. Evita-se o enfrentamento e, até mesmo, a visibilidade do conflito (cf. FILPO, SAMPAIO e PEREIRA, 2017). Isso ocorre de formas variadas como, por exemplo: alegar que conflitos não ocorrem entre os seus estudantes, ou delegar o tratamento desses conflitos a outras entidades, como o Conselho Tutelar e a Ronda Escolar, ligada à guarda municipal (no caso de Petrópolis, RJ).

Ao ser entrevistada por uma de nossas alunas a diretora de uma escola particular da cidade informou que deveríamos ir a outra escola, preferencialmente uma escola pública, já que naquela escola que ela dirige “não tem essas coisas de conflito não” (cf. FILPO, SAMPAIO e PEREIRA, 2017).

Por outro lado, uma diretora de escola pública revelou não saber muito bem como lidar com casos de conflitos surgidos na escola. Isso depende, um pouco, do que se trata. Por exemplo, em casos de furto de celulares – os quais, segundo relatos, hoje são comuns – geralmente um trabalho de conversa, de convencimento, feito pelas professoras, traz bom resultado com a devolução do aparelho – segundo nossa entrevistada. Mas há outros casos, principalmente incluindo “alunos problema” (categoria que apareceu no trabalho de campo) em que a solução costuma ser o encaminhamento do caso ao conselho tutelar (FILPO, SAMPAIO e PEREIRA, 2017).

A diretora deixou transparecer que não recebe formação e não está preparada para a resolução de conflitos na escola. Parecer ter receio das conseqüências prejudiciais para a sua carreira, caso venha a interferir de forma equivocada em uma conflito, preferindo uma postura mais passiva, em muitos casos.

Mendonça Pinto (2014, p. 94) em etnografia que incluiu observações em escolas de Seropédica-RJ, também percebeu uma ausência de instâncias escolares para resolução de conflitos, que inclusive apareceu na fala de alguns estudantes entrevistados:

Não há (interferência da escola), na verdade, quando isso acontece, aconteceu “morreu” ali ou até mesmo não *morreu*, fica aquele professor olhando de rabo de olho” pro aluno, ninguém interfere não, nenhum tipo de aluno – rapaz do 1º ano

Por outro lado, o número e diversidade de conflitos no espaço escolar tem se mostrado muito significativo. Leitura preliminar realizada a esse respeito demonstrou um dado interessante: tem se tornado cada vez mais comum, no Brasil, que conflitos corriqueiros entre estudantes, mesmo de pouca idade, formem uma espiral, tornando-se muito graves, envolvendo agressões físicas e outras violações de direitos que, não raro, chegam às barras do judiciário. Aginsky, Silva e Pacheco (2015) observaram que, na oportunidade de sua pesquisa, verificava-se “a ampliação da judicialização de conflitos que envolvem situações de baixo potencial ofensivo, como conflitos nas escolas, que não raro podem resultar na imposição de medidas socioeducativas”.

Em se tratando do fenômeno da judicialização de conflitos escolares, segundo as mesmas autoras, nem sempre a dimensão educativa irá prevalecer, havendo ainda que se levar em consideração a exposição dos adolescentes a constrangimentos e violências institucionais decorrentes de uma eventual inserção no Sistema de Justiça e Segurança. Elas anotam que os conflitos escolares adentram o Sistema de Justiça Juvenil, e o seu tratamento exigiria “a articulação do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, no que se inclui Judiciário, Ministério Público, Delegacias de Polícia, Poder Executivo Municipal, Escolas e Conselhos de Direito e demais políticas públicas”.

A despeito dessas percepções, as observações e entrevistas feitas até o momento, no município de Petrópolis-RJ (Pesquisa realizada com recursos do CNPq – Edital Universal 2016), sugerem que, em geral, a mediação ou outros métodos de intervenção consensual dos conflitos não são identificados pelos atores do campo como uma via que possa

ser acionada para o tratamento de conflitos surgidos na escola. Pelo contrário, na maioria dos casos examinados optou-se por submeter o conflito diretamente ao sistema de justiça, muitas vezes por meio do acionamento da autoridade policial. Ou da Guarda Municipal, responsável pelo serviço denominado “Ronda Escolar”. Não foi observado ser comum, nesses casos examinados, ocorrer uma tentativa de composição amigável anterior, ainda em sede escolar.

Pode-se inferir, assim, que a política nacional de tratamento adequado de conflitos de interesse, por ser algo recente e por estar se voltando com especial interesse para as questões judiciais (veja o texto do CPC em vigor, e a Resolução 125 do CNJ, de iniciativa do Poder Judiciário), ainda tem um largo campo inexplorado no tocante à utilização da mediação extrajudicial, que pode ter lugar em diferentes espaços: nos escritórios dos advogados, nas associações de bairros, nos condomínios, nas agremiações – e em especial, no caso deste *paper*, nas escolas. Essa seria, ao nosso sentir, um desdobramento necessário dessa política pública.

#### 4. Educar para a Mediação?

Autores como Warat (2004) e Vezzulla (2013) ressaltam o potencial educativo e transformativo da mediação. Para esses autores, a formação para a mediação, ou antes, a prática da mediação, é capaz de exercitar a alteridade e preparar as pessoas para viverem melhor com os outros.

Para Bentes e Monnerat (2017), o sentido de mediação delineado por Warat compreende a forma de resolução dos conflitos através do consenso alcançado entre as partes envolvidas, o que levaria a formação de cidadãos verdadeiramente comprometidos com os direitos humanos e com o ideal de construção de uma sociedade justa e fraterna, na medida em que as partes conflitantes chegariam a reconhecer a outra parte e os seus direitos correspondentes. A concepção de mediação não se limitaria, assim, à composição dos conflitos, peculiar da esfera extrajudicial, mas se expandiria por todas as situações caracterizadas pela extrema vulnerabilidade social, que exigem a intermediação e ações efetivas na direção de facilitar o acesso das pessoas fragilizadas aos ór-

gãos competentes para a promoção dos direitos humanos e do exercício da cidadania.

Nessa medida, trabalhar com mediação de conflitos da escola poderia produzir resultados em duas vertentes: tanto na oferta de meio mais adequado para tratar dos conflitos surgidos no espaço escolar, como na preparação de pessoas preparadas para promover o consenso. Tudo de forma consentânea com a política pública que nos interessa, neste *paper*.

Não obstante, alguns autores vêm levantando questionamentos sobre a efetividade dos meios consensuais, como a mediação e a conciliação, como formas institucionalizadas de administração de conflitos no Brasil, já que parece existir grande dificuldade na sua assimilação, no plano empírico. Tal dificuldade, ou mesmo indiferença, parece existir tanto na escola como em outros espaços, alguns deles no próprio Poder Judiciário.

Por exemplo, pesquisa de campo conduzida no Estado do Rio de Janeiro entre 2010 e 2013 constatou dificuldades nas primeiras experiências com o emprego da mediação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio (FILPO, 2016). Uma das dificuldades identificadas foi a pequena adesão dos juízes à mediação, pois muitos acreditavam que não surtiria efeitos concretos e poderia acabar alongando demasiadamente o processo. Os defensores da mediação, por sua vez, argumentavam que essa percepção era devida ao desconhecimento generalizado sobre as práticas mediativas, o que poderia ser superado com o passar do tempo, por meio de atividades de divulgação (das qualidades atribuídas à mediação) e capacitação (de profissionais para implementá-la e difundi-la).

Nicácio (2012, p. 57), por sua vez, relata experiências vivenciadas no Brasil e na França, onde foram disponibilizados serviços de mediação em diferentes espaços, sendo mais tarde verificado que essas iniciativas não contaram com a adesão da população como esperavam os seus entusiastas. Essa autora (NICÁCIO, 2012, p. 57), após refletir sobre essa questão e lançando mão da obra de pesquisadores franceses, formulou uma possível explicação para esse fenômeno, sustentando que

- a) tais experiências [com a mediação] não intervêm suficientemente cedo no processo de desenvolvimento, apreensão e

consciência jurídica de cada cidadão, mas somente quando suas concepções sobre direito ou justiça já se encontram extremamente consolidadas e por isso difíceis de serem alteradas e que

b), conseqüentemente, uma mudança substantiva em determinada cultura jurídica implica trabalhar os pilares da socialização jurídica dos indivíduos desde a mais tenra infância ou por meio de organizações comunitárias que tenham legitimidade para conduzir discussões e cursos com e para moradores do local.

Tomando como uma hipótese essa dificuldade de absorção, por motivos culturais, e colocando-a em outros termos, pode-se supor que as iniciativas voltadas para o emprego da mediação, como alternativa à prestação jurisdicional convencional, tendem a ser mais bem sucedidas quando os usuários são familiarizados com esse método desde bastante jovens (em contato com experiências levadas a efeito na escola e na comunidade). Quando isso não acontece, a dificuldade é maior, pois a concepção que cada um tem sobre o direito e a justiça não são tão fáceis de modificar. Aparentemente se trata de um processo que demanda tempo e a conjugação de outros fatores para além da lei. Estamos nos referindo à cultura.

Segundo uma teoria antropológica bastante disseminada, a cultura é algo vivo, dinâmico, pode se modificar com o passar do tempo. La-raia (2006, p. 98-99), em um texto bastante esclarecedor e de grande repercussão sobre as formas “como opera a cultura”, em perspectiva antropológica, fornece alguns exemplos simples e interessantes a respeito das mudanças culturais a que qualquer sociedade está sempre sujeita. As formas de vestir, por exemplo. No caso Brasileiro, o autor compara as vestimentas usadas por homens e mulheres do Rio de Janeiro no início do século passado com as atuais. E conclui que, assim como mudam as formas de vestir, muitas outras coisas mudam, no espaço social, com o passar do tempo. Assim também podemos pensar que uma certa percepção sobre Direito e Justiça podem se modificar.

Esse interessante relato nos leva a concluir que mudanças sensíveis no que diz respeito às formas preferenciais para a administração de conflitos demandam tempo, assim como, na teoria antropológica acima referida, a forma de vestir modificou-se e continua se modificando

com o passar dos anos. A comparação é válida, já que o direito é um saber local, intrinsecamente ligado à cultura de cada povo (GEERTZ, 2009), tanto quanto a forma de vestir; as crenças compartilhadas; determinados rituais e hábitos alimentares; dentre outros. A forma como enxergamos a atividade de solução de conflitos e a aplicação do Direito também fazem parte do acervo cultural transmitido às gerações seguintes, daí a importância de pensar em uma educação para a mediação.

## 5. Considerações Finais

Na experiência brasileira a mediação somente há pouco tempo vem sendo disponibilizada à sociedade, tendo como marco mais relevante a Resolução 125/2010 do CNJ, que instituiu os Tribunais como polos difusores das soluções consensuais dos conflitos de interesse. Trata-se, portanto, de uma Política Pública disparada, no Brasil, por iniciativa do Poder Judiciário. Mas, embora o Judiciário tenha tomado a dianteira nesse movimento, é evidente que não pode monopolizar os meios de solução de conflitos, sobretudo os consensuais.

Posteriormente, iniciativas análogas foram observadas no Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e na Lei de Mediação (Lei 13.140/2015). São diplomas normativos que ainda dependem de serem testados ao máximo das suas respectivas potencialidades, no campo da solução consensual de conflitos mas que refletem uma tomada de posição do legislador: soluções consensuais podem ser buscadas, em muitos casos, como alternativas ao modelo judiciário de administração de conflitos.

Ao que se percebe até o momento, passados 5 anos desde os marcos normativos citados acima, os esforços empreendidos pelo legislador não parecem suficientes para garantir uma preferência pelas formas consensuais de solução de conflitos no Brasil, quer em sede judicial, quer em espaços extrajudiciais (a escola seria um deles). Ou mesmo para modificar comportamentos e sentimentos sobre o direito e o Poder Judiciário. Pode ser que isso demande tempo e a socialização em outros modos de administração de conflitos. Neste texto, sugerimos pensar em formas de educar para a mediação.

Nossa pesquisa vêm apontado que a escola não parece ter sido eleita como um espaço preferencial para o tratamento dos conflitos que sur-

gem dentro ou a partir dela, nem há notícia de programas de capacitação de mediadores escolares em larga escala, até o momento. Logo, abre-se aqui uma janela de oportunidades, pensando a escola como um espaço adequado para a formação de estudantes que poderão desenvolver habilidades e competências para, no futuro, lidar de forma mais cooperativa diante dos conflitos e dos mecanismos disponíveis para solucioná-los.

## Referências Bibliográficas

- AGUINSKY, Beatriz Gerhenson; SILVA, Gabriela Machado da; PACHECO, Cássia Linhares; ÁVILA, Lisélen de Freitas. *Judicialização dos Conflitos Escolares: desafios para a materialização dos princípios do SINASE*. Disponível em <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/serpinf/2014/assets/21.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2015.
- ALMEIDA, Carlos Alberto Lima de. *Bullying na perspectiva da disciplina escolar e dos direitos da crianças e do adolescente*. Participação em Debate. Fórum Permanente de Direito Educacional. 2011.
- AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasil. 2012.
- BENTES, Hilda Helena Soares Bentes; MONNERAT, Diego Machado. *O ofício do mediador na perspectiva controversial: a arte de construir a autonomia e o sujeito de direito*. Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos, v. 5, n. 1, p. 149-166, jan./jun., 2017.
- BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de Conflitos: Conceito e Técnicas*. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). *Negociação, Mediação e Arbitragem: Curso básico para programas de graduação em Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. pp. 103-125.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125/2010. Disponível em <<http://cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao/legislacao>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105/2015 – Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.140/2015 – Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm)>. Acesso em 01 mai. 2018.

FILPO, Klever Paulo Leal. *Mediação Judicial: Discursos e Práticas*. Rio de Janeiro: Mauad X e FAPERJ, 2016.

\_\_\_\_\_; SAMPAIO, Beatriz Magrani; PEREIRA, Laura Macedo Diniz Marques. *Estudo de Casos de Judicialização e Mediação de Conflitos Escolares no Município de Petrópolis, Rio de Janeiro*. 2017. Artigo incluído nos anais do V Encontro Nacional sobre o Ensino de Sociologia Básica –ENESEB, UnB, Brasília, DF. Disponível em <<http://www.aconteceeventos.com.br/Anais%20ENESEB/resumos/PPT-eposter-trab-aceito-0175-1.pdf>>. Acesso em 01 mai. 2018.

GIANEZINI, Kelly; *et al.* Políticas Públicas: definições, processos e constructos no século XXI. *Revista de Políticas Públicas*. v. 21, n. 2 (2017). Disponível em: <<http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/8262>>. Acesso em 07 mai. 2018.

GROSSI, Patrícia Krieger; AGUINSKY, Beatriz Gerhenson; SANTOS, Andréia Mendes dos. *Justiça Restaurativa nas escolas de Porto Alegre: desafios e perspectivas*. Disponível em <[http://justica21.org.br/arquivos/bib\\_272.pdf](http://justica21.org.br/arquivos/bib_272.pdf)>. Acesso em: 12 mar. 2015.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Argonautas do Pacífico Ocidental: um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné Melanésia*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MARTÍN, Nuria Belloso. *A Mediação*. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Orgs.). *Justiça Restaurativa e*

- Mediação – políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.
- MELLO, Kátia Sento Sé; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Mediação e Conciliação no Judiciário: Dilemas e Significados. Dilemas – Revista de Estudos de Conflitos e Controle Social. IFCS/UFRJ. Rio de Janeiro. v. 4, n. 1, jan./mar. 2011.
- MENDONÇA PINTO, Nalayne. *Juventude, conflitos e consensos: estudo de caso em duas escolas*. In: GUEDES, Simoni Lahud; CIPINIUK, Tatiana Arnaud (Orgs.). *Abordagens Etnográficas sobre Educação*. Rio de Janeiro: Alternativa e FAPERJ, 2014, pp. 83-96.
- NICÁCIO, Camila Silva. *A Mediação Frente à Reconfiguração do Ensino e da Prática do Direito: Desafios e Impasses à Socialização Jurídica*. In: BENTES, Hilda Helena Soares; SALLES, Sérgio de Souza. *Mediação e Educação em Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- NUNES, Thais Borzino Cordeiro. *A conciliação nas ações fazendárias: perspectivas teóricas e obstáculos empíricos para a sua efetiva implementação*. 2014. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis.
- SIMIÃO, Daniel, et al. *Sentidos de justiça e reconhecimento em formas extrajudiciais de resolução de conflitos em Belo Horizonte*. In: *Conflitos, Direitos e Moralidades em Perspectiva Comparada*. KANT DE LIMA, Roberto; EILBAUM, Lucía; PIRES, Lenin. (Orgs.). Rio de Janeiro: Garamond, 2010.
- TEIXEIRA, Gustavo. *Manual Antibullying para Pais, Alunos e Professores*. Rio de Janeiro: Best Seller, 2011.
- VEZULLA, Juan Carlos. *A mediação para uma análise da abordagem dos conflitos à luz dos direitos humanos, o acesso à justiça e o respeito à dignidade humana*. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. (Org.). *Mediação de Conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 63-93.

WARAT, Luis Alberto. In: MEZZAROBBA, Orides et. al. Surfando na Pororoca: ofício do Mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. III.

\_\_\_\_\_. Pensemos Algo Diferente em Matéria de Mediação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Orgs.). Justiça Restaurativa e Mediação – políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

# A TRIBUTAÇÃO NA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E SEUS REFLEXOS À EVASÃO FISCAL

*Marciano Buffon*

*Priscila Anselmini*

## 1. INTRODUÇÃO

As Revoluções Industriais modificaram profundamente o cotidiano dos cidadãos, alterando o seu modo de viver, de trabalhar e o seu lazer. Do mesmo modo, a Quarta Revolução Industrial também promete trazer novas mudanças à população mundial, com reflexos em diversas áreas, inclusive no Direito Tributário.

Diante dessa realidade, o presente artigo analisará, num primeiro momento, os impactos das Revoluções Industriais perante a população em geral, em seu meio social e econômico, para analisar os pressupostos à adequação dos avanços tecnológicos, provenientes da Quarta Revolução Industrial, no cotidiano dos cidadãos de países desenvolvidos, com os em desenvolvimento.

Em seguida, abordar-se-á os reflexos das novas tecnologias da Quarta Revolução Industrial no âmbito do Direito, principalmente para o Direito Tributário. Nesta parte, se estudará as incertezas que percorrem o ramo do Direito Tributário frente as moedas virtuais e a questão da evasão fiscal – problema que já vem sendo enfrentado há tempos pelos países. Neste sentido, ver-se-á como a tecnologia blockchain pode ser útil no controle da sonegação fiscal.

Para tanto, empregou-se na pesquisa, como recurso técnico, as fontes bibliográficas nacionais e estrangeiras, abrangendo fundamentalmente fontes jurídicas, tais como: livros jurídicos, relatórios oficiais e fontes jurisprudenciais. Ainda, utilizaram-se grandes obras de Direito, referenciadas ao final do trabalho.

O objetivo geral deste trabalho, então, é explorar os reflexos das novas tecnologias provenientes da Quarta Revolução Industrial no ramo do Direito Tributário, especialmente no que tange à problemática da evasão fiscal.

O trabalho possui os seguintes objetivos específicos:

- a) Analisar os impactos das Revoluções Industriais no modo de viver da população mundial;
- b) Estudar os pressupostos de adoção das novas tecnologias frente o bem comum da população mundial;
- c) Explorar os reflexos no Direito, especialmente no ramo da tributação;
- d) Verificar os efeitos das moedas virtuais à evasão fiscal;
- e) Analisar os possíveis benefícios das novas tecnologias ao Sistema Tributário;

No atual cenário mundial, depara-se com o crescente uso das tecnologias e do meio digital no dia a dia da população, influenciando o seu modo de viver, trabalhar e até de se divertir. Desse modo, a presente pesquisa é de suma importância para entender e debater os efeitos destas novas tecnologias no Direito, especialmente no Sistema Tributário, visto ser este o principal meio do Estado de arrecadação de fundos para investimento de políticas públicas, no qual objetiva a concretização dos direitos básicos e fundamentais dos cidadãos.

## 2. um breve estudo sobre as revoluções industriais e seus impactos na sociedade

Antes de adentrar no estudo sobre os impactos da Quarta Revolução Industrial, necessário analisar as inovações desta nova revolução

industrial. Isto porque, há diversas mudanças profundas ao longo da história, em termos de desenvolvimento econômico e social, proporcionados pelas ditas Revoluções Industriais.

A partir do XVIII, a humanidade foi surpreendida com as máquinas a vapor e a utilização do carvão como combustível. Isso proporcionou o baixo custo na produção de alimentos e outros produtos, bem como a otimização do tempo na fabricação destes produtos, que deixaram de ser produzidos artesanalmente. Essa Revolução tornou a sociedade industrial e mais urbana, com o crescente número de fábricas, mecanização e o surgimento de trens como meio de transporte. (SOARES, 2018)

No século XIX, surge a eletricidade, que modificou o modo de fabricação, com a motorização e a produção em massa. Exemplo desta época é a Ford T, em 1903, considerado o ícone da produção em massa, projetado pelo visionário Henry Ford, que fabricava seu produto em larga escala, otimizando os custos de produção e elevando os lucros da Ford. (TELES, 2019)

Os principais avanços tecnológicos desta época, chamada de Segunda Revolução Industrial, foram a lâmpada, o telefone, o fonógrafo e o motor de combustão interna. (TELES, 2019). Esses avanços modificaram profundamente o cotidiano da população, trazendo benefícios na qualidade de vida, mas também trazendo impactos significativos na qualidade do trabalho, principalmente na classe operária. Impactos sociais e econômicos que contribuíram para o aumento das desigualdades sociais e econômicas entre a população.

No final da década de 1960, há o início da Terceira Revolução Industrial, ou seja, a Era Digital. Surge a automatização dos aparatos de trabalho, inserção dos computadores, utilização em massa da internet, desenvolvimento de microprocessadores e comunicações de alta tecnologia no seio da sociedade. (SOARES, 2018). Isso tudo facilita o acesso e troca de informações, bem como sua análise, manuseio e compartilhamento, além das evoluções para projetos de automação e robotização. (TELES, 2019)

A Quarta Revolução Industrial, que já está sendo comentada e debatida em diversos setores mundiais, pretende tornar a Internet em mobilidade onipresente, criando uma ponte entre ambientes digitais

e físicos, além de apresentar convergências entre todas as tecnologias mencionadas anteriormente, com aceleradores adicionais como a robótica avançada. Isso irá permitir uma maior automação e otimização da indústria e demais segmentos. (TELES, 2019)

No entanto, deve-se atentar que todas as Revoluções Industriais e seus efeitos, como a globalização, urbanização, tecnologias e mudanças climáticas, impactaram significativamente o cotidiano da população. Os sistemas políticos e econômicos, diante desses impactos tecnológicos, ainda apresentam dificuldades em proporcionar igualdade de oportunidades aos cidadãos frente a distribuição de riqueza e coesão social.

Desse modo, é importante analisar como a Quarta Revolução Industrial pode promover a inclusão e conexão, em que empresários, governos, universidades e cidadãos participem do debate sobre o impacto dessas tecnologias e firmem o compromisso com a coletividade. (SCHWAB, 2018, p. 91)

O que se deve atentar é que a Quarta Revolução Industrial poderá trazer muitos benefícios, mas deve alcançar toda a população, inclusive as pessoas que estão em condição mais carente. No entanto, os dados demonstram que grande número de pessoas ainda não desfruta de todos os benefícios das últimas revoluções industriais. Por exemplo, 600 milhões de pessoas ainda vivem em fazendas de pequeno porte sem qualquer acesso a mecanização, que foi um dos grandes avanços trazidos pela Primeira Revolução Industrial. (SCHWAB, 2018, p. 91)

Quanto à Segunda Revolução Industrial, aproximadamente um terço da população mundial não possui água potável e saneamento básico seguro. E em cerca de um sexto, o que equivale a 1,2 bilhões de pessoas, não possuem acesso à eletricidade. (SCHWAB, 2018, p. 91)

Estes fatos evidenciam que nem todos desfrutam dos benefícios surgidos com as revoluções industriais. Atualmente, cerca de 3,9 bilhões de pessoas não tem acesso à internet, o grande avanço alcançado na Terceira Revolução Industrial, e que é item fundamental para a implementação e uso das tecnologias previstas na Quarta Revolução Industrial. (SCHWAB, 2018, p. 91-92)

O acesso à internet é ainda mais precário quando analisado nos países em desenvolvimento, em que 85% da população encontra-se offline, isto é, não possuem internet em suas residências. Assim, os

benefícios não precisam ser iguais entre todas as partes, mas o suficiente para que o cidadão possa ter uma vida a qual possa dar valor e que o empodere, de modo que os recursos tecnológicos possibilitem uma vida boa e digna. (SCHWAB, 2018, p. 92)

Para tanto, a Quarta Revolução Industrial deve ser inclusiva e permitir que os cidadãos e os países, especialmente as economias em desenvolvimento, participem do debate acerca dos avanços tecnológicos dessa nova revolução, visando não só proporcionar o acesso igualitário, mas também a diminuição das desigualdades econômicas e sociais entre a população global.

Atualmente, percebe-se que os países com economia bem-sucedida possuem altos padrões de vida, com tecnologias, conhecimentos e capacidade de usar e desenvolver a tecnologia. Em contrapartida, muitos países em desenvolvimento não possuem, por exemplo, acesso a redes digitais de alta velocidade e nem habilidades avançadas com as atuais tecnologias, que serão pré-condição para a implementação das novas tecnologias trazidas pela Quarta Revolução Industrial.

Além disso, nos países em desenvolvimento, as tecnologias trazidas pelas Terceira Revolução Industrial, como o celular, foram oferecidas aos consumidores, mas não houve um incentivo na inovação ou desenvolvimento desta tecnologia. Este cenário dificulta que estes países invistam em inovação, empreendedorismo, infraestrutura e industrialização. (SCHWAB, 2018, p. 94-95)

Outro ponto é em relação ao desenvolvimento da economia destes países, em que, por não possuírem habilidades tecnológicas, somente podem oferecer mão de obra a baixo custo. Ocorre que, com a Quarta Revolução Industrial se priorizará tecnologias automatizadas, como robôs, impressão 3D, que atrairão novas empresas aos países. Países sem esta tecnologias como poderão se expandir e crescer economicamente?

Para impedir este cenário, necessário o investimento em educação, qualificação e pesquisa, bem como desenvolvimento nacional, visto que as novas tecnologias irão substituir cada vez mais os operários, contadores, advogados, entre outras profissões. Isto poderá resultar numa concentração maior de riqueza nas mãos dos detentores de capital e propriedade intelectual, distanciando ainda mais as nações detentoras de conhecimento tecnológico das demais em desenvolvimento.

Por tudo isso, necessário a inclusão de todas as partes interessadas e afetadas pela Revolução Industrial, por meio de conversas locais e regionais nos países, inclusive em desenvolvimento. Também é imperioso a adoção de políticas locais e globais sobre inovação, infraestrutura e industrialização para que os cidadãos possam aproveitar as oportunidades e benefícios das novas tecnologias. (SCHWAB, 2018, p. 108)

Neste sentido, é de suma importância o debate sobre as novas tecnologias da Quarta Revolução Industrial e seus reflexos no Direito, especialmente no Direito Tributário e no problema quanto a evasão fiscal, visto que o Direito e a Tributação podem ser um mecanismo à concretização dos direitos e garantias dos cidadãos.

### 3. a nova era tecnológica e seus EFEITOS Ao direito

A tecnologia influencia e modifica o cotidiano da população, seja em seu modo de trabalhar, conviver e se divertir. Desse modo, a tecnologia e os efeitos da Quarta Revolução Industrial irão atingir toda a sociedade e a economia. E, como o direito está incluído na sociedade e interfere nela por meio de leis, jurisprudência e doutrinas, também sofrerá intervenções dessa nova era tecnológica.

Por meio dessa união de política, economia e direito, as mudanças ocorrem simultaneamente, podendo ser notadas em relação a utilização de dispositivos digitais que melhoram significativamente a produtividade na área jurídica. (SOARES, 2018, p. 23-24). Exemplo disso é o processo eletrônico, por meio do sistema E-proc, entre outros.

Para os operadores de direito muitas mudanças já foram implantadas e muitas ainda estão por vir. A doutrina e a jurisprudência poderão ser examinadas e discutidas com a utilização da inteligência artificial, dando eficiência aos padrões nos procedimentos judiciais. Ademais, as decisões judiciais também serão ainda mais transparentes, por meio da pesquisa do número de decisões, os argumentos mais utilizados, valores de indenização concedidos pelo julgador, entre outros benefícios concedidos por aplicativos utilizando a inteligência artificial. (SOARES, 2018, p. 24)

Em relação ao blockchain, muitos escritórios já utilizam vídeos no relacionamento com seus clientes e o judiciário já vem aceitando Bitcoins como forma de pagamento. (SOARES, 2018, p. 24)

Dessa forma, a Quarta Revolução Industrial traz significativas mudanças, tanto para os operadores de direito, como para o direito no geral. No mesmo sentido, o Direito Tributário também está sofrendo implicações frente às novas tecnologias, como será mais detalhado a seguir.

### 3.1 O Direito Tributário na Quarta Revolução Industrial e o problema da evasão fiscal

As novas tecnologias trazem incertezas quanto a forma de tributação desses novos serviços desenvolvidos na Quarta Revolução Industrial. Como exemplo, tem-se os serviços de armazenamento de arquivos em nuvem, a contratação de licenciamento em software, difusão de músicas, vídeos e imagens. Programas e aplicativos como o Netflix, Spotify, Google Play, entre outros, são cada vez mais frequentes no cotidiano da população global. (SOARES, 2018, p. 25)

Neste sentido, há muitas dúvidas quanto a tributação desses serviços e de futuros serviços que ainda irão surgir com a Quarta Revolução Industrial. Por isso, indaga-se: a tributação seria por meio do Imposto sobre Serviços (ISS)? Os e-books ficariam abrangidos pela imunidade tributária sobre livros? (SOARES, 2018, p. 26)

Arabi (2018) explica que o atual sistema jurídico tributário possui dificuldades na regulamentação com essa nova forma de fazer negócios, seja com a alienação de bens imateriais ou transferência de rendimentos para um Estado com menor tributação. Assim, neste novo mundo digital, os Estados ainda não estão preparados para tributar os rendimentos provenientes desses serviços e nem de lidar com os paraísos fiscais.

Para dificultar ainda mais a situação, as novas tecnologias, como a emissão de moedas virtuais, que garante o anonimato dos investidores, dificulta uma efetiva tributação sobre a renda, patrimônio e serviços. Este fato contribui pode, em tese, contribuir para a permanência dos paraísos fiscais, caso os Estados não utilizarem a novas tecnologias a seu favor e não adotarem uma nova regulamentação tributária.

Em relação aos paraísos fiscais, em princípio, qualquer pessoa pode ter uma conta nesses paraísos fiscais, em que as contas secretas

são identificadas por um código alfanumérico e o nome dos titulares é conhecido apenas pelo alto escalão do banco. Em 2013, a Suíça ganhou o primeiro lugar no ranking de segredo bancário internacional, de acordo com o estudo realizado pela *Tax Justice Network* (rede de justiça tributária), seguida pelas Ilhas Cayman e Luxemburgo, respectivamente. (HICKMANN, 2015)

As pessoas são atraídas por esses paraísos fiscais por não haver nenhuma ou reduzida tributação sobre o capital, além de serem sigilosas as contas nestas instituições financeiras. Além disso, muitos cidadãos estrangeiros abrem empresas nestes paraísos fiscais, as denominadas “offshore”, em que não há muitas exigências quanto a instalação física, permitindo-se, em algumas jurisdições, ter apenas uma caixa de correio. (HICKMANN, 2015)

O que ocorre é que o capital proveniente destas empresas acaba voltando aos países de origem como investimentos estrangeiros, tendo a isenção do Imposto de Renda, é o chamado “round tripping” (viagem de ida e volta). (HICKMANN, 2015)

Ademais, empresas multinacionais também utilizam paraísos fiscais como forma de evasão fiscal, transferindo lucros para suas subsidiárias,

[...] por meio de operações de importação e/ou exportação, a valores superfaturados (importação) ou subfaturados (exportação), com o objetivo de reduzir o lucro tributável no Brasil e pagar menos imposto de renda. Esse mecanismo, conhecido como “preço de transferência”, ocorre na maioria dos países e representa um dos principais fatores da erosão da base tributável dos governos mundiais. (HICKMANN, 2015, P. 34)

Dessa forma, os paraísos fiscais contribuem para a evasão fiscal e a lavagem de dinheiro, trazendo um enorme impacto sobre a sociedade mundial, já que são trilhões de dólares anualmente escondidos nessas instituições bancárias, isentando significativos patrimônios da tributação (HICKMANN, 2015), sobrando para o restante da população o pagamento de altas taxas para financiar serviços públicos, como educação, saúde e infraestrutura.

Segundo uma pesquisa realizada pela *Tax Justice Network*, verifica-se que

[...] o estoque de recursos aplicados em paraísos fiscais é estimado entre US\$ 21 trilhões e US\$ 32 trilhões, entre um terço e metade do PIB mundial. O Brasil participa com cerca de US\$ 520 bilhões, um pouco mais de R\$ 1 trilhão, cerca de um quarto do nosso PIB. (HICKMANN, 2015, p. 36)

Diante dessa realidade, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) propôs um conjunto de quinze ações para resolver o problema da evasão fiscal e da transferência de lucros, conhecido como Projeto sobre Erosão de Base de Cálculo e Deslocamento de Lucros. (HICKMANN, 2015)

Outra medida para acabar com os paraísos fiscais é a Lei “Fatca”, aprovada em 2010. Essa lei americana estabelece que todos os bancos estrangeiros devem transmitir “[...] ao fisco americano todas as informações sobre suas contas, alocações e rendas detidas e ganhas pelos contribuintes americanos em outros lugares do mundo.” (PIKETTY, 2014, p. 508)

Essas instituições financeiras ou entidades estrangeiras ou as entidades nas quais as pessoas físicas ou jurídicas tenham depósitos deverão reportar ao IRS (*Internal Revenue Service*), a agência responsável pelo serviço de receita do governo norte-americano, as informações financeiras dessas pessoas, sob pena de ser aplicada sanção caso não haja esta comunicação. (VIALLE, 2015)

Neste sentido, mais de 100 países já acordaram com os Estados Unidos para realizar o repasse desses dados, sendo que cada jurisdição recebe as informações bancárias das suas instituições financeiras e as retransmite. O Brasil também firmou acordo com os Estados Unidos, sendo as informações financeiras encaminhadas pelas instituições diretamente para a Receita Federal do Brasil e posteriormente repassadas por ela ao IRS (*Internal Revenue Service*) dos EUA. (VIALLE, 2015)

Para possibilitar o cumprimento deste acordo, a Receita Federal do Brasil editou a Instrução Normativa nº 1.571/15, na qual cria uma obrigação acessória a ser cumprida pelo contribuinte brasileiro, isto é:

Por meio do seu envio, o Fisco brasileiro terá a possibilidade de fazer o controle das movimentações, transferências, aplicações e saldos monetários efetuados pelos brasileiros no país norte-americano. Segundo a Instrução Normativa, a primeira entrega deste documento deverá ocorrer no mês de fevereiro de 2016, com o envio de arquivos pelo ambiente do Sistema Público de Escrituração Digital (Sped), e irá se referir aos fatos ocorridos a partir de 1º de dezembro de 2015. Excepcionalmente, para as informações e pessoas definidas pelo FATCA, o módulo de operações financeiras da e-Financeira será obrigatório para os fatos referentes aos meses de julho a dezembro do ano-calendário de 2014. (VIALLE, 2015, p. 27)

Neste aspecto, os Estados que acordaram com o país norte-americano deverão fazer o lançamento correto de todos os rendimentos lançados, pois além de sofrer consequências tributárias, poderão ser penalizados criminalmente. Ademais, as instituições não aderentes ficam sujeitas a uma penalização por retenção na fonte de 30% sobre qualquer rendimento fixo, determinável ou periódico de origem norte-americana. (VIALLE, 2015)

Entretanto, segundo Piketty (2014, p. 509) essa lei é insuficiente, pois acredita que alguns ativos financeiros, como os provenientes de fundações, possam ficar isentos das transmissões automáticas de informações. Ademais, a taxa de 30% sobre as rendas que os bancos obtêm com as atividades nos EUA seriam escassas.

Conforme o economista, a única solução para se obter as transmissões automáticas de informações presentes em todos os estabelecimentos bancários, seria a imposição de uma sanção às instituições financeiras que se recusem a prestar essas declarações, bem como aos países que negam impor as transmissões automáticas. Ainda, o autor cita como exemplo uma sanção com taxa de em média 30% sobre as exportações dos países que não cumpram à lei. (PIKETTY, 2014, p. 509)

Percebe-se que os paraísos fiscais e a evasão fiscal estão entre as grandes dificuldades enfrentadas pelos países. No entanto, a Quarta Revolução Industrial traz consigo novas tecnologias, que podem ser utilizados para auxiliar ou não no combate à evasão fiscal. Neste sentido, há o surgimento da tecnologia dos chamados Bolckchain.

Blockchain são arquivos de registros e informações descentralizadas e partilhadas, visando gerar um index universal para movimentações de um negócio específico. É baseado na nuvem, na qual busca uma segurança lógica por meio de desconcentração das ações de seus clientes. (SOARES, 2018, p. 7-8)

Essa tecnologia possibilitou o surgimento da criptomoeda chamada Bitcoin, isto é, trata-se de uma moeda virtual que utiliza o blockchain como livro-razão contábil, de maneira transparente distribuída e global, na qual produz conformidade e credibilidade no relacionamento entre duas pessoas, sem necessidade de participação de bancos ou financeiras. (PIRES, 2017, p. 411)

Ocorre que, as moedas virtuais não são emitidas por agências reguladas, autorizadas ou supervisionadas pelo Estado e nem pelas instituições financeiras vinculadas ao ente estatal. Isto é, possuem forma, denominação e valores próprios, diferente das moedas consideradas nacionais. Em vista disso, o investidor está sujeito aos riscos da perda do capital investido, além do Estado não possuir controle sobre as referidas moedas.

Assim, as moedas virtuais e o anonimato de seus investidores, bem como a falta de controle dos Estados perante a emissão destas moedas, dificultam ainda mais a tributação, favorecendo a evasão fiscal. Por isso, é fundamental o fim dos paraísos fiscais, visando ter acesso a todos os ativos e passivos depositados em bancos, apresentando mais transparência democrática nas transmissões realizadas pelos contribuintes, impedindo a evasão fiscal.

Neste sentido, os Estados devem pensar em alternativas que visem utilizar as novas tecnologias no combate destes problemas. A tecnologia blockchain, utilizada nas moedas virtuais, por outro lado, pode auxiliar no controle da sonegação fiscal. Isto porque o blockchain conecta organizações e sistemas aplicando regras de negócio de maneira automatizada por meio de contratos inteligentes, garantindo a imutabilidade da informação e privacidade, devido à criptografia, assim como transparência transacional mediante um consenso sistêmico envolvendo os participantes da rede. (BORINI, 2017)

Desse modo, a Receita Federal brasileira, por exemplo, como participante da rede, poderia fazer a auditoria e o recolhimento fis-

cal “direto na fonte”, ou seja, na hora que é executada a transação no blockchain. Além de reduzir os recursos, custos e tempo investido do lado do contribuinte, também ofereceria uma declaração consistente, transparente e segura. (BORINI, 2017)

Portanto, mesmo diante das incertezas frente a tributação de novos serviços, bem como pelo uso crescente de moedas virtuais, no qual o estado não pode controlar por não ser moeda oficial, as novas tecnologias podem ser utilizadas de modo a auxiliar e contribuir para o Ordenamento Tributário.

Além disso, é necessário o debate acerca da regulamentação de leis tributárias frente a Quarta Revolução Industrial e seus efeitos, a fim de que se possa efetivamente impedir a evasão fiscal, gerando receitas aos Estados para investir de políticas públicas e concretizar os direitos dos cidadãos. Por isso, as novas tecnologias, advindas com a Quarta Revolução Industrial, devem ser pensadas e discutidas pelos envolvidos de modo que possibilite o bem comum da população global.

## 4 Considerações finais

Como visto, há diversas mudanças profundas ao longo da história, em termos de desenvolvimento econômico e social, proporcionados pelas ditas Revoluções Industriais. Os seus principais efeitos, como a globalização, urbanização, tecnologias e mudanças climáticas, impactaram significativamente o cotidiano da população. No entanto, os sistemas políticos e econômicos, diante desses impactos tecnológicos, ainda apresentam dificuldades em proporcionar igualdade de oportunidades aos cidadãos frente a distribuição de riqueza e coesão social.

Diante deste cenário, necessário a inclusão de todas as partes interessadas e afetadas pela Revolução Industrial, por meio de conversas locais e regionais nos países, inclusive em desenvolvimento. Também é imperioso a adoção de políticas locais e globais sobre inovação, infraestrutura e industrialização para que os cidadãos possam aproveitar as oportunidades e benefícios das novas tecnologias.

No âmbito do Direito, muitas incertezas pairam sobre os profissionais, principalmente no que tange a forma de tributação frente os novos serviços desenvolvidos na Quarta Revolução Industrial, como

os serviços de armazenamento de arquivos em nuvem, a contratação de licenciamento em software, difusão de músicas, vídeos e imagens, entre outros.

Por isso, necessário o debate acerca da regulamentação destes novos serviços frente ao ordenamento tributário, visando impedir a evasão fiscal e que os novos serviços possam gerar uma tributação, voltada à satisfação dos direitos e necessidades da população global.

Neste sentido, a Quarta Revolução Industrial e suas tecnologias devem ser utilizadas de modo a melhorar o cotidiano da população e diminuir as desigualdades existente. Logo, a tecnologia blockchain, mesmo utilizada pelas moedas virtuais, pode ser uma aliada no controle da sonegação fiscal, que contribuiria para receita do estado e para o investimento de políticas públicas.

Por fim, percebe-se que as tecnologias advindas com a Quarta Revolução Industrial podem contribuir para o bem comum da população, devendo todos os interessados participarem do debate acerca da utilização e da implementação destas tecnologias. No mesmo sentido, o Direito Tributário também deverá se adequar frente os avanços tecnológicos, evitando a evasão e sonegação fiscal, para que se tenha uma efetiva tributação e concretização de direitos básicos e fundamentais do cidadão.

## REFERÊNCIAS

ARABI, Abhner Youssif Mota. **Direito e tecnologia**: relação cada vez mais necessária [em linha]. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 2016. [consult. 30 de mar. 2018]. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direito-e-tecnologiarelacao-cada-vez-mais-necessaria-04012017>. Acesso em 21 jun. 2019.

BORINI, Guilherme. Blockchain contra a sonegação de impostos. **IT Forum 365**. Publicado em 13 set. 2017. Disponível em: <https://itforum365.com.br/blockchain-contra-sonegacao-de-impostos/> Acesso em 01 jul. 2019.

HICKMANN, Clair. O caso SwissLeaks, paraísos fiscais e evasão tributária. **Instituto Justiça Fiscal**, 01 abr. 2015. Disponível em:

<[http://ijf.org.br/?view=detalhe.publicacao&url\\_amigavel=o-caso-swissleaks-paraisos-fiscais-e-evasao-tributaria](http://ijf.org.br/?view=detalhe.publicacao&url_amigavel=o-caso-swissleaks-paraisos-fiscais-e-evasao-tributaria)>. Acesso em: 01 mar. 2020.

PIKETTY, Thomas. **O capital do século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 509.

PIRES, H. (2017). Bitcoin: a moeda do ciberespaço. **GEOUSP Espaço E Tempo (Online)**, v. 21, n.2, p. 411. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2179-0892.geousp.2017.134538>. Acesso em 24 jun. 2019.

SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. **Aplicando a Quarta Revolução Industrial**. Prefácios de Satya Nadella, João Doria; tradução Daniel Moreira Miranda – São Paulo: EDIPRO, 2018.

SOARES, Matias Gonsales. A Quarta Revolução Industrial e seus possíveis efeitos no direito, economia e política. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 13, no 1524. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4566/a-quarta-revolucao-industrial-seus-possiveis-efeitos-direito-economia-politica>. Acesso em 11 jun. 2019.

TELES, Jhonata. Indústria 4.0 – Tudo que você precisa saber sobre a Quarta Revolução Industrial. **Site Engeteles**. Disponível em: <https://engeteles.com.br/industria-4-0/>. Acesso em 11 jun. 2019.

VIALLE, Maria Izabel de Macedo. FATCA e o acordo entre Brasil e EUA para troca de informações tributárias. **Gazeta do Povo: Justiça e Direito**, 28 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/fatcae-o-acordo-entre-brasil-e-eua-para-troca-de-informacoes-tributarias-eik0zc5tl75cgtuviewlwzslao>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

# O USO DA MACONHA MEDICINAL E A DIGNIDADE HUMANA: DISCUSSÕES NECESSÁRIAS

*Janaína Reckziegel*

*Simone Tatiana da Silva*

## 1 Introdução

Este estudo aborda a utilização de substância derivada da maconha para fins medicinais, especialmente o canabidiol (CBD). Esta substância não apresenta efeitos psicotrópicos, e pelo contrário, produz diversos efeitos benéficos, no tratamento de doenças. Há registros de sua eficácia no combate a epilepsia refratária, a ansiedade, nos distúrbios do movimento, também tem ação antioxidativa e neuroprotetora.

Apesar dos benefícios citados acima, o uso destas substâncias ainda é controverso, pois se tratam de derivadas de uma droga proibida no Brasil. Por muito tempo, foi considerada substância proscrita pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e os pacientes que dela necessitavam buscavam a Justiça para sua aquisição. É em 2015 que a situação desta substância se altera e ela passa a ser considerada controlada e os pacientes que dela necessitam passam a ter o direito de realizar pedidos administrativos ao órgão regulamentador. No entanto, é grande o número de pedidos negados e por isso para garantir o tratamento, muitos pacientes buscam a solução da controvérsia perante o poder Judiciário.

Afinal, o que se pode fazer quando o único tratamento com possibilidade de eficácia utiliza-se do derivado de uma droga? Para res-

ponder esta questão, relaciona-se o direito à saúde, determinado pela Constituição de 1988, com a categoria dignidade humana de Kant. Afinal uma vida sem saúde seria uma vida digna?

Entende-se que a saúde é necessária para que haja o mínimo de dignidade humana, e se para obtenção desta dignidade é necessário utilizar-se de medicamento controverso, uma proibição legal não é suficiente para seu impedimento. Nesse sentido, discute-se a necessidade de regulamentar o uso de canabidiol de forma mais abrangente.

## 2. Reflexões Históricas sobre o uso do Canabidiol

A *cannabis sativa*, conhecida como cânhamo da Índia ou maconha, é um arbusto dioico pertencente a família *Moraceae* (WESSLER, 2014). Em suas folhas há glândulas de resina, que contém quantidades consideráveis de compostos ativos, chamados de canabinóides. Em algumas variedades de *cannabis*, o canabinóide principal é o componente delta-9-tetrahidrocannabinol (THC) e em outras, há baixa concentração de THC, havendo predominância de canabidiol (CBD) (ZUARDI, 2008).

Devido as suas características, a maconha foi muito utilizada no decorrer da história, nas mais diversas aplicações. Seu cultivo é muito antigo, tendo os primeiros indícios de seu uso há 10.000 anos atrás. No Brasil, em 1917 era comum encontrar derivados da planta em tabacarias e em farmácias. Por volta de 1930, eram prescritos por médicos e vendidos por herbários e farmacêuticos. Também eram consumidos em cerimônias religiosas derivadas de tradições africanas, indígenas e europeias. Alguns grupos possuíam a planta cultivada em pequena escala, para uso em reuniões sociais. A partir de 1960, o hábito de fumar a planta intensificou-se na Europa e nos Estados Unidos, sendo incorporada a sociedade capitalista. Atualmente há muito temor em relação ao uso da *cannabis*, já que é a substância ilícita mais consumida no mundo (WESSLER, 2014).

No que se relaciona ao uso da maconha como medicamento, Melo e Santos (2016), relatam que o primeiro uso da *cannabis* para esta função ocorreu em 2300 a.C., quando o chinês Chen Nong prescreveu a *chu-ma* (cânhamo fêmea) para o tratamento de gota, constipação, malária, reumatismo e problemas menstruais, classificando a planta

como “supremo elixir da imortalidade”. Há também registros do uso da *cannabis* como remédio para dores de dente, reumatismos e partos no período medieval da Europa.

O principal componente da *cannabis* utilizado como medicamento é o canabidiol (CBD), que foi isolado da maconha em 1940 por Adams et al., e em 1963, teve a estrutura química elucidada por Mechoulam e Shvo. Em 1973, um grupo brasileiro informou que a CBD era ativa na redução ou bloqueio de convulsões produzidas em animais experimentais. No final da década de 70, o mesmo grupo brasileiro testou CBD para tratamento de epilepsia intratável, dos oito pacientes que receberam CBD, apenas um não apresentou melhora (ZUARDI, 2008).

Ainda na década de 1970, surgiram evidências de ação sedativa e em seres humanos com insônia, altas doses de CBD aumentaram a duração do sono. Já em 1974, percebeu-se que a substância poderia atuar como ansiolítico. A primeira evidência de que a CBD poderia ter efeitos antipsicóticos foi obtida em 1982. Nos anos 1980, surgiram relatos de possíveis efeitos do CBD em distúrbios do movimento. No final da década de 1990, foi demonstrado que o canabidiol podia reduzir o dano oxidativo, melhor que outros antioxidantes. As possíveis ações neuroprotetoras, destacam o potencial terapêutico deste composto na doença de Alzheimer (ZUARDI, 2008).

Em 2000, realizou-se estudo do CBD como agente terapêutico na progressão da artrite. O CBD também se mostrou efetivo em estados dolorosos neuropáticos crônicos em ratos. O CBD também foi estudado na prevenção de danos causados pela isquemia cerebral, apresentando-se resultados significativos em roedores. Outra doença estudada em relação ao canabidiol foi o diabetes. Descobriu-se que o tratamento com CBD em camundongos antes do desenvolvimento da doença reduziu sua incidência em 86%. Em 2000, percebeu-se que o CBD tem efeitos sobre a apoptose em células de leucemia mioblástica humana e sobre inibição do crescimento tumoral (ZUARDI, 2008).

Verifica-se, portanto que, o canabidiol é importante e eficaz no tratamento de diversas doenças. No entanto, a legislação brasileira, historicamente proíbe o uso da planta, inclusive para fins medicinais. Essa proibição é derivada dos discursos históricos relacionados à planta, que serão abordados na sequência deste estudo.

### 3. Discursos Históricos e a sua Influência na Regulamentação do uso da Maconha Medicinal

A proibição do uso da maconha existe em parte, devido aos discursos históricos sobre a substância. Percebe-se por meio de Rodrigues (2008) que nem sempre a substância teve seu uso proibido, já que na passagem do século XIX para o século XX tanto a maconha, como a cocaína e a heroína não eram proibidas. A proibição iniciou-se graças a uma campanha com ideais puritanos, que envolvia preconceitos, racismo e xenofobia, especialmente nos Estados Unidos.

A partir da Convenção Única de Estupefacientes da ONU (Organização das Nações Unidas), que o proibicionismo universalizou-se. O tratado que resultou deste evento determinou como deveria ser o uso das substâncias psicoativas, que teriam caráter estritamente médico (RODRIGUES, 2008). Nesse sentido, a maconha foi alocada na lista I do documento, que se refere às substâncias que podem causar dependência e por esta razão tem sua produção, distribuição, prescrições e demais atividades controladas (OLIVEIRA; RIBEIRO, 2017).

A maconha também foi incluída na lista IV da mesma Convenção, de 1961, considerada como droga particularmente perigosa e o seu uso restrito à indicação médica, inclusive com regulação da quantidade fabricada e importada da substância. Para realizar a Regulação desta droga, o país deveria possuir um órgão responsável, que no caso do Brasil seria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) (OLIVEIRA; RIBEIRO, 2017).

Não obstante as considerações da Convenção de Estupefacientes, em termos mundiais, em muitos países a maconha é permitida. Atualmente nos Estados Unidos, 22 estados permitem a produção e comercialização da *cannabis* para tratar doenças e em dois estados o uso recreativo é permitido (Colorado e Washington). O Reino Unido já produz um medicamento, *Sativex* (tetrahydrocannabinol e canabidiol), que é exportado para 20 outros países. Em Israel a droga não é legalizada, mas é possível adquiri-la mediante autorização do governo. Na Holanda a venda e o consumo são permitidos em lugares autorizados (*coffee shops*) e desde 2003, a prescrição para uso terapêutico é autorizada e pode-se adquirir a

substância na farmácia. No Brasil a situação é diversa, dos países citados (BUENO, 2014).

No Brasil, de forma geral há uma opinião pública desfavorável da substância, que ainda em 1932, a maconha foi incluída na Lista de Substâncias denominadas *Cannabis Indica*, através do Decreto nº 20.930, que proibiu o uso da planta em todo território nacional. Em 1936, criou-se a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecente (CNFE), que tinha como objetivo centralizar todos os esforços na guerra contra as drogas e também foi lançada a Campanha Nacional de Repressão ao Uso e ao Comércio de Maconha (SAAD, 2010). Em 1976, ocorreu a proibição total da exploração, colheita, cultura e plantio da planta no Brasil, pela Lei n. 6368/76 (BUENO, 2014). Em 2006, foi criada a nova política antidrogas, que seguiu proibicionista (RODRIGUES, 2009).

Em relação a regulamentação do canabidiol como medicamento, até 2014, a substância era considerada proscriita pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e estava presente na “Lista F” da Portaria da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde (SVS/MS) nº 344/1998, o que impedia a importação da substância e levava os interessados à solicitar administrativamente ou ao Poder Judiciário (MELO; SANTOS, 2016).

Diante do contexto de grande procura pela substância, ainda em 2014, o Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio da Resolução 2113/2014, regulamentou o uso compassivo do canabidiol como terapêutica médica, exclusiva para o tratamento de epilepsia na infância e adolescência refratárias às terapêuticas convencionais. A prescrição foi restringida às especialidades de neurologia e suas áreas de atuação, neurocirurgia e psiquiatria. Ficou vedada a prescrição de *cannabis* in natura, ou outros derivados, exceto o canabidiol (CFM, 2014). Esta decisão possibilitou que os pacientes pudessem utilizar esta medicação, desde que a importassem.

Em 2015, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), decidiu retirar o canabidiol da lista de substâncias proibidas no Brasil, e a partir deste momento o CBD passou a ser uma substância controlada enquadrada na Lista C1 da Portaria 344/98. A decisão foi tomada considerando que a substância não está associada a depen-

dência e devido a diversas evidências sobre sua eficácia terapêutica. Como não há produção da substância no Brasil, a ANVISA também aprovou uma Iniciativa Regulatória para normatizar a importação específica do CBD (Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 17) (ANVISA, 2015).

#### 4. Dignidade Humana e Direito à Saúde: Considerações em relação à Maconha Medicinal

Anny Fischer, uma menina de 5 anos, portadora da síndrome CDKL5 (que determina um quadro de epilepsia refratária) sofria convulsões a cada duas horas. Seu caso ganhou grande repercussão na mídia, tendo sido relatado no documentário “Illegal”. Sua mãe Katiele Fischer recorreu a Justiça, em 2014, pelo direito de importar o Canabidiol, sendo concedido este direito pelo Juiz Bruno César Bandeira Apolinário. O magistrado entendeu que a ANVISA tem a obrigação de proteger a saúde da população brasileira, e que no caso da menina Anny, essa proteção tornava-se possível com a liberação da importação da substância requerida (GRIPP, 2017).

O grupo de epiléticos do estado da Paraíba, motivados pelo caso de Any Fischer e liderados por Júlio Amarico e Sheila Dantas, conseguiram junto ao Ministério Público Federal a primeira liminar favorável a um grupo de pessoas para importação de um óleo rico em CBD. Outros casos em que se obteve decisão judiciária favorável foram o de Juliana Paolinelli, portadora de dor neuropática, de Gilberto Castro, portador de esclerose múltipla e de Thais Carvalho, portadora de câncer de ovário (GRIPP, 2017).

Outros julgados se mostraram favoráveis à importação de canabidiol, considerando que a substância deixou de ser proibida e entrou na lista de medicações de uso controlado<sup>23</sup>; e pelo risco de dano ir-

---

23 -AGRAVO 2028403-23.2015.8.26.0000/50000 – TJSP. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8467909&cdForo=0>

-EMBARGOS DE DECLARAÇÃO 2028403-23.2015.8.26.0000/50001 – TJSP. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8611954&cdForo=0>

- AGRAVO 2086356-42.2015.8.26.0000 – TJSP. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8786106&cdForo=0>

reparável ou de difícil reparação à vida, bem como pela existência de prescrição médica<sup>24</sup>.

Por outro lado, observou-se que há julgados que negam o fornecimento do CBD. É o caso do AGRAVO Nº: 2216305-85.2016.8.26.0000 (TJSP, 2016), em que o paciente portador de Parkinson, solicita que seu plano de saúde forneça o canabidiol. No entanto, a Justiça considerou que os relatórios médicos não comprovavam a urgência para utilização da medicação.<sup>25</sup>

Diante dos casos expostos, acredita-se que haja necessidade de discutir o uso dessa substância como medicamento, relacionando o tema ao direito à saúde e a dignidade humana. Afinal, o que vale mais, os tabus relacionados à maconha, a legislação proibitiva ou o exercício do direito à vida?

Nessa perspectiva, verifica-se que o Direito à saúde é expresso por meio da Constituição Federal de 1988, no art. 6º, no rol dos direitos sociais. No art. 196 da referida Carta Magna, afirma-se que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas ao acesso universal e igualitário as suas ações e serviços (BRASIL, 1988). Dessa forma, entende-se que o direito à saúde é primordial e vincula o poder legislativo, executivo e judiciário na garantia de sua execução. Portanto, os pacientes que necessitam da medicação derivada da maconha, estão amparados pela Constituição Federal no que se refere ao Direito à Saúde. Porém percebe-se a partir dos artigos citados acima, que há choque entre a legislação proibitiva e a Constituição em seu art. 196. De um lado pretende-se assegurar a segurança da população, por meio da proibição da maconha e de outro lado pretende-se garantir seu uso como medicamento, como forma de garantia ao Direito

---

24 - AGRAVO 2053978-33.2015.8.26.0000. TJSP. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8770223&cdForo=0> - AGRAVO 2136255-09.2015.8.26.0000. TJSP. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8814928&cdForo=0>

- AGRAVO 2135642-86.2015.8.26.0000. TJSP. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8906234&cdForo=0>

25 Há também outros casos em que a concessão do medicamento é negada pelo TJSP: AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2000521-52.2016.8.26.0000 (Paciente portadora de esclerose múltipla) – Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9275951&cdForo=0>

à Saúde. No entanto, considera-se que este último é extremamente relevante, já que se relaciona ao direito à vida e a dignidade humana.

Considerando que o direito à saúde vincula-se diretamente a questão da dignidade humana, pois a Constituição brasileira a consagra como princípio fundamental (art. 1º, inciso III) e já que sem acesso à saúde este preceito está desrespeitado, entende-se que há a necessidade de apresentar uma concepção deste termo. O termo dignidade humana, tem base filosófica em Immanuel Kant, apresentando a máxima de que o ser humano não pode ser tratado como simples meio (objeto) para a satisfação de qualquer vontade alheia, mas sempre deve ser tomado como fim em si mesmo (KANT, 1974). Portanto, manter a proibição apenas para satisfação legal, em detrimento da saúde de determinado paciente, seria tratar essa pessoa como objeto, como meio para satisfazer apenas a vontade da lei.

Kant entende que a dignidade humana é uma qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, que impede sua coisificação e se materializa através da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão. Sua existência independe do reconhecimento jurídico, pois é um bem inato e ético, colocando-se acima de especificidades culturais e as diversas morais, persistindo mesmo nas sociedades que não a respeitam (RECKZIEGEL, 2016, p. 234-235).

Sua natureza jurídica pode ser desdobrada em duas máximas: “não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana” (RECKZIEGEL, 2016, p.237). Para Sarlet; Fensterseifer, 2007 a ideia do ser humano como um fim em si mesmo está vinculada as questões de autonomia, liberdade, racionalidade e de autodeterminação inerentes à condição humana.

Sarlet; Fensterseifer (2007) ao tratarem a respeito da dignidade humana, explicam que este conceito se projeta em uma gama de direitos de natureza defensiva (negativa), como prestacional (positiva), implicando também em deveres fundamentais. Se relaciona a um leque de posições jurídicas subjetivas e objetivas, com função de tutelar a condição existencial humana contra quaisquer violações do seu âmbito de proteção, assegurando o livre e pleno desenvolvimento da personalidade de cada ser humano. Os autores abordam também a dimensão social da dignidade humana, já que para eles, este conceito não se

relaciona apenas a um indivíduo, mas à sua relação com o outro. Por fim, Sarlet e Fensterseifer (2007), abordam a dimensão ambiental da dignidade humana, que contempla a qualidade de vida como um todo, inclusive do ambiente em que a vida humana se desenvolve.

A dignidade humana pretende proteger as pessoas de violações no âmbito da proteção, portanto se considerar que o impedimento do uso da maconha medicinal é prejudicial e viola a proteção à saúde, verifica-se que incorre-se na violação deste preceito. Além desse aspecto deve-se considerar a questão ambiental da dignidade humana, que se relaciona a qualidade de vida. Nesse sentido, deve-se avaliar de que forma, o não uso do CBD ou THC afeta a qualidade de vida da pessoa portadora de doença, em que seu uso é indicado. É necessário que a qualidade de vida esteja mantida para que se exerça a dignidade humana e o direito à saúde.

Em relação à violação da dignidade humana, Reckziegel (2016, p.238) apresenta a fórmula desenvolvida por Günter Dürig, que teve base na matriz kantiana, em que se entende que a dignidade será violada sempre que a pessoa for reduzida à objeto, como um mero instrumento. Quando não houver respeito à vida, à integridade física e moral, quando não houver mínimas condições para que o indivíduo possa levar uma vida de modo digno, onde os poderes forem ilimitados, quando não houver reconhecimento de direitos básicos e fundamentais dos indivíduos a dignidade humana não estará presente.

Para que o ser humano esteja em exercício de sua dignidade deve estar pleno em autonomia, ter liberdade, racionalidade e autodeterminação nos mais diversos aspectos, inclusive na questão da saúde. Nesse sentido, um sujeito, portador de determinada doença, que provoque ataques epiléticos a cada duas horas, e que não encontre melhora nos medicamentos já existentes, não teria direito à buscar uma medicação experimental, mesmo que esta derive de uma droga proibida?

Uma das dificuldades para utilização do canabidiol pelos pacientes brasileiros é o fato de a maconha ser substância que tem comercialização e cultivo proibidos no Brasil, o que conseqüentemente causa a proibição de produção de derivados da mesma. No entanto, nos últimos anos é crescente a discussão sobre a regulamentação da substância no país, devido ao grande número de pacientes que a tem buscado por meio de importação do exterior (DIOTTO, RODRIGUES, 2016).

Outro fator que dificulta o uso do canabidiol são os tabus que cercam o uso deste medicamento, já que o mesmo deriva de uma droga. No entanto é preciso que se entenda que a planta não é utilizada integralmente, apenas alguns componentes, com comprovada eficácia no combate à doenças. A exemplo do que acontece com o canabidiol, pode-se citar a papoula, que é base da heroína, uma das drogas mais perigosas do mundo, e que tem extraída de si a morfina, um potente anestésico, amplamente utilizado (DIOTTO, RODRIGUES, 2016).

Pelo fato de o canabidiol ter uma regulamentação proibitiva, há dificuldade para que os pacientes possam exercer sua dignidade. Por isso é necessário que sejam pensadas novas formas de regulamentar o uso dessa substância, bem como a possibilidade de realização de estudos no país. Afinal a dignidade humana está relacionada com uma atuação positiva estatal, no sentido de ser um dever jurídico fundamental, portanto é necessário que o Estado se comprometa em repensar a respeito do uso da maconha medicinal, já que comprovadamente a mesma atua de forma positiva no tratamento de diversas doenças.

No entanto, a dignidade não deve ser concebida somente como uma obrigação do Estado, pois a sociedade também pode interferir nesse bem e por esta razão a população deve estar esclarecida sobre o uso da substância como medicamento, superando os discursos históricos sobre a droga. Além disso, a dignidade humana deve ser entendida como um direito público subjetivo, direito fundamental do indivíduo contra o Estado (e contra a sociedade), sendo ao mesmo tempo um encargo constitucional endereçado ao Estado para proteger o indivíduo contra terceiros (RECKZIEGEL, 2016, p.241).

## 5. Considerações Finais

O presente trabalho debateu a questão do uso medicinal da maconha, que apesar de ser comprovadamente eficaz no tratamento de diversas doenças e de ter seu uso permitido em diversos países, no que se relaciona ao aspecto medicinal, continua sofrendo restrições no Brasil. Estas restrições dificultaram o tratamento de diversos pacientes, que necessitavam do CBD ou THC para manutenção de qualidade de vida frente a doenças incapacitantes. Nesse sentido, discutiu-se a respeito do direito à saúde, que é garantido pela Constituição de 1988, em seu

artigo 196. Também este direito é necessário para que haja dignidade humana, já que um sujeito que sofre de ataques epiléticos a cada duas horas, certamente não está em exercício pleno de sua dignidade. Diante disso, para obter o direito à saúde pode-se considerar errada a atitude de alguém que recorra ao uso de uma substância derivada de uma droga proibida? Acredita-se que não, já que a regulamentação da ANVISA que ampara essa proibição necessita de maiores discussões.

Em verdade, a legislação proibitiva em relação à maconha, que pretende garantir o direito à segurança da população choca-se com o que consta na Constituição Federal, que pretende garantir o direito à saúde. Dessa forma, entendeu-se que o direito à saúde que se relaciona a dignidade humana e o direito à vida, deve estar acima de qualquer lei proibitiva.

O uso da maconha medicinal ainda necessita de maior regulamentação no Brasil, regulamentação esta, que considere a importância do uso da substância no combate as mais diversas doenças. Nesse sentido, há projetos de lei, que pretendem regular a utilização da maconha (Projeto 7270/14 e 7187/14), no entanto, os mesmos ainda não foram aprovados. Apesar disso, percebe-se que de forma lenta o Brasil tem começado a discutir sobre o uso da maconha medicinal. Isso porque foi criado o Centro Brasileiro de Estudos com Canabinóides, em 2017, que está em fase final de testes clínicos para uso de CBD. Além disso, em 24 de janeiro de 2020, por meio da Resolução 335 a ANVISA criou uma nova regulamentação para procedimentos de importação de Produto derivado de Cannabis, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde, que simplificou o processo de importação.

No entanto, ainda há muito a se avançar, já que algumas restrições ainda permanecem, nesse sentido, a discussão sobre a regulamentação dos derivados da *cannabis sativa* é necessária. Estas discussões devem ter como foco a questão do acesso dos pacientes e o desenvolvimento destas substâncias no país, com produção própria, além da ampliação de pesquisas a este respeito.

## 6. Referências

ANVISA. Canabidiol é reclassificado como substância controlada. 21 jan. 2015. Acesso em 05 jan. 2018. Disponível em: <http://portal.>

[anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/canabidiol-e-reclassificado-como-substancia-controlada/219201/](http://anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/canabidiol-e-reclassificado-como-substancia-controlada/219201/)

\_\_\_\_\_. Resolução De Diretoria Colegiada – RDC nº 17, de 6 de Maio de 2015. Acesso em 05 jan. 2018. Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867344/%283%29R-DC\\_17\\_2015\\_COMP.pdf/d0b13b61-7b6d-476c-8177-6b866c7a9b10](http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867344/%283%29R-DC_17_2015_COMP.pdf/d0b13b61-7b6d-476c-8177-6b866c7a9b10)

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 05 out 1988 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)

BUENO, F.S. **A Concretização do Direito à Saúde pelo Poder Judiciário**: o caso de Anny Fischer [Monografia]. Brasília: Graduação em Direito, Centro Universitário UniCEUB; 2014

CFM. **Conselho Federal de Medicina libera uso compassivo do canabidiol no tratamento de epilepsia**. 11 dez. 2014. Acesso em: 26 dez, 2017. Disponível

em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=25239:cfmno-211314&catid=3](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25239:cfmno-211314&catid=3)>.

DIOTTO, N.; RODRIGUES, A.G. O uso do canabidiol em pacientes portadores de epilepsia: a possibilidade jurídica de garantia do direito fundamental à vida. **Derecho y Cambio Social**. ISSN: 2224-4131, 2016.

GRIPP, L.B. **Constitucionalidade Do Acesso A Tratamento Médico Alternativo A Base Do Composto Conhecido Como Canabidiol** [Monografia]. Niterói. Curso de Direito. Universidade Federal Fluminense, 2017, p. 32.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura e outros textos filosóficos**. Coleção Os Pensadores. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 229.

MELO, L.A.; SANTOS, A.O. O uso do Canabidiol no Brasil e o posicionamento do Órgão Regulador. **Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit.**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 43-55, 2016.

OLIVEIRA, L.L.; RIBEIRO, L.R. Discursos Médicos E Jurídicos Sobre Maconha Na Paraíba: A Judicialização Do Direito Ao Acesso À Maconha medicinal. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 4, n. 2, p. 55-74, 2017.

RECKZIEGEL, J. **Dignidade Humana em Risco: Existe Limites para Experiências Científicas?** Prismas: Curitiba, 2016.

RODRIGUES, T. Tráfico, Guerras e Despenalização. **Le Monde Diplomatique Brasil**, 2009. Disponível em: [https://www.academia.edu/3786176/Tr%C3%A1fico\\_guerras\\_e\\_despenaliza%C3%A7%C3%A3o](https://www.academia.edu/3786176/Tr%C3%A1fico_guerras_e_despenaliza%C3%A7%C3%A3o)

SAAD, L.G. Medicina Legal: O Discurso Médico, A Proibição Da Maconha E A Criminalização Do Negro. **Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN)**, [S.l.], v. 1, n. 2, p. 103-112, Rio de Janeiro, 2010.

SARLET, I.W.; FENSTERSEIFER, T. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. **Rev. Bras. De Direito Animal**, n.3, p. 69-94, 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Agravo nº: 2216305-85.2016.8.26.0000**, 2016. Acesso em 11 jan. 2018. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=10055955&cdForo=0&uuid-Captcha=sajcaptcha\\_a886305c00624187b4b7a3437935fa60&v1-Captcha=zJBX&novoVICaptcha=](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=10055955&cdForo=0&uuid-Captcha=sajcaptcha_a886305c00624187b4b7a3437935fa60&v1-Captcha=zJBX&novoVICaptcha=)

WESSLER, B.G. **Efeitos Neuroquímicos e Comportamentais causados pelo uso da Cannabis Sativa** [Monografia]. Criciúma: Pós-Graduação em Farmacologia, Universidade do Extremo Sul Catarinense; 2014.

ZUARDI, A.W. Cannabidiol: from an inactive cannabinoid to a drug with wide spectrum of action. **Rev Bras Psiquiatr**. V. 30, n. 3, p.271-80, 2008.

# A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA: DIREITOS HUMANOS E HUMANIZAÇÃO DO DIREITO

*Inês Cabral Ururahy de Souza*

## 1 Introdução

As duas últimas décadas do século XX que marcaram o fim do segundo milênio do calendário gregoriano cristão foram palco de mudanças radicais nas sociedades humanas além de trazer para o centro das discussões filosóficas contemporâneas do século XXI, temas que pareciam estar esquecidos no debate teórico das ciências sociais, mas que envolvem a cidadania no contexto da sociedade contemporânea: globalizada, tecnicista, complexa, neoliberal.

Se durante séculos a cidadania foi um conceito político associado à participação dos homens na vida da sociedade, através do sufrágio universal, com o advento da modernidade ela tornou-se uma das categorias políticas centrais na imputação de direitos. O status de cidadão, a partir do liberalismo passa a conferir aos sujeitos sociais, a condição de igualdade jurídica, independentemente de raça, etnia, religião ou classe social.

Presente nas grandes utopias dos pensadores de formação humanista sejam eles jusnaturalistas, socialistas ou mesmo céticos, a cidadania aparece respaldada pelo Estado soberano, legitimada em conquistas que institucionalizadas lhe conferem o estatuto de legitimidade.

Nascida na Grécia como direito de poucos, mas efetivamente atrelada à participação, ela toma novos rumos com a modernidade, em-

balada pelas demandas da nova sociedade que as revoluções burguesas inauguram.

Como uma das estrelas da revolução francesa, ela reassume seu papel no Estado moderno, como garantidora de direitos a uma parcela da população.

Mas, vejamos: A cidadania, concebida pelo seu grande sistematizador moderno, T.H. Marshall, como um status de garantia aos homens dos novos tempos capitalistas como garantia à dignidade e aos direitos até então negados a todos, acabou vivenciando momentos distintos, ora sendo vista por muitas populações, como uma concessão dos governos democráticos, ora como direito que estava nas leis, mesmo que não estivessem na prática social, aguardando que de repente alguém os reivindicasse.

Mas, independentemente da contribuição de importantes teóricos para a consolidação dos direitos humanos, da cidadania e do Estado Democrático, as sociedades contemporâneas têm assistido à fragmentação da cidadania, como resultado de um conjunto de situações que culminaram com a crise da modernidade. Essa crise vem se tornando dramática, com a questão dos refugiados, grupos humanos que são destituídos de sua cidadania, expulsos de seu lugar, de sua cultura e perdendo sua identidade sócio-histórica.

Assim, se por um lado a modernidade criou a cidadania liberal, na evolução dos direitos civis, políticos e sociais até alcançar os novos direitos, os tempos contemporâneos, com suas contradições e complexidade têm visto a cidadania fragmentar-se em razão dos interesses de poucos e o não respeito aos direitos de “todos”, para não dizer-se da maioria. Essa situação pode ser vista na forma como as grandes questões humanas vêm sendo tratadas, incluindo nessa lista o meio ambiente e as instituições democráticas.

Diante desta nova realidade, a violência surge como um dado social que passa a ameaçar a “segurança” nas grandes cidades, visto que essa violência inclui o desrespeito à vida, dos diferentes, aqueles que vieram de outros lugares.

Os efeitos do aumento das desigualdades no contexto da nova ordem globalizada, controlada pelo mercado mundializado, que por sua vez fez nascer o conceito moderno de cidadania plena, cosmopolita,

cidadão do mundo sem fronteiras territoriais, trouxe novas discussões para o campo dos direitos da cidadania, entre elas a liberdade de ir e vir entre países.

O enfoque na segurança como um dos eixos da reivindicação da cidadania levou ao estabelecimento de investigação de vários estudiosos dos direitos da cidadania atuais, vários assuntos, entre os quais estão: estudar as novas formas de cidadania; analisar as mudanças da sociedade política; estudar as mudanças na democracia; analisar as transformações atuais no conceito de justiça social.

Na perspectiva dessas análises, os problemas enfrentados pelos refugiados da guerra, da fome, da violência de grupos paramilitares, e outras causas situam-se como temáticas dos direitos humanos em todos os países democráticos.

## 2 Os direitos humanos e a cidadania na contemporaneidade

Estudar as novas formas de cidadania significa situar o fundamento universal do conceito de cidadania, ou seja, a cidadania capaz de congrega as novas formas de cidadania que emergem da contemporaneidade, como os novos direitos que aparecem no contexto social do século XXI.

Na análise das mutações da sociedade política aparece o novo conceito de Estado, no qual a soberania deixa de ser uma categoria básica de configuração da concepção de Estado-Nação, para ceder espaço a novas formas de organizações supranacionais como o Mercosul e a Comunidade Europeia.

Estas mudanças nos campos político, econômico e social vão afetar os valores éticos e morais, revelando-se na crise de valores que toma conta do mundo neste novo milênio, representadas, principalmente nas manifestações da violência urbana, da banalização no uso das drogas ilícitas, na violação de direitos já conquistados e, sobretudo, na mercantilização do SER, através do TER, vivenciada sempre na mídia.

A justiça social, como categoria essencial do chamado Estado Social de Direito, vê ruir seus mais nobres ideais, quando

assiste a cenas destruidoras nas manifestações que estão acontecendo em nossa sociedade. Surgem, então, grandes perguntas:

- Como reivindicar cidadania se não há o mínimo de segurança que garanta a justiça social?
- Como exercer o direito de manifestação sem presença da destruição de patrimônio?
- Qual seria o objetivo que melhor qualificaria o homem contemporâneo?

Em realidade, a multiplicidade de questões que envolvem os homens no contexto histórico atual impede que neste momento um único adjetivo seja capaz de garantir a expressão deste cidadão que deverá enfrentar os desafios de um novo tempo.

São diversos os autores que situam o homem como portador de direitos, inclusive o direito à cidadania, o direito à democracia, o direito à Justiça Social. Estes autores contribuíram para que o campo dos direitos humanos se universalizasse, no sentido de lutar por uma sociedade cosmopolita, na qual a cidadania fosse a condição de pertencer à humanidade como portadora de direitos.

Mas, são os direitos humanos enquanto corpo de valores que de certa forma pairam acima dos Estados e conferem a todos os seres humanos direitos inalienáveis, o que efetivamente marca todas as discussões no campo dos direitos. Quando se fala hoje em direitos fundamentais, presentes nas Constituições, fala-se também dos direitos humanos que estão na sua base.

Não há no mundo atual, nenhuma Constituição Democrática que não tenha por base os Direitos Humanos constitucionalizados como Direitos Fundamentais. Mas, estarem constitucionalizados é uma situação legal, jurídica. Estarem concretizados é uma situação política e social.

O que queremos demonstrar é o direito que os cidadãos têm à cultura, à informação, aos direitos sociais (educação, saúde, transporte...), na perspectiva de proporcionar a todos uma melhor qualidade de vida. Nestas discussões, a humanização do direito é processo que se fará com

a ampliação dos direitos de cidadania e pela conscientização de que o acesso aos direitos é o caminho para a reivindicação da cidadania.

Para falar deste tema rico, polêmico e instigante temos que pensar em algumas situações jurídico-sociais:

- A cidadania numa perspectiva filosófico-jurídica, momento em que são discutidas as origens da cidadania, sua evolução até a chamada cidadania renovada e a relação entre a cidadania, a ética e os direitos humanos no contexto deste terceiro milênio que se inicia.
- A cidadania na perspectiva político-jurídica, quando se destaca a cidadania e sua relação com os direitos fundamentais, presentes nas Constituição Brasileira, a Constituição Cidadã.
- A cidadania cosmopolita fruto das relações entre o cidadão e o mundo globalizado.
- A cidadania no seu confronto com a violência, no qual aparece o Estado conjugado à violência.

Como consequência destes aspectos da cidadania, observa-se a necessidade da humanização dos direitos e das políticas de segurança pública e quando se fala da segurança, devemos observar desde sua perspectiva histórica até aos Tribunais de Proteção ao Direito, enfocando as relações entre segurança e violência, entre cooperação judicial e de polícia, no seio do Estado Brasileiro.

O Estado, como instituição, expressa o espírito associativo do ser humano, pois representa a vivência da sociedade desejável, coordenando as atividades humanas nos limites de seu território, tendo por finalidade primordial o bem comum.

A afirmação de que o Estado tem por fim precípua a realização do bem comum corresponde às aspirações naturais do ser humano, que busca por meio da vida organizada em grupo, obter condições favoráveis à sua existência.

Cabe ao Estado não só coordenar a realização do bem comum, mas também, promovê-lo, estimulando os diversos segmentos da so-

cidade a realizá-lo, buscando a concretização dos direitos do cidadão que vive na sociedade.

A questão das violações aos direitos do cidadão é fator preponderante na luta contra a violência, tendo em vista que cada vez que alguém é violentado de forma clara ou silenciosa, a cidadania perde, porque em verdade, altos índices de concentração de poder, inclusive na Justiça, são desvelados em várias situações cotidianas, através de situações específicas, que estão demonstrando que os órgãos competentes, garantidores da segurança, não só ignoram os fatos violentos que costumam acontecer no dia a dia das populações.

Existem, também, outras grandes questões que violentam a consciência dos seres humanos mais sensíveis, tais como: a miséria e a fome, a falta de teto, os menores na rua, a velhice abandonada, o desemprego, o analfabetismo no século XXI e entre outros, o drama cotidiano dos refugiados.

### 3 Os refugiados e a anulação da cidadania e dos direitos humanos no momento contemporâneo

Um mundo pacífico e desenvolvido é aquele onde as pessoas sentem-se seguras e protegidas em seu ambiente familiar e em suas comunidades. É um mundo no qual os cidadãos podem se sentir confiantes em seu país, vivenciando sua cultura, acreditando nas nações e nos povos do nosso planeta.

Entretanto, as tragédias humanas que marcam as duas primeiras décadas do século XXI trazem para as discussões contemporâneas, a dramática situação dos grupos humanos, alijados de seus territórios, em consequência das guerras de cunho político, religioso, cultural, espacial, que atualmente atingem todos os continentes.

Esses grupos de refugiados, como são chamados aqueles que buscam um outro lugar, para fugirem de seus territórios devastados e das perseguições, agregam diferentes tribos, etnias, origens culturais, em uma espécie de perseguição desumana por abrigo e pela esperança de iniciar uma nova vida em outro país. Cada vez mais numerosos esses agrupamentos humanos revelam a destruição dos direitos humanos em tempos de conflitos, assim como de concepção do que seja cidadania.

Carvalho (2002, p. 16) ao referir-se às formas de escravidão na pós-modernidade, diz dos refugiados que vivem em condições sub-humanas, seja em campos que abrigam centenas de famílias, seja em lugares que não desejam a presença desses grupos, submetendo-os a formas de trabalho e humilhações, bem próximas da escravidão dos tempos coloniais.

David Harvey (1994, p. 57) já dizia das dificuldades enfrentadas pelas pessoas, sujeitos sociais portadores de direitos, diante de um evento trágico que as expulsa de seu lugar. Esses grupos saem de suas moradias, carregando apenas o passado de uma história de séculos, ligada aos seus ancestrais. São seres humanos violentados em sua essência social e cidadã, com a perda da identidade cultural que é o que define cada sujeito sócio-histórico. Em muitas situações são separados de seus familiares, vagando em busca de acolhimento.

A situação atual dos refugiados em todo o mundo, com destaque para os países europeus e da América do Sul para onde se dirigem, é ainda mais grave, quando muitos países, violando leis internacionais de direitos humanos, não querem receber esses grupos, criando leis próprias que impedem a entrada dos refugiados. Esse drama humano, de características universais é revelador da complexidade desses tempos atuais.

A crise de refugiados global está em uma situação muito grave. Levando em conta os dados do ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados) no ano de 2019, cerca de 70 milhões de pessoas em todo o mundo foram forçadas a deixar seus lares, abandonando as cidades e até mesmo os países em que viviam para fugir de guerras, perseguições e outras formas de violência.

No caso brasileiro, a fronteira tem recebido centenas de famílias venezuelanas que fogem do governo de seu país, assombradas pela fome, a inflação descontrolada e, sobretudo, a ausência total de respeito aos direitos de cidadania. Sem emprego, sem instituições sólidas, sem ter como sobreviver, essas pessoas deixam seus lares em busca de segurança.

Segundo dados divulgados pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) na 4ª edição do relatório “Refúgio em Números”, o Brasil reconheceu em 2018 o quantitativo de 1.086 refugiados de diversas nacionalidades, atingindo o número de 11.231 pessoas reconhecidas como refugiadas pelo Estado brasileiro.

Conforme sinaliza Santos (2018, p. 41) muitos dos problemas vividos atualmente em países como a França, por exemplo, com atos terroristas e violência de grupos que vivem nas periferias, tem sua origem nos grupos refugiados que chegaram algum tempo atrás no país, vindos de seus lugares, colonizados e conquistados por grupos radicais. O fato do país acolher esses grupos, sem qualquer preocupação com a questão social, acaba alimentando o ódio, de quem já perdeu identidade, território, vida comunitária, história. Para eles, não há mais nada a perder.

Não é por acaso que as negociações internacionais avançam lentamente. Os países desenvolvidos não têm interesse no aumento das possibilidades de ingresso em suas fronteiras. Maior quantidade de pessoas tem como consequência mais gente utilizando os serviços públicos, diminuindo a oferta ou a qualidade dos serviços aos nacionais.

O olhar dos direitos humanos sobre as populações refugiadas é de extrema importância no momento histórico vivido pelo mundo. Açoitados pela fome e pelas desigualdades sociais, muitos desses refugiados, quando acolhidos de forma positiva pelos países que os recebem, conseguem construir uma vida nova e colaborar com o desenvolvimento econômico do lugar que os acolheu sem discriminação. Caso contrário, esses países estarão formando os inimigos futuros.

Criar leis que protejam esses grupos refugiados com base em direitos constitucionais e nos direitos humanos de caráter universal, é possibilitar que esses sujeitos adquiram uma nova cidadania, fruto dos ideais de solidariedade e justiça social. Acreditamos que esse é o caminho para a paz.

O momento é de grande preocupação com as questões que envolvem os direitos humanos, pois vive-se uma pandemia que afeta todo o planeta, com disseminação rápida de um vírus letal, o coronavírus-COVID-19. Muitas fronteiras estão fechadas, as famílias e comunidades isoladas, como se o mundo vivesse uma guerra.

Diante desse quadro global dramático, países pobres e em guerra vivem sob ameaça permanente, sobretudo por não terem seus direitos garantidos e viverem situação de exceção. O momento é difícil e vai muito além dos direitos humanos, pois envolve valores como a solidariedade, a empatia, a compaixão, que se encontram cada vez mais distanciados da sociedade tecnológica e individualista desses tempos midiáticos (Folha de São Paulo, 2020).

Repensar os direitos humanos nesse contexto de pandemia significa de acordo com a Organização Mundial de Saúde (2020) colaborar para que pesquisadores do mundo inteiro e os trabalhadores dos Sistemas de Saúde tenham condições de atender às demandas que surgem a cada instante e revelam as incertezas que tomam conta da humanidade. Autoridades de vários países tentam superar divergências políticas e ideológicas na busca de soluções.

Contudo, diante do drama dos refugiados só resta a solidariedade e a fraternidade dos países que recebem essa população em busca de amparo e segurança. Esse é o momento de acolher e fazer valer os direitos humanos, tão vilipendiados nos países de origem desses grupos errantes, porque são seres humanos em situação de vulnerabilidade.

Independentemente dos problemas geopolíticos e econômicos, essa pandemia aponta para a fragilidade da espécie humana, revelando que não há castelos, nem tendas em campos de refugiados, mansões ou choupanas, que não estejam frágeis a situações específicas de desastres. Todos os humanos se encontram à mercê do desconhecido, que está nesse trágico instante histórico, um vírus invisível e fatal.

## Conclusão

Portanto, é necessário que sejam estudados, que sejam discutidos, a cidadania e os direitos humanos no contexto das sociedades contemporâneas, através da análise da demanda dos direitos dos novos segmentos, dos direitos da criança e do adolescente, dos direitos do consumidor, do direito à democracia, do direito ao uso da internet, das redes sociais e dos demais direitos que estão em construção como consequência das novas demandas.

Precisamos pesquisar, estudar, discutir ideias para conseguirmos a conquista da cidadania no mundo atual, a conquista da cidadania plena. A cidadania como elo para a formação de uma sociedade plural, onde as diferenças de todas as ordens sejam respeitadas para que o direito à cidadania efetivamente aconteça.

A verdadeira cidadania, aquela que deverá conferir aos homens a dignidade, a segurança e a garantia de que seus direitos serão cum-

pridos, só se fará pela democracia, pelo respeito à pluralidade, pela participação efetiva dos povos e comunidades na luta por voz e espaço na sociedade e pela vontade política dos governantes de comprometerem-se com o Estado Social de Direito que respeite à cidadania como um direito.

No mundo acadêmico, quando estudamos esta sociedade complexa, devemos nos aprofundar em questões que estão no cenário contemporâneo, desafiando homens e mulheres a uma luta por justiça.

A violência humilha, separa, mata os sonhos e retira dos homens o desejo de construir. Só uma sociedade de direitos, na qual os homens vejam os outros homens como semelhantes, parceiros históricos nesta busca por um mundo melhor, mais justo e mais feliz poderá se orgulhar de cumprir os direitos humanos universais, sonho de muitos homens em todos os tempos.

E, é esta cidadania sonhada e construída com base na ética e no discurso universal, que ainda está por ser feita, pois enquanto exista uma criança passando fome no mundo, um jovem morrendo nas ruas das grandes metrópoles por um projétil perdido, homens de paletó e gravata roubando o dinheiro público, um líder que se diz religioso mandando em nome de Deus, mulheres proibidas de mostrar o rosto... esta cidadania será uma utopia.

Nesses tempos de reclusão e de ameaça à vida humana é preciso refletir sobre a questão dos direitos, que ao serem negligenciados em nome do poder, da ambição, da ganância dos poderosos, contribui para que toda a humanidade enfrente a fome, a perda do seu lugar e as doenças cada vez mais ameaçadoras. O direito à vida, à saúde, ao teto e tantos outros que estão presentes nas Constituições democráticas são fundamentais na preservação da vida.

Mas...

São as novas possibilidades de pensar no coletivo, nas soluções dos problemas e nos conflitos de uma realidade concreta, que fazem os homens sonharem com a cidadania plena. No mundo das desigualdades, a utopia surge como a esperança de um mundo mais fraterno, no qual independentemente das diferenças, a categoria do humano implique numa possibilidade dos homens com seus semelhantes, apesar de que estes vivam e convivam em contextos culturais diversos.

## REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah, *A condição humana*. 13a. ed, Rio de Janeiro, Vozes 2016.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria Belloso, En: *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de Leyes Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. 41 (1999) Universidad de Navarra, pp.
- BOBBIO, Norberto, *As ideologias e o poder em crise: pluralismo. Democracia, socialismo, comunismo, terceira via e terceira força*. Brasília, Ed. UnB: São Paulo, Polis, 1990.
- \_\_\_\_\_. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- FARIA, José Eduardo (coord.). *Direito humanos, direitos sociais e justiças*. São Paulo, Malheiros, 2005.
- HARVEY, David. *Condição Pós- Modernidade*. São Paulo: Loyola, 1994.
- HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos. O breve século XX. 1914-1919*. São Paulo, Campanha das Letras, 1995.
- PEREIRA, Gustavo de Lima. *Direito dos refugiados; do eurocentrismo às abordagens de terceiro mundo*. Porto Alegre, EDIPUCRS, 1ª ed. 2019.
- RODRIGUES, Gilberto M. A.. *Refugiados: o grande desafio humanitário*. Rio de Janeiro, Moderna Literatura. 1ª ed.
- SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. *O social e o político na Pós-Modernidade*. 14ª ed. São Paulo: Cortez, 2018.
- SILVA, José Afonso, *A dignidade da pessoa humana como valor Supremo da democracia En: “CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB”*, 1994, Foz do Iguaçu: Conselho federal da OAB, 15 (1994) pp.107-114.

# A QUESTÃO DA JUSTIÇA E DO DIREITO EM TOMÁS DE AQUINO: FUNDAMENTOS ÉTICOS E JURÍDICOS NA SUMA TEOLÓGICA

*Lino Rampazzo*

*Marcus Tadeu Maciel Nahur*

*João Carlos Valentim Veiga Junior*

## 1 Introdução

Este estudo pretende analisar a visão de Tomás de Aquino sobre a justiça, com enfoque para as questões tratadas na *Suma* teológica, tida como sua principal obra.

A escolha se justifica, sobretudo, pela atualidade do assunto na presente crise da sociedade global, na qual não podem ser esquecidas todas as exigências da justiça.

A metodologia utilizada terá como referência principal o texto mesmo da *Suma* teológica, com a sucessiva contribuição, especialmente, de doutrinadores da área jusfilosófica.

Logo de início, investiga-se como a *Suma*, um texto de predominate caráter teológico, traz um verdadeiro tratado ético e jurídico sobre a virtude da justiça, com todas as suas implicações pessoais e sociais, tendo a teoria de Aristóteles como suporte estrutural para sua veiculação.

Em seguida, são apresentadas as características fundamentais da justiça distributiva e da justiça comutativa, enquanto espécies da pró-

pria virtude cardeal da justiça, discutindo-se como são desenvolvidas em cada uma delas as questões do dar a cada um o que lhe é devido, de acordo com determinados critérios de aplicabilidade de uma e outra, em conformidade com os respectivos elementos de alteridade e igualdade.

Por último, são discutidos os muitos desafios da justiça em Tomás de Aquino, na medida em que ele propõe suas articulações ideais, mas não deixa de mostrar obstáculos reais à sua efetivação, os quais se apresentam tanto à justiça distributiva, quanto à comutativa, afetando pessoas em seus justos direitos.

## 2 O tratado da justiça de Tomás de Aquino: as bases aristotélicas

O tratado da justiça constitui uma das elaborações mais pessoais de Tomás Aquino. As únicas fontes de que dispunha a tradição escolástica eram os escritos de Marco Túlio Cícero e os dos Santos Padres, os quais não ofereciam os elementos precisos para um enfoque nem sistemático nem suficientemente profundo sobre o assunto. Somente Pedro Abelardo e sua escola aportaram alguns dados novos e atinados, mas não se fizeram sentir no conjunto da especulação ético-jurídica de seu tempo.

Em 1245, Roberto Grossatesta encerrou a tradução da *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, a qual foi utilizada por Alberto Magno em seus comentários às Sentenças de Pedro Lombardo, em que já expõe o tema da justiça desde a perspectiva aristotélica. No entanto, Tomás de Aquino busca uma tradução mais rigorosa de tal obra, utilizando a de Guilherme de Moerbeke, para discutir a justiça mais centrada na perspectiva aristotélica.

A doutrina sobre a justiça, desenvolvida pelo filósofo grego, no livro V, da *Ética a Nicômaco*, então, será a base principal do tratado da justiça que o aquinatense redigiu entre os anos 1271-1272, que são dadas para a composição da IIa.-IIa. da *Suma* teológica. Não obstante seu cunho teológico, ela traz um verdadeiro tratado que se ocupa do ensinamento da virtude da justiça e a teoria de Aristóteles lhe serve de suporte estrutural para sua veiculação. Tomás de Aquino deparou-se com dificuldades para conseguir uma síntese satisfatória entre as

doutrinas amplas e dispersas, ensinadas nas escolas de seu tempo e a concepção de Aristóteles, como se pode notar, por exemplo, na divisão do direito e do lugar que nessa divisão lhe corresponde o direito das gentes, tema este em que os textos não oferecem coerência e lucidez desejáveis aos intérpretes.

Em seu conjunto, o tratado da justiça da Suma teológica, o mais extenso dos consagrados às virtudes, é um alarde de organização e síntese de toda a temática vinculada àquela virtude, a partir da descoberta das fontes aristotélicas, que Tomás de Aquino explorou com rigor e enorme esforço de sistematização. Nesse sentido, merecem atenção os seguintes dizeres sobre as bases aristotélicas do tratado da justiça tomasiano: “Destacando e elucidando [...] elementos tomados grandemente de Aristóteles, mais precisamente da *Ética a Nicômaco*, Livro V, Tomás de Aquino fará deles o fundamento de seu tratado da justiça e de suas principais articulações.” (OLIVEIRA, 2012, p. 580-581).

O campo especial concedido à justiça, a extensão e a complexidade de questões que lhe são relacionadas, o cuidado mais minucioso na determinação de sua natureza e na análise de suas espécies constituem uma das originalidades mais marcantes do projeto tomasiano. Caberá sempre à justiça orientar e retificar as ações: as relações entre pessoas e as formas de vida social, o respeito dos direitos e promoção do bem comum. Tal compreensão da justiça lhe confere um lugar de destaque na constelação das virtudes em geral, até mesmo entre as chamadas virtudes cardeais - prudência, fortaleza e temperança -, reconhecendo-lhe uma dignidade exponencial e um valor fundamental para a coletividade. A justiça caracteriza-se pela objetividade, pela busca de normas e medidas em termos de realidade das coisas, das ações, das relações e das situações. O objetivo da justiça é “dar a cada um que lhe é devido”, conformando-se ao respeito estrito de determinado direito de um e de outro. É o devido a outrem que importa nas ações justas. Trata-se de um devido exigente e estrito, aquilo que se tem denominado, em tempos modernos, de rigorosa “atributividade” (TELLES JÚNIOR, 1965, p. 367-368). Ela busca instaurar ou restaurar a “igualdade”, a que decorre da própria natureza das trocas ou da distribuição adequada dos bens e dos postos entre os membros da sociedade. De fato, quando a questão é de justiça, não se trata de fixar alguma identidade ou se-

melhança entre as partes, mas de buscar uma real equivalência, o que significa dizer que seu propósito é estabelecer igualdade (RECASÉNS SICHES, 1936, p. 280).

Ao perscrutar todos esses elementos, especialmente, baseando-se em Aristóteles, o escolástico fez deles pilares de seu tratado de justiça, e o princípio de suas mais fundamentais articulações, as quais estão condensadas na questão 58 da IIa.-IIa. da *Suma* teológica (AQUINO, 2005, p. 54-75).

Sempre que se encontra a conjunção de todos esses elementos, a saber, a alteridade das pessoas, o direito estrito, a igualdade absoluta ou proporcional, suscetível de ser fixada segundo uma medida objetiva, pode-se então falar de justiça em sentido estrito e rigoroso. Em síntese, a justiça é “aquela virtude que regula as relações com os outros, à diferença das outras virtudes.” (RAMPAZZO; MACIEL NAHUR, 2015, p. 35). Essa característica de virtude da relação com outro necessariamente, faz da justiça uma especial virtude cardeal.

### 3 Justiça distributiva e comutativa em Tomás de Aquino: características fundamentais

O paradigma da justiça e, particularmente, a característica da igualdade que ela busca estabelecer comporta diferentes modelos de compreensão e aplicação. A noção de justiça e as distinções de suas espécies se definem pela consideração do todo e das partes da sociedade, enquanto totalidade formada de pessoas que constituem uma totalidade em si, havendo uma unidade a ser preservada tanto pela proteção dos bens individuais, quanto do bem coletivo.

É possível traçar o esquema concreto e os modelos de diferenciação das espécies de justiça mediante a consideração das relações das partes com o todo, das partes entre si ou em sua referência ao todo, no caso, a sociedade.

Há três âmbitos de incidência da justiça. O primeiro diz respeito ao domínio das relações que as partes de um todo social mantêm entre si, em toda sorte de intercâmbios e em todos os planos da vida humana, fazendo-se mutuamente o bem ou o mal. O segundo expressa a rede das relações do todo com as partes, de qualquer tipo de sociedade com

as pessoas ou grupos que a integram. O terceiro é engendrado pelas relações das partes com o todo social, das quais advém o conjunto de responsabilidades e deveres dos elementos constitutivos de uma sociedade quanto à sua forma e ao seu funcionamento.

Após identificar que o vocábulo justiça é polissêmico, Aristóteles procede ao exame da chamada justiça total. Ela consiste na virtude de observância da lei em sentido amplo, isto é, o respeito pelas regras vigentes para o bem da toda a coletividade. Esse tipo de justiça é o gênero, ou seja, a sua acepção mais abrangente. Já que são muitos os sentidos do termo justiça, esse é o mais genérico, posto que a abrangência de sua aplicação é a mais extensa possível, na medida em que abarca o bem comum (ARISTÓTELES, 1993, p. 21-23).

A justiça particular corresponde a uma parte da virtude, referindo-se ao outro singularmente no relacionamento direto entre as partes. Pode-se dizer que o justo particular é, de certo modo, espécie do gênero justo total, pois aquele que comete um injusto particular não deixa de violar a lei e, como tal, praticar um injusto em sentido mais genérico. Nesse caso, tem-se uma especificação do termo justiça, porquanto se procede “pelo tipo de diferença” - *per genus et differentiam* - da mais ampla à mais estreita das significações (ARISTÓTELES, 1993, p. 25-27).

A justiça particular comporta divisões. De um lado, é espécie dessa justiça particular o justo distributivo; de outro, o justo corretivo. A primeira acepção do justo particular, ou seja, o justo distributivo, relaciona-se com todo tipo de benefícios e encargos atribuídos aos membros da coletividade. A segunda acepção da justiça particular, o justo corretivo, consiste em estabelecer e aplicar um juízo de ajustamento nas transações entre as partes. Não se deve esquecer que o justo particular corretivo comporta bipartição, porque engloba tanto as relações baseadas na voluntariedade do vínculo entre as partes (atos negociais), constituídas pelo elemento estrutural sinalagmático, quanto às relações estabelecidas por ações violadoras ou clandestinas (atos ilícitos). O justo particular corretivo é exigido para reparar todas as formas de transgressões deterioradoras de bens individuais ou coletivos. A doutrina da justiça, desenvolvida por Aristóteles, em seu livro V, da obra *Ética a Nicômaco*, como se viu, constitui mesmo a base principal do tratado da

justiça que o Tomás de Aquino desenvolve na composição da “Segunda Parte da Segunda Parte” da Suma Teológica (URDÁNOZ, 1956, p. 159-161). Pode-se dizer, então, que o escolástico toma a teoria da justiça aristotélica como sua referência primordial, dando a ela atenção especial, em seu conjunto, o tratado da justiça da *Suma Teológica*, o mais extenso de todos os consagrados às virtudes, é um de organização e síntese de toda a temática vinculada a essa virtude.

Tomás de Aquino não deixou de identificar na teoria da justiça as partes da justiça em si mesmas, divididas em distributiva e comutativa. Para ele, enquanto a primeira se ocupa de repartir entre os particulares os bens da comunidade, do todo social, a segunda atende aos intercâmbios que se operam entre as pessoas. Mas, a igualação que cada uma delas procura é, por conseguinte, distinta entre uma e outra. A justiça distributiva tem de adaptar ou ajustar uma coisa a um grupo de pessoas, no que não se pode dar uma mensuração estrita. Por sua vez, a justiça comutativa adapta as coisas entre si, para as quais é mais fácil conseguir uma equivalência exata. (AQUINO, 2005, p. 73-74). No primeiro caso, tem-se o aspecto da igualdade proporcional (“geométrica”); no segundo, o da igualdade absoluta (“aritmética”).

O escolástico dispensa atenção especial à justiça comutativa, porque, como realização perfeita da igualdade com as outras espécies ou partes, como propósitos de reproduzir no tecido social uma igualdade semelhante, ela reflete a articulação do direito natural e do direito positivo, sendo que este último deve ser uma obra humana em que o rosto do primeiro se ache fielmente esculpido.

O justo corretivo tem dupla aplicação. Uma delas consiste no reequilíbrio das relações sociais fundadas na liberalidade das trocas entre as partes, de modo que a igualdade lhe preserve a justa medida. A outra diz respeito à reparação da situação anterior ao desequilíbrio causado por uma das partes. Trata-se da justiça particular corretiva reparadora, indispensável para o renivelamento das partes, o que só se consegue com o retorno *ao status quo ante* (“o estado em que as coisas estavam”). O sujeito ativo de uma injustiça recebe a respectiva sanção por ter agido como causador de um dano indevidamente provocado a outrem, enquanto o sujeito passivo da injustiça se vê ressarcido pela reparação em relação ao prejuízo sofrido (BITTAR; ALMEIDA, 2010, p. 139).

A justiça particular corretiva reparadora, especificamente, é a necessária medida de restituição das condições anteriores em que se encontravam as partes, vale dizer, antes da consumação entre elas de uma desigualdade causadora de desequilíbrio nas suas relações. As partes que se relacionam com base nesse tipo de situação de justiça e injustiça são: o autor da injustiça, ou seja, o agente que investe contra aquele que sofre o prejuízo, e o receptor do ato injusto, isto é, a parte passiva da relação em que se consumou o prejuízo.

Ao contrário da distribuição de bônus e ônus às pessoas, essa justiça diortótica zela pela correta reparação do quinhão que foi subtraído ou apropriado por alguém de outrem. Com fundamento na proporção aritmética, ela envolve a “devolução daquilo que foi acrescido a alguém.” (MASCARO, 2012, p. 68). É bastante simples o seu critério: à perda indevida de alguém deve corresponder uma correção equivalente.

O termo “justiça comutativa” seria uma inovação de Tomás de Aquino, ao comentar e prolongar a “justiça corretiva” de Aristóteles. O filósofo do Liceu já falava da justiça nos intercâmbios costumeiros entre pessoas, sobretudo, nas relações negociais (OLIVEIRA, 2012, p. 593). Assim, de maneira corrente, mas ainda não tão precisa, define-se a justiça comutativa como justiça entre as partes individuais. Mas, não é só isso. Além desse campo mais cotidiano das relações, a “justiça comutativa” é invocada como guia para os protagonistas de todos os tipos de ações e relações em que surgem direitos bem determinados a serem garantidos ou reparados, quando ocorrem violações. Logo, essa espécie rigorosa e valiosa de justiça rege as relações entre pessoas, grupos e sociedades em geral.

A justiça comutativa traz o respeito necessário ao direito estrito, àquilo que é devido em razão do que a pessoa faz e, por isso, merece algo de bem ou de mal. No entanto, ela não envolve apenas esse aspecto pessoal e vai além dele, pois o conteúdo da “justiça comutativa” e do dever absoluto que impõe assume também um aspecto material, ou seja, um conjunto de coisas, de dados reais, bens que pertencem ao injustiçado, entendidos não somente no plano individual, mas também no plano social. Uma observação não pode passar despercebida no tocante ao aspecto pessoal. Ele engloba não apenas determinadas pessoas, mas também grupos de pessoas e até sociedades inteiras. Em

consequência, quando há o violador da justiça comutativa, o dever de restituir ou reparar é primordial, não importando se ele caberá ao responsável de maneira isolada, solidária, simultânea, sucessiva ou supletiva. O certo é que ele, por sua ação ou omissão lesiva, deve sempre corrigir o mal feito, restituindo ou reparando, total ou parcialmente, aquilo de que se aquinhoou indevidamente. A justiça comutativa existe para não permitir qualquer tipo de enriquecimento indevido, porque a ninguém é dado se locupletar ilicitamente. A posse ou detenção injusta do que é alheio reclama de forma imperativa a devida restituição ou reparação, de modo que o justo comutativo seja preservado - questão 62 (AQUINO, 2005, p. 106-119). Sem esse justo comutativo, e de uma lei efetiva capaz de assegurá-lo, é como se estivesse dando um “prêmio” para um mal feito, o que é absolutamente incompatível não só com o princípio da justiça, como do próprio direito como objeto dessa mesma justiça.

Tomás de Aquino tratou do direito a propósito da virtude da justiça, tendo como sua fonte principal a ética aristotélica - Ética a *Nicômaco* -, embora não tenha deixado de considerar também o direito romano - *Corpus Juris Civilis* (VILLEY, 2007, p.117). Do universo romano, o escolástico resgata a justiça como vontade constante e perpétua de dar aos outros o que lhes pertence, ou seja, seus direitos devidos. E aqui há uma observação bastante significativa, qual seja, a de que sua explicitação do conceito de direito vinculado à justiça, entendido como algo que pertence ao outro, “aproxima-o da articulação de um conceito de direitos humanos. Um conceito certamente implícito em sua tese de que existem preceitos de justiça, cada um impondo, a mim e à minha comunidade, um dever a todos sem discriminação.” (FINNIS, 2007, p. 55). Ao abordar a arte jurídica na Suma teológica, Tomás de Aquino decidiu trazer para o mundo tornado cristão todo o ensinamento de Aristóteles sobre justiça particular, destacando as trocas entre as pessoas que devem ser resolvidas pela justiça comutativa e, por conseguinte, pelo direito justo para esse tipo de relação (VILLEY, 2003, p. 119). Desse modo, a determinação de uma propriedade, fixando o que é de um e o que de outrem, pertence à esfera da justiça comutativa, a qual deve ser sempre reparada quando alguém viola aquilo que é do outro, locupletando-se indevidamente com o que não é seu. Nesse universo da justiça e direito,

chama bastante atenção do escolástico a justiça comutativa como espécie de justiça particular. Conferindo certa ênfase para essa justiça particular, posto que ela transmite o sentido mais acurado do ato justo nas relações interpessoais, cabe assinalar os seguintes dizeres:

Mas destaquemos que a acepção mais precisa da palavra, seu sentido primeiro, que merece mais atenção: a justiça particular. O objeto próprio dessa virtude é atribuir a cada um o seu – *suum cuique tribuere* – [...] e que se efetue uma partilha adequada, em que cada um não recebe nem mais nem menos do que a boa medida exige. [...]. (VILLEY, 2005, p. 41).

O ato próprio da justiça comutativa é repor a coisa mesma tirada ou recebida indevidamente. Esse ato satisfaz plenamente a igualdade exigida pelo direito justo. A articulação da justiça comutativa como realização perfeita da igualdade entre as partes, efetivando uma necessária igualdade no tecido social, inclusive, reflete a relação entre o próprio direito natural e o direito positivo (ESTÉBANEZ, 1988, p. 501).

De fato, pode-se dizer que, de modo especial e para além das outras virtudes, “o objeto da justiça é determinado em si mesmo e é chamado justo. Tal é precisamente o direito.” (AQUINO, 2005, p. 47). E a arte do jurista é aquela que desvela o que é justo na sociedade. O ofício do jurista “é uma arte [...] um saber que implica discernir: o discernimento entre o justo e o injusto” (HERVADA; IVARS, 2008, p. 53). Nesse sentido, é a arte que Tomás de Aquino chamava de direito.

#### 4 Os desafios da justiça em Tomás de Aquino: articulações ideais e obstáculos reais à sua efetivação

O tratado da justiça tomasiano se articula em torno da distinção entre as partes essenciais (as espécies) e as partes potenciais (as virtudes anexas da justiça). Sem dúvida, no início do tratado da justiça, prólogo da questão 57, da IIa.-IIa. da *Suma* teológica, é anunciada uma divisão quadripartite e ela constitui o quadro ideal: o exame da virtude da justiça em si mesma e em suas partes, o dom do Espírito que lhe convém e os preceitos que lhe dizem respeito.

Entretanto, o “Doutor Angélico” não deixa de discutir tudo quanto possa se apresentar como oposição à justiça. Primeiramente, expõe toda uma questão consagrada à injustiça em geral – questão 59 (AQUINO, 2005, p. 76-82). Não é por outra razão que, na concepção tomasiana, a injustiça se constitui, por assim dizer, “um vício com um único propósito, o de estar deliberadamente disposto a opor-se àquilo que é exigido pela justiça.” (MACINTYRE, 1991, p. 223). E será, sobretudo, através dos vícios opostos à justiça distributiva e, em especial, à justiça comutativa, que se examinará o campo mais concreto dessas espécies de justiça, além de serem mencionados e analisados os direitos fundamentais (direito à vida, à integridade corporal, direito de propriedade, direito à reputação, direito à liberdade de locomoção, entre outros), para os quais a justiça exige não só o respeito, mas também a efetiva promoção (OLIVEIRA, 2005, p. 43).

Não é por outra razão que Tomás de Aquino chama a atenção para os muitos vícios que podem comprometer direitos justos. No tocante ao justo distributivo, o escolástico chama a atenção para o vício da discriminação de pessoas – questão 63 (AQUINO, 2005, p. 121-128). Quanto ao justo comutativo, ele fala dos vícios do homicídio, das mutilações, do furto e da rapina, da contumélia, da difamação, da murmuração, da zombaria, da maldição, da fraude cometida na compra e venda, e do pecado da usura – questões 64-66 e questões 72-78 (AQUINO, 2005, p. 121-169; p. 208-260).

É preciso acrescentar o grande espaço reservado ao julgamento, aos aspectos e problemas judiciais, o que expressa a importância atribuída às dimensões propriamente sociais da justiça, a seu papel imprescindível para a organização e funcionamento da sociedade. Assim, depois do estudo da virtude da justiça e também do vício da injustiça (questões 58-59), as análises tomasianas serão dedicadas ao julgamento como seu ato próprio e institucional – questão 60 (AQUINO, 2005, p. 83-93). No âmbito da análise das diferentes formas de “injustiça”, de uma maneira um tanto inesperada, Tomás de Aquino introduz uma pequena ética do tribunal, que se ajusta ao conjunto da temática justiça e injustiça, como o estudo das injustiças mais qualificadas, vale dizer, aquelas que se podem cometer em palavras nesse recinto privilegiado, onde se exerce e “se diz” a justiça. Assim, o esco-

lástico não deixará de apontar injustiças cometidas pelo juiz, injustiças cometidas pela acusação, pecados contra a justiça cometidos pelo réu, injustiças cometidas pela testemunha e injustiças cometidas em juízo pelo advogado – questões 67-71 (AQUINO, 2005, p. 170-206).

Por todas essas dimensões pessoais e sociais, desenvolvidas no plano ético e jurídico, dentro do horizonte filosófico-teológico, todo o esforço de Tomás de Aquino parece ser de um exitoso valor, quando se trata do enfrentamento de inquietações e desafios contemporâneos sobre a justiça, e, o direito enquanto seu principal objeto, a fim de que não se abandone o propósito de realização do direito justo para todas as pessoas.

## 5 Conclusão

Não obstante o predominante caráter teológico da *Suma*, Tomás de Aquino foi capaz de compor um verdadeiro tratado ético e jurídico sobre a virtude cardeal da justiça, com todas as suas implicações pessoais e sociais, valendo-se da teoria aristotélica como sua principal fonte.

A estreita relação da justiça com o direito ficou marcada como indissociável na concepção tomasiana, pois o direito é considerado, sobretudo, como objeto da própria justiça. O escolástico avançou sobre a temática da justiça, entendida como virtude cardeal por excelência, apresentando as suas espécies e também as características fundamentais tanto da justiça distributiva, quanto da comutativa, examinando como são desenvolvidas em cada uma delas as questões do dar a cada um o que lhe é devido. Para se atribuir ao outro aquilo que lhe cabe por direito, é preciso bem identificar determinados critérios de aplicabilidade de uma e outra espécie de justiça, levando em consideração os respectivos elementos de alteridade e igualdade. Obviamente, essa aplicabilidade traz a exigência da objetividade, da identificação de normas e medidas em termos de realidade das coisas, das ações, das relações e das situações concretas da vida social.

Entretanto, o “Doutor Angélico” não deixou de discutir tudo quanto possa se apresentar como oposição à justiça. Chamou a atenção para o vício da injustiça em geral. E apontou uma série de vícios opostos à justiça distributiva e, em especial, à justiça comutativa. Vícios

esses que podem comprometer, severamente, justos direitos das pessoas. Quanto ao justo distributivo, o escolástico alertou para o vício da discriminação de pessoas. Com relação ao justo comutativo, ele salientou os vícios do homicídio, das mutilações, do furto e da rapina, da contumélia, da difamação, da murmuração, da zombaria, da maldição, da fraude cometida na compra e venda, e da própria usura.

Além disso, Tomás de Aquino ainda focalizou a sempre delicada questão do julgamento, enquanto ato próprio e institucional da justiça, tratando de problemas judiciais, não lhe passando despercebida a importância atribuída às dimensões propriamente sociais da justiça, vale dizer, seu papel imprescindível para a organização e funcionamento da sociedade. Em sua análise das diferentes formas possíveis de injustiça, incluiu uma pequena ética do tribunal, que se amolda ao conjunto da temática justiça e injustiça. Desse modo, apresentou um inusitado estudo das injustiças mais qualificadas, vale dizer, aquelas que podem ser cometidas, mediante palavras, no espaço que é destinado para o exercício e a dicção da justiça. E, nesse sentido, não deixou de apontar injustiças cometidas pelo juiz, pela acusação, vícios contra a justiça praticados pelo réu, bem como injustiças levadas a efeito por testemunhas e por advogados em juízo.

Por todas essas dimensões pessoais e sociais, desenvolvidas no plano ético e jurídico, dentro do horizonte filosófico-teológico, pode-se dizer que o esforço de Tomás de Aquino parece ser de um exitoso valor, sempre que as sociedades se deparam com as mais difíceis e complexas situações de realização da justiça distributiva e comutativa e dos respectivos justos direitos que elas exigem em prol do bem comum.

## Referências

- AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. Trad. de Aldo Vannucchi et al. São Paulo: Loyola, 2005. v. VI. 711 p.
- ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. Trad. de Julio Pallí Bonet. Madri: Gredos, 1993. 409 p.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 901 p.

- ESTÉBANEZ, Emilio G. División de la justicia. *In: AQUINO, Tomás de. Suma de Teología*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1988. p. 501-701.
- FINNIS, John M. *Direito Natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico*. Trad. de Leandro Cor-dioli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007. 128 p.
- HERVADA, Javier; IVARS, Javier Escrivá. *Relectura de la obra científica de Javier Hervada*. Preguntas, diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada (Parte I). Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2008. 135 p.
- MACYNTIRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. de Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991. 440 p.
- MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 531 p.
- OLIVEIRA, Carlos-Josaphat Pinto de. *Paradigma teológico de Tomás de Aquino: sabedoria e arte de questionar, verificar, debater e dialogar: chaves de leitura da Suma de teologia*. São Paulo: Paulus, 2012. 888 p.
- OLIVEIRA, Carlos-Josaphat Pinto de. Introdução. *In: AQUINO, Tomás de. Suma teológica*. Trad. de Aldo Vannucchi et al. São Paulo: Loyola, 2005. v. VI. p. 43-44.
- RAMPAZZO, Lino; MACIEL NAHUR, Marcius Tadeu. *Princípios jurídicos e éticos em Tomás de Aquino*. São Paulo: Paulus, 2015. 166 p.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Estudios de filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch, 1936. 275 p.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1965. 265 p.
- URDÁNOZ, Teófilo. *Introducción al tratado de la justicia en Suma Teológica de Santo Tomás*. Madrid: BAC, 1956. 175 p.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. 192 p.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 840 p.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Trad. de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 488 p.

# ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO BRASILEIRA PÓS REFORMA TRABALHISTA DECORRENTE DA LEI Nº 13.467/2017

*Christiano Abelardo Fagundes Freitas*

*Inês Cabral Ururahy de Souza*

*Léa Cristina Barboza da Silva Paiva*

*Rafael Crespo Maciel Machado*

## 1 INTRODUÇÃO

O princípio do acesso à justiça também é conhecido como princípio do acesso à ordem jurídica justa, princípio da inafastabilidade da jurisdição, bem como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. O artigo 5º, inc. XXXV, da CRFB/88, disciplina que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Trata-se, sim, de um princípio. Os princípios exercem um papel fundamental no Direito. Um dos critérios, para determinar se um ramo do Direito possui, ou não, autonomia é a existência de princípios próprios. Os princípios servem, até mesmo, para inspiração de edição de normas jurídicas, bem como podem ser extraídos da interpretação dessas.

A seguir, a lição de BUENO (2015, pág. 40) acerca do princípio em análise, **in verbis**:

A compreensão de que nenhuma lei excluirá ameaça ou lesão a direito da apreciação do Poder Judiciário deve ser entendida no

sentido de que qualquer forma de “pretensão”, isto é, “afirmação de direito” pode ser levada ao Poder Judiciário para solução. Uma vez provocado, o Estado-juiz tem o dever de fornecer àquele que bateu às suas portas uma resposta, mesmo que seja negativa, no sentido de que não há direito nenhum a ser tutelado ou, bem menos do que isso, uma resposta que diga ao interessado que não há condições mínimas de saber se existe, ou não, direito a ser tutelado, isto é, que não há condições mínimas de exercício da própria função jurisdicional, o que poderá ocorrer por diversas razões, inclusive por faltar o mínimo indispensável para o que a própria CF exige como devido processo legal. BUENO (2015, pág. 40)

## 2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO

O direito de acesso à justiça, bem como a garantia à razoável duração do processo (este último plasmado no artigo 5º, inc. LXXVIII, da CRFB/88) são reconhecidos como direitos humanos e princípios de natureza constitucional nos ordenamentos jurídicos de Estados Democráticos. No que tange aos direitos humanos, válido mencionar que funcionam como farol para os Estados Democráticos, como leciona SOUZA (2019, pág. 27), **in verbis**:

Os Direitos Humanos, como Direitos de Cidadania, que se consolidaram mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial, sempre se constituíram em uma espécie de farol para os Estados Democráticos, que, em suas legislações, acompanharam as conquistas oriundas das lutas por direitos de variados grupos minoritários. SOUZA (2019, pág. 27).

Mister ressaltar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas (ONU), em 10.12.1948, dispõe, expressamente, que: “VIII. Todo homem tem direito a receber, dos tribunais nacionais competentes, remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

Numa análise sistemática, certifica-se que o direito à jurisdição é arrolado entre os direitos políticos fundamentais do cidadão, em diver-

sas Constituições. A Constituição da Espanha, de 1978, estabelece, em seu artigo 24, I: “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”. Por sua vez, a Constituição da Itália disciplina, em seu artigo 24, que “*Todos podem recorrer em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos. A defesa é um direito inviolável em cada condição e grau de procedimento. São assegurados aos desprovidos de recursos, mediante instituições apropriadas, os meios para agir e defender-se diante de qualquer jurisdição. A lei determina as condições e as modalidades para a reparação dos erros judiciários.*” A Constituição da Alemanha, de 1949, em seu artigo 103, que trata dos direitos fundamentais perante os tribunais, regulamenta o seguinte: “*Perante o tribunal, todos têm o direito de ser ouvido.*”

### 3 DOS ARTIGOS 791 E 791-A, §4º, AMBOS DA CLT

Assentado esse registro referente ao acesso à justiça no Brasil, pasaremos à análise dos artigos 791 e 791-A, §4º, ambos da CLT. Prescreve o artigo 791, da CLT, que “*Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.*” Esse dispositivo traz, em seu bojo, o princípio do **ius postulandi** das partes na seara do Direito Processual do Trabalho. Impende consignar que o **ius postulandi**, na Justiça do Trabalho, surgiu no ano de 1943, com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A expressão “*ius postulandi*” consiste na capacidade postulatória, que é a condição técnica para postular em juízo, ou seja, é o exercício de atividade processual mediante habilitação especializada. Como será visto a seguir, em alguns casos, o ordenamento jurídico permite que a parte vá a juízo, sem constituir advogado, surgindo o **ius portulandi** da parte. Na seara do Direito Processual do Trabalho, trata-se de um princípio, estando à disposição não só do empregado, mas também do empregador. Os empregados e empregadores de maneira excepcional podem litigar sem assistência de advogado na Justiça do Trabalho em conformidade com o artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Não há dúvidas de que o referido instituto tem como base o princípio do livre acesso à Justiça, também chamado de princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, como já se assentou, insculpido no artigo 5º, XXXV, da CRFB/88, com a finalidade de oferecer prestação jurisdicional a todos, sem distinção, inclusive àqueles que não possuem condições financeiras para contratar advogado.

Trata-se de dispositivo de grande alcance, pois não limita a atividade das partes pelo valor dado à causa, isto é, independentemente do valor da causa, as partes poderão reclamar perante o judiciário trabalhista, sem a presença de um advogado. Para ratificar a assertiva de que se trata de dispositivo legal de amplo alcance, pelo menos no campo teórico, registra-se que, no Juizado Especial Cível estadual, o **jus postulandi** da parte fica restrito a causas de até vinte salários mínimos, como plasmado no artigo 9º, da Lei n° 9.099/95, **in verbis**: “Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.” E, na fase recursal, não é permitido o **jus postulandi**, como se depreende do §2º, do artigo 41, do supracitado diploma legal, **ipsis litteris**: “§ 2º No recurso, as partes serão obrigatoriamente representadas por advogado.” Nesse sentido o magistério de FREITAS (2017, pág.63), **ipsis litteris**:

Nas causas ajuizadas nos juizados especiais cíveis, cujo valor da causa não exceda a 20 (vinte) salários mínimos, a assistência por advogado torna-se facultativa, haja vista que a parte autora pode exercer nessa hipótese o *ius postulandi*, como se depreende do art. 9º, da Lei n. 9.099/95, *in verbis*: “Nas causas de valor até 20 (vinte) salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.” Para recorrer das sentenças proferidas pelos juizados especiais cíveis, a assistência por advogado torna-se obrigatória, independentemente do valor que fora atribuído à causa, inteligência do § 2º, do artigo 41, da Lei n. 9.099/95. FREITAS (2017, pág.63).

O Tribunal Superior do Trabalho (TST), órgão de cúpula do Judiciário Trabalhista, por meio da súmula 425, restringiu um pouco o exercício do **jus postulandi** das partes, **verbis**: “O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.” Hodiernamente, há mais uma hipótese em que não se admite o **jus postulandi** da parte no Processo do Trabalho, qual seja: nos processos de jurisdição voluntária, para homologação de acordo extrajudicial, haja vista que a CLT exige, nesse caso, que as partes estejam assistidas por advogado, que não pode ser o mesmo profissional para ambas as partes do processo, como impõe o artigo 855-B, §1º, **verbis**: “O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado. § 1º As partes não poderão ser representadas por advogado comum.”

Como leciona FREITAS (2020, pág.78), “O *processo de jurisdição voluntária, para homologação de acordo extrajudicial, é fruto da Reforma Trabalhista, oriundo da Lei nº 13.467/2017, estando plasmado na CLT do artigo 855-B ao art. 855-E. De acordo com o art. 855-D, da CLT, “No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença.”*

O **jus postulandi** das partes tem o desiderato de facilitar o acesso das partes ao judiciário trabalhista brasileiro, o que, de fato, tem sua importância, sobretudo, se olharmos pelo ângulo do empregado, que, na maioria das vezes, bate às portas do judiciário trabalhista, por encontrar-se sem receber salários, ou por ter sido dispensado e não ter percebido as respectivas verbas. Diz-se que a **mens legis** do artigo 791, da CLT, é facilitar o acesso do hipossuficiente à justiça do trabalho, porquanto a Defensoria Pública não presta assistência nas demandas trabalhistas. Tal ofício cabe, na seara trabalhista, aos sindicatos, sendo que nem todas as categorias profissionais contam com a presença de sindicato.

Em sentido diametralmente contrário, está a redação do § 4º, do artigo 791-A, da CLT, fruto da Lei nº 13.467/2017, que entrou em vigor em 11/11/2017, responsável por substancial alteração no

instituto jurídico dos honorários advocatícios na seara do Direito Processual do Trabalho. Afirmamos que se trata de profunda alteração legislativa, porquanto rompeu com as regras vigentes até 10/11/2017. Vamos, então, à redação do famigerado dispositivo legal, **in verbis**: “Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do provento econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.(...)§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.”

Determinar que o beneficiário da gratuidade de justiça pague honorários advocatícios sucumbenciais é ilegal, inconveniente, inconstitucional e, até mesmo, imoral. E, sem sombra de dúvida, inibe o acesso, por parte do trabalhador hipossuficiente, ao judiciário trabalhista, pois este, por receio de não conseguir lograr êxito no que tange ao fardo probatório, pode evitar de bater às portas do judiciário, pois corre o risco de sair “devendo”.

O beneficiário da gratuidade de justiça deve ficar isento do pagamento de custas e de honorários advocatícios sucumbenciais, como se depreende do artigo 98, §1º, inc. VI, do Código de Processo Civil brasileiro (CPC), **ipsis litteris**: “§ 1º A gratuidade da justiça compreende: (...) VI: “os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;”.

O desiderato do legislador de impedir o acesso à Justiça do Trabalho é tão evidente que chega a prever a utilização de créditos, obtidos pelo sucumbente em outra demanda, para o pagamento de honorários sucumbenciais (§ 4º, do artigo 791-A, da CLT), o que não se dá

no CPC (e nem poderia ser diferente). O § 2º, do art. 98, do CPC, prevê que “A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência”, mas não há, no § 3º, determinação para a utilização de valores obtidos pelo sucumbente, seja no mesmo processo em que sucumbiu, seja em outro, para o pagamento de honorários sucumbenciais, **verbis**: “§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguido-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.” Nessa toada a lição de GONÇALVES (2017, pág. 174), **in verbis**:

Por fim, se o vencido for beneficiário da justiça gratuita, o juiz o condenará nos honorários, mas suspenderá a execução por cinco anos, até que se prove que adquiriu condições de pagá-los, sem prejuízo de seu sustento. Passado esse prazo, extinguem-se as obrigações do beneficiário da gratuidade. GONÇALVES (2017, pág. 174).

O artigo 791-A, §4º, da CLT, é inconstitucional, porque a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), no artigo 5º, inciso LXXIV, disciplina que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, estando plasmado ainda, no inciso XXXV, desse mesmo artigo, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Mister, também, recordar que os trabalhadores têm o direito de ação, assegurado pelo artigo 7º, inc. XXIX, da Carta Cidadã. Não há dúvidas de que a gratuidade de justiça está umbilicalmente relacionada com o acesso à justiça.

Afirma-se, com veemência, que o artigo 791-A, §4º, da CLT, é inconveniente, porque está na contramão, porque confronta, literalmente, com o artigo 8 (Garantias judiciais) da CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (Pacto de São

José da Costa Rica), que foi ratificada pelo Brasil, possuindo, pois, natureza de supralegalidade, isto é, encontrando-se acima das leis ordinárias. A seguir, o artigo retrocitado: “1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

O dispositivo ordinário que possibilita a condenação do empregado ao pagamento de honorários sucumbenciais implica verdadeiro retrocesso social (Pacto de San José da Costa Rica, art. 26), uma vez que fulmina o princípio do acesso à Justiça. Diz-se isso, porquanto o art. 26, do referido Pacto, inserido no capítulo dos DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, na Seção do Desenvolvimento Progressivo, dispõe que “Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.”

Com efeito, a imposição do pagamento de honorários sucumbenciais aos trabalhadores é medida inibitória e intimidatória que aniquila a última esperança de o obreiro ver satisfeito os seus créditos trabalhistas, qual seja, a tutela judicial. Além disso, a nova disciplina, prevista no malfadado art. 791-A, §4º, da CLT, ao negar o acesso à Justiça àqueles que mais necessitam, afasta o princípio da maximização dos direitos humanos.

Portanto, entendemos que o art. 791-A, da CLT, afronta os artigos 8 (acesso à Justiça) e 26 (princípio do não-retrocesso social) do Pacto de San José da Costa Rica. Flagrante, pois, a inconveniência do artigo 791-A, §4º, da CLT.

Sobre o assunto em comento, a ANAMATRA, na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada nos dias 09 e 10

de outubro de 2017, em Brasília, cujo tema foi “Reforma Trabalhista”, aprovou o Enunciado 3, da Comissão 7, com o seguinte teor:

HONORÁRIOS E ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. É INCONSTITUCIONAL A PREVISÃO DE UTILIZAÇÃO DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS RECONHECIDOS EM JUÍZO PARA O PAGAMENTO DE DESPESAS DO BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA COM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS OU PERICIAIS (ARTIGOS 791-A, § 4º, E 790-B, § 4º, DA CLT, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.467/2017), POR FERIR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E INTEGRAL, PRESTADA PELO ESTADO, E À PROTEÇÃO DO SALÁRIO (ARTIGOS 5º, LXXIV, E 7º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

Dessarte, verifica-se que a previsão de utilização automática e imediata do crédito trabalhista, para fazer frente a pagamento de honorários advocatícios e periciais, fere a proteção constitucional conferida ao salário, na forma do art. 7º, X, da Constituição de 1988.

Ainda no tocante à esdrúxula previsão legal em comento, DELGADO e NEVES DELGADO (2017, pág. 329) lecionam que:

A alteração inserida pela Lei n. 13.467/2017 no tocante ao regime de concessão dos honorários advocatícios de sucumbência - da maneira como regulado esse regime - corresponde a um, entre vários, dos aspectos mais impactantes da reforma, considerado o plano processual trabalhista. É que o conjunto normativo constante do art. 791-A, caput e §§ 1º até 5º, da CLT - se lido em sua literalidade -, pode inviabilizar o direito e a garantia constitucionais fundamentais constitucionais da justiça gratuita (art. 5º, XXXV, CF) e o direito, garantia e princípio constitucionais fundamentais do amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) relativamente à grande maioria das pessoas físicas dos trabalhadores do País. Isso em decorrência dos elevados riscos econômico-financeiros que passam a envolver o processo judicial trabalhista, particularmente para as pessoas destituídas

de significativas (ou nenhuma) renda e riqueza. Os honorários advocatícios, conforme visto no novo texto legal, teriam pertinência em distintas hipóteses de sucumbência: a) na sucumbência total ou parcial do empregador; b) na sucumbência total ou parcial do trabalhador; c) na sucumbência do empregador ou do trabalhador em situações que envolvam reconvenção. Some-se a isso a circunstância de as reconvenções, usualmente raras no processo do trabalho, terem recebido impressionante impulso pela Lei da Reforma Trabalhista, mediante a inserção, na CLT, do novo Título li-A, que regula o denominado “Dano Extrapatrimonial” (novos arts. 223-A até 223-G da Consolidação). Naturalmente que a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do novo preceito da CLT (art. 791-A) pode atenuar a concepção de sucumbência recíproca, tal como formulado na Súmula n. 326 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”. A mesma linha interpretativa poderia conduzir semelhante compreensão para outros pleitos, minorando as repercussões da nova regra jurídica. Agregue-se a esses novos desafios a regra jurídica já analisada (§ 4º do art. 791-A da CLT) concernente à esterilização dos efeitos da justiça gratuita no âmbito dos honorários advocatícios. DELGADO e NEVES DELGADO (2017, pág. 329).

Nesse diapasão, o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (Rio de Janeiro), em acórdão recentemente publicado, declarou ser indevida a condenação do beneficiário da gratuidade de justiça ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, **ipsis litteris**:

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. INAPLICABILIDADE PARA O BENEFICIÁRIO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA. LEI 13.467/2017. Seja por declaração da inconveniência do art. 791-A da CLT, à luz do art. 8º do Pacto de San Jose da Costa Rica, seja por violação direta a princípios norteadores do Direito do Trabalho, seja por violar direito

fundamental de acesso à Justiça, é incabível a condenação do reclamante beneficiário da gratuidade de justiça em pagar honorários advocatícios de sucumbência para a reclamada.”(Proc. 0100533-44.2018.5.01.0531 (RO). 1ª Turma. TRT 1ª Região (RJ). Desembargador-relator: Dr. Gustavo Tadeu Alkmim. Publicado 09/05/2019)

No bojo do acórdão cuja ementa foi transcrita acima, encontramos a seguinte lição:

Carlos Eduardo Oliveira Dias apresenta uma cronologia sobre as condições para a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, reportando que, na origem, a Lei 1.060/50 exigia que, para tanto, a parte requerente deveria comprovar seus ganhos, encargos próprios e familiares, com atestado emitido pela autoridade policial ou prefeitura municipal, no qual deveria constar que ele, realmente, era necessitado (art. 4º § 1º da Lei 1.060/50). Em 1979, o texto foi alterado para dispensar esse atestado, bastando, então, a do contrato de trabalho ou da carteira profissional demonstrando que o requerente percebia menos que o dobro do mínimo regional legal. Em 1986, a condição já foi substituída pela “simples afirmação, na petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas...”, matéria, finalmente, disciplinada pelo CPC/2015, que, como vimos, assegura a gratuidade mediante mera petição. Daí, conclui Oliveira Dias, “há mais de trinta anos o legislador já havia abolido qualquer necessidade de comprovação da condição de insuficiência econômica” e “dessa análise extrai-se o profundo retrocesso trazido pela Lei 13.467 na alteração dos parágrafos do art. 790 da CLT. O legislador pretensamente ‘reformista’ e ‘modernizador’, na realidade, retrocedeu quase setenta anos, voltando a exigir de todos os que pretendem obter a gratuidade judiciária a comprovação de sua condição (...) Não é preciso muita perspicácia para se identificar que essa alteração afeta gravemente os trabalhadores, que é a população mais intensamente atingida pela mudança de critério.

## CONCLUSÃO

Pelo fio do exposto, certifica-se que o §4º, do art. 791-A, da CLT, afronta artigos do Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, sendo, pois, inconvenção o dispositivo legal supracitado.

A ilegalidade do artigo 791-A, §4º, da CLT, é tão cristalina que, caso uma pessoa ajuíze uma ação perante a justiça estadual, em uma vara cível, por exemplo, e tenha os pedidos julgados improcedentes, ficará isenta do pagamento de honorários sucumbenciais, se beneficiária da gratuidade de justiça. Por seu turno, caso esta mesma pessoa proponha uma reclamação trabalhista e tenha pedidos julgados improcedentes, pagará honorários advocatícios sucumbenciais, mesmo sendo beneficiária da gratuidade de justiça. Isso se nos revela ilegal, inconstitucional, inconvenção e, também, imoral, além de dificultar sobremaneira o acesso ao judiciário trabalhista, principalmente, por parte do trabalhador hipossuficiente, o que não deve ter a chancela de um ordenamento jurídico que tenha como princípio a inafastabilidade do acesso à justiça.

## REFERÊNCIAS

- BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC-Lei nº 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-63548-7.
- DELGADO. Maurício Godinho; DELGADO. Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com comentários à LEI N. 13.467/2007. São Paulo: LTr, 2017. ISBN 978-85-361-9399-1.
- FREITAS, Christiano Abelardo Fagundes; PAIVA, Léa Cristina Barboza da Silva. Os Reflexos da Reforma Trabalhista para o Empregado Doméstico. São Paulo: LTr, 2019. ISBN 9788536198538.
- \_\_\_\_\_. Manual de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Campos dos Goytacazes: Grafimar, 2011. ISBN 978-85-62931-18-5.
- FREITAS, Christiano Abelardo Fagundes. Direito do Trabalho e Processual do Trabalho para OAB: questões e peças processuais. Rio de Janeiro: Autografia, 2020. ISBN 978-85-518-0000-0.

\_\_\_\_\_. Direito e Justiça em destaque. Rio de Janeiro: Autografia, 2019. ISBN 9788551822029.

\_\_\_\_\_. Melhorando o Português no Exame da OAB, 5ª ed, São Paulo: LTr, 2017. ISBN 978-85-361-9429-5

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa, Curso de Direito Processual do Trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-7771-9.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquemático. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (Coleção esquematizado/coordenador Pedro Lenza) ISBN 978-85-472-1163-9.

SOUZA, Inês Cabral Ururahy de. A busca da equidade pela via dos direitos humanos e da justiça: os desafios do Brasil contemporâneo, *in* Direito e Justiça em Destaque. Rio de Janeiro: Autografia, 2019.

# O CONSENSO EM MATÉRIA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: LIMITES E CONTROVÉRSIAS EM TORNO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL INTRODUZIDO NA LEI N° 8.429/1992 PELA LEI N° 13.964/2019

*Humberto Dalla Bernardina De Pinho*

Em sua redação original, o art. 17, § 1º da Lei n° 8.429/92 vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações destinadas a se apurar a prática de ato de improbidade praticados por qualquer agente público.

Contudo como veremos a seguir, essa redação foi drasticamente alterada pela Lei n° 13.964/2019. Assim, o dispositivo passou a ter a seguinte dicção:

§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

No entanto, antes de ingressar na temática do acordo de não persecução civil, é imprescindível, para entender melhor o cenário atual, fazer uma pequena digressão e examinar algumas outras leis que levaram, direta ou indiretamente, a essa radical mudança.

Nesse sentido, registre-se que a Lei de Mediação, no art. 36, § 4º, abre a possibilidade de, “nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz (...)”, o que jogou novas luzes sobre a redação original do art. 17, § 1º da Lei de Improbidade Administrativa.

Na verdade, antes mesmo da Lei de Mediação, diversos autores nacionais já se debruçaram sobre a questão do cabimento do acordo em matéria de improbidade, divergindo acerca de seu alcance e extensão.

Nesse sentido, parecia razoável sustentar que o que a lei quis rechaçar foram os acordos sobre os patamares sancionatórios dos atos praticados.

Como argumento de reforço, podia-se apontar, ainda, o art. 26 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-lei 4657/42), inserido pela lei 13.655/18, que traz previsão geral de um compromisso de adequação ao direito público.

Dizia-se, a propósito, que as recentes modificações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro teriam implicado a revogação da redação original do art. 17, §1º, já que a LINDB passou a prestigiar a eficiência administrativa, mediante ampla possibilidade de tomada de compromisso dos interessados (art. 26).

Como se pode perceber, mesmo em tema tão sensível, os autores já vinham numa clara tendência de flexibilizar o conceito de indisponibilidade material do direito, o que vem ao encontro das considerações expostas.

Após o advento da lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção –, a permissão de se firmar acordos de leniência parece apontar mais claramente à possibilidade de flexibilização da vedação original constada do art. 17, §1º.

A sistemática original da lei nº 12.846/2013 ainda foi modificada pela Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015. No que tange aos requisitos do acordo de leniência, foi eliminada a restrição que impunha que apenas poderia ser beneficiada a primeira pessoa jurídica a se manifestar sobre o interesse em cooperar, o que abria o caminho para que outras sociedades, que atuaram em conluio, também fizessem acordos.

Ademais, dispunha que o acordo também afastaria as sanções resritivas ao direito de licitar e contratar, não estando limitado àquelas previstas na lei nº 8.666/1993, o que permite que a pessoa jurídica continue a manter relações jurídicas com a pessoa de direito público anteriormente lesada.

Ainda estabelecia que a mera proposta de acordo de leniência suspenderia os prazos prescricionais dos atos ilícitos, enquanto a sua celebração continuaria a interrompê-los.

Contudo, o prazo de vigência da referida MP foi encerrado no dia 29 de maio de 2016, sem conversão em lei, conforme dispôs o Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 27, de 27 de maio 2016.

Por essa e outras razões, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou desfavoravelmente à possibilidade de (suspensão do processo para tentativa de) realização de acordo em ação de improbidade administrativa.

Contudo, importante registrar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a repercussão geral da validade de transação em improbidade no ARE 1.175.650/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 25/04/2019, tema 1.043, ainda pendente de julgamento.

Não custa lembrar que o acordo de leniência, no atual ordenamento brasileiro, está previsto em três leis específicas: Lei nº 12.529/2011 (Lei do Cade), Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), e Lei nº 13.506/2017 (Proc. Adm. Sancionador/ BACEN/CVM)

O art. 16 da Lei Anticorrupção prevê que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, sendo certo que, de acordo com o § 10 desse dispositivo, a Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Para tanto, exige que essas pessoas colaborem efetivamente com as investigações, sendo que dessa colaboração deve resultar:

- a) a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

b) a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Ainda, segundo o parágrafo primeiro desse dispositivo, para a celebração do acordo, a pessoa jurídica deve, cumulativamente:

a) ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

b) cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

c) admitir a sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo.

Importante ressaltar que o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado (§ 3º), embora possa isentá-la das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19, bem como reduzir em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável (§ 2º). Ainda nessa linha, o art. 18 da lei esclarece que na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.

Por fim, na forma do § 4º, o acordo de leniência deverá estipular as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo e sua celebração interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos na lei (§ 9º).

Contudo, para trazer todos os elementos ao exame apropriado, é necessário retornar ao ano de 2017 quando foi editado outro importante ato normativo pelo CNMP. Trata-se da Resolução n° 179/2017, que regulamenta a tomada do compromisso de ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público.

Nesse sentido, o caput do art. 1º da normativa estabelece que o TAC é um *“instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração”*.

A questão mais relevante para o nosso estudo pode ser encontrada no § 2º: *“É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses*

*configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado”.*

Aqui é necessário ressaltar que o art. 12 da lei n° 8.429/1992, prevê a seguintes sanções para os atos de improbidade, a serem aplicadas cumulativa ou alternadamente:

- a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio;
- b) ressarcimento integral do dano;
- c) perda da função pública;
- d) suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos;
- e) pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial;
- f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais pelo prazo de dez anos.

O parágrafo único do art. 12 estabelece que o magistrado deve levar em conta a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente, ao fixar o patamar da sanção.

Tais parâmetros, a nosso ver, devem igualmente ser utilizados na dosimetria das sanções negociadas no TAC, bem como controlados pelo magistrado, no momento de homologar ou não o acordo.

Nesse ponto, deve ser aplicado, por analogia, o disposto no § 8° do art. 4° da lei n° 13.850/2013, acima referido, observada a restrição imposta pela Lei n° 13.964/2019, ou seja, o magistrado pode devolver a proposta de acordo, mas não mais “adequa-la ao caso concreto” como antes autorizada o dispositivo.

Idealmente, deveria o magistrado designar audiência para a homologação do acordo, caso veja a necessidade de compreender melhor os termos da proposta. Isso é uma decorrência do princípio da colaboração e do contraditório participativo (arts. 6° e 10 do CPC), a exemplo do que ocorre por ocasião do saneamento compartilhado (art. 357, § 3°, também do CPC). Contudo, importante registrar que não

há previsão legal expressa para realização de audiência de conciliação na sistemática da Lei n° 8.429/92.

E aqui, retomamos a questão da Lei n° 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, para abordar apenas o ponto que nos interessa nesse momento, ou seja o acordo de não persecução penal, que passa a constar da redação do art. 28-A, agora inserido no Código de Processo Penal.

Ocorre que esse Diploma trata, também, das ações de improbidade, ao prever a alteração do art. 17 da Lei de Improbidade, que passa a adotar a seguinte redação:

“Art. 17 (...) § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei. (...)”

§ 10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias. (...) (NR).

Importante notar que ao examinarmos o Projeto de Lei n° 10.372/2018, observa-se a inexistência, redação original do texto encaminhado pelo Min. Alexandre de Moraes, de qualquer dispositivo alusivo à Lei de Improbidade.

Outro ponto que merece destaque é o fato de o Chefe do Executivo, por meio da Mensagem n° 726/2019, ter vetado diversos dispositivos da Lei n° 13.964/2019, inclusive o art. 17-A, que justamente disciplinava de forma mais detalhada essa nova modalidade de acordo. O texto vetado trazia a seguinte redação:

Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:

I - o integral ressarcimento do dano;

II - a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados;

III - o pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente.”

§ 1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.

§ 2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.

§ 3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.

§ 4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.

§ 5º Cumprido o disposto no § 4º deste artigo, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.

O principal motivo da revogação, como expressamente admitido pela Chefia do Executivo nas razões, foi manter a coerência com a sistemática da legitimidade conferido pelo legislador às ações de improbidade, já que o art. 17, caput, dispõe poderem ajuizar tais demandas o Ministério Público e a Pessoa Jurídica de Direito Público interno.

Contudo, lendo de forma mais detida o dispositivo, verifica-se que o veto foi equivocadamente. Em nenhum momento o legislador restringiu a legitimidade. Na verdade, apenas frisou-se que nos acordos propostos pelo M.P., devem ser observados certos parâmetros. Aliás, tais parâmetros já haviam sido mencionados pelo CNMP na Resolução nº 179/2017. Ademais, no acordo de não persecução penal, há parâmetros expressamente indicados.

Ainda num viés crítico, percebemos que o veto apostado ao § 2º desse mesmo art. 17-A pareceu inócuo já que o § 10 inserido no art. 17 pre-

vê, expressamente, a possibilidade de consenso no curso da demanda.

Por outro lado, o legislador foi omissivo quanto a diversas questões relevantes, como por exemplo:

1. O acordo é cabível antes e durante a ação de improbidade? Numa interpretação literal, o cabimento se daria apenas no curso da ação, porém faria muito mais sentido que o instituto fosse utilizado, justamente, antes da demanda.

2. Admitindo-se o cabimento do acordo antes do ajuizamento, haveria a necessidade de submetê-lo à homologação judicial, tendo em vista a natureza indisponível do direito (art. 3, § 2º da Lei de Mediação)? Ou seria o caso de se aplicar o art. 32, § 3º, também da Lei de Mediação), que dispensa a homologação, já que considera o acordo um título executivo extrajudicial?

3. Não sendo proposto o acordo antes do ajuizamento (ou mesmo sendo proposto e não aceito) poderá ser proposto (ou aceito) no curso da ação? Não custa lembrar que esse ponto foi especialmente mencionado no veto apostado pelo Chefe do Poder Executivo.

4. Na ação de improbidade ajuizada pela pessoa de direito público, caso esta proponha o acordo e o MP se manifeste contrariamente, como deverá proceder o magistrado?

5. Como serão examinados os “antecedentes” do réu / investigado? E se ele já tiver aceito um acordo de não persecução penal? E se ele já tiver aceito outro acordo de não persecução cível? É possível usar os mesmos “parâmetros” previstos do art. 28-A do CPP, adaptando-se o que for cabível?

6. Seria possível, na hipótese de concomitância de crime e ato de improbidade a partir do mesmo fato, celebrar acordo de não persecução cível e penal, no mesmo instrumento (observada, obviamente, a divisão de atribuições dos diversos órgãos do MP e o Princípio do Promotor Natural)? Ou, retornando ao ponto do Acórdão do STF, acima referido, que reconheceu repercussão geral, seria possível propor o acordo de não persecução cível após a celebração de colaboração premiada?

7. Aliás, como o novo dispositivo simplesmente não menciona mais a figura do TAC (apesar da Resolução n° 179/2017 do CNMP não ter sido revogada e, ainda, dos termos do art. 36, § 4° da Lei de Mediação – não obstante a jurisprudência do STJ ser amplamente contrária), haveria, ainda, possibilidade de utilização do TAC antes ou durante a ação de improbidade?
8. Finalmente, nesse sentido, quais seriam as diferenças em termos de sanções impostas, entre o acordo de não persecução cível e o compromisso de ajustamento de conduta?

Diante de todas essas questões, não custa fazer uma breve retrospectiva da evolução legislativa para, na sequência, oferecer algumas possíveis soluções.

A. A Lei n° 8429/92 vedava, expressamente, qualquer possibilidade de acordo em ação de improbidade (redação original do art. 17, § 1°).

B. O advento das Lei 12.846 e 12.850, ambas de 2013, iniciaram um processo de mudança de mentalidade na doutrina, embora a jurisprudência do STJ continuasse firme no sentido do não cabimento do TAC em matéria de improbidade.

C. A Lei de Mediação (Lei n° 13.140/2015) passa a prever, expressamente, em seu art. 36, § 4°, o acordo mesmo em casos de improbidade, desde que sujeito a homologação judicial.

D. A Resolução n° 179/2017 do CNMP autoriza expressamente o uso do TAC em casos de improbidade e, até o momento, não foi revogada e nem ostenta incompatibilidade expressa com a nova Lei.

E. A Lei n° 13.964/2019 modificou completamente o sentido do § 1° do art. 17 da Lei de Improbidade, sem, no entanto, se referir ao TAC.

F. A mesma Lei n° 13.964/2019 insere o § 10-A no art. 17 da Lei de Improbidade e utiliza a expressão genérica “havendo a possibilidade de solução consensual”, sem repetir a denomina-

ção “acordo de não persecução cível”, o que poderia indiciar que outras ferramentas de obtenção de consenso poderiam ser cabíveis.

Diante dessa breve evolução legislativa, permanecem, ainda sem resposta diversas questões. A busca de soluções adequadas perpassa, necessariamente, pela observância dos seguintes elementos:

- a) A inovação legislativa, ainda que lacunosa, que cria mas não regulamenta o acordo de não persecução cível;
- b) A normativa do CNMP acerca do cabimento do TAC, que permanece em vigor;
- c) A jurisprudência restritiva do STJ quanto ao cabimento de TAC em ações de improbidade; e
- d) A repercussão geral reconhecida pelo STF acerca da possibilidade de abertura de algum espaço de consenso nessas demandas.

Nesse sentido, apresentamos algumas considerações conclusivas acerca da matéria:

(i) É cabível o TAC em inquéritos civis ou procedimentos preparatórios instaurados para investigar atos de improbidade (Resolução nº 179/2017 do CNMP), já que com o veto integral ao art. 17-A, e a manutenção do § 10-A no art. 17, há previsão, apenas, para essa solução consensual (acordos de não persecução cível) no curso da ação de improbidade.

(ii) Os TAC's judiciais realizados em matéria de improbidade administrativa, antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, são válidos e não devem ser desconstituídos diante da nova lei, já que se enquadram na categoria de ato jurídico perfeito.

(iii) Por outro lado, ações ajuizadas antes da vigência da Lei comportam acordo de não persecução cível, observada a regra geral do art. 1.046, caput, do CPC, mesmo que já ultrapassada a fase de contestação, tendo em vista a diretriz geral do art. 139, V, também do CPC.

(iv) No curso de ações de improbidade administrativa já sob a vigência da Lei nº 13.964/2019 será possível, apenas, a celebração do acordo de não persecução cível, que dependerá, necessariamente da homologação judicial, na forma do 487, III do CPC *c/c* com art. 17, § 10-A da nova legislação, aplicando-se, ainda, por analogia, o art. 36, § 4º da Lei nº 13.140/2015.

(v) A oportunidade do consenso é possível independentemente da audiência do art. 334 do CPC. O procedimento não prevê a realização dessa audiência, mas tão somente o pedido de interrupção do prazo de contestação, por período não superior a noventa dias. Todavia, sustentamos que, a despeito da omissão legal, podem as partes requerer a designação, ou mesmo o magistrado pode, *ex officio*, designar o ato, com o objetivo de avaliar juntamente com as partes, os detalhes do acordo, embora, tecnicamente, não seja o caso nem de conciliação e nem de mediação.

(vi) Caso o magistrado não concorde com o acordo (parcial ou totalmente) não pode ele fazer ajustes ou emendas ao texto. Poderá, tão somente, recusar a homologação, adotando a mesma sistemática aplicável aos acordos de colaboração premiada, sobretudo em razão da alteração imposta pela Lei nº 13.964/2019 ao § 8º do art. 4º da lei nº 13.850/2013, e observando-se, ainda, o art. 28-A, § 5º do CPP. Contudo, a recusa não importa em rejeição absoluta, na medida em que fica facultado às partes a possibilidade de renegociar os termos e apresentar uma nova proposta.

(vii) Partindo-se da premissa de que o acordo é cabível apenas na fase judicial, há legitimidade concorrente para a sua proposta (MP e pessoa de direito público lesado). Contudo, idealmente, ambas as instituições devem participar das negociações e o acordo só deve ser assinado no caso de haver concordância entre elas. Havendo divergência entre os legitimados, parece-nos mais adequado que o acordo não seja celebrado por apenas um deles. Isso porque, se de um lado, a pessoa lesada tem melhores condições para aferir a extensão do dano ao erário, o MP detém um volume maior de informações, sobretudo quanto à

existência de procedimentos criminais, dados sigilosos e operações ainda em fase organização (e que não podem ser reveladas prematuramente), mas que indicam o não preenchimento das condições subjetivas por parte do réu.

(viii) Entendemos, dessa forma, que não seria possível a coexistência do acordo de não persecução cível e do TAC judicial em matéria de improbidade administrativa, sob pena de bis in idem. Ademais, devem ser aplicados os princípios da posterioridade e da especialidade, em se tratando da referida Lei nº13.964/2019. Nesse sentido, a fim de conferir maior segurança jurídica, é desejável a edição de novo ato normativo pelo CNMP, resguardada a atribuição concorrente dos Conselhos Superiores de cada MP.

(ix) Havendo concomitância de procedimentos criminal e de improbidade, relativos ao mesmo fato, parece mais adequado realizar acordo único de não persecução, com efeitos criminais e cíveis, observando-se, naturalmente, as regras do juiz e do promotor natural. Isso trará como consequência, na maioria dos casos, a necessidade de obter a concordância de mais de um órgão de execução, salvo a hipótese de serem criadas forças tarefas ou grupos especializados com atribuição sancionadora (cível e criminal).

(x) Contudo, o legislador, numa interpretação literal, não exige a confissão do réu para a celebração do acordo de não persecução cível (mantendo coerência com a sistemática do TAC), ao contrário do que se dá no acordo de não persecução penal (art. 28-A, caput do CPP). Ademais, segundo o que se tem sustentado aqui, o acordo de não persecução cível só teria cabimento no curso da ação de improbidade, ao contrário do seu equivalente criminal, que deve ser acionado antes do ajuizamento da ação penal. Essas duas circunstâncias trazem dificuldades operacionais à realização de ambos os acordos num mesmo instrumento.

(xi) A celebração exclusiva do acordo de não persecução cível não projeta efeitos e nem vincula as instâncias criminal e admi-

nistrativa, devendo ser aplicável, por analogia, o disposto no art. 1º, § 3º da Resolução nº 179/2017 do CNMP.

(xii) Com relação aos antecedentes do réu e a demonstração das chamadas condições subjetivas para a aceitação do acordo, uma importante questão se coloca: a pré-existência de outro acordo, seja de não persecução cível, não persecução criminal, transação penal ou suspensão condicional do processo, a menos de cinco anos, deve impedir a celebração do acordo de não persecução cível? Em outras palavras, deve ser aplicado, por analogia, o art. 28-A, § 2º do CPP c/c art. 76, § 2º, II da Lei nº 9.099/95? Pensamos que não, diante da falta de embasamento legal e, sobretudo, tendo em vista que as normas restritivas de direito não devem ser interpretadas de forma extensiva.

(xiii) Diante do veto ao art. 17-A que se pretendia inserir na LIA, perece-nos devem ser aplicados, por analogia, os parâmetros fixados pelo CNMP, no art. 1º, § 2º da Resolução nº 179/2017, ou seja, a exigência de ressarcimento integral ao erário acompanhada de uma ou mais das sanções previstas no art. 12 da LIA.

(xiv) Havendo necessidade de fiscalização das condições impostas no acordo de não persecução cível (obrigações que demandam maior prazo para integral cumprimento – por exemplo pagamento parcelado de multa), devem ser aplicadas, por analogia, as disposições dos arts. 9º e 10 da Resolução nº 179/2017, devendo o magistrado suspender o processo e apenas homologar o acordo quando todas essas condições tiverem sido integralmente cumpridas.

(xv) Finalmente, há necessidade urgente de regulamentação do acordo de não persecução cível, diante do veto ao art. 17-A que seria introduzido na LIA. Nesse sentido, deveria ser editado Decreto regulamentador pelo poder Executivo, ou mesmo a modificação da Resolução nº 179/2017 do CNMP, a fim de disciplinar a matéria em âmbito institucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FARIAS, Bianca Oliveira de. Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública. In: Temas de Improbidade Administrativa, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Acordos em Litígios Coletivos: Limites e Possibilidades do Consenso em Direitos Transindividuais após o Advento do CPC/2015 e da Lei de Mediação. Revista Eletrônica de Direito Processual, v.19, p.118 - 148, 2018.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 73, ago./set. 2016.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. Curitiba: CRV, 2017.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo, 2ª edição, São Paulo: SaraivaJur, 2020.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. Manual de Mediação e Arbitragem. São Paulo: SaraivaJur, 2019.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Acordos Materiais e Processuais nas Ações Cíveis Públicas Fundadas Em Atos De Improbidade Administrativa In: Coletivização e Unidade do Direito, Londrina: Thoth, 2019, p. 279-302.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Diálogos sobre o Código de Processo Civil: Críticas e Perspectivas in: Limites e Possibilidade do Acordo em Direitos Indisponíveis: Exame do Art. 3º, § 2º da Lei nº 13.140/2015, Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019, p. 169-178.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras Reflexões sobre os Impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no Compromisso de Ajustamento de Conduta. In: *Revista de Processo*, vol. 256. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Manual de Tutela Coletiva, São Paulo: Sarai-vajur, 2020 (no prelo).

# SURVEILLANCE E A TEORIA DA PONDERAÇÃO: O CONFLITO ENTRE DIREITO A PRIVACIDADE E SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

*Vinicius Almada Mozetic*

*Diego Roberto Barbiero*

## Introdução

A vigilância ou *Surveillance*<sup>26</sup>, tem afetado diretamente a vida das pessoas. Traz à reflexão sobre o monitoramento por câmeras do espaço público e aborda questões importantes sob a ótica da efetividade ou não dos direitos fundamentais: é que, ao se buscar efetividade do direito à segurança, o Estado (e mesmo os particulares) acabam por interferir na privacidade do cidadão.

Atuando com base na ponderação de interesses e sob o olhar de invasão de privacidade, é possível vigiar a sociedade sob a justificativa da busca pela efetividade do direito a segurança pública?

---

26 *Surveillance* pode ser caracterizado, especialmente, pelo uso de “sentidos estendidos”, ou seja, pela utilização de meios técnicos capazes de extrair ou criar informações pessoais. Tais informações não são apenas “sobre indivíduos”, dado que também consideram o contexto da sua coleta, o que permite afirmar que boa parte da *surveillance* está ligada ao reconhecimento de padrões relacionais do indivíduo com outros e com o espaço. MORAIS, Jose Luis Bolzan de NETO, Elias Jacob. O que é isto, a *surveillance*? Direito e fluxos de dados globais no século XXI. In O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais / organizadores Narciso Leandro Xavier Baez ... [et al.]. – Joaçaba, SC: Unoesc, 2018. p. 90.

O objetivo do artigo é analisar a possibilidade de aplicação da teoria da ponderação, como justificativa a busca de um bem maior, ou seja, o direito à segurança pública e, com isso, demonstrar que é possível a efetividade de um direito fundamental no caso concreto.

Quando se discute as questões relacionadas a vigilância (monitorar a sociedade), o Estado age de forma positiva e impositiva no campo dos direitos fundamentais, pois, diretamente conectado com uma padronização nas ações dos indivíduos e em seus espaços; ou deveria estar agindo negativamente para garantir a eficácia de direitos fundamentais?

No que se refere à vigilância de espaços públicos<sup>27</sup>, há de se ponderar eventual preferência ao princípio da manutenção da segurança pública (dever e responsabilidade do Estado), já que, entre a violação à privacidade individual ou a outros bens de interesse coletivo, o interesse da sociedade tende a prevalecer.

## 1 Da literatura pretérita à realidade presente e o dispositivo panóptico de Bentham

Quando a tecnologia da informação ainda era uma abstração, George Orwell escreveu um dos maiores clássicos da literatura mundial idealizando, justamente, o dia em que o Estado teria total controle sobre as ações de sua população, ou seja, apresenta uma comunidade repleta por câmeras que possuíam a capacidade de interagir com o meio e controladas pelo Big Brother, que fiscaliza e pune até mesmo trejeitos que denunciem pensamentos contra o atual governo. Não bastassem as câmeras nas ruas, em locais públicos, todos eram fiscalizados dentro de suas casas e nos seus trabalhos diuturnamente.

E, já na narrativa de 1984, o fundamento para o constante monitoramento era a busca (ou manutenção) da segurança da sociedade. Morais e Neto (2018) entendem que no século XXI, existe a possibilidade de transformação de praticamente tudo, ou seja, a sistemática

---

27 Tais arenas precisam ser protegidas por direitos fundamentais, levando em conta o espaço que devem proporcionar ao fluxo livre de opiniões, pretensões de validade e tomadas de posição, não podem, todavia, ser organizadas como corporações. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro. Editora: Tempo Brasileiro. p. 17-65.

coleta e processamento dos fluxos de informação possibilita a classificação pouco – ou nada – democrática das pessoas em categorias sociais de seu interesse.

Esse Estado forte e controlador, que vigia comportamentos, gestos e, algumas vezes, estabelece sanções até sobre os pensamentos externalizados pelos cidadãos é parte do cenário exposto também por filósofos, como Foucault, que, inspirado em Jeremy Bentham, incita autores contemporâneos a seguirem uma linha de pensamento semelhante – citando-se, por exemplo, Zygmunt Bauman com sua “vigilância líquida”. Para Morais e Neto (2018) o termo *surveillance* como “vigilância” é inadequada, pois, englobar uma fenomenologia complexa, caracterizada pela vida globalizada e interconectada das pessoas e não a eventos específicos e individualizados de sujeitos.

Para Morais e Neto (2018 apud LYON, 2001, p. 2, tradução nossa): “a *surveillance*, muito além de uma vigilância, é uma das grandes marcas das sociedades contemporâneas e depende intrinsecamente do uso dos bancos de dados pessoais. Dependemos dela para nos mover pelo mundo cotidiano.

Estas considerações são importantes, inclusive Norris e Armstrong *apud* Conde (2004, p. 4) argumentam que as câmeras de vigilância não são apenas uma forma de prevenção a crimes, mas sim verdadeiros instrumentos de controle social: da efetividade a segurança pública a exteriorização do poder estatal; afirmam os autores, da observância e potencialidade de intervenção nas mais variadas situações da vida em sociedade. Assim, “comportamentos desviantes”, que podem ser ou não ilegais, para demandar atenção do observador.<sup>28</sup>

Para Foucault (1975, p. 27), esse entendimento da perda de um direito e a espionagem física são consideradas formas de pena. Partindo desse pressuposto, não é desarrazoado comparar a situação de constante vigilância dos cidadãos com o *Panóptico* de Bentham, explicado por Foucault (1975, p. 190):

---

28 CCTV is ‘about far more than just crime prevention; it is about the power to watch and potentially intervene in a variety of situations, whether they be criminal or not’. They see CCTV as leading to a form of ‘social control’, beyond law enforcement, since it records examples of ‘deviant behaviour’ that may or may not be illegal. (NORRIS E ARMSTRONG *apud* CONDE, 2004, p. 4)

[...] na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível.

Na essência, Martín (2011, p. 7) considera que o *Panóptico*, descrito por Bentham, era uma nova proposta de sistema político – uma nova forma de exercer poder e controlar a sociedade: “Mediante o *Panóptico*, segundo Foucault, o que Bentham descrevia era um novo sistema político, uma nova forma de exercer o poder e controlar a sociedade”.<sup>29</sup>

Esse efeito provocado pelo peso dos olhos do Estado pode ser sentido tanto pelo cidadão comum, que nas ruas trata de seus afazeres, quanto pelo próprio agente público, que tem potencialmente seus passos observados por superiores e acaba trabalhando sob seus olhos. Foucault (1975, p. 191), afirma que o autor do *Panóptico*, Bentham, considerava importante o fato de que aquele que está na posição de poder deve ser visto, como os postes que carregam a estrutura responsável pela filmagem, e inverificável, ou seja, aqueles sob suas lentes não sabem ao certo se o operador o está visualizando naquele exato momento.

Para Martín (2011, p.13, tradução nossa), as visões trazidas por literaturas questionam se toda a vigilância vivida atualmente não estaria convertendo os lugares submetidos às câmeras em um modelo de cárcere. A privação da liberdade do cidadão não seria realizada exclusivamente nas penitenciárias, mas em todo o lugar submetido à vigilância:

---

29 *Mediante el Panopticon, según Foucault, lo que Bentham describía era un nuevo sistema político, una nueva forma de ejercer el poder y controlar la sociedad.* (MARTÍN, 2011, p. 07)

Depois das visões distópicas pessimistas que a literatura nos ofereceu, questiona-se se as novas tecnologias, que têm favorecido a existência de câmeras de vídeo vigilância em bancos, garagens, shoppings, ruas e até mesmo em casas particulares, não estão transformando nossas cidades e casas no modelo de prisão de cristal desenhado por Bentham, em uma sociedade transparente. Isto leva a uma “desterritorialização da execução das penas,” - a privação da liberdade não mais realizada em centros penitenciários - e uma “desinstitucionalização das penas” - as penas não são executam necessariamente nos centros para tal fim.<sup>30</sup>

Essa cultura de controle por parte do Estado acaba por desenvolver um panorama que, segundo Garland apud Martín (2011, p. 14, tradução nossa), cria “a possibilidade de se substituir um sistema de penas fortes e vigilância fraca por uma de penas fracas e vigilância forte”<sup>31</sup>. Conclui a autora espanhola que essa tecnologia possibilita a transação de uma pena física para a mental provocando assim a mutação do sistema punitivo pós-moderno.

Portanto, as câmeras de vigilância controladas pelo Estado, por alcançar entradas de residência e até suas janelas, causam mudança de comportamento. Há, assim, uma redução das liberdades civis daqueles que circulam sob seu alcance podendo prejudicar inclusive relações sociais.

---

30 *Después de las visiones distópicas pesimistas que nos ha ofrecido la literatura, cabe preguntarse si las nuevas tecnologías que han favorecido la existencia de videocámaras de vigilancia en bancos, garajes, centros comerciales tiendas, calles e, incluso en domicilios privados, no están convirtiendo nuestras ciudades y hogares en el modelo de cárcel de cristal diseñada por Bentham, en una sociedad transparente. Ello da lugar a una “desterritorialización de la ejecución de las penas” –la privación de libertad ya no realiza exclusivamente en los centros penitenciarios- y una “desinstitucionalización de las penas” –las penas no se ejecutan necesariamente en los centros destinados a tal fin.* (MARTÍN, 2011, p.13).

31 [...] *la posibilidad de sustituir un sistema de penas fuertes y vigilancia débil por uno de penas débiles y vigilancia fuerte.* (GARLAND apud MARTÍN, 2011, p. 14).

## 2 O direito à privacidade à luz da sociedade da informação

Há um estágio revolucionário em relação à tecnológica, inclusive no que se refere a sua influência na ciência jurídica; centrada em torno da tecnologia da informação, preocupa porque está mudando a base material dos indivíduos e da própria sociedade, e em ritmo acelerado. Quando alcança estruturas de vigilância não é diferente. Além de proporcionar a sensação de segurança (direito a segurança), também influencia em aspectos de da vida privada, porque reflete no receio da publicação de imagens individuais em situações que poderiam gerar danos a dignidade.

Por esta razão, a sociedade tecnológica, a qual tem na informática uma de suas marcas de identidade, conduz ao jurista a muitos e novos problemas complexos. Quando a tecnologia confronta a o direito a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (...) é preciso compreender que esses direitos garantem ao cidadão a possibilidade de reserva da sua privacidade, “sem qualquer prejuízo a terceiros ou mesmo ao Estado”. Esses direitos encontram seu fundamento principal no direito às liberdades civis, garantida por instrumento legais nacionais e até mesmo internacionais, limitando a atuação Estatal, evitando abusos (SZANIAWSKI, 2005, p. 373).

Outro exemplo, “*Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques*” previsto no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. (Assembleia Geral da ONU, 1948).

Também há previsão na Constituição da República Federativa do Brasil no artigo 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas assegura, àquele que tem violado o seu direito, a devida indenização pelo dano material ou moral. Além disso, a inviolabilidade do direito à vida privada também encontra eco Código Civil brasileiro, em seu art. 21: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. Ainda como forma de proteção dos direitos

supramencionados, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula número 403, que assim versa: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

Observa-se que nos dispositivos mencionados não está presente a expressão “privacidade”, mas tão somente “intimidade” e “vida privada”. Vale destacar que quando a doutrina trata da privacidade está abordando a vida privada, pois na língua portuguesa as expressões são sinônimas.

Nesse entendimento, o direito fundamental à vida privada ou à privacidade e à intimidade consiste no fato de haver certas situações, experiências, informações a seu respeito, que o indivíduo prefere evitar que outros as conheçam, ou seja, irrelevantes para o Estado na medida em que fazem referências apenas a situações do cotidiano do particular, ao seu comportamento e a preferências que não dizem respeito a mais ninguém.

Explica Ferrajoli (2011, p. 326, tradução nossa):

As formas de agressão à privacidade que estes novos instrumentos possibilitam são essencialmente de dois tipos: um direcionado à vigilância e ao controle e outro, à informação sobre a vida e a identidade das pessoas. Atualmente, graças ao desenvolvimento das técnicas de controle audiovisual e eletrônico, é possível uma espionagem mundial. Instalações de vídeo vigilância, identificações fotográficas automáticas por satélite, instrumentos de reconhecimento facial, etiquetas “inteligentes”, suscetíveis de aplicação em qualquer objeto ou mercadoria e, por outro lado, as interceptações de comunicações telefônicas e televisivas assim como o rastro deixado pelo uso de celulares, cartões de crédito, acessos eletrônicos, cartões e documentos de identidade eletrônicos, permitem hoje em dia um panoptismo global, capaz de controlar qualquer comportamento ou movimento.<sup>32</sup>

---

32 *Las formas de agresión a la privacy que hacen posibles estos nuevos instrumentos son esencialmente de dos tipos: uno dirigido a la vigilancia y al control y el otro, a la información sobre la vida y la identidad de las personas. Actualmente, gracias al desarrollo de las técnicas de control audiovisual y electrónico, resulta posible un espionaje mundial. Instalaciones de videovigilancia, identificaciones fotográficas automáticas por*

Diante disso, o direito fundamental à intimidade e à privacidade são direitos de *status* negativo, por exigirem do Estado uma posição negativa, ou seja, de não interferência, não ação quando eles estão envolvidos, e se encaixam nos direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, segundo a conceituação trazida por Bonavides (2006, p. 564).

Se, por outro lado, a análise perpassa sobre a discussão da vida privada em camadas, a correlação é nomeada de “teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada” ou “teoria das esferas da personalidade”, nomenclaturas utilizadas pelo alemão Heinrich Hubmann e que foi trazida ao Brasil por Elimar Szaniawski, em 1993. Hubmann organiza a vida privada humana em três círculos nos quais o mais externo é a privacidade, o intermediário é o segredo e a o mais interno é o plano da intimidade (COSTA JR., 1995, p. 36), inclusive Elimar Szaniawski (2005, p.357), inspirado no autor alemão, inicia explicando características da esfera mais interna, a esfera íntima, que contém os atributos individuais de cada um em um local protegido de todos, por ser interesse único e exclusivo de cada pessoa:

A jurisprudência alemã, em relação à proteção da vida privada, encontra-se edificada sobre a teoria das esferas de Hubmann. O mencionado autor, em sua famosa obra *Das Persönlichkeitsrecht*, classificou o direito geral de personalidade em três círculos concêntricos dentro dos quais se desdobraria a personalidade humana. Teríamos assim, como primeira e mais íntima das esferas, a *intimsphäre*, ou esfera íntima, que consiste na proteção dos indivíduos na sua própria pessoa, constitui o âmbito da vida no qual o indivíduo pode manter-se em total segredo diante da coletividade. A esfera íntima protege a pessoa inteiramente, ficando a mesma intocável aos olhos e ouvidos do público. A

---

*satélite, instrumentos de reconocimiento facial, etiquetas “inteligentes”, susceptibles de colocarse en cualquier objeto o mercancía y, por otra parte, las interceptaciones de comunicaciones telefónicas y telemáticas así como el rastro dejado por el empleo de teléfonos móviles, de tarjetas de crédito, de telepeajes, tarjetas y documentos de identidad electrónicos, permiten hoy en día un panoptismo global capaz de controlar cualquier comportamiento o movimiento.* (FERRAJOLI, 2011, p. 326)

proteção da esfera íntima, segundo o direito geral de personalidade, dá-se em grau absoluto.

Por estas razões, o autor (SZANIAWSKI, 2005, p. 358) aduz que, para esse grau absoluto, existe a exceção daquele que cede propositalmente imagens de sua vida íntima; nesse caso, não há falar em proteção da imagem. Ele ainda esclarece que até mesmo pessoas públicas possuem uma esfera íntima que deve ser protegida dos olhos de outros indivíduos. E continua tratando dos dois últimos círculos:

A esfera secreta consiste no segundo círculo concêntrico, denominado de *Geheimnisphäre* e está ligado à esfera anterior, a *Intimsphäre*. Essa esfera secreta é mais ampla do que a esfera íntima, pois naquela participam indivíduos que conhecem determinados segredos da pessoa e destes fazem parte na vida cotidiana. Apenas a coletividade, em geral, fica fora dos limites dessa esfera. Finalmente, existe um último círculo concêntrico onde se desenvolve a personalidade da pessoa que é a esfera privada, a *Privatsphäre*, que é mais ampla do que as esferas anteriores. Nessa esfera, localizam-se as proibições de divulgação de fatos cujo conhecimento pertence a um determinado círculo de pessoas que não participam obrigatoriamente da vida do indivíduo e que conheçam os seus segredos. Enquanto na esfera secreta os familiares e outras pessoas ligadas ao indivíduo participam de seus segredos, nessa última esfera, mais pessoas conhecem da privacidade do indivíduo, ficando apenas de fora a coletividade que nada tem a haver com a vida dessa pessoa. (SZANIAWSKI, 2005, p. 360)

Alguns anos depois, o alemão Heinrich Henkel também considerou a vida privada em três esferas, uma inserida na outra, com a privacidade inserida no círculo mais exterior do conjunto. Entretanto, diferente de Hubmann, Henkel coloca no núcleo o segredo, deixando a intimidade no nível intermediário (FROTA, 2007, p. 461). De qualquer forma, os dois autores alemães posicionam a privacidade na extremidade. Frota (2007, p. 463) chama essa esfera de “círculo da vida privada *stricto sensu*” ou “círculo privado não-íntimo”: “nessa seara

perfilam quer noções ligeiras sobre a rotina diária do indivíduo, quer os dados indicativos de seu patrimônio” e, essas considerações são de grande valia a discussão do tema proposto.

Contudo, o princípio da privacidade não deve ser considerado isoladamente, mas relacionado com o princípio da segurança pública, a qual é dever e responsabilidade também do Estado, que, para tanto, utiliza-se das prerrogativas proporcionadas por essa ferramenta tecnológica e resguardado na legislação vigente.

### 3 Ponderação<sup>33</sup> e o conflito entre direito à privacidade e segurança pública

Nuria (2016) faz importante consideração quando trata da natureza e funcionalidade dos direitos fundamentais, e que tem sido objeto de várias teorias. Para Nuria (2016, 488):

“Nuestra posición se inscribe en la perspectiva de interpretación que avala el potencial emancipador de los mismos en la medida en que en un Estado democrático de Derecho debe darse especial relevancia a la interpretación de los derechos fundamentales em clave garantista”.

Por esta razão, a discussão sobre o conflito existente entre o direito a privacidade e segurança pública recai sobre a aplicação do juízo de proporcionalidade. E, para Nuria (2008) as técnicas utilizadas atualmente pelos tribunais na América Latina e tribunais constitucionais, todos levam em consideração a teoria de Alexy<sup>34</sup>.

---

33 A ponderação resulta assim, identificada com uma operação através da qual, como escreve Robert Alexy, quando dois princípios entram em conflito; um dos dois deve ceder ao outro, sem que o primeiro seja considerado inválido ou o segundo prevalecente com base no princípio da especialidade. É concebida, em suma, como uma atividade de escolha orientada pela exigência de justiça substancial, que arrisca comprometer não apenas a submissão do juiz à lei, mas também, como observou justamente Riccardo Guastini, os valores da certeza e da igualdade perante a lei. FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012. p. 49

34 ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Político Constitucionales, 2008, (1ª reimp. de la 2ª ed.).

No entendimento de Bernal (2005 apud MARTÍN, 2016) a ideia de aplicação do juízo de proporcionalidade parte do pressuposto de que os direitos fundamentais precisam realizar-se na maior medida possível e sempre atendendo as possibilidades fáticas e jurídicas em sentido contrário.

Insta lembrar que segurança e privacidade são princípios. Princípio, para Barroso (2009, p. 203), é uma das espécies do gênero norma jurídica e são considerados “a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico”.

Barroso (2009, p. 329-331), trilhando o mesmo caminho que Alexy, afirma que o conflito entre princípios constitucionais acontece em razão da grande diversidade de valores e interesses que a Constituição protege e, como não há hierarquia entre eles, “a precedência relativa de um sobre o outro” deve ocorrer “à luz do caso concreto” e que, para a resolução da tensão, é necessário que se aplique a ponderação.

Contudo, Barroso (2009, p. 335) afirma que, como a avaliação apresentada envolve fatores subjetivos, relacionados a preferências, crenças e vivências do indivíduo responsável pela interpretação do direito, os resultados poderão variar. Esse fator pode gerar uma sensação de insegurança jurídica àquele que depende da apreciação do intérprete para ver seu direito garantido. Canotilho (2003, p.1182) também acredita que princípios podem entrar em conflito e que esse fenômeno de tensão é natural em razão da abertura fornecida pelo texto constitucional aos princípios:

O facto de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir fenómenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. Considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um *compromisso* entre vários actores sociais, transportadores de ideais, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagónicos ou contraditórios.

Comparando o direito à segurança e o direito à intimidade, Martín (2011, p 21, tradução nossa), argumenta que, como o direito à intimi-

dade não possui caráter absoluto, quando conflitando com a segurança deverá ser limitado para que se garanta, à sociedade, a segurança pública:

[...] deve-se recordar que o direito fundamental à intimidade não é um direito absoluto, sendo assim suscetível de graduações e de restrições e de modulações em função da proteção dos interesses gerais. Se o objetivo é garantir segurança pública à sociedade, esse direito à intimidade terá que limitar-se, o que não significa anular-se, à luz do artigo 25.2 CE. Assim, as reduções extraordinárias ao direito à intimidade estão proibidas pela jurisprudência do Tribunal Constitucional [...].<sup>35</sup>

De qualquer maneira, todas as considerações buscam refletir sobre a base estrutural da teoria da ponderação. A justificativa da vigilância da sociedade para o critério da efetividade do direito a segurança pública exige novos modos de análise, sobre as condições de possibilidade da validade do direito à privacidade e os reflexos de eventual lesão a este direito fundamental.

## Conclusão

Acompanhando o desenvolvimento da tecnologia, a presença das lentes do Estado previne. A vigilância atua repressivamente na medida em que o Estado, responsável pelo monitoramento, ao presenciar uma situação que caracterize quebra da ordem pública, imediatamente enviará recursos para restauração da harmonia social.

Por outro lado, para que a vida privada do cidadão não seja afetada pela presença constante dos olhos do Estado (*surveillance*), o mecanismo de fornecimento e divulgação das imagens armazenadas, por exemplo, deve ser regido por regras – a serem seguidas, inclusive, pelo Poder Estatal.

---

35 [...] *hay que recordar que el derecho fundamental a la intimidad no es un derecho absoluto, sino susceptible de graduación y de restricción y modulación en función de la protección de intereses generales. Si el objetivo es garantizar seguridad pública a la sociedad, ese derecho a la intimidad tendrá que limitarse, lo cual no significa anularse, a la luz del artículo 25.2 CE. Así, las reducciones extraordinarias al derecho a la intimidad están prohibidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional [...].* (MARTÍN, 2011, p 21).

Na comparação entre o sistema de vigilância com o “dispositivo *panóptico*” de Bentham, apresentado por Foucault na obra *Vigiar e Punir*, como uma ferramenta eficiente para o controle de presidiários, estudantes, trabalhadores, percebe-se o poder que o Estado tem em suas mãos ao dispor de tal tecnologia, e potencialmente altera comportamentos daqueles que estão em sua área de alcance.

Por certo, o *surveillance* como instrumento garantidor de segurança pública no Brasil está aquém do trazido acima, justamente por sua finalidade social.

A proteção constitucional estabelecida por princípios garante até mesmo a proteção da imagem registrada pelas câmeras, e que deve ser utilizada com o fim único e exclusivo de concretizar o direito a segurança pública.

Para o Estado, *surveillance* é instrumento de segurança pública, e não há que se falar em conflito de princípios. Para que as imagens não sejam utilizadas de forma a prejudicar cidadãos, expondo suas vidas privadas, sujeitas a provocar danos, deve o Estado, garantir o direito à privacidade, e estabelecer critérios com o fim de evitar o rompimento das estruturas jurídicas e sociais.

Em conclusão, pode-se verificar, conforme o exposto no relatório desta pesquisa investigativa, que não há colisão de princípios e resguardados os argumentos em sentido contrário, as novas tecnologias podem estar contribuindo para o tratamento dos conflitos sociais.

Portanto, a tensão entre o princípio da segurança e o princípio da privacidade, seria atenuada pela ponderação na resolução de conflitos sociais afetados pela *surveillance*.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Tradução de: Theorie der Grundrechte.
- ALEXY, R., Teoría de los derechos fundamentales. Trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Político Constitucionales, 2008, (1ª reimp. de la 2ª ed.).

- Assembleia Geral da ONU. (1948). “Declaração Universal dos Direitos Humanos” (217 [III] A). Paris. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>> Acesso em 08 fev. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 01. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BERNAL PULIDO, C., El Derecho de los Derechos. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- BRASIL. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm) >. Acesso em: 5 fev 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Trânsito. Resolução n. 471, de 18 de dezembro de 2013. Disponível em: <<https://infraestrutura.gov.br/images/Resolucoes/Resolucao4712013.pdf>>. Acesso em 5 fev 2020.
- \_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 5 fev 2020.
- BROWN, Ben. CCTV in Town Centres: Three Case Studies. Home Office Police Research Group Crime and Detection Series: Paper n. 68. London, 1995.
- CCTV UNIVERSITY. History of CCTV technology. Disponível em: <<http://www.cctvsystems.com/history-of-cctv>>. Acesso em: 19 dez 2014.
- CONDE, Caspar. The Long Eye of the Law: Closed Circuit Television, Crime Prevention and Civil Liberties. Issue Analysis, n. 48, 14 abr. 2004.
- COSTA JR., Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 36.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: Teoría del Derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. 1<sup>a</sup>. ed. Barueri: Manole, 2007.

FROTA, Hidemberg Alves da. *A proteção da vida privada, da intimidade e do segredo no Direito brasileiro e Comparado*. Disponível em : <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/download/30386/27425>>. Acesso em 5 fev 2020.

MARTÍN, Nuria Belloso. *La aplicación de lasnuevastecnologías a los centros penitenciarios: laimprescindiblegarantía de losderechos-fundamentales*. Universidad de Burgos. España, 2011.

MARTÍN, Nuria Belloso. *La interpretación de los derechos fundamentales: algunas reflexiones sobre la teoría de la ponderación y el principio de proporcionalidad en la obra de r. Alexy*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 2.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de NETO, Elias Jacob. *O que é isto, a surveillance?: direito e fluxos de dados globais no século XXI*. In *O impacto das novas tecnologias nos direitos*

*fundamentais / organizadores Narciso Leandro Xavier Baez ... [et al.]*. – Joaçaba, SC: Unoesc, 2018.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *A Segurança Pública na Constituição*. Revista de informação legislativa, v.28, n. 109, p. 137-148, jan./mar. de 1991. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175847/000453860.pdf?sequence=1>> Acesso em 5 fev 2020.

NORRIS, Clive, MCCAHERN, Mike and WOOD, David. *The Growth of CCTV: a global perspective on the international diffusion of video surveillance in publicly accessible space*. Disponí-

vel em: <<https://ojs.library.queensu.ca/index.php/surveillance-and-society/article/view/3369/3332>>. Acesso em: 5 fev 2020.

NY SURVEILLANCE CAMERA PLAYERS. A history of video surveillance in England. Disponível em: <<http://www.notbored.org/england-history.html>>. Acesso em: 5 fev 2020.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 5 fev 2020.

ORWELL, George. 1984. 24. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2000.

PMSC. Projeto: emprego de circuito fechado de TV para monitoramento de logradouros públicos. 2000.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terra brasilis. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto, Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>> Acesso em 09 fev. 2020.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

# APORTACIONES ROMANISTICAS PARA UNA JUSTICIA DE ARMONÍA SOCIAL

*Gema Vallejo Pérez*

## 1. INTRODUCCIÓN

Grecia y Roma constituyen dos de los pilares esenciales de la cultura occidental y que, junto con el cristianismo, permiten entender los sistemas jurídicos occidentales actuales. En ambos sistemas se pueden encontrar algunas claves esenciales para entender la justicia actual. En este breve estudio se prestará atención a las aportaciones del Derecho Romano, pero conviene partir ahora de una inicial reflexión sobre algunas claves del pensamiento griego que siguen inspirando las actuales como es la perpetua búsqueda de la justicia.

Desde los primeros inicios de la filosofía, situándonos en Grecia, la obra de Platón es una búsqueda constante de la justicia entendida como armonía, y ello tanto desde el enfoque del individuo como de la comunidad política. El tema de la justicia, de la mejor ordenación de la vida en comunidad es el eje en torno al cual se desarrolla la especulación platónica. El debido equilibrio entre todos los elementos sólo se consigue a través de la justicia (tanto en el orden individual- el hombre- como en el social –la ciudad, a la que presenta como un hombre en grande, macroántropos-) “Sócrates sugiere que, si la ciudad ha sido bien fundada, deberá poseer las cuatro virtudes cardinales reconocidas por los griegos: sabiduría, valor, templanza y justicia. La sabiduría

reside en los gobernantes; el valor, en los guerreros; la templanza, en el acuerdo entre los gobernantes y los súbditos acerca de quién debe gobernar. Identificadas tres de las cuatro virtudes, sólo falta la justicia. “La armonía del individuo entre su parte racional, su parte volitiva y su componente irascible y concupiscible será presidida por la virtud de la justicia que es la que proporciona la armonía. Y esta armonía que Platón consideraba como la clave para lograr la virtud por parte del ciudadano, también la requería a nivel social, en la *polis* griega. De ahí que la virtud griega descansaba en una armonía, en un equilibrio, en la justicia, en definitiva. La búsqueda de la justicia, presente en el siglo IV a.C., persiste en nuestros días” (Sócrates).

El equilibrio emocional de las personas no solo se sustenta sobre las circunstancias internas de cada uno, sino también, y en gran medida, sobre el respectivo entorno. Parafraseando a José Ortega y Gasset, somos nosotros mismos y nuestras circunstancias, es decir, todos aquellos sucesos y situaciones en las que somos puestos por las relaciones que creamos (y se crean) en nuestro interactuar con los demás.

Las relaciones, que por lo general mantenemos como seres humanos, pueden en algunos momentos no ser todo lo armoniosas que cabría esperar, pues no todos perseguimos ni defendemos los mismos intereses, lo que provoca que a veces se generen conflictos. Ante los conflictos se suelen desatar una variedad de emociones como la tristeza, el desánimo y la desesperación que, si bien son experiencias humanas normales, a menudo pueden dar lugar a períodos de estrés psíquico o físico en grado exacerbado que conducen a la ansiedad, rompiendo así nuestro equilibrio emocional y bienestar personal.

Dado que las situaciones de conflicto con los demás pueden romper nuestro equilibrio y el intento de solución de dichas controversias ante los tribunales y mediante un litigio normalmente largo y desgastador, genera aún más ansiedad (Puyuelo 2013; 7) ya que en la mayoría de los casos “no se sabe cómo ni cuando va a acabar”.

Por nuestra parte, pensamos que en una sociedad desarrollada el desenvolvimiento de las personas será más eficiente ante circunstancias favorables para realizar funciones laborales y o de desarrollo personal previstas, pues todo ello va a redundar en una mejor interacción social o restauradora del estado emocional. Y es así como

se recurre a los ADR (UE 2015; 1-40) como métodos alternativos de resolución de conflictos, donde la Mediación se presenta como el más adecuado para gran parte de las controversias que se producen en nuestra sociedad, destacando su importancia en el ámbito familiar. Como han subrayado Gorjón Gómez y Sandoval Salazar, “la **mediación** no debería ser un método alternativo, debería ser el modelo principal para abordar y resolver de manera productiva los **conflictos** que se generan en una sociedad” (Gorjón/Sandoval 2018; 1-24).

Los psicólogos Peterson y Seligman (Peterson/Seligman; 2004; 355 y ss.) clasifican y describen las fortalezas y virtudes que permiten el crecimiento humano a través de un esquema general basado en seis virtudes principales que casi todas las culturas en el mundo aprueban, esto es, la sabiduría, el valor-coraje, la humanidad, la justicia, la moderación y la trascendencia. En cada virtud subyacen fortalezas particulares que requieren ser practicadas.

La JUSTICIA es la virtud que hospeda las fortalezas cívicas que sustenta la vida sana de la comunidad. Las fortalezas que la acompañan son:

- a) Ser justo: Tratar a toda la gente con imparcialidad y justicia. No dejar que los sentimientos personales influyan en las decisiones sobre otros, dar a todo el mundo las mismas oportunidades.
- b) Liderazgo: Organizar actividades para el grupo y llevarlas a buen término. Animar al grupo de pertenencia a hacer cosas, reforzar las buenas relaciones.
- c) Trabajo en equipo: Actuar bien como miembro de un equipo, ser fiel al grupo y sentirse parte de él.

También está dentro de los planes de la psicología positiva el expandir sus principios a otros campos como la economía, la sociología, la política, el derecho, la filosofía, y conformar un campo que podría denominarse como Ciencias Sociales Positivas.

De aquí parten nuestras reflexiones promocionando un entorno favorable en la medida en que facilitará más oportunidades para realizarse y para contribuir a sentirse mejor. Aquí prescindimos del término felicidad para delimitar la reflexión hacia el camino judicial.

Si vivimos en un mundo justo estaremos mejor. Sin duda, toda esta terminología debemos entenderla de manera abstracta y tiene su traducción en el acceso y respuesta judicial al Derecho positivo.

Es en este sentido donde se enmarca nuestro trabajo, aunando dos disciplinas que en su compromiso tienen el de resolver conflictos, problemas y cuestiones que, si no se solucionan positivamente en el nivel personal, familiar o de grupo social pueden dar lugar a buscar su gestión por la vía judicial (Fernández de Buján 2014) En cualquier caso, son problemas humanos que han de ser resueltos para que las personas sigan con su funcionamiento normal y puedan desarrollarse y ser felices.

## 2. LA TRANSACTIO Y EL PACTUM: DEL DERECHO ROMANO A LA ACTUALIDAD

En la antigua Roma ya existían formas de resolución de conflictos distintos a la vía judicial. Obviamente no se debe buscar una correspondencia “exacta” entre las Instituciones del Derecho Romano y las de nuestro Ordenamiento Jurídico, ya que el contexto histórico, económico, cultural, político y social de la antigua Roma difiere del actual, pero las bases y los principios que sustentaron su creación continúan vigentes en nuestros días. También ha sido una constante a lo largo de la historia, ya sea en oriente o en occidente, el intento de la sociedad de solventar sus controversias con procedimientos distintos a la correspondiente solución judicial (Highton/Álvarez 1995; 143-144).

Algunas de las instituciones presentes en el Derecho Romano en cierta manera, perviven en nuestros días aunque hayan abrazado otras formas (Vallejo 2018). Así, la *transactio* está actualmente incorporada a nuestro sistema judicial como la transacción consistente en un acuerdo entre las partes para llegar a un acuerdo o para reducir el ámbito o extensión de la pretensión, evitando o, más bien complementando, la vía judicial.

La base romanística de esta institución (Tamayo 2004; 1105-1106) se sitúa en la época arcaica cuando la *gens* (Fernández de Buján 2004; 63-65) se organizaba en torno a un jefe militar y religioso, el *pater gentis*, quien asesorado por el consejo de *pater familias*, ponía solución a los conflictos surgidos entre los miembros de la citada *gens*. Era este

consejo, presidido por el *pater gentis* el que, elegía entre la venganza o entre una composición voluntaria inmediata. Paralelamente, también las partes implicadas “podían desear hacer la paz” sin tener que renunciar a sus derechos. Es decir, la parte que había visto lesionado sus derechos podía defenderlos, pero alternativamente, las partes podían reconducir la situación y llegar a una solución consensuada donde cada una de las mismas realizaba alguna concesión a la otra. Por ejemplo, si una parte cesaba con su hostilidad, la otra renunciaba a su correspondiente acción a través de una “composición convenida” y esta “transacción” debía ocurrir (procesalmente) con la interrupción de la fase *in iure* antes de la *litis contestatio*, (Fernández de Buján 2017; 225 y ss.). Las partes podían ser impulsadas por el Magistrado (Tamayo 2004; 1106). D. 12,1,21. *Cum ad officium eius petineat lites deminuere*.

Y el transigir era algo “bien considerado” ya que “era de ánimo perverso y corrupto preferir un juicio a una amigable composición”.

En los primeros tiempos del Derecho Romano la evolución de los pactos entre particulares tendría una función pacificadora entre Estados, convirtiéndose en -Acuerdo Internacional de Paz- (entre los pueblos gentilicios), cuya primera implantación se consiguió entre las *gens* más evolucionadas” (Tamayo 2004; 1107). La primitiva *transactio* y el *pactum* tenían en común su naturaleza y sus características principales. Además, los dos buscaban restablecer la paz y el orden entre las partes y en palabras de la profesora Tamayo Haya: “...para lo cual utilizaban el mismo medio – la libre contratación de las partes, es decir el acuerdo privado no formal –”.

Estos pactos sustituían la venganza contemplada en la Ley (Talión) por una compensación de tipo económico, pero hay que apuntar que, una vez cometido el delito, surgía la controversia y el ofendido no solamente tenía el derecho, sino también el deber de ejercer el talión. Los pactos además de liberar de la venganza, eran actuaciones bien consideradas, pues lo más importante era la consecución de la paz, la *pactio*. El *pactum* incluiría la *transactio* como “pacto cualificado en el que el desistimiento del litigio se producía mediante compensación” (Tamayo 2004; 1109).

Como se ha quedado explicado, el proceso romano ya disponía de una alternativa a las partes a la hora de resolver determinados conflictos

sin utilizar la vía judicial y se refieren (también) a la *transactio* (Lázaro/Zamorano 2015; 1-2). La transacción fue, en época arcaica, el producto de un pacto cuyo fin era que las partes no iniciaran un litigio o que finalizaran con uno ya comenzado. Se llegaba a un acuerdo realizado con un sistema de autocomposición entre ofendido y ofensor, los cuales renunciaban a sus pretensiones ante el pretor y dicho acuerdo, que era el objetivo buscado, restablecía la paz. Todo esto sucedía antes de dirigirse al tribunal, que precisamente iba a resolver el conflicto.

Así las cosas, el espíritu que presidía el instituto de la transacción y del pacto ha perdurado a lo largo del tiempo, permeando los sistemas judiciales a lo largo de la historia del pensamiento jurídico. La búsqueda de soluciones consensuadas como mejor forma de gestionar los conflictos, recurriendo a la “composición”, a la comunicación y al diálogo, cobra fuerza en nuestros sistemas judiciales a través de diversos mecanismos y fórmulas (Belloso 2019; 277-324) . En cualquier caso, todas ellas siguen persiguiendo un mismo objetivo como es el de la justicia. A uno de estos procedimientos, como es la mediación, se hará referencia seguidamente.

### 3. UNA JUSTICIA EVOLUTIVA: EL PROCESO DE LA MEDIACIÓN

La mediación es un método de resolución de conflictos que se enmarca dentro de los pasos previos, alternativos o conjuntos a la vía judicial. La mediación es una forma evolutiva de justicia, de madurez judicial y que tiene unos principios como la confidencialidad y la no publicidad que permiten a cada persona, gestionar el conflicto de la forma más adecuada, siempre y cuando sea materia dispositiva. El proceso de mediación puede realizarse *motu proprio* por las partes o una vez iniciado el proceso judicial, recibiendo el nombre de mediación intrajudicial.

El Artículo 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles define la mediación así: “Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador” (Lázaro 2014; 177). La mediación es el proceso más

adecuado en asuntos y situaciones que, bien sea por la cercanía en el espacio-tiempo o por el alto contenido emocional de las relaciones que hayan desencadenado el conflicto, hacen que no impere el sentido común. Es entonces precisamente cuando la mediación despliega sus mayores ventajas al invitar a la reflexión de las partes en la búsqueda de un acuerdo que solvente sus controversias en base al sentido común antes afectado (Vallejo/García 2013).

La mediación también despliega sus ventajas en aquellos conflictos en los que para las partes prima la confidencialidad o tienen necesidad de resolver el conflicto de forma rápida, consiguiendo además que dicha solución permita mantener la continuidad de las relaciones. Las partes son las que mejor conocen sus verdaderos intereses y pretensiones y las que saben en qué ceder para concluir un acuerdo satisfactorio y duradero para ambas, en virtud de principio de flexibilidad y el respeto a la autonomía.

La mediación se presenta así como un instrumento imprescindible para articular las políticas de bienestar social actuales, con sustento en la felicidad y en la utilidad social. El interés se centra en lograr la solución más adecuada para esas partes concretas, en ese conflicto concreto, y no tanto en fijarse como único objetivo el atenerse a las normas positivas. Siempre en el marco de la legalidad, siendo vigilante el mediador de que los acuerdos a los que llegan las partes no vulneran la normativa, hay un margen de flexibilidad que es la que permite tanto aportar ese grado de bienestar a las partes mediadas como de utilidad social, porque contribuye a una pacificación de la sociedad (AA.VV. 2012).

Esta apuesta por la mediación se ha realizado tanto a nivel de las Comunidades Autónomas, como a nivel nacional y regional europeo. La Unión Europea, apostando fuerte por la mediación, avalada por la Asociación de Jueces y Magistrados, aboga por aunar todos los esfuerzos para coordinar, dirigir y promover las ventajas de la mediación (GEMME 2016).

El acuerdo así alcanzado podrá tener la consideración de título declarativo, si las partes así lo quieren, mediante elevación a escritura pública ante notario (si se trata de una mediación extrajudicial) o se puede homologar mediante auto del juez (si se trata de una mediación intrajudicial) (Vallejo 2018).

Ahora bien, presenta el inconveniente de que si se trata de una mediación extrajudicial y las partes no lo elevan a escritura pública, tendrá, al igual que la negociación, valor contractual cuyo eventual incumplimiento deberá solventarse mediante la interposición de la correspondiente demanda ante el juzgado competente para obtener el cumplimiento de lo pactado.

Lo que se va buscando es la seguridad del cumplimiento para que las partes consigan una paz que ponga fin al conflicto con un instrumento que es fruto de la voluntad y de la reciprocidad de dichas partes.

#### 4. CONCLUSIONES

La búsqueda de la armonía, del equilibrio y de la felicidad ha sido una constante en el ser humano a lo largo de la historia. La filosofía griega y el Derecho romano ofrecen algunos fundamentos para comprender la sociedad actual, las formas de gestionar los conflictos y las emociones. Avanzando en el tiempo, las Declaraciones de derechos humanos de la Modernidad también incidieron en la configuración de la felicidad como un derecho. Actualmente, recurrir a fórmulas como armonía y bienestar parecen no encajar en el Derecho, que suele mostrar su vertiente más dura (sancionadora, proceso judicial) a diferencia de otros procedimientos de gestión de conflictos que ofrecen una vertiente más amable (manejo de emociones, equilibrio de poder entre las partes, pacificación, armonía).

Tal y como sostuvo Platón, si la justicia es una búsqueda de la armonía tanto individual como colectiva, entonces, desde este punto de vista, la justicia –además de ser una virtud, un valor, un principio y un derecho– sería una ciencia positiva que ayuda al desarrollo y al equilibrio emocional de la persona y cimienta la paz social. La mediación se constituye en un poderoso instrumento que no sólo facilita el acceso a la justicia sino que su función más relevante es la de facilitar la paz social y la armonía individual. El ciudadano del siglo XXI necesita una justicia de fácil acceso y con unas garantías que le permitan responder ante distintos conflictos o problemas del modo más adecuado a los mismos: pero además de esa vertiente social y colectiva, la mediación proporciona una gestión del conflicto con una alteración mínima del

equilibrio emocional. Por tanto, la búsqueda del bienestar, como un derecho, puede llevarse a cabo a través de la mediación.

Desde los albores del Derecho, junto al proceso judicial se han contemplado otras soluciones de gestión de los conflictos por vía extrajudicial. El Derecho romano sentó las bases de tal búsqueda consensuada de acuerdos cuando el Pretor admitía como válidos los pactos que no fueran contrarios al *Ius civile* y que las partes podían concluir antes de llegar al acto del juicio. Es decir, las partes tenían el manejo total del asunto y la solución, que podría ser tan flexible como éstas quisieran en tanto no vulnerasen la norma.

En la actualidad esta posibilidad de acuerdo pacífico y consensuado entre las partes la ofrece el procedimiento de mediación, facilitando que mediante la comunicación y el diálogo, además de la ayuda del mediador que conduce tal procedimiento, las partes puedan diseñar sus propios acuerdos, gestionando el conflicto en un entorno de confidencialidad y solventando el objeto de la pretensión en disputa mediante sus propias decisiones. Ello permite defender que la mediación, en cuanto procedimiento de gestión del conflicto que fomenta la autonomía de las partes, permite una Justicia evolutiva o evolucionada o, expresado de otro modo, una Justicia madura a la vez que flexible y adaptada a la versatilidad del mundo cambiante del siglo XXI.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

A.A. V.V. 2012, *Mediación en Asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, GARCÍA VILLALUENGA, L., ROGEL VIDE, C., Editores, FERNÁNDEZ CANALES, C., Coordinadora. Madrid, Editorial Reus.

BELLOSO MARTÍN, N. 2019, *La articulación del diálogo judicial entre tribunales: una lectura desde la filosofía jurídica y la hermenéutica en Constitucionalismo. Un modelo jurídico para la sociedad global*. DE JULIOS CAMPUZANO, A., Director, Navarra, Editorial Thomson Reuters Aranzadi.

BELLOSO MARTÍN, N. 2020, *El ODS 16 en la Agenda 2030: de la indefinición a algunas propuestas para su concreción en Utopía y praxis la-*

*tinoamericana: Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría social. Número monográfico sobre la Agenda 2030*, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad del Zulia, Maracaibo, Ed. Zulia (Venezuela), vol.25, n°81, (en prensa).

CIA PUYUELO, C. 2013, *Ansiedad y Depresión*, Universidad de Lleida,. Disponible en: <https://repositori.udl.cat/bitstream/handle/10459.1/46960/aciap.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Última consulta 29 de marzo de 2020.

ESPAÑA. Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, *Boletín Oficial del Estado*, 7 de julio de 2012, núm. 162.

GEMME 2016, *Comentarios al Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva sobre Mediación en asuntos civiles y mercantiles* en GEMME, núm. 6, (3 de septiembre de 2016). Recuperado de: <https://mediacionesjusticia.com/2016/09/03/comentarios-al-informe-de-la-comision-europea-sobre-la-aplicacion-de-la-directiva-sobre-mediacion-en-asuntos-civiles-y-mercantiles/>.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. 2004, *Derecho Público Romano. Recepción Jurisdicción y Arbitraje*, Madrid, Editorial Thomson-Civitas.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. 2014, *Discurso leído el día 20 de enero de 2014, en el acto de su recepción como Académico de número, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 20 de enero de 2014*, Madrid, Editorial Dykinson.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. 2017, *Derecho romano*, Navarra, Ed. Thomson Reuters Aranzadi.

GORJÓN GÓMEZ / SANDOVAL SALAZAR, R. T., *Los operadores jurídicos como impulsores del conocimiento, la influencia, el bienestar social y la accesibilidad procesal de la mediación familiar en sede judicial* en *Revista Juris Poesis - Rio de Janeiro*. Vol. 21- n°27, 2018. Disponible en: <http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoesis/article/view/6155/47965308>.

- HIGHTON, E. / ÁLVAREZ, G. 1995, *Mediación para resolver conflictos*, Argentina, Editorial Ad Hoc.
- LÁZARO GUILLAMÓN, C. 2014, *La transactio romana y el actual acuerdo de mediación en Studia Prawnoustrojowe*, 25,.
- LÁZARO GUILLAMÓN, C., ZAMORANO MANZANO, J.L. 2015, *Algunas consideraciones sobre la mediación: perspectiva histórica y on line dispute resolution en Revista General de Derecho Romano*, 24.
- PETERSON, C. / SELIGMAN MARTIN, E. P. 2004, *Character, strenghts and virtues a handbook and classification*, New York, Oxford University Press.
- PLATÓN. *La República*. 1981, 5ª ed., (Edición. y traducción de José Manuel Pabón y Manuel Fernández Galiano), Madrid, CEC.
- TAMAYO HAYA, S. 2004, *El Contrato de transacción: principales líneas de evolución histórica en Anuario de Derecho Civil*, Vol. 57, 3.
- UNIÓN EUROPEA, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS 2015, *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil*, Bruselas.
- VALLEJO PÉREZ, G. / GARCÍA-VALLAURE RIVAS, M.J. 2013, *La Mediación Familiar en Castilla y León. Legislación y Formularios*, León, Editorial Eolas.
- VALLEJO PÉREZ, G. 2018, *La Mediación Familiar en el Sistema Jurídico Español. De su implantación legislativa a sus retos futuros.*, Madrid, Editorial Reus.
- VALLEJO PÉREZ, G. 2018, *Métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho Romano. Especial referencia a la mediación*, Madrid, Editorial Dykinson.

# O CONCEITO DE JUSTIÇA EM NANCY FRASER

*Rafael Carrano Lelis*

## 1 INTRODUÇÃO

Nancy Fraser possui uma extensa produção e de inegável importância no campo da filosofia política. A autora ganhou grande capilaridade no Brasil a partir de seus escritos sobre reconhecimento, sendo sua obra amplamente utilizada para análises sociopolíticas e também jurídicas. Não obstante, grande parte da literatura nacional aborda seus conceitos de forma bastante descontextualizadas, muitas vezes proporcionando interpretações equivocadas das ideias defendidas pela autora.

Desse modo, o presente artigo pretende se debruçar analiticamente sobre uma das mais importantes construções teóricas da filósofa estadunidense: sua teoria da justiça. O objetivo é não somente aprofundar o exame das dimensões da justiça propostas, mas também estabelecer um diálogo com as críticas realizadas à teoria da autora.

Para tanto, adotou-se a metodologia de revisão bibliográfica, a partir de uma abordagem indutiva. Desse modo, foram selecionados para leitura os textos de Nancy Fraser a respeito da referida teoria, bem como de críticas apresentadas por outros autores. Após a leitura de todos os textos, buscou-se sistematizar a teoria desenvolvida pela autora. Assim, pretende-se contribuir com o desenvolvimento de pesquisas na área da filosofia do direito, bem como a inserção do pensamento fraseriano no Brasil.

## 2 A TEORIA DA JUSTIÇA DEMOCRÁTICA PÓS-WESTFALIANA

Um dos pontos que dão maior destaque à teoria de Fraser é sua atualidade e coerência com relação à realidade contemporânea. A autora reestabeleceu as dimensões de sua teoria original, trazendo novos elementos imprescindíveis à compreensão da sociedade de hoje. Como veremos, foram tais alterações que provocaram a mudança de paradigma da tradicional “teoria da justiça social”, transformando-a na “teoria da justiça democrática pós-Westfaliana” (FRASER, 2010, p. 15-16).

Trata-se, essa última, da versão mais atualizada da teoria da autora, que anteriormente comportava apenas duas dimensões, sem que a questão política fosse expressamente integrada. O termo pós-westfaliana remete ao marco utilizado pela autora para a inclusão da dimensão política em sua teoria. Fraser (2010, p. 11-15) afirma que, a partir da globalização, haveria ocorrido um deslocamento na compreensão do correto enquadramento da justiça. Assim, sustenta que se teria saído do enquadramento keynesiano-westfaliano, que reconhecia apenas o Estado (esfera nacional) como espaço de realização da justiça, passando para o enquadramento pós-westfaliano, que admite não somente uma perspectiva nacional, mas também chama a atenção para a esfera internacional como extremamente propícia para veiculação de demandas por justiça.

Sendo assim, Nancy Fraser (2010, p. 145) construiu sua teoria de forma tridimensional, comportando três planos para a concretização da justiça, efetivando a paridade participativa: o econômico, o cultural e o político. Inicialmente pensada apenas com as duas primeiras facetas, a dimensão política, que sempre esteve presente, foi recentemente alçada a uma categoria autônoma, respondendo a anseios causados pelo atual estágio de globalização.

Nesse sentido, Fraser (2010, p. 145-147) enfatiza o fato de o político ter estado sempre presente em sua teoria em contestação às críticas de que teria demorado a incluí-lo. A autora indica, ainda, que sempre alegou que não seria necessária uma dimensão política autônoma pelo fato de as outras duas já a comportarem, pensamento que se alterou com o avanço da globalização. Além disso, é preciso destacar que, em

vários de seus trabalhos mais antigos, Fraser (2000, p. 116) já sinalizava, ainda que em nota de rodapé, para a necessidade de se desenvolver com maior autonomia a dimensão política da justiça, destacando que sua própria matriz teórica, que se vale da distinção weberiana entre classe e *status*, comporta três, e não apenas duas, dimensões. Assim, haveria espaço para a teorização acerca de uma terceira camada relativa à “marginalização ou exclusão política”, ainda que ela não fosse desenvolvida naquele momento (FRASER, 2000, p. 117).

Cada uma das dimensões possui seus níveis de justiça e injustiça correspondentes. A injustiça de ordem econômica se materializa por meio da má distribuição; a cultural, pela via do falso reconhecimento; e a política se concretiza na falsa representação. Como destaca a autora, esses três aspectos são essenciais à compreensão dos meios de obtenção da justiça. Ainda que, em determinados contextos, possa-se perceber a prevalência de algum dos tipos de injustiça, é necessário considerar que os três formam um conjunto interdependente, não podendo nenhuma das camadas ser reduzida à injustiça gerada pela outra. Como a própria autora ressalta, a divisão entre cada uma das camadas da justiça é meramente didática, sendo impossível sua diferenciação e compartimentalização no mundo concreto, uma vez que elas afetam os indivíduos de forma conjunta e disseminada (FRASER, 2008, p. 16).

Neste ponto, merecem menção as críticas que Axel Honneth (2003, p. 150) tece à teoria da autora. Ele, partindo de uma base hegeliana, concebe a dimensão do reconhecimento como suficiente para traduzir todas as demandas por justiça, englobando as esferas do amor, direito e solidariedade. Nesse sentido, o autor acusa Fraser de se filiar a um pensamento marxista ortodoxo e tentar valorizar politicamente as lutas de distribuição em detrimento de lutas identitárias. Honneth (2003, p. 155) identifica a base de sua discordância com Fraser como sendo em relação às diferentes compreensões da economia capitalista e dos valores culturais. Assim, defende a possibilidade de redução de todos os conflitos relacionados à distribuição ao âmbito do reconhecimento, criticando a perspectiva da estadunidense, à época dualista, e propondo a formulação de um “monismo teórico-moral” (HONNETH, 2003, p. 157).

Para tanto, Honneth critica o que considera ter sido uma arbitrariedade de Fraser na definição de quais seriam as duas perspecti-

vas de análise. A autora utiliza o dualismo habermasiano de “sistema versus vida pública” para sustentar sua perspectiva, indicando que as instituições políticas estariam filiadas ao campo econômico na composição do sistema; enquanto, ao mesmo tempo, pertenceriam à vida pública, integrando a estrutura cultural e produzindo injustiças de falso reconhecimento (FRASER, 2008). Nesse contexto, Honneth (2003, p. 156-157) sustenta que a demonstração da metodologia dualista de Habermas não basta como justificativa, uma vez que Fraser não teria demonstrado nenhuma das razões relativas ao porquê essas duas dimensões foram definidas como “economia” e “cultura”, quando poderiam facilmente serem outras, como “moral” e “direito”.

Ademais, o filósofo alemão critica, ainda, a justificativa de Fraser com relação à captação das demandas por justiça. A autora aponta que a percepção das demandas por justiça deve ser analisada a partir da ótica dos movimentos sociais. Nesse sentido, afirma que os termos “redistribuição” e “reconhecimento” possuem uma referência política, além da filosófica, que se relaciona às reivindicações levantadas por atores políticos e pelos movimentos sociais na esfera pública (FRASER, 2003, p. 9-10). Em contraste, Honneth (2003, p. 115-116) indica sua preocupação com relação à afiliação à percepção dos movimentos sociais, chamando atenção para a problemática de se tematizar apenas as questões levantadas por esses grupo, que já alcançaram alguma expressão na esfera pública, uma vez que isso impediria que fossem feitas demandas a respeito de “um estado de coisas socialmente injustas que até o momento fora privado de atenção pública”.

A crítica do autor, pertinente, lança luz para a dificuldade de legitimação das teorias sem que se exerça uma violência simbólica de apagamento. Isto é, ao mesmo tempo que se revela de extrema importância a consideração da opinião dos movimentos sociais, pois se privilegia o posicionamento das pessoas concretamente afetadas, há que se ter o cuidado de não generalizar os apontamentos de setores mais evidenciados como a demanda uniforme de todo aquele grupo. Isso porque muitas demandas não conseguem atingir o nível básico de representação para que sejam ouvidas. Contudo, o critério adotado por Fraser ainda parece ser aquele que, pragmaticamente, gera um maior efeito com relação à legitimidade e representação das demandas estudadas.

### 3 A DIMENSÃO ECONÔMICA E A REDISTRIBUIÇÃO

A dimensão econômica da justiça, representada pela ideia de distribuição de bens, recursos e riquezas, possui um caráter, à primeira vista, mais material e concreto que as demais. Isso porque ela se refere à desigualdade no acesso a serviços, mercadorias, bens e recursos financeiros, que geram as diferenças de classe e promovem a exploração do trabalho no mundo capitalista. No entanto, como será apontado, essa maior concretude diz respeito apenas à sua aferibilidade, uma vez que as demais dimensões possuem desdobramentos e impactos tão reais quanto ela.

São exemplos desse nível de injustiça: a exploração econômica dos trabalhadores pelas empresas; a marginalização econômica dos indivíduos que, em virtude de sua exploração, são relegados a empregos sub-remunerados e têm acesso impedido a outras oportunidades de trabalho; e a negação a determinadas pessoas de usufruir dos bens materiais ofertados pelo mercado (FRASER, 2008, p. 14).

Nesse cenário, Fraser (2008, p. 19) se utiliza do conceito marxista de “classe explorada”<sup>36</sup>, em sua interpretação ortodoxa, para ilustrar uma coletividade que sofreria de uma injustiça predominantemente na esfera econômica. No exemplo delineado, qualquer injustiça estrutural suportada por esse agrupamento poderia ser identificada como tendo origem na economia política. Assim, qualquer injustiça, ainda que aparentemente de caráter cultural<sup>37</sup>, teria, ao final, raiz na má distribuição socioeconômica. A autora ressalva, contudo, que esse tipo de coletividade serve apenas de exemplo teórico, uma vez que, no mun-

---

36 Destaca-se que Fraser adota o conceito marxista apenas para frisar seu exemplo dessa injustiça. Isso porque em diversos outros momentos a autora se utiliza da concepção weberiana de classe, por entender que essa “*Weberian conception of class as an economic category suits my interest in distribution as a normative dimension of justice better than the Marxian conception of class as a social category*” (FRASER, 2000, p. 117). Assim, ela identifica que a concepção de Weber posiciona a pessoa na classe com relação ao mercado, ao invés da ideia marxista de meios de produção.

37 Fraser menciona que as injustiças culturais sofridas por essa coletividade seriam aquelas chamadas “injúrias ocultas de classe” nos termos de Richard Sennett e Jonathan Cobb (FRASER, 2010a, p.172).

do real, até a mais econômica das injustiças terá seu aspecto cultural e político, tendo em vista a forma imbricada com que as dimensões se apresentam concretamente. Portanto, de modo geral, sua tese propõe que, para que ocorram transformações profundas na estrutura social, fazem-se necessárias mudanças tanto na economia, por meio de medidas de redistribuição, quanto nos padrões culturais de valoração, pela via do reconhecimento.

Tendo em vista essa realidade, dois são os remédios possíveis à solução dessa faceta da desigualdade: afirmativo ou transformativo. Segundo Fraser (2008, p. 28), remédios afirmativos, de forma geral, seriam aqueles voltados à correção de iniquidades com os instrumentos fornecidos pelo próprio sistema vigente; isto é, com a utilização de ferramentas disponíveis dentro da estrutura que causa a iniquidade. Esse tipo de remédio possui, claramente, escopo de atuação limitado, uma vez que não pretende alteração substancial do *status quo*, almejando apenas um pequeno avanço na realidade social. Por outro lado, um remédio transformativo almeja justamente o contrário: a correção dos resultados desiguais a partir da reestruturação do quadro que os gera. É importante notar que a diferença entre os tipos de remédios não se dá em razão de sua aplicação de forma gradual ou não, mas sim no fato de o primeiro focar na alteração apenas dos resultados, enquanto o segundo busca a sua modificação por meio da alteração dos processos que levaram a tais resultados.

Desse modo, remédios afirmativos para injustiças no campo econômico seriam aqueles historicamente ligados às políticas do estado de bem-estar social (*welfare state*). Enquanto remédios transformativos seriam aqueles mais diretamente associados às construções socialistas, que procurariam uma alternativa ao modelo capitalista que possibilitasse o fim da desigualdade socioeconômica. No contexto apresentado, a diferença entre cada um dos remédios reside na manutenção ou não dos sistemas de produção atuais: se o primeiro pretende diminuir a desigualdade aumentando o consumo das classes exploradas (o que acaba por fortalecer o sistema gerador das desigualdades e serviria unicamente como solução paliativa); o segundo, por sua vez, tem exatamente a intenção de reestruturar as relações de produção existentes (FRASER, 2008, p. 28-31). Além disso, Fraser (2008, p. 31-33) chama atenção,

ainda, para o fato de que remédios redistributivos afirmativos poderiam ter o efeito negativo (*backlash*) de aumentar a diferenciação entre grupos, intensificando injustiças de falso reconhecimento. Por outro lado, remédios redistributivos transformativos teriam o efeito contrário: contribuiriam para a desestabilização das diferenciações entre grupos, colaborando para a reparação de formas de falso reconhecimento.

## 4 A DIMENSÃO CULTURAL E O RECONHECIMENTO

Como mencionado, a segunda dimensão responsável pela concretização da justiça é a cultural, na qual se enquadram as demandas pelo reconhecimento de cada uma das camadas desprezadas. Fraser (2000, p.109) elabora seu conceito de reconhecimento a partir de matrizes teóricas diversas das utilizadas pela maioria dos autores. Ao invés de adotar o tradicional modelo identitário hegeliano, parte de um prisma weberiano (FRASER, 1997, p. 281).

Na concepção de Hegel, a ideia de reconhecimento está diretamente ligada à relação recíproca entre indivíduos, que atua de forma substancial na constituição de suas subjetividades. Nessa visão, o reconhecimento pelo outro integra-se como elemento da própria formação do *self*. Isto é, um indivíduo só se torna sujeito em virtude de reconhecer e ser reconhecido pelo outro. Nesse sentido, o falso reconhecimento possuiria uma dupla faceta: distorção da relação do indivíduo com o seu *self* e também lesão à identidade da pessoa (FRASER, 2000, p. 109).

Segundo Fraser (2000, p. 109-110), aqueles que, como Honneth e Taylor, abordam o reconhecimento a partir dos conceitos hegelianos transportam essa definição de reconhecimento para as esferas cultural e política. Desse modo, entendem que o falso reconhecimento é produzido a partir da distorção da relação do indivíduo com seu *self*, sendo causada pela imposição da cultura dominante e gerando, assim, internalização de autoimagens negativas pelos integrantes do grupo “desestimado”, o que os impede de construir uma identidade cultural favorável de si próprios. Nesse sentido, a política do reconhecimento serviria, por meio da contestação da cultura dominante, como forma de reparação desse dano.

Todavia, apesar de reconhecer as contribuições trazidas pelo modelo, a autora ressalta que ele não somente ignora a dimensão redistributiva da justiça, como também, ao conjugar as políticas de reconhecimento e identidade, provocaria a reificação dos grupos já subjugados (FRASER, 2000, p. 110). O conceito de reificação de grupos apresentado por Fraser pode ser bem exemplificado a partir da experiência vivida pela população LGBTI<sup>38</sup>, o que inclui a própria dificuldade de estabelecimento de uma sigla representativa. Como colocado pela estadunidense, no modelo identitário haveria a necessidade de elaboração de uma identidade coletiva (de determinado grupo) que permitisse sua autoafirmação. Desse modo, indivíduos que não se enquadram nos padrões impostos pelo próprio grupo, como ocorre com os bissexuais e as transexuais não binárias ou mesmo gays e lésbicas que fogem ao padrão imposto pela “comunidade”, seriam desencorajados a se expressarem enquanto tais ou, até mesmo, rechaçados de sua participação enquanto integrantes do grupo. Nesse sentido, Fraser (2000, p. 112) aponta que *“the overall effect is to impose a single, drastically simplified group-identity which denies the complexity of people’s lives, the multiplicity of their identifications and the cross-pulls of their various affiliations”*. Ela conclui, então, que esse modelo acaba reproduzindo a própria injustiça do falso reconhecimento, ignorando as lutas internas do grupo pela autoridade e poder de representá-lo.

Em contraste, Fraser (2000, p. 113-116) propõe uma abordagem baseada na conceituação do reconhecimento enquanto uma questão de *status* social. A partir desse critério, o falso reconhecimento se traduziria como uma forma de subordinação social. Nesse sentido, o conceito não mais se relaciona a um dano cultural à identidade ou a alguma espécie de deformação psíquica, mas sim à reprodução institucionalizada de padrões de subordinação que impedem a paridade participativa de determinados indivíduos na vida social. Assim, nesse novo paradigma, não há mais o risco de reificação, uma vez que não se associa a injustiça do falso reconhecimento à depreciação e deformação da identidade de um grupo específico. A teoria fraseriana passa a focar, divergentemente, no reconhecimento do *status* individual dos integrantes de cada grupo.

---

38 A sigla “LGBTI” designa: lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexo.

Nesse cenário, o fator institucional é essencial para a caracterização da injustiça do falso reconhecimento, que acontecerá por meio da estigmatização de determinadas pessoas como inferiores, excluindo-as da e invisibilizando-as na interação social (FRASER, 2000, p. 113). A institucionalização, entretanto, pode se dar de diversas formas e por diferentes entidades, não se limitando, por exemplo, à atuação estatal. Portanto, os remédios para esse tipo de injustiça não podem ser previamente definidos, ficando condicionados ao modo pelo qual se concretize o impedimento de paridade.

Uma das possibilidades mais prementes dessa institucionalização é pela via jurídico-normativa. Nesse sentido, leis que categorizam determinados atores sociais como inferiores ou transgressores (em contraposição aos demais, que estariam dentro da norma social) provocam a subordinação de *status*. Ademais, isso também ocorre quando a legislação, desconsiderando a própria possibilidade de existência de determinados indivíduos (posicionando-os como não seres), deixa de considerá-los na edição normativa, criando lacunas que impeçam sua participação na vida social. À guisa de exemplificação, temos: uma lei proibindo o casamento entre pessoas do mesmo gênero incorre nesse tipo de injustiça; contudo, também o faz a lei que regulamenta somente a união heteroafetiva, ignorando a própria existência de outros arranjos familiares e permanecendo-se silente com relação a eles.

Por outro lado, Young (2008, p. 90–101) rejeita essa concepção de reconhecimento. A autora critica enfaticamente a ideia do reconhecimento enquanto um fim em si mesmo (“*recognition as an end in itself*”), alegando que Fraser estaria interpretando equivocadamente as demandas dos movimentos feminista, antirracista e gay. Em sua visão, para tais grupos, o reconhecimento serviria apenas como um meio para atingir um objetivo mais amplo, que seria a igualdade socioeconômica. Nesse sentido, Young (1990, p. 39–65) diferencia cinco “faces” da opressão, todas ligadas ao campo econômico, que seriam: a exploração, a marginalização, a impotência (ou incapacidade), o imperialismo cultural e a violência. Sendo assim, a crítica de Young se apresenta de maneira oposta àquela elaborada por Honneth. Enquanto a primeira critica o dualismo por acreditar que apenas a dimensão econômica seria suficiente, entendendo que as demandas de reconhecimento são

redutíveis a ela; o segundo discorda do dualismo fraseriano, mas apontando que as demandas por justiça redistributiva é que seriam redutíveis a questões da esfera do reconhecimento.

Assim como fez com a esfera distributiva da justiça, ao eleger a opressão de classe como tipo ideal para a análise daquela dimensão; no caso do reconhecimento, Fraser (2008, p. 21-22) identifica as “sexualidades desprezadas” como a coletividade que sofre eminentemente desse tipo de injustiça. É importante notar que a autora se utiliza, nesse contexto, de um conceito bem limitado de sexualidade, não adentrando, por exemplo, em sua interrelação com a ideia de gênero, o que limita a extensão da análise à população LGBTI como um todo.

Nesse sentido, a raiz da injustiça contra gays e lésbicas (as sexualidades desprezadas) estaria na dimensão cultural, de modo que ela se reproduz por meio de padrões sociais institucionalizados e reiterados, e não a partir da divisão do trabalho. Por isso, Fraser (2008, p. 21) caracteriza a homofobia como a “desvalorização cultural da homossexualidade”, enquanto o heterossexismo seria a reafirmação dos privilégios heterossexuais por meio da edição de normas que os imponham. Tal situação é facilmente aferível por meio dos inúmeros direitos que são negados a essa coletividade, bem como das frequentes situações sociais nas quais essas sexualidades são alvo de discriminação, violência, hostilização e humilhação. Exatamente por isso, Fraser (2010a, p. 173) destaca que “a superação da homofobia e do heterossexismo requer uma modificação na ordem do status sexual, desinstitucionalizando os padrões heteronormativos de valor, substituindo-os por padrões que expressem igual respeito para com gays e lésbicas”.

Judith Butler (2008, p. 48-56), em especial<sup>39</sup>, discorda dessa categorização empreendida com relação à origem da injustiça sofrida por gays e lésbicas. Ela enquadra Fraser na mesma corrente dos denominados “marxistas neoconservadores”, conjecturando que, ao classificar a opressão em razão da sexualidade como “meramente cultural”, a autora estaria relegando a um segundo plano, menos concreto e subordinado às opressões de classe. Contudo, como a própria Fraser (1997,

---

39 Young (2008, p. 101) tece críticas na mesma linha, assinalando que: “*the claim that, even as an ideal type, oppression through sexuality is purely cultural trivializes the politics of those oppressed because of sexuality*”.

p. 279-282) rebate, a discordância levantada por Butler se deve às diferentes concepções das duas autoras com relação à dimensão cultural da justiça. Enquanto Butler a vê como secundária e subordinada ao aspecto econômico, Fraser a entende como uma dimensão autônoma e concreta, capaz de produzir injustiças materialmente aferíveis e tão profundas quanto aquelas geradas pela má distribuição.

Novamente, assim como no caso da redistribuição, duas são as possibilidades de remédios para se alcançar o reconhecimento. O afirmativo é aquele ligado à forma tradicional do multiculturalismo. Ele pretende, portanto, valorizar a identidade das categorias estigmatizadas sem ter a pretensão de alterar o padrão social-normativo que gera tal estigmatização. Seriam exemplos as políticas identitárias que buscam reforçar a identidade gay e lésbica (o *pride movement*). Por outro lado, um remédio transformativo para o falso reconhecimento está diretamente ligado às ideias propostas pela teoria queer, procurando eliminar a dicotomia homo/heterossexual que cria a própria opressão. Assim, ao invés de se destacar e valorizar a identidade de determinado grupo, intenta-se desestabilizar e desconstruir os padrões sexuais fixados, abrindo diversas possibilidades para a existência de novos tipos de sexualidade fluidas e não binárias (FRASER, 2008, p. 29-30).

Até o momento, foram apresentados dois exemplos de coletividades, as quais Fraser considera estarem em extremos opostos com relação à efetivação da justiça. As classes exploradas no espectro da redistribuição; e as sexualidades desprezadas no nível do reconhecimento. Todavia, ela concebe, ainda, a existência de “coletividades bivalentes”, que seriam aquelas nas quais tanto a dimensão cultural, quanto a econômica da injustiça estão presentes no mesmo grau, sendo impossível indicar a prevalência de uma delas na origem da opressão (FRASER, 2008, p. 23-27). Seriam exemplos desse tipo de coletividade os marcadores de gênero e raça, uma vez que ambos implicam uma exploração do ponto de vista econômico, a partir da divisão racial e sexual do trabalho, que relega mulheres e negros a subempregos, com remunerações abaixo daquela paga aos homens brancos. Ao mesmo tempo, há também uma desvalorização cultural, a partir da existência formas institucionalizadas de reprodução de machismos e racismos em nossa sociedade.

Ademais, ainda que Fraser não faça essa constatação,<sup>40</sup> parece-nos que também a população trans (e a identidade de gênero) se enquadraria nessa categoria bivalente. Isso porque não somente ela sofre de subordinação social por meio da imposição institucionalizada de padrões cisgêneros, como também é relegada a trabalhos sub-remunerados, frequentemente ocupando o mercado da prostituição<sup>41</sup>.

Os tipos de remédios aplicáveis, nesses casos, mantêm-se os mesmos. No entanto, será um pouco mais difícil definir quais serão conjugados, uma vez que se faz necessária a reparação de injustiças tanto de reconhecimento, quanto de distribuição. Fraser (2008, p. 33-39) sinaliza uma incompatibilidade dos remédios afirmativos na seara do reconhecimento com os transformativos em relação à redistribuição, e vice-versa. Destaca que uma solução afirmativa no campo econômico (ligada ao *welfare state*) pode acabar intensificando a diferenciação de grupos e gerando falso reconhecimento via *backlash*, o que seria ainda mais intensificado com a aplicação de remédios afirmativos de reconhecimento (políticas de identidade). Por outro lado, indica que optar por uma solução transformativa no campo econômico (políticas socialistas) contribuiria para a diminuição da diferenciação de grupos, o que estaria mais alinhado ao propósito transformativo na escala cultural (conectada à desconstrução dos padrões e das valorações culturais).

Desse modo, a autora salienta que a combinação de remédios mais promissora, a fim de solucionar a questão da justiça para as coletividades bivalentes, seria aquela que conjugasse opções transformativas tanto na esfera cultural, quanto na econômica. Destaca também que, no mundo real, deve-se aplicar igualmente esse conjunto de remédios

---

40 Ao abordar a questão do gênero, Fraser se refere especificamente à posição ocupada pela mulher na sociedade patriarcal.

41 Nesse sentido, pesquisa realizada, a partir da aplicação de questionários a pessoas trans, sinaliza que 58% das pessoas que responderam ao questionário têm a prostituição como principal forma de sustento financeiro (CAMILLO BONASSI *et al*, 2015, p. 94). Ademais, de forma ainda mais contundente, levantamento realizado pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) aponta que “90% da população de Travestis e Transexuais utilizam a prostituição como fonte de renda, e possibilidade de subsistência, devido a dificuldade de inserção no mercado formal de trabalho e a deficiência na qualificação profissional causada pela exclusão social, familiar e escolar” (ANTRA, p. 18).

transformativos a coletividades voltadas para a classe e a sexualidade, uma vez que elas também sofrem, em alguma medida, de injustiças advindas das duas dimensões. A autora frisa, ainda, que os muitos casos de interseccionalidade entre classe, raça, gênero e sexualidade tornam ainda mais premente o investimento em remédios transformativos, uma vez que só eles serão capazes de minar todas essas formas de opressão de maneira eficaz (FRASER, 2008, p. 41).

Fraser (2008, p. 37–41) ressalva que, apesar de ser a melhor opção disponível, os remédios transformativos terão sempre um resultado mais a longo prazo. Dessa maneira, sua aplicação perpassa não só a utilização, em alguns casos, de remédios afirmativos paliativos, como também o convencimento de algumas categorias oprimidas da maior efetividade que trará uma alteração profunda do sistema, em comparação às respostas mais imediatistas trazidas a partir das vias institucionais disponibilizadas.

## 5 A DIMENSÃO POLÍTICA E A REPRESENTAÇÃO

Finalmente, analisados os aspectos cultural e econômico da justiça, passa-se à última das dimensões idealizadas por Fraser: a política. A terceira dimensão foi integrada à teoria da autora consideravelmente mais tarde do que as demais. Fraser (2010, p. 145) assume que a política sempre esteve presente nas relações de reconhecimento e redistribuição, uma vez que ambos dizem respeito a assimetrias de poder e estruturas de subordinação. No entanto, reconhece que ela mesma, assim como outros autores, negligenciou a real extensão desse nível, cuja presença foi intensificada a partir do processo de globalização. Desse modo, passou a conceber a política como dimensão autônoma da justiça e não mais como uma categoria presente apenas de forma subjacente às demandas por reconhecimento e redistribuição.

Segundo a autora, a dimensão política serve de arena (“*stage*”) para que sejam debatidas e proferidas as demandas por redistribuição e por reconhecimento. Nesse sentido, ela é responsável pelo estabelecimento dos procedimentos por meio dos quais tais demandas poderão ser legitimamente veiculadas.

A concretização da justiça política ocorre por meio da representação. A injustiça nessa dimensão é, portanto, a da falsa representação.

Sob esse aspecto, Fraser (2010, p. 18–23) distingue três níveis de falsa representação: um primeiro relacionado à falsa representação político-comum (“*ordinary-political misrepresentation*”), abarcando questões já conhecidas relativas a regras eleitorais; um segundo ligado ao que ela denominou de “mau enquadramento” (“*misframing*”), remetendo às fronteiras da política e da própria justiça, que pode ser identificado em discussões, por exemplo, acerca da extensão de determinada jurisdição; e o terceiro, relacionado à “falha em institucionalizar a paridade de participação no nível metapolítico”, que é denominada falsa representação metapolítica.

A falsa representação em sua expressão político-comum tem o condão de, por meio de regras de decisão política, injustamente negar a chance de participação plena de determinados indivíduos no espaço político. Note-se que, nesse caso, a injustiça se manifesta de forma distinta, uma vez que incide sobre sujeitos que, em menor ou maior medida, já estão incluídos no processo político-decisório.

Por outro lado, quando nos voltamos à modalidade do mau enquadramento, o nível de injustiça é muito mais agudo. Isso porque, ao definir as fronteiras de aplicação da justiça, tem-se a possibilidade de erradamente excluir grupos ou pessoas por inteiro de qualquer chance de participação nos debates legitimados para discussão da justiça. Posicionam-se, assim, tais pessoas como não seres e não merecedores de terem suas vozes escutadas. Ao passo que a falsa representação metapolítica ocorre a partir do monopólio, pelos atores dominantes da governança global (como Estados e elites transnacionais), do estabelecimento do enquadramento, “negando voz àqueles que podem ser afetados no processo e impedindo a criação de arenas democráticas em que as reivindicações destes últimos possam ser avaliadas e contempladas”, o que determina a impossibilidade de participação de alguns na definição dos espaços políticos que atuarão na resolução de outras injustiças (FRASER, 2010, p. 18–19.)

Dessa forma, é possível perceber a importância do posicionamento da política enquanto dimensão autônoma da justiça. Ademais, é essencial destacar que, embora sua aplicação se dê de forma conjunta com os níveis de reconhecimento e redistribuição, não é possível reduzi-la a nenhum deles, uma vez que produz injustiças materialmente concretas e independentes.

Em paralelo às dimensões anteriores, uma política afirmativa de enquadramento “contesta as fronteiras dos enquadramentos existentes ao mesmo tempo que aceita a gramática Westfaliana de estabelecimento do enquadramento”. Em contraste, uma política transformativa nega essa mesma gramática, compreendendo que o Estado territorial não é mais suficiente para a delimitação do “quem” da justiça (FRASER, 2010, p. 20-21).

Nesse cenário, Fraser (2010, p. 20-21) enfatiza como aquilo que chamou de enquadramento Keynesiano-Westfaliano (cujo espaço de realização da justiça é limitado pelas fronteiras territoriais de cada Estado) é um grande produtor de injustiças. Segundo ela, esse tipo de enquadramento se isola de modo a perpetuar as causas que geram a injustiça em seu próprio sistema preestabelecido. Dessa maneira, a busca por justiça deverá perpassar, também, estratégias que objetivem a superação desse enquadramento de escopo limitado.

## 6 CONCLUSÃO

A teoria da justiça democrática pós-westfaliana de Nancy Fraser é um paradigma importante para a definição de análises jurídicas, sociológicas, políticas e filosóficas, bem como para a melhor compreensão dos fenômenos sociais e de estratégias para a efetivação da dignidade das pessoas e da paridade participação. Nesse cenário, o presente trabalho procurou contribuir para o desenvolvimento de reflexões relativas à referida teoria, com o intuito de delimitar suas dimensões e delinear as possíveis relações entre elas.

Desse modo, na primeira parte foi apresentada a teoria de uma forma geral, apontando para a divisão entre as dimensões econômica, cultural e política e traços gerais do pensamento fraseriano. Posteriormente, de forma mais detalhada, dedicou-se um tópico para o desenvolvimento separado de cada dimensão, explorando-se de forma construtiva as críticas de outros autores à construção das ideias de redistribuição, reconhecimento e representação. Sendo assim, foi possível delimitar, de forma específica, o que estaria abarcado por cada uma dessas dimensões, destacando-se a predominância da injustiça sofrida por alguns grupos dentro delas.

Ademais, frisou-se que, embora haja o estabelecimento de tipos ideias de categorias injustiçadas, é preciso ter em mente que, na prática, as dimensões (bem como as formas de injustiça) são interligadas e interdependentes. Desse modo, não há que se falar de opressões redutíveis a nenhum desses níveis, devendo a efetivação da justiça necessariamente perpassar por todos eles.

Finalmente, destacou-se não somente que o enquadramento da justiça deve ser integrado, extravasando o plano nacional para englobar abordagens no plano internacional, mas que o tipo de remédio buscado (afirmativo ou transformativo) deve ser cuidadosamente analisado. Assim, apontou-se que, não obstante os remédios transformativos indiquem padrões ideais para a solução permanente das inequidades, sua atuação é demorada e a longo prazo. Desse modo, necessita-se da utilização de remédios afirmativos, sobretudo de maneira paliativa, como uma espécie de estágio inicial e reivindicação política à futura superação da opressão.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS (ANTRA). **Mapa de Assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2017**. Brasília: ANTRA, 2018.

BUTLER, Judith. Merely Cultural. In: OLSON, Kevin. **Adding Insult to Injury: Nancy Fraser debates her critics**. London: Verso, 2008, p. 42-56.

CAMILLO BONASSI, Bruna; AMARAL, Marília dos Santos; TONELI, Maria Juracy Filgueiras; QUEIROZ, Mariana Amaral de. Vulnerabilidades mapeadas, Violências localizadas: Experiências de pessoas travestis e transexuais no Brasil. **Quaderns de Psicologia**, v. 17, n. 3, p. 83-98, 2015.

FRASER, Nancy. Heterosexism, Misrecognition, and Capitalism: a response to Judith Butler. **Social Text**, Durham, v. 0, n. 52/53, p. 279-289, 1997.

\_\_\_\_\_. Rethinking Recognition. **New Left Review**, London, v. 3, p. 107-120, maio-jun 2000.

- \_\_\_\_\_. Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?:** a political-philosophical exchange. London: Verso, 2003, p. 07-109.
- \_\_\_\_\_. From Redistribution to Recognition? Dilemmas of justice in a “postsocialist” age. In: OLSON, Kevin. **Adding Insult to Injury:** Nancy Fraser debates her critics. London: Verso, 2008, p. 11-41. .
- \_\_\_\_\_. **Scales of Justice:** reimagining political space in a globalizing world. New York: Columbia University Press, 2010.
- \_\_\_\_\_. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada de justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a, p. 167-189.
- HONNETH, Axel. Redistribution as Recognition: a response to Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?:** a political-philosophical exchange. London: Verso, 2003, p. 110-197.
- \_\_\_\_\_. **Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.
- YOUNG, Iris Marion. **Justice and the Politics of Difference.** New Jersey: Princeton University Press, 1990.
- \_\_\_\_\_. Unruly Categories: a critique of Nancy Fraser’s dual systems theory. In: OLSON, Kevin. **Adding Insult to Injury:** Nancy Fraser debates her critics. London: Verso, 2008, p. 89-106.

# ENVOLVIMENTO E A PERCEPÇÃO DO CIDADÃO BRASILEIRO: ELEIÇÕES MUNICIPAIS

*Hian Ramos de Oliveira*

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Brasileiro não reside na União, tampouco mora no Estado da Federação. Ele reside e mora na Cidade. Na vida cotidiana as demais Entidades Federativas - União e Estado - lhe são indiretas e incidentais. De modo que compreender o Envolvimento do Cidadão com as Eleições Municipais e a Qualidade desta relação adquire grande significação. E essa importância parece não ser ainda devidamente repercutida pela Academia Brasileira sendo exígua a produção científica e pouco denso o espaço ocupado em estudos e publicações. De tal sorte que um caminho se faz claro: o de reconhecer a Historicidade do que foi e é a Cidade no Brasil para notar que a linha do tempo foi frequentemente alterada o que resulta em instabilidade. Realizar viagem interior para perceber a heterogeneidade com que a *Polis* se apresenta nesse país que tem metade da massa geográfica do continente sul americano. Se apresentar aos vários ‘Brasis’, e ao Brasil que insiste em não se conhecer. Seguir nesse passo e numa análise eu combine Direito Constitucional, Política e Economia entender forças e possibilidade da cidade na Federação Brasileira. Com isso desnudar o crescente Municipalismo que anseia por “Mais Brasil, e Menos Brasília”. Emular a maneira que o cidadão enxerga a tudo isso, como vota - e se vota. Sob

quais fatores e influências – sabidas e ignoradas – escolhe seu candidato. Ter em vista o dinheiro, a propaganda, a lembrança, os partidos, o palanque eletrônico e a ignorância sobre as regras. Ressaltando sempre o desinteresse e alheamento que parecem imperar e que se notará em pesquisa realizada especialmente para esse trabalho são muito maiores e arraigados do que imaginasse. Para ao fim estimular inferências do estudioso leitor. Em suma o que pretende esse documento.

## O – EXÍGUO – ESPAÇO QUE O TEMA OCUPA

Dentro da Ciência Política e Produção Científica Brasileira o município é secundado pelo interesse que recai sobre estados federados e mais especialmente pela união. Existe, de certo, material profícuo e de qualidade sobre o assunto contudo não em abundância a ponto de possibilitar grande reflexão. Não se “ pensa “ a cidade brasileira como seria ideal para o fortalecimento do Municipalismo. Tal fenômeno é de certa forma fruto da ignorância do imbricamento e interdependência que ocorre entre os municípios, estados e união. A *Agora* Política brasileira resiste em assimilar que o acontecido num espaço político é – sempre será ! – produto de fenômeno anterior. E ao mesmo tempo um gatilho para algo que virá em seguida. Não deveria haver preponderâncias nos interesses despertados, mas na prática essas ocorrem, a começar pelos estudiosos. União, estados, distrito federal e municípios são ao mesmo tempo induzidos e indutores do pacto federativo. É indispensável compreender isso.

## HISTORICIDADE

O Município nunca foi Protagonista Político nos 200 anos de História Autônoma Brasileira. Antes disso o Período Colonial, que para esse estudo não merece maior atenção. Afinal, a estrutura cidadina como modernamente conhecemos inexistia nos domínios ultramarinos portugueses. A vida cotidiana era marcada e estabelecida em um ajuntamento em que o poder administrativo loteava-se entre cobradores de impostos, burocratas, donatários e clero. É de grande valor antropológico estudar esse tempo da colônia como forma de com-

prender o Brasil, contudo para um lume voltado à política, direito e organização social atuais não se observa a mesma relevância. Por isso soou natural para a realização desse trabalho escolher o 7 de setembro de 1822 como marco inicial daquilo que seja atualmente a Cidade Brasileira. Começamos então pelo Império, tempo em que o Juiz de Paz e o Coronel da Guarda Nacional representando respectivamente a Elite Econômica e Monarquia esvaziavam a Autoridade e as Diretivas Locais. Tivemos uma década de Período Regencial em que os apetites locais combinados com um Imperador tutelado permitiram às cidades granjear um pouco de poder para si. Mesmo com oscilações políticas aqui, um parlamentarismo mitigado acolá é certo dizer que a grande amarração sociológica da Cidade Brasileira no Segundo Reinado era a combinação do Escravismo com o Latifúndio. Sendo o Brasil um país em que tudo muda para permanecer igual muito pouco foi alterado na passagem para a República. Aliás, uma República que já nasceria Velha. Tendo o Coronelismo Agrário como marca e sua mecanização pelo voto de cabresto as administrações das cidades eram na prática *longa manus* dos chefes executivos estaduais, numa tecitura que atendia pelo nome de Política dos Governadores. A legislação que permitia o voto descoberto (público) era a ferramenta que tornava a eleição do prefeito uma mera nomeação. Essa nomeação se adequava ao poder central – estadual ou federal e não raro a ambos. Seguindo, a primeira Era Vargas marcaria o período de maior centralismo da história brasileira a tal ponto de numa grandiloquente cerimônia no estádio de São Januário o presidente Getúlio Vargas incinerar as bandeiras dos estados para simbolizar a extinção do pacto federativo no Brasil. O ditado constitucional (1937) era claro: interventores federais nos estados, interventores estaduais nos municípios. O primeiro “respiro” democrático da história viria no pós segunda grande guerra. Nesse contexto os prefeitos ganharam – juntamente com as máquinas administrativas municipais – espaço. Prova disso o fato de dois prefeitos exitosos, Juscelino Kubitschek e Jânio Quadros ( Belo Horizonte e São Paulo respectivamente) terem alçado a presidência da república por meio de voto popular. Em 1964 o país daria nova guinada ao centralismo político. Como exemplo o fato das capitais dos estados, cidades universitárias e estâncias hidrominerais terem suprimidos os pleitos eleitorais por

decreto e ato institucional. Esses prefeitos, na verdade interventores, eram nomeados pelo presidente da república e em alguns casos pelo governador de estado.

## O Voto Municipal e o Brasileiro: síntese.

Da linha do tempo decantada acima depreende-se que por 67 anos o voto foi masculino e censitário em que só os comprovadamente ricos votavam. A historiografia estima que nem cinco por cento da população fosse as urnas. Após isso 41 anos de voto descoberto e a “Política dos Governadores” sobressaindo. Em seguida década e meia de Ditadura Getúlio Vargas, que curiosamente autorizou o até então inédito feminino em 1932. Tratou-se na verdade de apanágio pois três anos depois o Ditador cancelaria todas as eleições no território nacional. Adiante, dezoito anos de eleições continuadas em frustrada tentativa de democratizar o país. Prova disso o Golpe Militar e nova queda ao centralismo. De 1964 até 1988 novamente o pleito municipal se tornou secundário face ao que o poder central – federalizado e militar – determinasse. Com o fim do regime militar esse estado de coisas se alterou. De fato, de direito e de verdade. A Constituição de 1988 inaugurou um tempo eleições lícitas, livres e sem controle ou censura. E votamos desde então oito vezes, apenas. É ainda extremamente pouco.

## OS VÁRIOS ‘ BRASIS ’ MUNICIPAIS

Com 5.570 sedes municipais espalhadas em 8.516.000 km<sup>2</sup> e uma população de mais de 210 milhões de pessoas, eis o Brasil. Municípios como Serra da Saudade (MG) com menos de mil habitantes, megalópoles com Rio de Janeiro e São Paulo com respectivamente 6.6 milhões e 12.5 milhões de pessoas. Um litoral densamente povoado em sua maioria por municípios de pouca extensão, e cidades como Altamira (PA) que tem duas vezes a extensão de terras de Portugal contando com cerca de cem mil habitantes. Caboclos, brancos, negros, índios, cafuzos e mulatos resultam numa variedade étnica jamais vista e que Darcy Ribeiro nominou de “caldo cultural” em sua obra *O Povo Brasileiro*. Junte as ancestrais diferenças econômicas, culturais, sociais

e de escolarização. Temos uma heterogeneidade gigantesca que fazem as literaturas de ciência política e sociologia convergirem sobre ser imprudente e impreciso uma análise linear sobre a cidade brasileira. E foi justamente essa heterogeneidade que após passadas as fases históricas já mencionadas coube a Constituição de 1988 dimensionar no pacto federativo. É do que trata o próximo item.

## O MUNICÍPIO CONSTITUCIONAL, ECONÔMICO E POLÍTICO NO BRASIL

### A Pedra Fundamental Legislativa

Municípios brasileiros possuem constituição, porém chamadas de Lei Orgânica. Essas possuem quórum qualificadíssimo de 2/3 e aprovação em dois turnos o que lhes conferem legitimidade democrática. Cabe à câmara dos vereadores eleitos diretamente a elaboração do texto o que ressalta a importância do poder legislativo na esfera municipal. Em simetria com a constituição federal caberá a promulgação da lei orgânica ou emenda que nela recaia à própria casa legislativa, ou seja, o poder executivo é de fato mero observador nesse processo. Jamais poderá sancionar ou principalmente vetar algum disposto, quando muito propor e encaminhar algum projeto de lei. A Câmara Municipal é, pois, soberana ao final. Como registro: tal Simetria ocorre igualmente para Constituições Estaduais.

### Possibilidades

A despeito dos governadores terem sido os maiores fiadores do processo de redemocratização, curiosamente a constituição acabaria por dar para as cidades uma amplitude administrativa que em muitos casos ultrapassa a dos estados federados. Na atual organização o município é um ente federado autônomo, alinhado e não hierarquizado com os estados, distrito federal e união. Vivemos uma espécie de Federalismo de Cooperação, modelo que parece ser inédito no mundo político ocidental. Um prefeito reúne competências decisivas em áreas como assistência social, saúde, educação, cultura, proteção ao meio ambiente

e patrimônio cultural, construção de moradias e habitações entre outras. Diante desse acréscimo nas atribuições do alcaide veio também a contrapartida econômica. É hoje maior do já foi a fatia municipal no bolo da riqueza nacional. E tal se dá pela combinação de dois fatores. O ditado original da constituição de 1988, o primeiro. Contudo também teve papel decisivo o governo Fernando Henrique Cardoso no incremento desse Municipalismo. Ocorre que as legislações complementares à Constituição Federal foram quase que totalmente propostas e aprovados em seus oito anos de governo. E essas normas caminharam no sentido de dilatar o que inaugurara a constituição em termos de autonomias, possibilidades e força administrativa dos municípios brasileiros. A despeito de não existir um Poder Judiciário Municipal todas as 5.570 cidades possuem instalados e operosos os Poderes Executivo e Legislativo, independentes e autônomos. Significa dizer que são uma força administrativa e política em si mesmos. O melhor e mais visível elemento da proximidade povo-governo que é pedra de toque República, ou *Res Publica*. É de se lamentar que o cidadão - e por vezes todo o edifício político - não percebam.

## Eleições

Os mandatos para prefeitos têm quatro anos, como todos os demais cargos eletivos exceto senadores da república. As regras eleitorais são similares as de presidente da república. Em colégios eleitorais com mais de 200 mil votantes está previsto o segundo turno.

## PERCEPÇÃO DO PROCESSO DECISÓRIO NA ESCOLHA DO PREFEITO

Junte a histórica irregularidade no exercício do voto, a ainda recente democracia - mal completada em três décadas - e o baixo nível de escolarização: o brasileiro médio em quase totalidade desconhece o sistema político. O que não significa dizer que o cidadão seja irrelevante, ao contrário. O seu anseio é capturado em algum momento pelas poderosas, ricas e eficientes estruturas político-partidárias. O que acontece é um tipo de subversão da democracia direta, distorcida na

prática e por vezes a um formato indireto justamente pela ignorância reinante. Como testemunho relembro um tempo de experiência no magistério superior em direito na Universidade Estácio de Sá, do Rio de Janeiro frente a cátedra de Sociologia Geral de Jurídica em que era curricular o conteúdo dando conta das regras eleitorais brasileiras. Pude notar então em grandíssima parte dos discentes um completo ‘ ignorar ‘ sobre as regras do jogo. Aspectos como proporcionalidade do voto, ciclos eleitorais, mandatos, atribuições do eleito, garantias do cargo, limitações, cálculos, suplência e outros são em todo desconhecidos pela maioria. Muito mais alarme deve causar a constatação pelo recorte de pessoas verificado: segundo anistas de Direito. Acadêmicos de Ciências Jurídicas, portanto. Daí, a pergunta: se os estudantes de direito que por dever de ofício deveriam dominar acabam por desconhecer, o que projetar em termos de alienação ao topo da pirâmide, ao cidadão médio e aos leigos. Esta observação feita há alguns anos, por óbvio, tem “ zero ” em valor estatístico. Porém ensejou e motivou que providenciasse um trabalho - esse sim supervisionado e lastreado por método científico e estatístico - a ser apresentado em anexo ao fim desse estudo. Sem adiantar todo os resultados da pesquisa conduzida pelo Doutor Paulo Maia, Mestre em Estatística pela PUC do Rio de Janeiro se pode dizer que a observação livre de um professor em sala de aula com alunos demonstrou ser também verdade estatística. Dentre tantas inferências tratemos logo de uma que ressalta: o Personalismo Populista que é fenômeno generalizado em nossa política sendo ainda maior no âmbito dos municípios.

## O PODER ECONÔMICO E O VOTO

Essa relação existente em todas as democracias varia de acordo com o país. No caso específico do Brasil em regra duas são as motivações pra que alguma pessoa ou empresa ajude financeiramente determinado partido ou candidato. O indivíduo quase sempre por critérios puramente ideológicos. Por outro lado, o empresariado quando doa recursos a uma campanha o fará em regra no intuito de transformar poder econômico em poder político. Nesse sentido o professor Santos em trabalho apresentador no 35º Encontro da Anpocs – Associação

Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais realizou elucidativa pesquisa de como se dividem – e doam – cada um desses dois grupos.

#### Os Doadores

##### **Grandes Doadores (empresas)**

Maior aporte econômico

Recursos concentrados

Poucas candidaturas

Candidatos “importantes”

##### **Pequenos Doadores (cidadãos)**

Menor aporte econômico

Recursos dispersos

Muitas candidaturas

Candidatos “sem experiência”

Fontes: Santos (2016)

Face as novas mudanças na lei esse perfil de doadores já não é mais atual, e as empresas não podem mais irrigar campanhas. Contudo o levantamento conserva grande valor para que se analise as eleições municipais. Afinal, demonstra que nas cidades grandes e médias entram em cena primeiramente as máquinas partidárias. Afinal, são as legendas que recebem doações – somadas aos repasses do fundo partidário – e de forma aleatória promovem um “darwinismo” político destinando mais ou menos recursos econômicos a uma ou outra cidade. Grosso modo: a captação é estadual, para então ocorrer a distribuição municipal. Está aberto aí espaço para o Cacicques, que no Brasil é o apelido que donos de partidos recebem. Nos grandes centros tal fenômeno já não se repete com tanta frequência. Em função de possuírem economias mais robustas e dinâmicas as metrópoles e grandes cidades acabam por ser mais refratárias ao “caciquismo”, que cada vez mais se consolida como fenômeno de grotões e interiores. O Financiamento de Campanhas é hoje no Brasil o campo mais incerto para análises. Não bastasse a recente proibição de doações por parte de empresas o país atravessa fervilhante ebulição com a interminável Operação Lava Jato. A relação entre os setores público e privado foi cruamente exposta em sua promiscuidade. E, talvez, o primeiro aspecto aparente de mudança seja a tendência revelada nas últimas eleições municipais em que candidatos ricos começam a substituir empreiteiras, indústrias e bancos no financiamento de campanhas. Constitui um ótimo exemplo o fato do então empresário João Dória doar à sua própria campanha à prefeitura de São

Paulo R\$ 2.4 milhões. O cientista político da UFPR Emerson Cervi alerta que *“De um lado, os ricos continuam a bancar suas campanhas. Do outro, candidatos sem dinheiro perderam a possibilidade de receber das empresas”*. Essas e outras ponderações acabam por inquietar o meio político. As respostas, porém, ninguém as possui. É grande o grau de incerteza do que acontecerá daqui em diante nas eleições como um todo, especialmente nas municipais. Tão logo se cristalizem as alterações da relação entre o setor econômico e o setor político será mudado o xadrez político brasileiro. Algo – não tudo – mudará. Resta saber tamanho e profundidade desse processo. Sendo possível asseverar que jamais a viabilidade eleitoral estará despartada do peso econômico que carregue consigo. Sendo assim igual ou tanto mais nos municípios.

## O GRATUITO QUE É PAGO

Não há propaganda eleitoral gratuita no Brasil. Nas últimas eleições para prefeito em 2016 as “gratuitas” custaram ao contribuinte R\$ 576.000.000,00. A informação consta de relatório da Receita Federal divulgado pelo site Contas Abertas. O que ocorre efetivamente é que emissoras de rádio e tv franqueiam o acesso aos partidos, esses por sua vez pela lógica “caciquista” já mencionada subdividem esse horário entre seus candidatos. Para depois, conforme previsto em lei, os veículos de comunicação receberem em troca dessa veiculação a proporcional compensação fiscal.

## O PALANQUE ELETRÔNICO

Eis um fator decisivo no jogo eleitoral. Um amplo estudo dos professores Bruno Wilhelm Speck e Emerson Urizzi Cervi serve como base ao entendimento do assunto. Os dois veículos – rádio e televisão – incluídos no horário eleitoral são universais nos domicílios brasileiros. Efetivos meios de integração nacional. O rádio está em 81,4% e a televisão em 95% dos lares. Não existindo portanto outro acesso mais direto a “corações e mentes” de quem vota. Há, contudo, nas eleições municipais uma singularidade. Nem todas as 5.570 cidades têm veiculadas em seus aparelhos as falas e imagens de seus candidatos. Dois são

os fatores de restrição. Primeiro e mais claro o fato do município não contar com emissoras de rádio e tv sediadas no território. Adiante, a criação, geração e edição de conteúdo por vezes se apresenta como um desafio tecnológico intransponível face a escassez de recursos técnicos e humanos adequados. Em síntese: não basta existir meio de veiculação se junto não tiver disponível a estrutura e logística de criação do conteúdo digital. Dessa forma é bem comum no Brasil que uma cidade receba a propaganda eleitoral para prefeito de um outro município. Dados de 2015 trazidos na referida pesquisa informam que emissoras de TV com transmissor próprio estão em apenas 205 cidades brasileiras. Ainda será necessário depreciar locais que mesmo contando com a estrutura da difusão não possuam a capacidade de produzir conteúdo digital. No sentido contrário é necessário dizer que em sedes municipais com mais de 200 mil eleitores – as que têm segundo turno – se as condições de produção e difusão inexistentes a Justiça Eleitoral trabalha no sentido de viabilizar o horário eleitoral – que nesse caso será ainda menos gratuito.

ALCANCE DO HORÁRIO ELEITORAL GRATUITO (pleito / municípios )

RECEBEM PROPAGANDA LOCAL ALGUMA	33%
RECEBEM APENAS A PROPAGANDA DE RÁDIO	63%
RECEBEM PROPAGANDAS DE RÁDIO E TV	04%

Fonte: Speck e Campos (2015)

## MEMÓRIA

O Brasileiro não tem memória ! Repetido *ad nauseam* esse ditado tem fundamento sociológico. É contudo apenas uma das faces possíveis dentro do contexto maior. Do contrário não seria tão grande a tradição de reeleger prefeitos no país. O que de fato prepondera é o alheamento à política, o que é bom dizer não se trata de uma ocorrência apenas brasileira. E o alheio sem que mesmo saiba acaba sendo na matemática eleitoral um conservador. Ignorar, na prática, é se manifestar para que tudo siga igual a forma que sempre foi. A percepção de que o político é “ Homem “, vindo da “ Etnia Preponderante “ e “ Abastado “ se junta a ideia de que ser político não se trata de nobre vocação. Ao con-

trário seria uma “ Oportunidade ” reservada a poucos. Essa construção obviamente desacredita o olhar da esmagadora maioria para os pleitos eleitorais, e inclusive e especialmente os jovens que se iniciam como eleitores. As eleições não seriam – sempre na visão negativa –aquilo que deveriam ser: uma ferramenta de renovação. Ao contrário, apenas uma forma de perpetuar o estado de coisas opressor. Ainda que seja um pensamento raso, no caso do Brasil não se trata de despropósito completo. Nessa trilha o professor Luis Felipe Miguel do Instituto de Política da UNB – Universidade Nacional de Brasília em seu artigo *Sorteios e Representações Democráticas* nos mostra a consolidação do quadro : “ *Isso ocorre tanto em países como o Brasil, em que as instituições representativas foram restauradas há relativamente pouco tempo, quanto nas democracias consolidadas do hemisfério norte* ” . A crise é de representatividade, e a tendência exagerada às reeleições apenas uma faceta. Em síntese: mudar dá trabalho. A professora Maria D’Alva Kinzo reforça que a indiferença e alheamento são insumos que fazem crescer o personalismo. Indo além em seu magistério a professora Kinzo explorou na literatura disponível se esse personalismo remanesce antes pelo candidato, ou indiretamente por seu partido. E cogita ainda o caso do político mudar o posto a qual almeja a eleição. O que parece mais palpável no que preleciona o estudo é que cidades menores tendem a produzir pleitos mais equilibrados e parelhos. De tal sorte que a “ lembrança ” pode ser ainda mais decisiva. Aliás o fenômeno da repetição do voto nas eleições majoritárias é antigo. No entre ciclos ditadura e redemocratização, nos anos de 1982 a 2000 tal ocorreu como atualmente. A memória, ao contrário do que se afirma existe. Parece apenas se manifestar por desvios mais sinuosos.

## INFERÊNCIAS

Checando que eleições estaduais contam com maior interesse e estudos acadêmicos mais alentados comparativamente às eleições municipais também se nota que a academia ainda não situou adequadamente a cidade ao pacto federativo. E tal provavelmente não decorra apenas da juventude de nossa Democracia. É forçoso dizer que os 32 anos de Nova República foram enormemente trepidantes – duas de-

posições presidências apenas como exemplo. Ambos fatores em combinação provavelmente justifiquem a carência de observação sobre o Municipalismo Nacional. O caminho a ser percorrido que resulte em um olhar mais acurado sobre o tema está posto, então. Saltar para a análise da linha do tempo sobre o que foi – e é – a cidade brasileira nos viabiliza algumas outras conclusões inescapáveis. A primeira a de que é falsa a ideia de não ser o Brasil um país vocacionado a Rupturas. As rupturas existem, estão nas ordens constitucionais. Em número de oito em menos de dois séculos. Ocorre que o brasileiro parece ter inata a capacidade de retirar as meias sem que seja necessário desamarrar os cadarços dos sapatos. Na verdade tudo se altera para que seja conservado. A Ruptura existe justamente para dar manutenção a Permanência. Os vagalhões históricos brevemente expostos nesse trabalho estão aí a demonstrar. Chegando nos dias correntes podemos notar a fabulosa diferença existente nas mais de 5.500 cidades desse país continente. E essa diversidade tem o manejo de amplas ferramentas administrativas, orçamentárias e políticas garantida pela Constituição Federal de 1988. Importante dizer que o Governo Jair Bolsonaro tem como uma de suas principais agendas aumentar ainda mais a força do município brasileiro. Mais Brasil, Menos Brasília – é o que se anuncia, sem que de fato saibamos o grau de sinceridade. Contudo, colhidos todos pelo cataclismo da pandemia já não será possível afirmar que o Municipalismo Brasileiro possa crescer e abocanhar maior fatia de atribuições e recursos na repartição de competências. Ao menos ao curto prazo. Contudo, a despeito dos imprevistos está demonstrado que é sem volta o crescimento em importância das cidades no teatro político do Brasil. É bom que o eleitor perceba rapidamente tal.

## BIBLIOGRAFIA

**AMORIM NETO, O, SANTOS, F.** O Segredo Ineficiente Revisto: o que Propõem e o que Aprovam os Deputados Brasileiros. Dados. Rio de Janeiro, 2003.

**BAER, Werner.** A ilusão de estabilidade: a economia brasileira durante o governo Fernando

Henrique Cardoso. In: BAER, Werner. A Economia Brasileira. São Paulo: Nobel, 2002.

**BENEVIDES**, Maria Vitória de M. O governo Kubitschek: desenvolvimento econômico e estabilidade política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

**BETHEL**, Leslie (org.). História da América Latina. V. 2, 3, 4, e 5. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2002-4.

**BOBBIO**, N., MATEUCCI, N. & PASQUINO, G. Dicionário de Política. Brasília: Universidade de Brasília, 2007.

**CARVALHO**, J. M. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. Dados, Rio de Janeiro, 1997.

**CASTOR**, Belmiro Valverde Jobim. O Brasil não é para amadores: Estado, Governo e Burocracia na terra do jeitinho. Curitiba: Ebel/IBQP-PR, 2000

**DA MATTA**, Roberto. O que faz o Brasil, Brasil? Rio de Janeiro: Rocco, 1984.

**DA MATTA**, Roberto. Relativizando. Uma introdução à Antropologia Social. Rio de Janeiro: Rocco, 1987.

**FIGUEIREDO**, Marcus. A decisão do voto: democracia e racionalidade. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2008.

**FIGUEIREDO**, Rubens (org.). Marketing Político e Persuasão Eleitoral. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

**HOLLANDA**, S. Buarque. Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

## ANEXO ÚNICO - PESQUISA ESTATÍSTICA

Como forma de dar materialidade e singularizar esse trabalho foi desenvolvida Pesquisa Estatística que, dentre outras capturas, se ateu com maior interesse especialmente num aspecto. A Quantificação do Nível de Lembrança do Eleitor sobre como Votou no Último Pleito Municipal. O Professor Paulo Maia, Mestre em Estatística pela PUC – Rio de Janeiro foi Formulador e Responsável Técnico assinando a Pesquisa. Junto, o professor Hamerson Nascimento, Mestre em Direito pela Unipac – Juiz de Fora (MG) realizou a coleta de dados em acordo com as prescrições estatísticas. Adiante, além da abordagem central sobre a Memória do Eleitor se depreenderam outras. A Enquete Recortou um determinado e seletivo segmento: Universitários do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá – *campus* Jacarepaguá, Rio de Janeiro. Mais: o Levantamento foi realizado quatro anos após o último voto, ou seja, no instante da decisão sobre em quem votar para o mesmo cargo. Em Rigorosa Observação de Princípios Estatísticos o trabalho levou em conta População *versus* Amostra. Entendido por População o conjunto de elemento que se deseja estudar. E Amostra o sub conjunto dessa mesma População. A pesquisa foi do tipo Levantamento Por Amostragem. Tendo por Resultados “ Amostragem ” e “ Inferências Estatísticas “. Outro aspecto também captado foi Faixa de Renda. O *campus* Jacarepaguá conta em seu Curso de Direito com 850 discentes. Foi definida por Metodologia a Coleta de Questionários no número de 267 Entrevistas. É a modelagem que segue:

### QUESTIONÁRIO PADRÃO

1 – VOCÊ SE LEMBRA EM QUE VOUTOU P’RA PREFEITO NA ÚLTIMA ELEIÇÃO ?

2 – EM CASO DE RESPOSTA POSITIVA. ACOMPANHOU E FISCALIZOU O EXERCÍCIO DO MANDATO ?

3 – O VOTO ANTERIOR IRÁ AJUDAR NA DECISÃO DO VOTO DE AGORA ?

4 – FAIXA DE RENDA PESSOAL:

- ( ) ATÉ 2 SALÁRIOS MÍNIMOS
- ( ) DE 2 ATÉ 5 SALÁRIOS MÍNIMOS
- ( ) DE 5 ATÉ 10 SALÁRIOS MÍNIMOS
- ( ) MAIS DE 10 SALÁRIOS MÍNIMOS

## RESULTADOS

### PERGUNTA 1

Respondentes: 166

Se Lembram: 113

Não se Lembram: 53

Dados Extraídos: Quatro anos após a última eleição para Prefeito 68,07% de Universitários SE LEMBRA de seu último voto para prefeito. E 31,92% NÃO SE LEMBRA de seu último voto para prefeito.

### PERGUNTA 2

Respondentes: 101

Acompanharam e Fiscalizaram: 77

Não acompanharam e nem fiscalizaram: 24

Dados Extraídos: Quatro anos após a última eleição para Prefeito dos universitários que lembram do último voto para prefeito 76,23% de Universitários Cariocas ACOMPANHARAM E FISCALIZARAM o exercício do mandato. E 23,76% NÃO ACOMPANHARAM E NEM FISCALIZARAM o exercício do mandato.

### PERGUNTA 3

Respondentes: 100

Ajudou: 42

Não ajudou: 58

Dados Extraídos: A opção de voto na próxima eleição para 42% TERÁ LIGAÇÃO com o último voto para prefeito, e para 58% NÃO TERÁ LIGAÇÃO.

## FAIXA DE RENDA DOS RESPONDENES

Até dois salários mínimos: 34,93%

De 2 até 5 salários mínimos: 40,36%

De 5 até 10 salários mínimos: 12,04%

Acima de 10 salários mínimos: 9,63%

# O ACESSO À ÁGUA POTÁVEL COMO UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA AMBIENTAL: APONTAMENTOS ACERCA DA REALIDADE BRASILEIRA

*Luciana Turatti*

*Guilherme Weiss Niedermayer*

## Notas iniciais

Os tempos atuais têm demonstrado que as palavras, e isto talvez, pela impropriedade com que algumas são utilizadas, não têm sido capazes sozinhas de gerar o devido constrangimento quando da veiculação de algumas informações. E é esta a razão pela qual este artigo inicia com a apresentação de alguns dados e números, os quais, quer se crer, talvez tenham maior alcance do que as palavras, no sentido de desencadear a preocupação necessária acerca de um tema tão essencial para humanidade quanto o acesso à água potável. Tais dados segundo a compreensão aqui apresentada, colocam inclusive em cheque a ideia de evolução da humanidade, pois é um tanto difícil admitir que diante de tamanha evolução social, econômica e tecnológica alcançada ao longo do último século, a humanidade não tenha sido capaz de sanar uma das necessidades básicas mais prementes do ser humano que é o acesso à água potável.

Conforme o Relatório Mundial das Nações Unidas sobre Desenvolvimento dos Recursos Hídricos 2019, intitulado “Não deixar nin-

guém pra trás”, mais de **2 bilhões de pessoas** vivem em países que experimentam **estresse hídrico** (proporção anual entre o total de água potável retirada pelos principais setores e a quantidade total de recursos hídricos renováveis); pelo menos 22 países estão acima do nível de 70% e, por isso, encontram-se em uma grave situação. Aproximadamente **4 bilhões de pessoas** (quase dois terços da população mundial) vivem uma escassez de água grave durante, pelo menos, um mês do ano. A seca afeta 1,1 bilhão de pessoas, matando mais 22 mil e causando US\$ 100 bilhões em prejuízos. **Doenças relacionadas à água** continuam aumentando, como a cólera e esquistossomose. A maioria dos casos ocorre nos países onde apenas uma proporção muito pequena de águas residuais e urbanas é tratada, ou seja, países pobres. E, em todo o mundo, **apenas** 39% da população mundial tiveram acesso a serviços sanitários gerenciados de forma segura em 2015 (UNESCO, 2019).

Há de se reconhecer, apesar do não alcance da universalização no acesso e, dos problemas apresentados, que os números melhoraram e ainda devem melhorar. No período entre 2000 e 2017, segundo o Relatório Progressos na água potável para as famílias, saneamento e higiene 2000-2017 da Unicef. 90% da população mundial (o equivalente a aproximadamente 6,8 bilhões de pessoas) usavam pelo menos serviços básicos de água potável. Em 2000 eram somente 82% (5 bilhões de pessoas). Este mesmo relatório projeta que em 2030 a cobertura global deve atingir cerca de 96%. Até 2017, 80 países já tinham atingido uma cobertura de 99% o que pode ser compreendido como uma cobertura quase universal. Lembrando em 2000 eram somente 55 países. Uma das melhoras mais significativas ocorreu na África Subsaariana, onde um quarto da população atual obteve acesso a pelo menos água potável básica desde 2000 (UNICEF, 2019).

Ocorre que quando se trata de um bem necessário para manutenção da vida o avanço no processo de universalização não pode implicar em uma falsa sensação de contentamento, pois enquanto pessoas estiverem morrendo por falta de água, o tema deve ser tratado com a devida importância e respeito. Outrossim, é preciso encontrar formas de assegurar o acesso em especial aqueles tidos como mais vulneráveis na sociedade, como as mulheres e as crianças, os quais são duplamente expostos: primeiro, quando lhes é negado o direito humano ao acesso

à água potável e segundo, pelo fato de esta condição ampliar os níveis de miserabilidade.

E é nesse contexto que se sobressaem alguns questionamentos: O que faz o Estado e o que a ele cabe fazer diante desse cenário de crise hídrica? Quais são as políticas públicas capazes de impedir o recrudescimento do avanço dos fatores que mais contribuem para tal crise? Qual é o papel da sociedade na preservação e manutenção deste bem? A quem interessa a escassez de água? É possível falar em justiça ambiental enquanto milhares de pessoas espalhadas no mundo ainda não tem acesso a um bem vital?

Estas questões e outras tantas permeiam o debate que se inaugura e toma como primeira premissa a condição de que a água é direito humano e que, portanto, deve sim, ser contemplada numa lógica de esforço social coletivo que assegure que no plano atual não se admita mais a morte de pessoas pela falta de acesso à água. Afinal, os passos ora adotados estão intrinsecamente vinculados aos tempos que se sucederão. Não há como analisar qualquer aspecto vinculado ao meio ambiente, senão a partir do reconhecimento prévio do dever que a atual geração tem para com os pôsteres de lhes legar um ambiente propício a uma existência minimamente digna e isto por uma questão que podemos denominar de justiça ambiental.

## 1. A água como direito humano

O debate envolvendo a compreensão de que a água é direito humano pode ser iniciado com os apontamentos de Shiva (2006, p. 36) para quem a água é vista como um direito natural, que “nasce da natureza humana, das condições históricas, das necessidades básicas ou de noções de justiça”. Em tal condição, o direito à água não se origina com o Estado! É anterior a ele. Surge, como refere a autora, de um dado contexto ecológico da existência humana.

Como consequência da sua natureza, a água pode ser usada, mas não pode ser possuída. Assim como as pessoas têm direito à vida, devem ter direito aos recursos que a sustentam, como a água (SHIVA, 2006).

Já para D’Isep (2018, p. 58), “o direito à água reflete-se em todo o sistema jurídico, ao se manifestar como princípio universal de direito humano fundamental à água-vida”.

No plano global, no entanto, ainda não é pacífica a compreensão da fundamentalidade desse direito, haja vista que o entendimento de que a água merece ser declarada como direito humano ainda não foi alcançado de forma universal. Mesmo com o crescente número de conferências, discussões internacionais e instrumentos legais sobre a água, inexistente na atualidade um texto que tenha sido reconhecido por todos os Estados do planeta, no qual solenemente se declare a água como direito humano.

Há de se reconhecer, contudo, alguns avanços significativos neste sentido, caso este das várias tratativas internacionais que têm contribuído para o reconhecimento da água como direito humano fundamental. Citam-se neste sentido: a Conferência das Nações Unidas sobre Água de 1977, realizada no Mar Del Plata, na Argentina, entre 14 e 25 de março; a Conferência Internacional sobre a Água e o Meio Ambiente, realizada em Dublin, na Irlanda, entre 26 a 31 de janeiro de 1992; a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, mais conhecida como ECO 92, realizada entre 03 a 14 de junho de 1992, no Brasil; a Declaração do Milênio das Nações Unidas, de 2000, realizada entre 06 e 08 de setembro em Nova Iorque, isto para se citar as principais.

Em sentido similar muitos instrumentos de cunho jurídico foram produzidos neste mesmo período, como, por exemplo: a Carta Europeia da Água de 1968; a Resolução 2001/2 da Comissão de Direitos Humanos da ONU; a Resolução 2002/6 da Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção às minorias da Comissão de Direitos Humanos da ONU; o Comentário Geral n° 15 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas; e a Resolução 58/217 de 09 de fevereiro de 2004 da ONU, que declarou a década de 2005 a 2015, como Década Internacional para a Ação: a água, fonte de vida.

Destaque se dá ao Comentário Geral n° 15 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, que estabeleceu as condições mínimas necessárias para fazer efetivo o direito à água, as quais coincidem em grande medida com o caráter adequado do acesso a este recurso. Aprovado em novembro de 2002, em Genebra, pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgão esse instituído em 1985 com o objetivo de fiscalizar e avaliar o cumprimento do

Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais por parte dos países signatários, o Comentário Geral n° 15 prevê em seu texto o reconhecimento de que o direito à água é pressuposto para o exercício e o cumprimento dos demais direitos humanos, uma vez que aparece como essencial para uma vida digna.

Ao se referir a este documento Amorim (2009, p. 180) o classifica como “o primeiro reconhecimento explícito, em nível do direito internacional público, da existência do direito fundamental de acesso à água doce, um marco na história dos direitos humanos”.

Já em sua introdução, o Comentário Geral afirma que “a água é um recurso natural limitado e um bem público fundamental para a vida e a saúde. *O direito humano à água é indispensável para viver dignamente e é condição prévia para a realização de outros direitos humanos*” (grifo nosso) (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966, s/p).

Em conformidade com o parágrafo 1º do artigo 11 e o artigo 12 do Comentário, os elementos do direito à água devem ser adequados à dignidade, à vida e à saúde humanas. De forma diferente do que entendem algumas instituições, em especial de caráter privado, o documento destaca que a água deve ser tratada como um bem social e cultural, e não como um bem econômico como muitos o querem, e que o exercício desse direito deve ser sustentável, de maneira que o direito possa ser exercido pelas gerações presentes, mas também pelas futuras (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966, s/p).

No âmbito da ONU, até a edição da Resolução da Assembleia Geral da ONU A/RES/64/292 de julho de 2010, o direito humano à água somente foi mencionado de forma expressa em dois tratados, sendo eles, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres de 1980 e a Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989. Além destes, em 22 de março de 1992 a ONU redigiu um documento intitulado “Declaração Universal dos Direitos da Água”, que estabeleceu no princípio 5 a compreensão de que “a água não é somente uma herança dos nossos predecessores; ela é, sobretudo, um empréstimo aos nossos sucessores. Sua proteção constitui uma necessidade vital, assim como a obrigação moral do homem para com as gerações presentes e futuras” (ONU, 1992).

De forma regional, este direito também foi previsto na Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar das Crianças de 1990; nas Convenções de Genebra de 1949 e 1977, que referem a proteção deste direito durante os conflitos armados, na Diretiva-Quadro da Água, na Convenção de Helsinque e outros.

Barlow (2012, p. 178) classifica a Resolução da ONU de 28 de julho de 2010 como um feito histórico, que conecta de forma direta a água ao “pleno gozo do direito à vida” e reconhece o direito humano à água potável e ao saneamento.

Logo após a publicação da Resolução de 2010, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas aprovou uma segunda resolução afirmando que a água e o saneamento são direitos humanos, e acrescentou que, por derivarem do direito a um nível de vida adequado, estão “indissolavelmente associados ao mais alto nível de saúde física e mental possível, assim como, ao direito à vida e à dignidade humana” (BARLOW, 2012, p. 178). Esta também ampliou os efeitos da aplicação do seu texto ao prever que o direito à água e ao saneamento também estaria incluído no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com 160 Estados-Membros; e na Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada por 192 Estados-Membros, permitindo que se concluísse a partir desta previsão que a Resolução deve ser considerada juridicamente vinculante no contexto do direito internacional.

Conforme narra Barlow (2012) o alcance deste *status* não foi tão fácil. Vários países se opuseram a tal reconhecimento, principalmente devido a preocupações relacionadas a uma possível relativização da ideia de soberania permanente, haja vista que o reconhecimento de que a água é direito humano autorizaria os demais países a intervir em suas políticas relativas a este bem.

Mais recentemente, contudo, a discussão em torno do acesso à água foi novamente pauta de tratativas internacionais, no momento em que a ONU reconhece em 2015 o acesso à água e ao saneamento básico como um **direito universal e este passa a integrar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), por meio do Objetivo 6 que assim está previsto: Água Potável e Saneamento – Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todas e todos.**

Do disposto até o momento é possível verificar que avanços significativos foram alcançados no universo normativo no sentido de se reconhecer que a água é direito humano. Isto, contudo, não é o suficiente para assegurar a universalização deste bem.

Também porque de nada adiantarão os textos normativos se a pressão daqueles que tratam a água como mercadoria for maior do que a dos necessitados. García (2008) alerta nesse sentido que o atual processo de globalização demonstra preocupações opostas aqueles que almejam a gestão equitativa e sustentável da água. A pressão originada dos interesses dos grandes capitais mundiais que influenciaram de forma determinante os Estados e as organizações internacionais – em particular, os organismos financeiros e de crédito – seguem no sentido de conseguir uma regulação em matéria de água que resulte em seu benefício.

Segundo Portugal Jr et al. (2015) quatro grandes empresas dominam, aproximadamente, 30% do mercado específico de águas engarrafadas no mundo, sendo elas: Nestlé 10,5%; Danone 8,2%; Coca-Cola 6,8% e PepsiCo 4%.

O contexto brasileiro não foge a regra. As grandes corporações seguem sendo privilegiadas. Tal situação se torna visível com a concessão das outorgas para exploração e comercialização de água mineral realizada por empresas privadas e multinacionais. Conforme dados do Ministério de Minas e Energia apresentados por Portugal Jr et al. (2015, p. 416), “considerando-se todo o setor de águas envasadas (incluindo a incorporação em produtos industrializados) o domínio dessas empresas aproxima-se de 50% do mercado”. Isto num contexto onde a Lei que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97) prevê que o acesso prioritário deve ser para fins de dessedentação humana.

Verifica-se assim que, mais do que documentos, é necessário que se institua junto a sociedade global uma nova cultura da água orientada por práticas equitativas, participativas, solidárias e sustentáveis, que venham a orientar os processos de governança da água em prol do interesse da coletividade e onde os mais vulneráveis sejam os primeiros a serem socorridos.

Corroborando com tal proposta em 1986, a ONU recomendou os denominados “Princípios de Limburgo”. Segundo tais princípios tan-

to as ONGs, como outros setores representantes da população, devem participar ativamente nas políticas e nos programas dirigidos à promoção e à implementação do direito à água, e que estes estejam orientados a atender, em princípio, as demandas mais urgentes, isto é, a dos grupos menos favorecidos (ONU, 1986).

Diante da pressão exercida pelo mercado o controle social precisa assumir um certo protagonismo nos processos de governança hídrica, sob pena de, no contrário, os interesses coletivos ficarem subjugados aos do capital.

## 2. A Constituição da República Federal do Brasil de 1988 e a tutela das futuras gerações: elementos para uma proposta de justiça intergeracional

Conforme Martín (2018, p. 54), “a justiça intergeracional presta especial atenção ao alcance da responsabilidade e da distribuição de responsabilidades para com os descendentes e as gerações vindouras”, aqui incluídas tanto as próximas como as mais distantes no tempo.

A autora sustenta, a partir de pressupostos teóricos relacionados ao comunitarismo, que a vinculação com as futuras gerações ocorre devido a interação cultural e semelhança moral e, também, por todos serem membros de uma mesma comunidade (MARTÍN, 2018).

Segundo Rammê (2012, p. 132) “há, pois, uma ampliação do círculo da comunidade humana numa escala temporal evolutiva, voltada para o futuro da humanidade. Aqui, as futuras gerações passam a integrar o rol dos justiciáveis, ou seja, dos destinatários das considerações de justiça ambiental”.

Weiss citada por Rammê (2012, p. 132) funda a tese da justiça ambiental intergeracional no princípio da equidade intergeracional do qual se compreende que “cada geração humana possui deveres de justiça com as gerações futuras”, dever este que se traduz na proposta de repassar a elas os recursos naturais na mesma condição em que recebeu, ou, quiçá, melhores.

A preocupação com as futuras gerações no plano constitucional brasileiro, surge num contexto em que o mundo inteiro já demonstrava algum cuidado com a questão ambiental. Há de se admitir, contudo,

que a Constituição Brasileira de 1988 inovou se comparada aos textos constitucionais anteriores e também as Constituições de outros países, ao prever no capítulo destinado a tutela ambiental a preocupação com as futuras gerações. Mais recentemente, outras Constituições da América Latina também o fizeram. É o caso por exemplo da Constituição do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009.

Assim estabelece o texto do artigo 225 da Constituição Brasileira: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

Destaque deve se dar a expressão “bem de uso comum do povo” atribuída aos bens ambientais, uma vez que esta inaugura uma terceira categoria de bens, que se situa numa faixa intermediária entre o público e o privado, denominada como bem difuso. Na condição de bens públicos estes bens precisam ser acessados por todos, ou seja, até mesmo aquele que não contribuíram para sua conservação. Segundo Sirvinkas (2012, p. 136), “esse bem pertence a cada um e, ao mesmo tempo, a todos. Não há como identificar o seu titular, e o seu objeto é insuscetível de divisão”. Como exemplos, podemos citar, o ar, a água, as florestas, entre outros.

Tem-se assim que a interpretação do artigo 225, conduz a uma lista de deveres ambientais para com as futuras gerações: a impossibilidade dos bens ambientais serem expropriados por qualquer um; a impossibilidade de esgotamento e degradação dos recursos naturais pela presente geração; a proibição de acesso e uso indiscriminado; e, por consequência, a manutenção do equilíbrio ecológico e o dever de proteção imposto não somente ao Poder Público mas também a toda sociedade.

As teorias de Jonas, em especial, a que se refere à ética da responsabilidade, e que impõe um necessário cuidado para com o outro em sociedade também podem contribuir para um pensar acerca dos deveres ambientais surgidos com a proposta constitucional.

Segundo o autor, essa ética nasce do poder e do perigo de destruição da espécie humana intermediada pela destruição da natureza e do dever que se impõe, em virtude da inescusável solidariedade para com

as coisas, e com os demais seres, pois o “interesse do homem coincide com o do restante dos seres vivos, enquanto a terra é sua morada, no mais sublime dos sentidos” (JONAS, 2008, p. 230).

Tal dever é orientado por uma ética de conservação, de cuidado e de prevenção, onde passa-se a refletir: que tipo de obrigações devemos observar? O dever em relação à Terra é algo além de um mero interesse utilitário? Ou se trata simplesmente de adotar uma postura preventiva que nos proíbe de matar a galinha dos ovos de ouro ou cortar o ramo sobre o qual estamos sentados? (JONAS, 2008, p. 33)

O autor chega até mesmo a propor um novo imperativo categórico:

Obra de tal modo que los efectos de tu acción sena compatibles con la permanência de una vida humana auténtica en la Tierra”; O, expressado negativamente: “Obra de tal modo que los efectos de tu acción no sean destructivos para la futura posibilidad de esa vida”; O, simplemente: “No pongas en peligro las condiciones de la continuidad indefinida de la humanidad en la Tierra”; O, formulado, uma vez más positivamente: “Incluye en tu elección presente, como objeto también de tu querer, la futura integridad del hombre”. (JONAS, 2008, p. 39-40)

Esse novo imperativo não é capaz de evitar posicionamentos contrários, mas estabelece que não é lícito arriscar a vida humana, não é lícito arriscar a vida da humanidade e que a atual geração não tem o direito de arriscar o não ser das futuras gerações. De forma diversa da proposta de Kant, que dirigia seu imperativo aos indivíduos, é certo que o imperativo proposto por Jonas se impõe muito mais em relação à esfera pública do que ao comportamento individual e privado.

Como propõe o autor: “el nuevo imperativo apela a outro tipo de concordância; no a la del acto consigo mismo, sino a la concordância de sus efectos últimos con la continuidad de la actividad humana en el futuro”(JONAS, 2008, p. 41).

Está-se, pois, a falar e defender uma concepção de solidariedade social que transcenda, inclusive, o dever de consideração e proteção daqueles com os quais se compartilha a existência. Trata-se de uma

concepção que pode ser denominada de solidariedade transgeracional e que se coloca como um elemento essencial de uma proposta de justiça ambiental intergeracional.

Não restam dúvidas de que esta concepção foi claramente utilizada pelo Constituinte de 1988. Isso significa que, para além de reconhecer no outro uma espécie de espelho da própria existência – e, portanto, preocupar-se com sua sorte tanto quanto preocupa-se com a própria – há um compromisso histórico e jurídico de legar uma existência humana para as futuras gerações que lhes permita viver dignamente. Há, pois, um dever individual e coletivo de que aqueles que estão por vir possam olhar o passado e não sentir vergonha do que foi feito por aqueles que os precederam, tal qual a vergonha que brasileiros carregam de aqui ter existido, por tanto tempo, um institucional processo de escravidão de seres humanos.

### 3. A justiça ambiental intergeracional e o dever de assegurar o direito de acesso à água

Do disposto até o momento e no caso específico da água é possível sustentar que como bem comum, a água não pode ser apropriada por um único indivíduo ou empresa e também não pode por estes ser contaminada. Como bem comum, a água deve ser gerenciada por aquele que defende – ou deveria defender – o interesse de todos, ou seja, o Estado. Seja público ou difuso, tal bem é comum a todos aqueles que dele necessitarem para manutenção de sua vida. Seu uso é anônimo, gratuito, igual para todos e exercido livremente, condicionando-se seu usuário às regras impostas pelo Estado, a partir de um processo substancialmente democrático.

Os números da realidade brasileira, no entanto, demonstram que entre a proposta constitucional e o que é vivenciado no dia-a-dia da sociedade ainda há muito que se fazer.

De acordo com dados do Instituto Trata Brasil, oriundos de fontes como o *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS*, o *relatório Pobreza na Infância da UNICEF* e *relatórios elaborados pelo próprio instituto, até 2018*, **83,62%**, dos brasileiros eram atendidos com abastecimento de água tratada, o que significava quase **35 milhões** de brasi-

leiros sem o acesso a este serviço básico. As mulheres seguem fazendo parte do público mais vulnerável no que diz respeito ao acesso à água, assim como as crianças e adolescentes. Em 2016, **1 em cada 7** mulheres brasileiras não tinha acesso à água. Em 2018 **14,3%** das crianças e dos adolescentes não tinham acesso à água e **6,8%** não contavam com sistema de água dentro de suas casas (TRATA BRASIL, 2019).

Obviamente, há uma umbilical relação entre a pobreza extrema e a carência de água. Esta é a uma das consequências atualmente quase inescapável daquela, razão pela qual políticas voltadas à redução e à erradicação da pobreza extrema estão para a tragédia humana do não acesso à água, como numa relação de causa e efeito.

Especificamente no caso do Brasil, esse combate não se trata de algo que possa ser entendido como meramente ideológico ou que possa ser reduzido à plataforma de partido político desejoso do poder. Trata-se, pois, de simplesmente dar importância àquilo que é solene e incrivelmente desconsiderado tantas vezes. Algo que se banalizou de tanto ser desconsiderado. Uma obra de arte belíssima, embora ainda tristemente ineficaz. Há uma Constituição, e ela – sempre vale lembrar – determina que um dos objetivos fundamentais da existência do Estado – neste paraíso terrestre chamado Brasil – é erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Se os objetivos fundamentais constitucionalmente positivados não são importantes, o que seria?

Como referem Camdessus *et al.* (2005, p. 26), “a água morre, mas não morre sozinha. Ela leva consigo seu lote de vítimas. A cada ano, muitos milhões de pessoas, principalmente crianças, morrem em silêncio, no fio do nosso deixar para lá. (...) Mortos silenciosos e esquecidos.

A questão da água, portanto, “se insere num contexto de lutas do movimento por justiça ambiental. A água não pode representar um privilégio da elite, enquanto a maioria pobre sofre com sua escassez” (RAMMÊ, 2012, p. 40).

A demanda por justiça ambiental no que se refere ao acesso à água potável deve contemplar ações contrárias ao discurso da privatização, da precificação e da excessiva mercantilização de tão indispensável bem ambiental (RAMMÊ, 2012). Esta deve se pautar por ações que estimulem o compartilhamento deste bem de forma solidária, equitativa e

sustentável. Afinal, como sustenta Jonas (2008), o futuro da natureza e da própria vida humana impõe uma nova ética. Uma ética de conservação, de cuidado e de prevenção.

A tarefa a todos imposta não é de fácil monta. Martín ressalta isso. Para compreender e aceitar os deveres para com as gerações futuras, será necessário transpor os horizontes de vida da atual sociedade, movida essencialmente por posturas individualistas, e que, conforme a autora, não conseguiu desenvolver a capacidade de enxergar além do momento presente. Segue a autora mencionando que “una buena parte de nuestra escasa racionalidad colectiva es consecuencia de que las sociedades democráticas no se relacionan bien con el futuro. Y ello porque tanto el sistema político como la cultura en general, están volcados en el presente inmediato” (MARTÍN, 2018, p. 52).

Se mantivermos essa visão, aqueles que vivem no futuro nada mais serão do que meros estranhos.

## Considerações Finais

Há um novo tempo, um tempo no qual não é mais possível admitir-se que literalmente sejam exportados os deserdados da água. Não há como falar-se em acesso à água de uma forma distanciada, neutra ou desconectada de sentimentos. Não há como afastar-se de eventual exasperação – menos recomendável em trabalhos desta espécie – quando se está diante de uma temática intimamente conectada a valores e princípios tão intimamente relacionados à própria condição humana.

O direito à água se vincula estritamente ao direito à vida e, portanto, assume a condição de direito humano. Sua concretização impõe uma nova cultura para a água, capaz de reconhecer o caráter intergeracional que lhe foi reservado, como bem pertencente à presente, mas também às futuras gerações. Sem o reconhecimento deste caráter, de nada adiantarão textos escritos que assegurem o tratamento de direito humano à água. Sem o reconhecimento deste caráter, talvez seja em vão querer falar em justiça ambiental.

Os ensinamentos do passado mais uma vez devem reverberar no futuro. Neste sentido, as manifestações das antigas tribos indígenas, que, muito antes do que o “homem branco”, compreenderam a relação de

interdependência do homem com a natureza são de suma importância. Cabe a pergunta: Quem, de fato, são os silvícolas ou selvagens? Em 1854, o Chefe Seattle em resposta à oferta do Grande Chefe Branco de Washington para comprar terras dos índios peles-vermelhas e transferi-los para uma reserva afirmou: “Como se pode comprar ou vender o firmamento ou o calor da terra? Se não somos donos da frescura do ar nem do brilho das águas, como poderiam vocês comprá-los? Cada parcela desta terra é sagrada para o meu povo. Cada floresta reluzente de pinheiros, cada grão de areia nas praias, cada gota de orvalho nos bosques fechados, cada outeiro e até o som de cada inseto é sagrado à memória e ao passado do meu povo. A seiva que circula pelas veias das árvores leva consigo as memórias dos peles-vermelhas. Somos parte da terra, e ela é parte de nós. As flores perfumadas são nossas irmãs; o veado, o cavalo, a água, todos eles são nossos irmãos. Os penhascos escarpados, os prados úmidos, o calor do corpo do cavalo e do homem, todos pertencemos à mesma família. (...) A água cristalina que corre nos rios e regatos não simplesmente água, mas também representa o sangue de nossos antepassados. O murmúrio da água é a voz do pai de meu pai (...) e cada reflexo fantasmagórico nas claras águas dos lagos conta os fatos e memórias das vidas de nossa gente” (CULTURA BRASIL, texto digital).

Diante de tamanha sabedoria, nada mais há o que dizer, resta saber ouvir.

## Referências

- AMORIM, João Alberto Alves. *Direito das águas: o regime jurídico da água doce no Direito Internacional e no Direito Brasileiro*. São Paulo: Lex Editora S.A., 2009
- BARLOW, Maude. Nosso direito à água: um guia para as pessoas colocarem em prática o reconhecimento do direito à água e ao saneamento pelas Nações Unidas. *Revista Internacional de Direito Ambiental*, vol. I, n. 01, jan.-abr. de 2012
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), acesso em 20 de março de 2020

- CAMDESSUS, Michel *et al.* *Água: oito milhões de mortos por ano: um escândalo mundial*. Tradução Maria Angela Villela. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005
- CULTURA BRASIL. *A carta do Cacique Seattle, 1855*. Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/seattle1.htm>. acesso em 20 de março de 2013.
- D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Água juridicamente sustentável*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010
- GARCÍA, Anizia. *El derecho humano al agua*. Madrid: Editora Trotta, 2008
- JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder, 2008
- MARTÍN, Nuria Belloso. *El debate sobre la tutela institucional: generaciones futuras y derechos de la naturaleza*. Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos Núm. 14. Universidad de Alcalá Defensor del Pueblo. Madri: 2018
- ONU. *Declaração Universal dos Direitos da Água*. 1992. Disponível em <http://www.cetesb.sp.gov.br/agua/aguas-superficiais/40-Declaracao-Universal-dos-Direitos—da-%C3%81gua>, acesso em 12 de março de 2013
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 1986 Princípios de Limburgo. Disponível em <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/3-A-6.pdf>. acesso em 06 de abril de 2013
- PORTUGAL JÚNIOR, Pedro dos Santos; REYDON, Bastiaan Philip; PORTUGAL, Nilton dos Santos Portugal. *As águas minerais no Brasil: uma análise do mercado e da institucionalidade para uma gestão integrada e sustentável*. *Ambiente & Água*. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ambiagua/v10n2/1980-993X-ambiagua-10-02-00413.pdf>. acesso em 18 de fevereiro de 2020

RAMMÊ, Rogério Santos. Da justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos [recurso eletrônico]: conjecturas políticas-filosóficas para uma nova ordem jurídico-ecológica / Rogério Santos Rammê. – Dados eletrônicos. – Caxias do Sul, RS: Educus, 2012

SHIVA, Vandana. *Guerras por água: privatização, poluição e lucro*. São Paulo: Radical Livros, 2006

SIRVINKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

TRATA BRASIL. Água. 2019. Disponível em <http://www.tratabrasil.org.br/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/agua>, acesso em 19 de março de 2020

UNESCO. **Relatório Mundial das Nações Unidas sobre Desenvolvimento dos Recursos Hídricos 2019, “Não deixar ninguém pra trás**. WWAP em nome da UN-Water. Disponível em [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367276\\_por?posInSet=2&queryId=fa5e9bfb-2f91-44ad-8dab-065598a7cacf](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367276_por?posInSet=2&queryId=fa5e9bfb-2f91-44ad-8dab-065598a7cacf), acesso em 03 de março de 2020

UNICEF. Progress on household drinking water, sanitation and hygiene 2000-2017. Special focus on inequalities. New York: United Nations Children’s Fund (UNICEF) and World Health Organization, 2019. Disponível em [https://www.who.int/water\\_sanitation\\_health/publications/jmp-2019-full-report.pdf?ua=1](https://www.who.int/water_sanitation_health/publications/jmp-2019-full-report.pdf?ua=1), acesso em 03 de março de 2020

# COLETA DE MATERIAL GENÉTICO E OS IMPACTOS NO DIREITO À CULTURA INDÍGENA

*Juliano dos Santos Seger*  
*Janaína Reckziegel*

## 1 Considerações iniciais

O estudo registrado neste artigo tem por objeto a discussão a respeito da viabilidade ético-jurídica de coleta de material genético de comunidades indígenas brasileiras para prospecção genética. Envolve uma série de questões a serem examinadas na seara dos direitos humanos e, mais especificamente, no plano normativo dos direitos fundamentais assegurados aos índios pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A situação-problema passa a ser identificada a partir de notícias veiculadas no final do último século, segundo as quais sangue humano coletado junto a comunidades indígenas estaria sendo comercializado na internet. Na medida em que a cultura dos índios recebe proteção constitucional específica, a possibilidade de coleta de material genético para a atividade bioindustrial passa a interessar à teoria dos direitos fundamentais. Afinal, seria ética e juridicamente aceitável a coleta e a mercantilização de material genético de povos indígenas?

A bem de contextualizar a temática, os casos de coleta de sangue dos povos Yanomami e Karitiana são resgatados da literatura especializada. O objetivo de expor as duas situações consiste em demonstrar o

cenário de diversidade cultural das etnias indígenas brasileiras, em sua pluralidade de costumes, crenças e tradições. E isso também sinaliza a complexidade de que se reveste a tarefa de regulamentação jurídica em torno do assunto.

Para fazer frente ao problema, a proposta investigativa procura reunir os postulados normativo-teóricos, tomando por base a leitura complexa dos direitos humanos proposta por Joaquín Herrera Flores, como forma de conciliar os planos do direito e da cultura, superando a aparente neutralidade do plano jurídico e a suposta clausura do plano cultural, rumo a uma cultura dos direitos que ampare a universalidade das garantias e o respeito pelo diferente.

A pesquisa apresenta viés qualitativo, pois pretende resgatar os dados da realidade fática e as normas que integram a correspondente regulação jurídica como base para a reflexão teórica e propositura das soluções possíveis. Como instrumental para promover a desconstrução analítica e a reconstrução crítica a que este estudo se propõe, utiliza-se a técnica de revisão bibliográfica e, como método, a coordenação dedutiva das premissas, dos aspectos contextuais aos mais específicos.

A distribuição do texto apresenta diferentes segmentos. Depois das considerações introdutórias ora lançadas, apresentam-se os casos reais em que se constatou a prática de bioprospecção de material genético em comunidades indígenas brasileiras; reproduzem-se as bases do referencial teórico, conforme a leitura complexa de direitos humanos; e, enfim, enfrenta-se o problema de acordo com o suporte normativo constitucional que atribui tutela própria aos índios. Ao final, lançam-se as conclusões e as referências bibliográficas.

## 2 Identidade que sangra: casos de coleta de material genético indígena

As bases para a formação do Brasil encontram-se historicamente assentadas no movimento colonizador quinhentista. Na época em que a Europa transitava do medievo feudal para o moderno capitalismo e a expansão comercial reclamava novos espaços (HUBERMAN, 1977), a descoberta de novas terras teve grande importância. A ocupação dessas terras pode ser considerada um episódio dessa expansão comercial

(FURTADO, 1982), ao passo que a colonização dos trópicos pode ser compreendida como uma vasta empresa comercial destinada a explorar os recursos naturais de um território virgem em proveito do comércio europeu (FAORO, 2001).

As denúncias de que a interação entre os colonizadores e os povos originários causou morticínio nunca visto ou genocídio de proporções gigantescas bem sinaliza os reflexos do movimento de colonização. Sob o comando político da Coroa, a grande investida de conquista das vastas terras criou um canal em que ordens da metrópole vinham e riquezas da colônia iam, além de estabelecer um colossal choque de culturas entre colonizadores e colonizados. A população estimada em cinco milhões de índios foi reduzida a cerca de 890 mil quinhentos anos depois (CUNHA, 2012; RIBEIRO, 1995).

A marca econômica do movimento colonizador repousa na atividade extrativista mais recentemente denominada biopirataria. Outra, expropriavam-se terras e recursos naturais dos povos originários; agora, intensifica-se a expropriação de recursos genéticos e conhecimentos, numa repaginação da apontada atividade bioprospectora a serviço da ciência mercantilizada (SHIVA, 2001).

Empresas multinacionais e instituições científicas apropriam-se de recursos biológicos e conhecimentos indígenas e os patenteiam, sem estarem autorizadas nem pelos governos dos Estados de origem nem pelas comunidades tradicionais afetadas. E assim usam indiscriminadamente amostras de tecidos orgânicos, genes e células com potencial econômico, sem repartir os benefícios (IACOMINI, 2009).

Os diversos libelos contra a biopirataria documentados na literatura perpassam desde o extrativismo de recursos naturais tangíveis até formas mais sofisticadas como a captação de saberes e venda de sangue indígena na internet (SEGER, 2019; VELDEN, 2005). A Comissão Parlamentar de Inquérito da Biopirataria destacou que até sangue humano – dos povos Karitiana, Suruí e Ianomâmi – se encontra armazenado em bancos de células norte-americanos (CPIBIOPI, 2006). Justamente essa modalidade mais recente de biopirataria, que extrai até o sangue, constitui o objeto deste estudo.

A atividade de coleta e armazenamento de material genético apresenta uma série de versões por parte dos envolvidos, reproduzida na

literatura específica (VELDEN, 2005) em sua riqueza de detalhes que, nestas linhas, talvez não pudesse ser apresentada em sua completude. Não obstante, dentro do possível, quer-se destacar a certeza quanto à ocorrência da retirada de sangue dos índios em meio às suas comunidades e, posteriormente, seu armazenamento em bancos de dados com possibilidade de comercialização.

Na década de 1960, James Neel e Napoleon Chagnon capitanearam expedição junto aos índios Yanomami de Roraima, coletando 12 mil amostras de sangue em meio à comunidade, as quais foram armazenadas em universidades executoras do Projeto Genoma Humano nos Estados Unidos da América (OLIVEIRA, 2012).

As expedições desse tipo ocorreram por décadas, com o propósito de pesquisar a diversidade genética humana e, assim, promover o desenvolvimento científico e tecnológico. Acontece que, com o advento da rede mundial de computadores e a disponibilização dos bancos de amostras de material genético à venda na internet, a temática ganhou ressignificação: material genético virou mercadoria. E quem tiver interesse pode comprar determinada amostra de sangue mediante pagamento com cartão de crédito e entrega pelo correio (MOREIRA, 2006).

Acontece que os Yanomani acreditam que, quando um integrante da comunidade morre, todos os seus vestígios corporais devem ser eliminados (OLIVEIRA, 2012). Cultuam a crença segundo a qual as cinzas dos mortos devem ser entregues aos familiares para serem atiradas num rio e, com isso, fazer com que o espírito fique feliz (MOREIRA, 2006).

Considerando essa crença cultuada entre os Yanomami, emerge o problema em torno da extração do material genético e a ofensa à cultura desses povos, na medida em que a armazenagem das amostras em bancos de sangue – com fins comerciais, diga-se de passagem – impede a perpetuação da crença existente em torno do ritual de passagem de seus integrantes. A ausência de eliminação do vestígio corporal sanguíneo, pois, significa a impossibilidade da perene felicidade ao espírito do morto.

A bem de uma solução adequada aos interesses Yanomami, outra alternativa não haveria senão a devolução das amostras de sangue para

os familiares de quem os tenha fornecido para eliminação em rituais de passagem. Só assim a crença na transcendência feliz do espírito pode se satisfazer. Portanto, nesse caso, à coleta não consentida de material genético deveria se seguir a restituição das amostras.

Segue-se, então, ao caso de coleta de sangue Karitiana. As expedições realizadas para coleta de sangue, conforme relato dos próprios integrantes dos povos indígenas, ocorreram nas décadas de 1980 e 1990. Os relatos da inicial investida sobre o material genético são mais vagos, mas a segunda experiência está mais presente na memória. Da primeira vez, americanos teriam retirado o sangue de integrantes da comunidade; na seguinte, médico brasileiro que participava de documentário televisivo acabou realizando a coleta do material (MOREIRA, 2006).

Em site de empresa norteamericana, verificou-se a existência de repositório com o item “Karitiana - Rondonia Province of Brazil” e a possibilidade de aquisição de tecidos sanguíneos e DNA a 85 e 50 dólares, respectivamente. Na visão dos Karitiana, uma vez retirado o sangue (então chamado frio, morto), o material em questão não teria mais utilidade para os integrantes da comunidade. E, cientes de que as amostras armazenadas vêm sendo comercializadas, passaram a reivindicar alguma compensação econômica (MOREIRA, 2006), não obstante sua cosmovisão de sangue como algo sagrado (VELDEN, 2005).

A casuística trazida no relato dessas duas situações certamente não esgota o sem-número de culturas existentes no mosaico formado pelos povos indígenas brasileiros. Na verdade, o objetivo de reproduzir os dois casos tem o propósito de evitar a idealização de um modelo generalizado ou abstrato de índio. Quer-se destacar, isto sim, o importante complicador que emerge dessa rica diversidade cultural quando se pretende estabelecer normas jurídicas reguladoras.

Enquanto, na ótica das comunidades, normalmente se interpreta a coleta de amostra biológica como uma intervenção com finalidade meramente médico-terapêutica, sem se atentar para a real finalidade de pesquisa e sua inerente finalidade comercial (MOREIRA, 2006; SCHIOCCHET, 2013), as pretensões dessas comunidades podem tomar caminhos diversos depois de constatada a comercialização não consentida do material genético. Uns pretendendo a devolução do material, outros cogitando participação nos lucros da comercialização.

Como visto, a problemática transita pelo âmbito temático da bioética e constitui um ensejo para projetar os caminhos que serão seguidos nas relações entre a sociedade envolvente e os povos indígenas brasileiros, em meio ao cenário de bioprospeção, biopirataria e biocolonialismo vivenciado neste limiar de milênio. Afinal, a clandestinidade das práticas não leva em consideração consentimento prévio informado, termos mutuamente pactuados nem acordo de repartição de benefícios.

Sinalizar uma proposta de solução ético-jurídica adequada constitui o desafio que se apresenta em meio à intrincada temática, mediante reflexão que leve em conta um aporte teórico ajustado à diferença cultural e que, ao mesmo tempo, permita o avanço dos direitos e seu objetivo maior de preservação da dignidade humana.

### 3 Leitura complexa dos direitos humanos

O tema está contextualizado na ordem globalizada contemporânea e tem como grande desafio, no campo da bioética, a construção de soluções que contemplem os planos econômico, sociocultural e jurídico pelo qual transita a temática. Numa ordem global em que o capitalismo excludente orienta os caminhos da humanidade, culturas minoritárias sofrem os impactos da hegemonia de matriz neoliberal irradiada desde os países nórdicos.

Tanto no fluxo colonizador de outrora como no influxo de descolonização ora vivenciado permanece a constante tensão entre universalismo e particularismo. A proposta universal pretende a realização global dos direitos fundamentais, assentados no ideário da dignidade humana, enquanto as construções particularistas ressaltam as peculiaridades antropológicas, epistemológicas e culturais, oferecendo certa resistência à apontada pretensão universal (SEGER, 2019).

A luta mundial multiforme desta virada de século revela um futuro marcado pela incerteza. No embate entre forças de associação ou integração e forças de dissociação ou desintegração, retoma-se uma marcha turbulenta da história mundial rumo a um futuro desconhecido e que, ao mesmo tempo, regressa à tradição, à religião e à etnia de um passado desaparecido. A salutar defesa das identidades culturais frente à hegemonia e homogeneização, que viabilizaria a descentralização e

a autonomia, acaba se transformando em ameaça ao devir planetário, mediante desmembramento e desintegração dos impérios e nações poliétnicas em sua busca por uma soberania de Estado absoluta de cada etnia (MORIN; KERN, 1995).

Nesse cenário volátil de percepções, maneiras de pensar e valores, aponta-se a necessidade de superação do embate de tendências por meio da aproximação dos pensamentos autoafirmativo e integrativo. O primeiro, racional, analítico, reducionista e linear; o último, intuitivo, sintético, holístico e não-linear. E ainda a necessária equalização dos valores autoafirmativos e integrativos: conservação–expansão; competição–cooperação; quantidade–qualidade; dominação–parceria (CAPRA, 2006).

A discussão universalista–particularista, então, constitui caminho rumo a um ponto de equilíbrio possível. Da mesma forma como outrora as pretensões relativistas permaneceram à margem na Declaração Universal da Organização das Nações Unidas (1948), houve a abertura à diversidade e à autonomia dos povos autóctones (SEGER, 2019) na Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes da Organização Internacional do Trabalho (1989) e na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas (2007).

A polêmica contemporânea sobre os direitos humanos, segundo Herrera Flores (2002), envolve visões, racionalidades e práticas polarizadas. Entrechocam-se visões abstratas e localistas, racionalidades jurídico-formal e material-cultural e práticas universalistas e particularistas. Como forma de superação desse impasse, o autor propõe a visão complexa dos direitos humanos, associada à racionalidade de resistência e à prática intercultural. Em suas palavras, a proposta visa a “superar a polêmica entre o pretensão universalismo dos direitos e a aparente particularidade das culturas”, partindo do pressuposto de que nem o direito (garantia de identidade comum) é neutral nem a cultura (garantia da diferença) é algo fechado.

A visão complexa assume a realidade e a presença de múltiplas vozes, cada qual com o mesmo direito a expressar-se, a denunciar, a exigir e a lutar. Sinaliza uma passagem da concepção de mundo representativa para a democrática, com seu primado de participação e decisões

coletivas, compatíveis com a noção de interculturalidade (HERRERA FLORES, 2002).

O autor consolida seu entendimento na ideia de que, mais do que declarações e pactos, dos direitos humanos são conjuntos de processos normativos institucionais e sociais que abrem e consolidam espaços de luta por dignidade humana, a exemplo do tenaz empenho dos povos indígenas em salvaguardar suas tradições e cosmovisões (HERRERA FLORES, 2000). Daí a necessidade de reinvenção dos direitos humanos como caminho para a dignidade.

Aliás, o princípio da dignidade humana, em sua matriz kantiana de negação de qualquer forma de instrumentalização do ser humano, colocaria certos óbices às pesquisas com material genético e, sobretudo, à possibilidade de mercantilização de sangue humano. Nessa linha, a análise do conjunto normativo<sup>42</sup> em matéria de genoma humano bem poderia conduzir a outras discussões, em tarefa, entretanto, não passível de concretizar-se nos estreitos limites propostos no presente estudo.

Enfim, seguindo-se os postulados da base teórica apresentada, a situação fático-normativa sugere alguns questionamentos. O avanço científico legitimaria, de alguma forma, a prática de bioprospeção desautorizada? O avanço da ciência estaria acima da cultura dos povos indígenas afetados? Haveria condições de conciliar os interesses em conflito na órbita dos direitos humanos? A biopirataria do material genético estaria vedada pelo direito à cultura dos povos indígenas?

Em resposta, pode-se afirmar que, na era de biocolonialismo ora vivenciada, a construção de espaço para interculturalidade, seguindo-se a mesma base teórica proposta por Joaquín Herrera Flores, talvez seja um bom caminho para o avanço das garantias abstratas do direito e para abertura de canal de diálogo entre as culturas diversas. Esse caminho de conciliação sinaliza a possibilidade de coleta de sangue indígena, condicionada à concordância dos envolvidos, desde que não associada a finalidades mercantis.

---

42 Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948); Pactos Internacionais sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e sobre os Direitos Civis e Políticos da ONU (1966); Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da UNESCO (1997); Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO (2005).

### 3 Estatuto da Causa Indígena

O artigo 231 da Constituição brasileira enuncia uma série de disposições que garante direitos aos índios, desde questões territoriais até garantias de autodeterminação. Interessa para este estudo, especificamente, a previsão segundo a qual “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições” (BRASIL, 1988), porquanto tal enunciado positiva o direito dos índios a conservarem sua própria cultura.

A Constituição de 1988 escreve um novo capítulo ao consolidar o denominado estatuto da causa indígena. Oferece, com a nova ordem constitucional, condições jurídicas para reverter o histórico processo de desigualdades que se instalou e enraizou já nos primórdios da colonização e relegaram o índio à escravização, à incorporação cultural forçada e ao extermínio (GUIMARÃES, 2005).

Vale destacar que a primeira disposição constitucional a respeito da questão indígena veio somente com a Constituição de 1934, que garantia a posse de terras aos então chamados silvícolas. Antes disso, um silêncio eloquente. Com a Constituição de 1988, a nova era de direitos com a clara disposição que assegura aos índios a possibilidade de manter sua própria cultura e jeito de ser.

Por influência dos movimentos indígenas e das entidades de apoio à sua causa, são estabelecidos elementos jurídicos capazes de servir de fundamento às relações entre os índios e os não-índios, garantindo a manutenção de seus direitos diante da sociedade nacional, desdobrando-se em direitos territoriais, direitos à diversidade étnico-cultural, direito à auto-organização e direito à diferença (COLAÇO, 2003).

Neste ponto, destaca-se o advento da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) e o reforço ao entendimento de que “os povos indígenas têm o direito de determinar sua própria identidade ou pertencimento étnico, conforme seus costumes e tradições”. Além disso, dispõe o artigo 33.1 que “isso não impossibilita o direito das pessoas indígenas em obter a cidadania dos Estados em que vivem” (ONU, 2007).

Os desafios que se apresentam, portanto, não guardam relação com a positivação dos direitos humanos e, com isso, sua conversão em

direitos fundamentais. Como destacam Herrera Flores e Ferrajoli, a verdadeira luta passa a ser travada em termos de eficácia desses direitos nos planos político, jurídico e social, ou seja, no campo da efetivação e garantia dos direitos já assegurados e de novos direitos que venham a surgir (CADEMARTORI; GRUBBA, 2012).

O Brasil aderiu à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, internalizando o pacto sobre Povos Indígenas e Tribais por meio do Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004. As normas em questão estão alçadas ao plano supralegal, por versarem sobre direitos humanos, e asseguram (art. 7º, I) que os povos interessados tenham o direito de escolha sobre suas próprias prioridades no seu processo de desenvolvimento, quando afete suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual (BRASIL, 2004).

A Convenção sobre Diversidade Biológica, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 2.519, de 16 de março de 1998, apresenta uma série de restrições ao acesso aos recursos genéticos (art. 15). Reconhecendo os direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais, estabelece que “a autoridade para determinar o acesso a recursos genéticos pertence aos governos nacionais e está sujeita à legislação nacional”. E também determina o consentimento prévio informado, acordo mutuamente pactuado e repartição justa e equitativa dos benefícios como condições ao acesso.

Com esse aporte teórico-normativo, seria desarrazoado resolver a situação concreta sem considerar o ponto de vista das comunidades indígenas afetadas. Levando-se em conta a crença e tradição mantida pelos Yanomami sobre a necessidade de eliminação de vestígios corporais por ocasião da morte de seus integrantes, pode-se dizer que tal elemento da cultura desses povos encontra proteção constitucional. O mesmo se diga em relação ao caso Karitiana.

Então, a menos que se veicule a concordância por um consentimento prévio informado acerca da doação de material genético, com termos mutuamente estabelecidos, a coleta de sangue desautorizada representa ofensa ao direito humano fundamental à cultura de que são titulares os índios, nos dois casos.

Apenas se coloca certa ressalva quanto à pretendida participação nos benefícios econômicos advindos da comercialização das amostras

de sangue, no caso Karitiana, por conta da vedação à comercialização de material genético humano na normativa internacional específica, que renderia outras discussões além da delimitação ora proposta.

Cabe ainda realçar que esse entendimento não encerra o espaço de diálogo entre os índios e a sociedade envolvente. Oferece, isto sim, uma proposta de diálogo intercultural para que as prospecções da engenharia genética possam avançar, porém observando os óbices dos direitos humanos fundamentais dos povos indígenas que lhes asseguram a preservação de sua cultura. Talvez assim o avanço científico pudesse efetivamente representar algo de bom para a humanidade, muito além da mera satisfação dos interesses econômicos das corporações da bioindústria.

#### 4 Considerações finais

O panorama sociocultural brasileiro apresenta uma vasta diversidade de etnias no mosaico de povos originários e também agrega rica miscigenação por conta dos movimentos migratórios ocorridos ao longo do processo de formação nacional. Por mais que essas interações tenham rendido alguma integração nacional e identidade enquanto povo brasileiro, o processo de assimilação ou aculturação dos “nativos ou silvícolas” não desconstruiu seus laços étnicos e sentimento de pertença.

Após cinco séculos de interação entre os povos originários e a sociedade envolvente, ainda persiste entre os índios a conservação de seus elos geracionais pré-colombianos e a perpetuação de sua cultura por línguas próprias, que os tornam diferentes dos demais brasileiros. E a estes diversos povos que integram a nação brasileira a Constituição de 1988 reservou um conjunto de direitos destacado.

Atribui-se à atual Constituição do Brasil o resgate de uma dívida histórica, em termos jurídicos e sociais, em relação à constante ausência dos povos indígenas nos processos legislativos em torno de matérias de seu interesse e com repercussões em suas vidas, bem como à histórica marginalização ou segregação social a que relegados. Ao conferir autonomia aos índios para gerirem sua organização social e preservarem suas crenças, costumes e tradições, rompeu-se o paradigma da aculturação para assentar-se o paradigma da alteridade, com o direito do índio a permanecer índio.

As comunidades indígenas sempre conviveram com a prática de expropriação de recursos tangíveis e intangíveis de sua sociobiodiversidade, assim entendidos os recursos naturais e conhecimentos tradicionais por eles cultivados em uma cosmovisão diferenciada. Mais recentemente, contudo, expedições realizadas nas décadas de 1960 em diante reservaram novas situações para o cenário de prospecção e biopirataria que cerca a realidade indígena.

Sangue Yanomami e Karitiana foi coletado por estrangeiros e mesmo brasileiros não indígenas, inicialmente com propósitos científicos e tecnológicos que levaram a seu armazenamento em banco de dados genéticos; no entanto, com o advento da rede mundial de computadores, o material genético desses índios brasileiros está sendo disponibilizado à venda na internet. E isso traz um problema.

Os Yanomami possuem toda uma mística em torno do ritual de passagem, conservando a tradição de lançar às águas de um rio os restos mortais de seus integrantes para que, com isso, a crença de uma perene felicidade acompanhe o espírito dos mortos. Como preservar tal cultura sabendo que parte desses corpos – seu sangue – se encontra armazenado em um banco de material genético? O mesmo se diga em relação aos Karitiana, que também visualizam o sangue como algo sagrado.

A leitura complexa dos direitos humanos proposta por Joaquín Herrera Flores contribui para a temática na medida em que apresenta traços de interculturalidade em sua base, que permitem a criação de canais de diálogo entre as diferentes culturas. Sinaliza a integração entre o aparentemente neutral direito e a aparentemente fechada cultura, promovendo espaço ao entendimento entre os envolvidos, primando pela lógica da participação na solução dos conflitos.

Bem poderia ser defendida, a partir desse aporte teórico, a ideia de que a participação dos índios no processo de construção de dignidade e conservação de sua identidade cultural representa um caminho para as questões envolvendo a coleta de material genético. E essa participação somente se consolida, na prática, com o efetivo consentimento prévio informado a respeito do uso do sangue e o acordo mutuamente estabelecido a respeito dessa destinação, a que também se agrega a discussão sobre a repartição justa e equitativa dos benefícios.

O abalo à cultura indígena identificado nesses casos de biopirataria do material genético representa ofensa à norma constitucional que resguarda aos índios o direito à cultura e, portanto, enseja a tomada de medidas jurídicas que assegurem eficácia à normativa lançada pelo constituinte.

## 5 Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

\_\_\_\_\_. **Decreto 2.519, de 16 de março de 1998.** Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992.

\_\_\_\_\_. **Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004.** Promulga a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

CADEMARTORI, L. H. U.; GRUBBA, L. S. O embasamento dos direitos humanos e sua relação com os direitos fundamentais a partir do diálogo garantista com a teoria da reinvenção dos direitos humanos. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 703-724, 2012.

CAPRA, F. **A teia da vida:** uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Trad. de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006.

COLAÇO, T. L. Os “novos” direitos indígenas. In: WOLKMER, A. C.; LEITE, J. R. M. (org.). **Os “novos” direitos no Brasil:** natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

CPIBIOPI. **Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar o Tráfico de Animais e Plantas Silvestres Brasileiros, a Exploração e Comércio Ilegal de Madeira e a Biopirataria no País,** 2006.

- CUNHA, M. C. da. **Índios no Brasil: história, direitos e cidadania.** São Paulo: Claro Enigma, 2012.
- FAORO, R. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.** São Paulo: Globo, 2001.
- FURTADO, C. **Formação econômica do Brasil.** 18. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1982.
- GUIMARÃES, S. P. *Desafios brasileiros na era dos gigantes.* Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.
- HERRERA FLORES, J. **El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal.** Bilbao: Desclee de Brouwer, 2000.
- \_\_\_\_\_. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. Trad. de Carol Proner. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos,** Florianópolis, 2002.
- HUBERMAN, L. **História da riqueza do homem.** Trad. de Wal-tensir Dutra. 13. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.
- IACOMINI, V. **Biodireito e o combate à biopirataria.** Curitiba: Juruá, 2009.
- MOREIRA, E. Sangue na internet. In: **Casoteca Latino-americana de Direito e Política Pública,** 2006.
- MORIN, E.; KERN, A. B. **Terra-Pátria.** Porto Alegre: Sulina, 1995.
- MORIN, E. **Ciência com consciência.** Trad. de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007.**
- RIBEIRO, D. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil.** 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SCHIOCCHET, T. Biocolonialismo e povos indígenas: reflexões jurídicas a partir das pesquisas genéticas envolvendo os índios Karitianas. In: BRAUNER, M. C. C.; PIERRE, P. (org.). **Direitos humanos, saúde e medicina: uma perspectiva internacional**. Rio Grande: FURG, 2013.

SEGER, J. S. **Apropriação da sociobiodiversidade**: disputa pela propriedade

intelectual dos saberes indígenas na ordem constitucional brasileira. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.

SHIVA, V. **Biopirataria**: a pilhagem da natureza e do conhecimento. Trad. de Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

VELDEN, F. F. V. Corpos que sofrem: uma interpretação Karitiana dos eventos de coleta de seu sangue. **CESIR - Centro de estudos em Saúde do Índio de Rondônia**, Vol. 12, pp.1-42, Fundação Universidade Federal de Rondônia, Brasil, 2005.

# PERSPECTIVAS DO USO DA TECNOLOGIA NA CRISE MUNDIAL DO CORONAVÍRUS: UM DIÁLOGO COM O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

*Têmis Limberger*

*Jânia Saldanha*

*Mártin Szinvelski*

## INTRODUÇÃO

O prestígio jurídico da autonomização do direito à proteção de dados ocorrida nas últimas décadas em sede europeia e regulamentada recentemente com força normativa diferenciada – mais forte do que a anterior – reconfigurou a discussão acerca da associação dos dados pessoais à personalidade ou ao patrimônio pessoal. A violação dos dados pessoais traz à evidência um campo de trabalho vinculado à necessidade de tratamento adequado dos dados mencionados e da possibilidade de violação objetiva dos mecanismos de proteção, por organizações privadas ou públicas. A repercussão sistêmica do Regulamento Europeu de Proteção de Dados na produção normativa global apresenta-se como processo que fomenta um reajuste de expectativas em matéria de proteção de dados, em vista do diálogo contributivo entre as novas tecnologias de monitoramento eletrônico com as novas possibilidades interação social. Em tempos de crise do coronavírus, qual a dimensão das convergências e divergências que vinculam a necessidade de pro-

teção de dados e aplicação de novas tecnologias no enfrentamento da crise sanitário-humanitária?

## 1. O ponto de inflexão da “redescoberta” da necessidade de proteção de dados

O escândalo revelado pelo jornal britânico *The Guardian* (CADDWALLARD; GRAHAM-HARRISON, 2018), relativo ao *Caso Cambridge Analytica*, fez reverberar, globalmente, o debate sobre a necessidade da uniformização da proteção de dados em torno de instrumentos regulatórios sólidos, os quais permitam que padrões mínimos de segurança e de confiabilidade na utilização de dados pelos controladores, nos limites do consentimento do usuário. O episódio de vazamento de dados atingiu cerca de 500 mil cidadãos brasileiros, participantes da rede social, embora tenha encontrado maior efeito midiático na campanha de eleição de Donald Trump para a Presidência dos Estados Unidos, em 2016. A consequência desse processo é o desnudamento dos efeitos do relacionamento entre tecnologia e cidadãos que põe forma ao poder simbólico do *processo de aceleração dos rumos da história*. Embora os contornos apresentem-se, ainda, indefinidos, torna presente a noção de que se está diante do fenômeno da *reinvenção da privacidade e da identidade da pessoa, cada vez mais monetizada e digitalizada*. O tempo reajusta-se de forma a não mais expressar-se em horas e minutos, mas está, cada vez mais, associado à ideia de *real time*, o que apenas é verificável pela onipresença tecnológica.

A preocupação com a tutela do direito à privacidade, que é própria da contemporaneidade, inicia-se somente no final do século XIX (DONEDA, 2006, p.8) e reposiciona-se da dimensão de direito da personalidade para o âmbito dos direitos patrimoniais, paulatinamente, com digitalização da economia (PÉREZ LUÑO, 2012, p.121). A expressão *homem de cristal*<sup>43</sup> (PÉREZ LUÑO 1996, p.85), que se associa a ideia de

---

43 A expressão foi utilizada em sentença do Tribunal Constitucional Alemão, em 15/12/1983, na reclamação Constitucional, referente ao ato normativo da Lei do Censo. A referência é a uma figura humana criada em vidro, que foi o centro das atrações na Exposição Internacional de Higiene, em Dresden, em 1930. Disponível em: <[https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-663-09456-2\\_3#citeas](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-663-09456-2_3#citeas)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

ampla visibilidade a respeito das informações, interesses e dados que a pessoa disponibiliza e manifesta nos diferentes dispositivos e plataformas, representa essa realidade e atualidade. O contexto sugere que o armazenamento e compartilhamento de informações que compõe o *perfil pessoal* político, de consumo e das capacidades aquisitivas passaram a serem tarefas próprias dos novos negócios. Como efeito imediato, o problema do repasse não autorizado daquelas informações e dados a outras empresas do ramo tecnológico, sem o consentimento informado do usuário, nos leva a problematizar o grau e a variabilidade dos modos de violação de dados pessoais. O *Caso Cambridge Analytica* é singular, nesse sentido, por demonstrar a *outra face* das mencionadas possibilidades de violação, ante a inocorrência de um ciberataque. Serviu, de igual modo, para ressaltar a importância de uma autoridade nacional de proteção de dados com poderes de atuação efetivos, como veremos.

## 2. A Lei Brasileira de Proteção de Dados (LGPD) e o desafio da construção da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD): um quadro comparativo

Franchini (1996) e Amato (1997) destacavam, na década de noventa, o crescimento dos debates em torno das autoridades independentes, modelo de autoridade responsável pela supervisão da eficácia de regras de setores específicos, pautadas pela noção de neutralidade e imunidade às influências oriundas do poder político e do econômico. Tratava-se, no primeiro momento, da consolidação conceitual em torno dos critérios de qualificação de uma autoridade como independente; e, no segundo, da especificação funcional e estrutural – administrativa, financeira e jurídica –, por meio da qual a autoridade desempenharia suas funções.

Tendo como base o *Caso Cambridge Analytica*, pode-se dizer que o efeito do *Regulamento Europeu* é inspirador para a construção de um modelo de atuação repressiva e preventivo à violação de dados pessoais. Na Europa, devido ao vazamento de informações pelo *Facebook*, sanções foram impostas no âmbito administrativo, especialmente na Itália, na Espanha e no Reino Unido (SANDOVAL; COLOMÉ, 2018). A autoridade italiana de proteção de dados multou a *Facebook*

em 10 milhões de euros por divulgar dados de seus usuários para fins comerciais e sem informá-los. É a sanção mais expressiva imposta até agora ao gigante tecnológico. A Agência Espanhola de Proteção de Dados multou em 1,2 milhões de euros e, posteriormente (15 de setembro de 2018), em mais 300 mil euros, pela violação de 21 milhões de contas de usuários em solo Espanhol. Anteriormente, o *Facebook* havia sido multado no Reino Unido em 565 mil euros, sede da *Cambridge Analytica*, por publicizar contas de 1,08 milhões usuários. Assim, a condenação por usuário que teve seus dados lesados atingiu, na Itália, 46,72 euros, na Espanha, 0,07 euros e no Reino Unido a quantia de 0,56 euros, respectivamente. No Brasil, ainda não se tem um valor definitivo, já que o procedimento administrativo não está acabado, mas a condenação pode chegar a 4,96 euros, que convertido ao real, chega-se a aproximadamente a R\$20,00. No Brasil, diante da inexistência de uma ANPD até o momento, a Secretaria Nacional do Consumidor vai apurar a responsabilidade da empresa *Facebook* pela violação dos dados dos brasileiros, via processo administrativo, estimando que a sanção possa chegar a 9,7 milhões de reais, o equivalente a 2,2 milhões de euros pela violação.

No caso da proteção de dados, a *Diretiva 95/46/CE* preconizava o modelo de autoridade de proteção de dados totalmente independente, embora não tenha esclarecido o conteúdo da independência. O *Regulamento Europeu*, em contraste, expressamente estabeleceu as garantias de independência das autoridades de controle a serem observadas pelos países da União Europeia. Inovou, significativamente, ao trazer os princípios da proteção de dados desde a concepção (*privacy by design*) e por defeito (*privacy by default*), identificando a proposta do novo sistema com a *autorregulação*, própria da incorporação de ferramentas do direito anglo-saxão. Nessa linha mais vinculativa do Regulamento, as empresas, as organizações e o setor público, dessa forma, deverão configurar ou programar os produtos, serviços ou processos que utilizam sistemas informatizados de maneira a estabelecer o nível mais elevado de segurança da informação (segurança desde a concepção) e adotar medidas que prestigiem a *segurança por defeito*, no momento de eventual *ciberataque*, de modo a resguardar a proteção de dados pessoais. Vale dizer, constituem-se de medidas técnicas e administrativas que deverão

ser adotadas para efetivar a proteção dos dados pessoais, especialmente ações preventivas como função de dar eficácia à *responsabilidade proativa* (REIGADA, 2018). Além disso, prevê-se um modelo fluído de organização, em que as técnicas de proteção de dados devam ser atualizadas quando houver necessidade ou mutação tecnológica. Trata-se de um modelo que torna o responsável não somente um cumpridor de normas, mas também um agente pautado pela previdência e diligência, que anteveja o descumprimento de normas por meio de expedientes típicos da tradição do direito anglo-saxão, como o *accountability* e o *compliance* (REIGADA, 2016).

No entanto, de nada adianta ter a regulamentação, sem um órgão de controle central. No Brasil, a *Medida Provisória n.º 869*, de 27 de dezembro de 2018, recentemente transformada na Lei n.º 13.853, de 8 de julho de 2019, pelo Congresso Nacional, veio a suprir a lacuna de organização administrativa relativa ao vício formal que ensejou o veto da criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, presente na Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, Lei n.º 13.709/2018. Apesar de constituí-la, não se conferiu à autoridade brasileira as garantias estruturais e substanciais que caracterizam o modelo europeu consolidado pelo *Regulamento* em vigor. Cabe destacar, no entanto, que a autoridade brasileira é tratada como órgão central de interpretação e fiscalização do cumprimento da *LGPD* e torna-se a entidade responsável pela manutenção da *confiança* e *seriedade* do sistema brasileiro e, nesse sentido, a ausência de uma independência reforçada – com garantias institucionais firmes – tenderia a acarretar dificuldades de organização da tutela da proteção de dados no país (SCHERTEL; DONEDA, p. 45). Os elementos da *LGPD* podem ser reunidos em cinco temas:

(i) *A unidade e generalidade da aplicação da LGPD*. No tocante ao âmbito territorial de aplicação da *LGPD*, pode-se sustentar que este concentra-se na proteção de dados do cidadão, não distinguindo quem realiza o tratamento dos dados, seja do setor público ou privado. Dessa forma, abrange todo o fluxo de dados realizado na *internet*. O cidadão é o destinatário da proteção legal e as pessoas jurídicas estão excluídas de amparo legislativo. Outra exclusão ocorre nas hipóteses de segurança pública e defesa nacional.

(ii) *A legitimação para o tratamento de dados (situações de autorização).* Relativamente ao aspecto de legitimação para o tratamento dos dados tem-se hipóteses autorizativas para o tratamento de dados prevista no artigo 7.º, que elenca nove situações, que são permitidas. Assume relevância, nesse particular, o consentimento do titular dos dados, que na previsão do artigo 5.º, XII, da LGPD, deve ser livre, informado e com a finalidade específica ao tratamento. Nas hipóteses de dados sensíveis, o consentimento deve ser mais robusto, de forma específica e destacada.

(iii) *Princípios e direitos do titular.* O terceiro aspecto da lei é composto pelos princípios e direitos do titular. A Lei visa conferir garantias para que o cidadão possa defender seus direitos. Neste contexto, o princípio da finalidade na LGPD se funda na tradição europeia, que já havia desde o Convênio 108 do Conselho de Europa, prestigiando o livre acesso, qualidade, segurança e transparência da informação.

(iv) *Obrigações dos agentes de tratamento de dados.* A Lei estabelece preocupação com as possíveis situações de discriminação pelo uso dos dados pessoais. Os dados quando vazam indevidamente e provocam discriminação, violam o princípio da igualdade. O princípio da boa-fé encontra posição central no artigo 7.º, § 3.º, da LGPD. Para isso, dispôs sobre o tratamento, cujo acesso é público e deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público em sua disponibilização. Tal disposição é de extrema relevância, levando em conta o caráter de impessoalidade e massificação que atinge a difusão da informação na Internet. A lei institui práticas de prevenção e reparação, dentro do sistema de garantia ao usuário.

(v) *Responsabilização dos agentes.* O encarregado é a pessoa indicada para atuar como elo de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Cabe ao encarregado, aceitar reclamações e comunicações dos titulares pessoais tratados, receber as comunicações da autoridade nacional, orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais e tomar providências para a execução das demais atribuições determinadas pelas regulamentações. Não há, na Lei Geral de Proteção de Dados, uma especificação de qual qualificação é exigida para o desempenho da função. Nesse sentido, se presume que o modelo

de profissional que melhor perfaz a lógica da prevenção estabelecido em plano mundial (i) qualificação técnica na área de proteção de dados (cibersegurança) ou, preferencialmente, profissional com título, no mínimo, de bacharel em direito, para fazer a filtragem e a adequação às regulamentações estabelecidas pela ANPD; (ii) profissional que realize e comprove cursos contínuos de aperfeiçoamento profissional junto a ANPD, os quais poderão ser ofertados na modalidade à distância; (iii) ser comprovada algum tipo de experiência na área de proteção de dados antes de assumir a função na organização empresarial ou estatal, utilizando-se a referência de três anos exigida para os cargos públicos como a magistratura ou promotorias de justiça.

Nesse particular, na parte da segurança da informação a LGPD traz inovações importantes, do ponto de vista da prevenção ou reparação, a saber: (a) medidas que garantam a integridade e confidencialidade e a disponibilidade dos dados que são tratados; (b) em caso de vazamento de dados, surge a obrigação do controlador de comunicar à Agência de Proteção de Dados, que determinará as medidas a serem tomadas que pode ser a mitigação dos efeitos ou a difusão para sociedade; (c) a adoção de medidas desde a fase da concepção do produto ou serviço até a sua execução; (d) a realização de um relatório que dê conta dos possíveis riscos da atividade com vista a aumentar a segurança e diminuir os riscos do tratamento, que será repassado à Autoridade Nacional de Proteção de Dados. É importante para eficácia da medida que esta providência não seja algo formal, apenas para cumprir tarefa burocrática, mas que seja realizado com o intuito de preservar materialmente o direito à proteção de dados dos usuários envolvidos; e) a responsabilidade dos agentes pelos danos decorrentes do tratamento de dados, que poderão ser apuradas em razão do cargo do encarregado ou operador. E, por fim, há a previsão de excludentes de responsabilidade.

### 3. Proteção de Dados em tempos de crise do coronavírus

A proteção dos dados pessoais representa um limite à informação pública em rede. O direito como um todo e o direito administrativo, em particular, precisará rever posições diante da pandemia do novo co-

ronavírus, cotejados com a Inteligência Artificial, com vigorosa transparência das decisões algorítmicas (FREITAS, 2019).

A exposição constante e exagerada de pessoas nas redes sociais não é nova. É possível afirmar que a sociedade do espetáculo envolveu a mutação do direito à privacidade. As inúmeras informações e os fatos da vida são apresentados de tal maneira que possibilitam a paródia do velho aforismo latino: “Quem não está no *Facebook* ou no *instagram*, não está no mundo”. Nesse contexto, o risco de vazamento de informações pessoais é aumentado, devido à enorme capacidade de armazenamento e circulação dessas informações, agora sem limites territoriais.

Manuel Castells (2003) alerta sobre o perigo de exposição excessiva de pessoas nas redes sociais e chama atenção sobre programas de vigilância do governo. É categórico sustentar que a privacidade no mundo virtual acabou e que apenas subsiste na esfera privada do cidadão. Além disso, aponta para a fragilidade da segurança da rede. Apesar dos bilhões de dólares gastos em segurança eletrônica, tornou-se aparente que a segurança em uma rede só é razoável quando o link mais fraco é protegido. Ao entrar na rede, a qualquer momento, você pode atravessar seus nós com relativa facilidade.

Nesse sentido, tem-se a possibilidade de acesso rápido a funcionalidades, aplicativos e até mesmo cadastros de dados. Um exemplo disso é a utilização do denominado *QR-CODE* que, em síntese, funciona como um código de barras bidimensional que pode ser facilmente escaneado usando a maioria dos telefones celulares equipados com câmera. Esse código é convertido em texto, um endereço URI, um número de telefone, uma localização georreferenciada, um *e-mail* ou um contato ou um SMS, o que demonstra sobretudo, a facilidade de utilização da ferramenta, por qual, quer cidadão que tenha um telefone celular compatível e acesso à rede de internet.

O fenômeno informático revela a fragilidade do Estado em atuar e mostra a superação da territorialidade que marcou a estruturação do Estado-Nação (JELLINEK, 2005). Castells faz uma analogia com Bentham (FOUCAULT, 1987 e MENEZES NETO, 2018) atualizando o *panótico*, adicionando o nome de *panótico eletrônico* (CASTELLS, 2003, p. 148). Ele alerta que existe uma ameaça fundamental à liberdade sob o novo ambiente da espionagem global: a padronização

do comportamento cotidiano pelas normas dominantes da sociedade. A liberdade de expressão era a essência do direito à comunicação irrestrita, no momento em que a maioria das atividades diárias não era tornada pública. De fato, uma proporção significativa da vida cotidiana, incluindo trabalho, lazer, interação pessoal, ocorre na Internet. Especialmente no momento atual, onde mais de 1 milhão de pessoas já foram contaminadas pelo novo coronavírus.

A maior parte da atividade econômica, social e política é de fato um híbrido de interação física e *online*. Em muitos casos, eles estão entrelaçados. Nesse aspecto, em um ambiente global de pandemia, as ferramentas digitais são cada vez mais protagonistas nas relações jurídicas e sociais, como é o caso da utilização da *Telemedicina*, a qual trata, em resumo, do uso das modernas tecnologias da informação e telecomunicações para o fornecimento de informação e atenção médica a pacientes e outros profissionais de saúde situados em locais distantes; será muito utilizada no atual momento de pandemia. Nesse aspecto, a captura de dados médicos ou outras informações devem estar protegidas. Além disso, a utilização da *Webconferência*, que já vinha sendo globalmente explorada, será implementada rapidamente em todos os países em face da pandemia mundial, de modo que a gravação dos assuntos ali tratados pode virtualmente estar comprometida no aspecto da segurança e da proteção dos dados, ocasionando desdobramentos sem precedentes.

A intimidade que foi inicialmente concebida como parte integrante dos direitos da personalidade, com o exercício de novos perfis coletivos e sociais, hoje, é condicionada por eventos sociais. Dessa maneira, a privacidade corre o risco de ser sujeita a expressões idiomáticas e até às demandas do mercado. Por esse motivo, na sociedade da informação, do consumidor, e agora da pandemia, a privacidade frequentemente se tornou uma mercadoria cujo valor é calculado em termos da lei da oferta e demanda. Nessas ocasiões, a privacidade de cada um vale o que os outros, principalmente a mídia, estão dispostos a pagar para publicizar (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 120).

Em uma breve síntese, segundo Pérez Luño, a metamorfose do direito à privacidade trouxe mudanças importantes. Ele mudou da esfera interna - o direito de ficar sozinho - para uma perspectiva social e co-

letiva, do status de membro do direito da personalidade, passando para o direito de propriedade –, porque integra a perspectiva de negociação para muitas pessoas, na condição de que o maior de idade, subsistindo apenas para crianças e adolescentes.

A reinvenção da privacidade é como Stefano Rodotà (2014, p. 293) é chamado fenômeno atual, enquanto a construção da identidade é realizada em condições de crescente dependência externa. Nesta perspectiva, a liberdade de expressão assume um novo significado como elemento essencial da pessoa e de sua situação na sociedade, com a disseminação do coronavírus pelo mundo e a necessidade de isolamento social. Isso modifica o relacionamento entre a esfera pública e privada e a própria noção de privacidade, convergidas com a captura e armazenamento de dados por meio das ferramentas tecnológicas que passarão a ser disponibilizadas ou cada vez mais acessadas. A noção de cidadania é reforçada com outros poderes que caracterizam a cidadania do novo milênio, a partir da constitucionalização dos direitos humanos e o respeito à proteção dos dados pessoais.

Quando são consideradas as questões levantadas pela inovação tecnológica, ocorre o chamado *tsunami digital* (RODOTÀ, 2014, p. 298). Como consequência dessa transformação, os critérios de segurança pública e de saúde pública se tornam critérios de referência exclusivos. Isso significa que as pessoas são cada vez mais transparentes e os órgãos públicos são mais afastados do controle jurídico e político, causando uma nova distribuição de poderes políticos e sociais. O chamado *tsunami digital* pode ser considerado de outros pontos de vista, começando pela identidade. Nesta perspectiva, o direito de acesso aos dados representa um forte aliado, em termos de proteção legal, que permite manter o controle sobre as informações em si, independentemente do sujeito que as administra, do local onde estão localizadas e das modalidades do seu uso de participação, bem como do atual momento de pandemia. É direito fundamental à construção da identidade, pois confere poder ao cancelamento nos seguintes casos: dados falsos, coletados ilegalmente, mantidos bem além do tempo esperado, imprecisos ou com necessidade de complementação. Exemplo disso é a atuação dos bancos. O fluxo de papéis e documentos físicos na movimentação bancária foi substituído por dados armazenados e manipulados em sis-

temas eletrônicos, baseados nas tecnologias de informação e comunicação. Tais tecnologias desempenham importante papel na nova configuração das relações sociais, econômicas e jurídicas, principalmente no contexto pandêmico, servindo tanto como suporte à comunicação e transferência de informação quanto às tecnologias inter-relacionadas.

Percebe-se, portanto, que a pandemia do novo coronavírus potencializará a utilização de ferramentas tecnológicas, o que torna necessário a atenção redobrada no controle e na proteção das informações dos cidadãos, especialmente com a necessidade de criação de uma Autoridade Nacional (BRASIL, 2019), o que representará um importante passo rumo à proteção de dados no território brasileiro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse sentido, dois traços podem ser identificados na estruturação dos novos diplomas reguladores, especialmente em matéria de proteção de dados e da privacidade: (i) a valorização dos princípios como instrumentos de vinculação e estruturação dos sistemas protetivos e (ii) a construção de organizações baseadas na prevenção do dano e a orientação de um sistema de normas para fortalecer a responsabilidade (princípio da responsabilidade proativa) dos agentes. Muda-se, portanto, a lógica de um sistema de regulação baseado na reatividade e na sanção, para se apostar na responsabilidade preventiva dos envolvidos na cadeia de proteção dos direitos da pessoa (no caso de estudo, os dados pessoais).

O continente europeu possui meio século de cultura de proteção jurídica e proteção de dados, que vem em uma construção progressiva e crescente, seja por agências independentes, que implementam os direitos trazidos pela legislação, pelas diretivas comunitárias e, agora, pelo regulamento, que visa a prevenção e transparência no ambiente da empresa, através do qual passa o fluxo de dados pessoais. Dessa forma, a tradição de proteção de dados conferida ao usuário cidadão no sistema jurídico europeu é obviamente mais robusta que no Brasil, onde a LGPD foi publicada recentemente, iniciando essa trajetória.

Como resultado dos escândalos de apropriação indevida dos dados dos usuários do *Facebook*, foi fornecida uma ferramenta para permitir

a visualização dos dados armazenados na posse da rede social virtual, uma vez que o arquivo contém dados que haviam sido previamente excluídos pelo usuário. A Comissão Europeia decidiu que as condições para o uso dos dados são mais explícitas e transparentes, as mudanças unilaterais da empresa são restritas e que o uso dos dados, após a exclusão pelo usuário, é mais restrito.

As indenizações imputadas pelas Agências Administrativas Independentes baseiam-se na lei anterior dos países europeus, uma vez que o chamado escândalo no *Facebook* era praticamente concomitante com a entrada em vigor do RGPD. A compensação infligida no *Facebook*, nos diferentes países, não possui critério de proporcionalidade em relação ao número de usuários afetados, variando de 0,07 (Espanha) a 46,72 euros (Itália), deixando o Reino Unido em uma posição intermediária 0,56 euros, entre os países estudados. O Brasil concluiu recentemente o procedimento administrativo que apontou para o vazamento de dados, juntamente com a Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor, que pertence à estrutura administrativa do Ministério da Justiça.

A LGPD é tímida quando comparada ao RGPD, mas representa um passo inicial importante para a proteção de dados, pois dá a ideia de que os dados têm valor na sociedade da informação. A proteção legal concedida pela LGPD é um projeto inacabado, por pelo menos duas razões fortes, atingindo os danos internos (aumento da judicialização) e internacionais (danos relacionados às relações comerciais das empresas brasileiras que buscam negociar com empresas europeias, pois o país não apresenta confiabilidade, na proteção de dados) considerando o veto à Agência de Proteção de Dados. O Estado, atualmente, não responde pela regulação e controle da violação de direitos em geral e, em particular, pela proteção de dados, necessitando promover técnicas nas quais haja preocupação com a prevenção no sistema da empresa. Portanto, os vetores de transparência e responsabilidade proativa trazidos pelo LGPD são importantes.

Assim, a legislação europeia e brasileira inova ao estabelecer comportamentos preventivos (responsabilidade proativa) no campo das empresas, incentivando a transparência e as ferramentas para proteger os dados dos usuários, uma vez que é impossível, dada a velocidade

da transmissão de informações, apostar apenas no aspecto repressivo, principalmente porque na sociedade da informação a internet é a nova metáfora da globalização (RODOTÀ, 2014: p.31).

## Bibliografia

AMATO, Giuliano. Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, n. 3, p.645-664, jul./set., 1997.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Câmara aprova MP que recria órgão para proteção de dados pessoais (ANPD)*. 28/05/2019. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/COMUNICACAO/577275-CAMARA-APROVA-MP-QUE-RE-CRIA-ORGAO-PARA-PROTECAO-DE-DADOS-PES-SOIS.html>>. Acesso em: 20 ago. 2019

CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CADWALLARD, Carole; GRAHAM-HARRISON, Emma. Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach. *The Guardian*. [S.L.]. 27 de mar. 2018. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>>. Acesso em 4 de abr. 2020.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANCHINI, Claudio. Mito e realtà delle autorità indipendenti. *Impresa e Stato*, n. 35, p. 29-35, 1996.

FREITAS, Juarez. Direito Administrativo e Inteligência Artificial. *Revista Interesse Público*. Ano 21, nº 114, p. 15/29, mar/abr 2019.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. 2. ed. [reimpr. de la segunda edición alemana (1905) editada por el Editorial Albatros en el año 1954], Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2005.

- MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 469-483, 2018.
- MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, José Luis Bolzan de. Análises computacionais preditivas como um novo biopoder: modificações do tempo na sociedade dos sensores. *Revista Novos Estudos Jurídicos NEJ*. 2018, v. 24, n. 3, p. 1129-1154.
- NORA, Simon *et al.* *Informe Nora Minc: la informatización en la sociedad*. Madrid, Colección Popular, 1982.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Editorial Tecnos, 2018.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Manual de Informática y Derecho*. Barcelona: Ed. Ariel, 1ª ed, 1996.
- REIGADA, Antonio Troncoso. Autoridades de control independientes. In: PIÑAR MAÑAS, José Luis; GAYO, Miguel Recio; CARO, María Álvarez (Org.). *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*. Madrid: Editora Reus, 2016.
- RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Madrid, Trotta, 2014.
- SANDOVAL, Pablo Ximénez de; COLOMÉ; Jordi Pérez. Facebook revela que deixou desprotegidos os dados de 50 milhões de clientes. *El País*. 28 set. 2018. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/28/tecnologia/1538153776\\_573711.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/28/tecnologia/1538153776_573711.html)>. Acesso em: 08 abr. 2019.

# RESUMOS



# PLANIFICAÇÃO DEMOCRÁTICA E JUSTIÇA SOCIAL EM KARL MANNHEIM

*Matheus Guimarães de Barros*

O presente trabalho vislumbra discutir a interpretação do sociólogo alemão Karl Mannheim (1893-1947) acerca dos problemas do princípio liberal do *laissez-faire* quando aplicado a uma época moderna de sociedade de massas. Mannheim, assim como fizeram teóricos críticos da Escola de Frankfurt, questionou o entusiasmo ilimitado no progresso humano através da técnica, dogma fundamental na ordem liberal. Para rebater tal entusiasmo, bastaria pensar, dizia o autor, em aviões liberando bombas. Segundo Mannheim, o fato de aviadores lançarem bombas é representativo de um desenvolvimento desproporcional das faculdades humanas, haja vista que o avanço do domínio técnico moderno sobre a natureza estaria muito maior que o do poder moral do homem e de seu conhecimento da ordem e governo social. Esse fenômeno culminaria no perigo de desintegração de indivíduos e grupos sociais inteiros: guerras. Vale lembrar que Mannheim escreveu em época de conflitos armados. Seu “Diagnóstico de nosso tempo”, por exemplo, foi redigido durante a Segunda Guerra Mundial. A fim de que a ordem social não caísse em completa ruína, o desenvolvimento técnico precisaria caminhar lado a lado com o domínio racional da sociedade e o domínio do indivíduo sobre seus próprios impulsos. Acontece que a sociedade de massas industrializada era, para Mannheim, contraditória. Por ser massificada, favorecia um grande núme-

ro de impulsos e sugestões irracionais, como bem captado por Gustave Le Bon (1841-1931), gerando uma acumulação de energias psíquicas não depuradas que, a todo instante, ameaçavam romper o sutil mecanismo da vida social. Ao mesmo tempo, por ser industrial, pautava-se na racionalidade funcional, calculabilidade que, em última instância, depende de toda uma série de inibições e renúncias a satisfações impulsivas. Posto isso, onde se daria o escape da irracionalidade? Onde ela convulsionaria? Para Mannheim, na esfera da política em forma de violência. É a violência a grande mobilizadora das massas que, cada vez mais, adentravam na esfera da política, onde deveria preponderar a direção racional. Mannheim denominou esse contexto de democratização negativa. O diagnóstico de Mannheim revelou, portanto, que a democracia liberal não era compatível com uma sociedade massificada. Por isso o momento era de transição: de passagem do *laissez-faire* para uma sociedade planificada. Ou seja, o planejamento social, a planificação (ideia de Estado interventor e tomada de decisões pelo centro; de domínio racional do irracional), surgiria inevitavelmente. As próprias técnicas sociais que se desenhavam na sociedade industrial moderna expressavam o desejo humano de controlar, não apenas seu meio, mas também, através deste, a própria mente humana. Por técnicas sociais, Mannheim entendia um conjunto de métodos que visam a influenciar o comportamento dos homens e que, quando em posse do Governo, atuam como instrumentos especialmente poderosos de controle social. Tais técnicas, nesse sentido, permitiriam amplo controle pelo centro; o que levou Mannheim a compreender que a mudança do governo democrático para sistemas totalitários se deu não tanto em razão das mudanças nas ideias dos homens quanto às mudanças das técnicas sociais. Contudo, é preciso frisar: tratam-se de técnicas e, como tais, não são boas ou más em si mesmas. Tudo depende, na realidade, do uso que delas se faz em função da vontade e inteligência humanas. Conforme Mannheim, se essas técnicas fossem deixadas entregues a si mesmas, ou seja, evoluindo desprotegidas, conduziriam à ditadura. Se, pelo contrário, servissem a um bom propósito, e continuamente refreadas, se não subjugassem o homem, mas fossem por este subjugadas, culminariam nas mais incríveis realizações da humanidade. Técnicas desregulamentadas, túbias, levariam à escravização do homem, ao passo que as téc-

nicas bem consideradas promoveriam um nível mais alto de liberdade. Eis a grande questão: tendo em vista a inevitabilidade da planificação, a preocupação central resumir-se-ia em evitar que ela viesse sob a forma ditatorial, seja à direita (fascismo), seja à esquerda. Mannheim pretendia um meio termo entre o liberalismo do *laissez-faire* e a ditadura; entre indeterminação absoluta dos objetivos sociais e a imposição ditatorial de um sistema de dogmas fechados que, frequentemente, representavam tão somente ideologias espúrias do ditador, ou de alguns intelectuais semicultos que os seguem. Essa justa medida foi encontrada numa planificação que criasse e preservasse margem de liberdade e autodeterminação dentro da estrutura do plano: um planejamento democrático. O planificador, para Mannheim, não deveria intervir em tudo incessantemente. Aliás, ele poderia e necessitaria decidir onde parar. Ademais, ao colocar ordem no caos das instituições liberais, a planificação resultaria em mais liberdade, só que com uma nova aceção: enquanto possibilidade de controlar os efeitos do meio social, antes incontroláveis e, por isso, extremamente problemáticos. A partir de então, pensar-se-ia numa liberdade coletiva, do grupo. Destaca-se que o advento da liberdade planificada não implicaria na abolição de formas anteriores de liberdade (de movimento, expressão, de capricho e tolerância, etc.). Muito pelo contrário, elas seriam incentivadas. Pensando na liberdade de discussão intelectual, a título exemplificativo, Mannheim defendia apoio financeiro robusto para pesquisas, uma vez que a troca livre de opiniões seria garantia do progresso social. Em termos de liberdade, o sociólogo criticava a sociedade liberal capitalista. Para ele, neste tipo de sociedade as “liberdades” só existiriam para os ricos, enquanto os pobres seriam forçados a se submeterem à pressão das circunstâncias. Como falar num “trabalhador livre”? “Livre” para escolher entre vender o seu trabalho num mercado “livre” ou abandonar a luta e morrer de fome? Além disso, que utilidade teria a liberdade de ensino e aprendizado para um miserável que sequer dispõe dos meios e do tempo para alcançar a educação necessária? Que utilidade teria a liberdade de escolher uma filosofia de vida, formar opiniões, numa sociedade que cria insegurança, ansiedade, neurose, impedindo a tomada de decisões judiciosas e racionais? O velho ideal de liberdade só seria concretizado, para Mannheim, mediante a técnica de planificar

para libertar. Isso, todavia, só funcionaria perfeitamente através da abolição das diferenças mais gritantes de riqueza e oportunidades. Seria preciso justiça social; podendo esta ser obtida pelos meios de reforma existentes: tributação, controle de investimentos, obras públicas e ampliação radical dos serviços sociais. Para finalizar, frise-se: Mannheim defendeu a impossibilidade de qualquer acordo entre o liberalismo do *laissez-faire* e a planificação, ao passo que a planificação e a democracia não seriam apenas compatíveis, como mesmo complementares.

## REFERÊNCIAS

MANNHEIM, Karl. **Diagnóstico de nosso tempo**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973.

MANNHEIM, Karl. **Liberdade, poder e planificação democrática**. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1972.

MANNHEIM, Karl. **O homem e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1962.

# O SUJEITO COMO OBJETO DAS POLÍTICAS ESTATAIS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

*Ariane Trevisan Fiori Davidovich*

Pensar o sujeito e o Direito suscitam inúmeras discussões, em especial quando vinculado aos direitos humanos. Diante dos avanços tecnológicos, cada vez mais se impõe a necessidade de reflexões críticas sobre a proteção desses direitos, uma vez que, por exemplo, a utilização do corpo humano pelo Direito tem aumentado a cada dia na atualidade. O tratamento do corpo é o reflexo da sociedade, das políticas, das crenças, das ideologias e das diferentes subjetividades. Com a modernidade, o corpo humano passou a fazer parte das políticas estatais, tornando-se o núcleo principal das democracias ocidentais. Através da evolução das ciências, em especial da medicina, percebe-se a exigência dos corpos para diversas finalidades. Uma das técnicas corporais que mais causam inquietações é a medida de intervenção corporal no processo penal. Esta representa a utilização do corpo para fins processuais, em especial no que tange a atividade probatória. A importância do estudo dessas intervenções demonstra-se na sua utilização de maneira desenfreada e desregrada num discurso simbólico de ‘punição dos culpados’. Aparecem como uma técnica inquisitiva mais refinada, limitando e até esvaziando os direitos dos cidadãos. Os desafios de combater a criminalidade na sociedade pós-moderna se relaciona com o enfrentamento da sociedade do medo e os instrumentos jurídicos de exceção que são utilizados por esta.

As sociedades democráticas atuais passam por um momento histórico-político complexo e de difícil solução. A proliferação de novas formas de criminalidade, o aumento do número de grupos humanos que fogem de seu hogar por questões trágicas com a guerra, a fome, entre outras, e a total ineficiência do Estado em controlar e gerir estes desafios, resulta em uma desestabilização das relações sociais, aumentando o sentimento de insegurança e o desejo pela exclusão dos sujeitos considerados “indesejáveis” para a manutenção da ordem e da paz social. Atualmente, a sociedade vive a erosão do Direito Penal clássico e por isso a importância de refletir sobre o tema e pensar em novas formas de justiça. O endurecimento de regras e aumento da penalização para coibir crimes, já se mostrou ineficiente. Pensar em medidas alternativas, como a justiça restaurativa, por exemplo, poderá ser um novo caminho para a diminuição da criminalidade e a verdadeira reinserção social. E, dessa maneira, concretizar o acesso à justiça para todos e efetivas consequências/benefícios sociais para o agente infrator e para toda sociedade, reinserindo-o no convívio social e evitando a reincidência. No entanto, o que tem ocorrido, sobretudo na América Latina, é o inverso. Utilizando das ideias de Foucault (FOUCAULT, 2005, p. 56-68), pode-se sustentar que o poder está nas relações sociais, num enfrentamento de forças de dominação e sujeição. A modernidade possui mecanismos de poder próprios de seu contexto histórico, marcada por uma matriz biopolítica cujos dispositivos disciplinares do corpo humano e regulamentadores da população exercem um controle sobre a vida dos seres humanos. É uma transformação que passa do poder soberano preocupado com a propriedade, para uma proteção e garantia da qualidade de vida da população. A norma passa a exercer um controle sobre as individualidades numa proporção que alcança todo o tecido social. A medicalização sem precedentes passa a ser a responsável pela ingerência do corpo em diversos níveis da sociedade. O homem é o centro das políticas estatais em que o lema, diferente do poder soberano clássico, passa a ser o “fazer viver” e o “deixar morrer”. A radicalização da biopolítica, na contemporaneidade, é um controle da vida de uma tal forma que a reduz a uma simples vida biológica de qualquer vivente (homens, animais). O exercício do poder estatal passa a ser um poder

de vida e de morte, reeditando uma soberania totalitária disfarçada no ceio das democracias. Giorgio Agamben (AGAMBEN, 2004, p. 96-130), apropriando-se dos ensinamentos de Foucault, evidencia esta radicalidade e a chama de tanatopolítica, demonstrando a face mortífera dos governos atuais. Parece indiscutível que a relação do corpo/sujeito na contemporaneidade tenha se modificado, sendo que as políticas das democracias ocidentais justificam suas estratégias restritivas de direitos na proteção e segurança da sociedade. A situação criada é a de exceção constante. Diante do exposto, o presente resumo tem o intuito de propor um diálogo sobre estas questões urgentes que envolvem diversos saberes e com consequências para toda a sociedade. No Brasil, novas normas sobre as intervenções corporais, por exemplo, são criadas no sentido de confirmar esse discurso de exceção, de exclusão e afastando-se de métodos pacíficos de solução de conflitos em que se poderia dar mais protagonismos às partes e fomentar a cultura da paz. O que se faz é o contrário, contribui-se para o sentimento de ódio. O uso dessas medidas, no contexto atual, implica numa situação de total restrição dos direitos fundamentais, legitimado por um discurso de proteção dos próprios direitos. É a lógica de que os fins justificam os meios. A biopolítica sofreu transformações que deslocaram e radicalizaram o lema de “fazer viver” e “deixar morrer”, para “fazer morrer” e “deixar viver”. Um paradoxo que há na proteção extremada da vida e a face mortífera que levou os governos a partir do século XX a produzirem políticas totalitárias disfarçadas e legitimadas pelo discurso da proteção. Assim, os direitos mais essenciais para os seres humanos são minimizados e restringidos na justificativa de proteção desses próprios direitos. Importante, por esta razão, o diálogo sobre o tema para uma efetiva mudança que contribua para a paz e a justiça.

## REFERENCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. São Paulo: Boitempo, 2004.
- \_\_\_\_\_. Homo sacer. O poder soberano. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. 21 ed. São Paulo: Graal, 2005.

\_\_\_\_\_. Em defesa da sociedade. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. História da sexualidade I : a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

\_\_\_\_\_. O Nascimento da biopolítica. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BELLOSO MARTÍN, Núria. “El paradigma conflictivo de la penalidad la respuesta restaurativa para la delincuencia”. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. n. 20, Burgos: Univrirsidad de Burgos, 2010.

# PODER JUDICIÁRIO, JUSTIÇA E FUNÇÕES ESSENCIAIS: PREVISÃO CONSTITUCIONAL, REALIDADE NORMATIVA E EXPECTATIVAS PARA O ESTADO E A SOCIEDADE BRASILEIRA

*Adriano Moura da Fonseca Pinto*

*Marcelo Pereira de Almeida*

*Ubirajara da Fonseca Neto*

A menção às atividades de juízes e tribunais como atividade de poder e função inerentes aos estados de direito, democráticos ou não, por si só trás a imagem de justiça, independente de sua real forma ou conteúdo material. Partindo da referência brasileira, qual seja a carta constitucional originária de 1988, movimentos reformadores derivados e outros câmbios normativos infraconstitucionais, afirma-se que o Poder Judiciário é ainda o grande motor e mentor do aparato público e privado posto em funcionamento em prol da busca pela Justiça, enquanto entrega de proteção jurídica preventiva e ativa de um desejável equilíbrio social de convívio entre pessoas naturais e jurídicas de direito público e privado.

Tal afirmação tem guarida legal, doutrinária e jurisprudencial fundada no próprio texto da CRFB 88 desde seu preâmbulo, passando pelos princípios, direitos e garantias fundamentais organização dos poderes do estado e, logo seguida, das funções que considera essenciais

ao funcionamento da justiça a saber: o Ministério Público, a Advocacia Pública e Privada e a Defensoria Pública.

Para o modelo estatal brasileiro, o alcance da Justiça é visceralmente dependente da estrutura judiciária e dos órgãos que realizam as tais funções essenciais, mesmo após os inúmeros movimentos reformadores da constituição e da legislação infraconstitucional em prol dos chamados métodos alternativos ou mais adequados às decisões substitutivas da função jurisdicional em determinados conflitos principalmente após a Emenda 45/2004.

O Poder Judiciário, a partir de então e mais ainda fortalecido com o Conselho Nacional de Justiça, busca, a sua ótica, melhorar e administrar o funcionamento e produção da justiça conforme previsão constitucional, ratificando a centralidade de espaços de juízes e tribunais, promotores, procuradores, defensores e demais advogados públicos e privados, mantendo-se a mesma estrutura e funcionalidades das chamadas funções essenciais previstas constitucionalmente.

Ao mesmo tempo, nota-se um movimento crescente do mesmo Conselho Nacional de Justiça, de atuação parlamentar e outros tantos espaços privados da sociedade civil como um todo em prol da valorização e ampliação da mediação enquanto instrumento a diminuir quantitativamente o número de milhões de processos em todos os órgãos do Poder Judiciário no Brasil e, com isso, proporcionar uma salvadora onda de justiça aos jurisdicionados de fato e de direito.

Pois é justamente com base no quadro acima que o presente resumo apresenta a provocação de um trabalho de investigação que busca questionar a manutenção da centralidade do Poder Judiciário brasileiro e das atuais funções essenciais constitucionalmente previstas para o funcionamento (acesso e entrega) de justiça no estado e sociedade brasileira da atualidade.

É realmente adequado e eficaz a busca de meios mais adequados de solução de certos conflitos, contando com variáveis do comportamento colaborativo, de autonomia e arbítrio humano em decidir direitos e obrigações em espaços tradicionalmente destinados ao duelo do contencioso, da melhor performance profissional dos titulares da capacidade postulatória, bem como de uma decisão judicial substitutiva, da qual em determinado momento prevalece o

famoso transito e julgado e cumpra-se, seja no abstrato ou no caso concreto ?

E como corolário, as funções essenciais hoje constitucionalmente previstas estão estrutural e humanamente preparadas para atuar com este outro referencial de produção de justiça baseada na consensualidade alheira e não necessariamente na fiscalização do interesse público, do erário público, do cliente privado e assistido economicamente hipossuficiente?

É oportuno frisar que não se investiga e questiona aqui tema intrínseco apenas à solução consensual, dentro ou fora do instituto do processo, mas sim a real possibilidade de justiça fora da jurisdição, por meio principalmente das atividades e práticas inerentes à conciliação e mediação, ainda que o espírito da provocação sirva também para a necessária e desejável maioria à Arbitragem de modo a ganhar efetiva e real equivalência à Jurisdição.

Trata-se de questionamento a respeito da descentralização formal e material dos espaços públicos dos palácios de justiça para espaços geridos pela sociedade civil e desejável emergência de carreiras já existentes, tais como os conciliadores, mediadores e árbitros ao nível de funções essenciais à justiça na atualidade. É, na verdade, uma provocação e proposta de adequação de espaços novos, contemporâneos de acesso e entrega de justiça, como predomínio da consensualidade e possível opção, com toda estruturação e garantia pela arbitragem se for o caso.

Qual a razão de não se ter a mediação, conciliação e arbitragem como funções emergentes e autônomas para o funcionamento da Justiça e da vida social em geral? A proposta central de revisão da centralidade do Judiciário a das funções essenciais não passa pela demanda necessária de extinção de carreiras ou espaços públicos e privados de atuação, mas sim de ajuste e adequação ao mundo atual, já em nova era tecnológica, com a quebra de paradigmas diversos no campo humano, social, político e econômico.

A materialidade diversa dos conflitos e soluções sociais, individuais e coletivos e o aumento da atividade humana no campo do livre exercício do pensamento e autonomia da vontade no direito de avaliar, pensar agir e não agir, por si só deveria despertar a necessidade de revisão do papel e modo de atuação dos estados não só nos

modelos econômicos, mas também no campo do bem estar social e cultura da paz.

## Referências:

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *A tutela coletiva e o fenômeno do acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A Mediação no Novo Código de Processo Civil*. (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Sistemas de resolución de conflictos: formas heterocompositivas y autocompositivas” en *Estudios sobre Mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León*, Valladolid: Indipress, 2006

we can't process your request right now.</p></div><div style="margin-left: 4em;">&#x2013; See &#x2013;<a href="https://support.google.com/websearch/answer/86640">&#x2013; Google Help</a> for more information.<br/><br/></div><div style="text-align: center; border-top: 1px solid #dfdfdf;">&#x2013; <a href="https://www.google.com">&#x2013; Google Home</a></div></body></html></location><subtitle>Estudios sobre Mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León</subtitle><title>Sistemas de resolución de conflictos: formas heterocompositivas y autocompositivas</title><uuid>EBA71693-95C8-4E22-8484-93E-B37CEE107</uuid><subtype>-1000</subtype><publisher>Indipress</publisher><type>-1000</type><place>Valladolid</place><publication\_date>99200600001200000000200000</publication\_date><authors><author><firstName>Nuria</firstName><lastName>Belloso Martín</lastName></author></authors></publication></publications><cites></cites></citation>

BELLOSO MARTÍN, Nuria. “En busca de unos ciudadanos deliberantes. Deliberando sobre la democracia deliberativa” In *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*. 2008, n. IX.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

- DIDIER JR, Fredie. Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida. 2ª.ed. Editora Jus Podium. Salvador, 2013.
- FARIÑA, Francisca, ROSALES, Manuel, ROLAN, Kátia, VÁRQUEZ, Maria José. (coord.) *Construcción de la Paz a través de la Mediación: Conocimientos y Práctica de una Metodología*. Pontevedra: CUEMYC, 2018.
- GOMÉZ, Francisco Javier Gorjón. *Mediación, Su Valor Intangible y Efectos Operativos. Una visión integradora de los métodos alternos de solución de conflictos*. Ciudad del México: Tirant lo blanch, 2017.
- GOMÉZ, Francisco Javier Gorjón, Salazar, Teresa Sandoval Rubinia. “Los operadores jurídicos como impulsores del conocimiento, la influencia, el bienestar social y la accesibilidad procesal de la mediación familiar en sede judicial” in Revista Juris Poiesis – Rio de Janeiro. Vol.21–nº27, pg 01-24. 2018.
- LUHMANN, Niklas. *A posição dos tribunais no sistema jurídico*. Porto Alegre: Revista da AJURIS, 1990, nº 44.
- MARTIN, Nuria Belloso. “[ et. al ]. *Para que Algo Cambie en la Teoría Jurídica*. Burgos: Universidad de Burgos, 1999.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: BARBOSA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2004, Oitava Série.
- NETO, José Cichocki Neto. *Limitações ao Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá. 2009.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- VIANNA, Luiz Werneck. [e. al]. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 5ª ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trota, 2003.

# VOZES ESCUTADAS OU JOGO DE CENA: AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E SUAS REPRESENTAÇÕES NOS VOTOS DE (DES)CONSTRUÇÃO DO CASO QUILOMBOLA.

*Rosana Júlia Binda*

A questão quilombola tem sido a menina dos olhos de muitos estudos, alcançando o discurso de alguns estudiosos constitucionalistas e humanistas. Todavia, seu enfrentamento tem sido normalmente teórico e indireto, sendo essa a inquietação que move o presente estudo.

O desenvolvimento do presente estudo surgiu em observações adquiridas pela convivência de quinze anos com as comunidades quilombolas do município de Conceição da Barra, no extremo Norte do Estado do Espírito Santo, bem como, com as pesquisas realizadas para o mestrado.

A partir de então, surgiram reflexões sobre os diversos grupos formadores do processo de construção da questão quilombola e os discursos em disputa para criar definições, estabelecer critérios e os direitos inerentes a esta categoria.

Além das inquietações que já existiam, a oportunidade de transformá-las em estudo e contribuir para um novo olhar, diferente de tudo que realmente aconteceu nos séculos da escravidão, aflorou com as leituras e discussões proporcionadas pelo Programa de Doutorado da Universidade Estácio de Sá. Porém, a definição dos parâmetros para a pesquisa, restou definida com as contribuições advindas da partici-

pação no Curso de Formação Universitária, “Diálogos com Iberoamérica: Derechos Humanos e Interculturalidad”, na Universidad de Burgos, Espanha, em 2019.

Mediante as discussões proporcionadas neste curso, construiu-se a moldura do estudo a ser desenvolvido dentro da linha de pesquisa de acesso à justiça e efetividade do processo, apresentando como tema a relevância do *amicus curiae*, cuja delimitação envolverá a problematização da questão quilombola, na análise do discurso dos votos dos ministros no cenário constitucional brasileiro, a partir do julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3239 pelo Supremo Tribunal Federal.

Conforme afirma Amanda Jorge (2016, p.27), as “reflexões sobre as desigualdades raciais se apresentam como um grande desafio no que diz respeito ao debate sobre a construção dos direitos sociais, para a origem negra no Brasil”. E foi assim, andando pelos matos e ouvindo histórias da boca dos “pretos velhos”, alguns com mais de cem anos, sobre os escravos e muitos “causos” da valentia e lutas de negros guerreiros em busca de libertação de seu povo, que surgiu a percepção pelo silêncio que ainda persiste a estas vozes. A partir de então, surgiram outras reflexões sobre a categoria social reconhecida como “quilombola”, sobre o fato de que esta categoria pode estar sendo construída sem a participação dos seus integrantes, por meio de discursos externos.

Contudo, antes de apresentar o objeto de estudo, faz-se necessário contextualizar no tempo e no espaço, o lugar e o sujeito protagonistas dessa história. A região acima citada (o que outrora se chamou de Sapé do Norte, os sertões de São Mateus e Conceição da Barra), pode ser definida como uma região historicamente marcada pela economia escravista e latifundiária voltada à produção de mercadorias. A região é marcada por uma enorme concentração de comunidades quilombolas, rurais e urbanas que vivem em luta por reconhecimento, o que, em muito, contribuiu para o despertar da “importância do movimento, em me permitir deslocar do meu lugar de conforto e que me é familiar para ir ao do outro que me é estranho” (ALMEIDA, 2014, p.34).

Por três séculos e meio, esta sociedade foi regida pela produção escravista colonial, impondo duríssimas condições de existência aos trabalhadores escravizados, primeiro os indígenas, a seguir africanos

e afrodescendentes, que com o fim da escravidão refugiaram-se em pequenas comunidades rurais em meio à mata. Com o tempo, a população dessas comunidades desenvolveu seu próprio modo de vida, na tentativa de (re)construir sua identidade no espaço social que lhes foi permitido, por meio da preservação da sua cultura e da escassa relação com o mundo, constituindo assim, os antigos quilombos.

Contudo, o presente estudo não busca revirar a história dos negros desta ou de outra região, a fim de conhecer uma verdade esquecida ou apagada. Pretende-se, portanto, agregar experiências conquistadas ao longo de uma década e meia de convivência com as comunidades quilombolas, para aprofundar a análise da construção da categoria social quilombola, mais precisamente a análise dos discursos oficiais, das instituições governamentais, na construção ou ressignificação dessa parcela da sociedade, a fim de analisar a participação no processo de identidade, reconhecimento e memória em suas vozes.

O estudo apresenta como ponto de partida, a Constituição de 1988, e a partir de então, as discussões que permeiam o tratamento da questão quilombola, em vista do que foi proposto pelo artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Dadas as imprecisões que se formaram a partir do texto constitucional, outras lutas se estabeleceram, a fim de garantir, conforme Figueiredo (2008), a extensão da interpretação quanto aos sujeitos de tais direitos. Dessa forma, surgiu a luta por reconhecimento dos tais “remanescentes das comunidades de quilombos”.

A partir de então, percebe-se a movimentação política de vários grupos com a finalidade de interpretar as fragilidades dispostas pelo texto constitucional, como por exemplo, a edição do Decreto nº 4.887/2003, com a finalidade de estabelecer novas medidas para o processo de identificação, delimitação e titulação das terras “quilombolas”, bem como, definir as responsabilidades dos diferentes órgãos envolvidos.

No entanto, este processo encontrou resistência, sob a alegação do surgimento de uma ‘identidade forjada’ e utilitariamente elaborada, segundo Amanda Jorge (2016, p.17), em vista disso, em 2004, o Partido da Frente Liberal (atual DEMOCRATAS) propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do Decreto nº 4.887 de 20 de novembro

de 2003. Trata-se da ADI 3239, que à sua forma peculiar, proporcionou espaço aos “debates públicos” sobre a questão quilombola.

Assim, o estudo se propõe a discutir a importância da figura do *amicus curiae*, e a relevância do impacto da sua participação na construção dos votos da ADI 3239. A partir desta análise, as indagações centrais a que pretend-se responder, consideradas, portanto, como o problema da pesquisa, são as seguintes: se a participação dos amigos da corte, neste julgamento, permitiu que as vozes desta categoria social fossem escutadas, ou se representou um jogo de cena a fim de “respeitar” o protocolo garantido pela lei processual brasileira e concluir mais um julgamento simbólico diante daquela Corte? Se este processo representa a existência de uma pluralidade interpretativa no campo judicial de construção da categoria, ou se representa um conjunto de enunciados para desconstruir e desfavorecer a produção e efetividade de direitos até então conquistados por esta categoria social?

Em termos acadêmicos, a pesquisa apresenta ineditismo ao pretender a análise do discurso dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3239, a fim de analisar a importância do *amicus curiae*, enquanto representante da sociedade neste processo construtivo.

No primeiro capítulo do trabalho com a temporalidade da discussão a respeito da questão quilombola, busca-se situar o leitor na história dessa construção e analisar a partir da Constituição Federal de 1988, se esta é uma comunidade aberta de intérpretes, da qual fazem parte, não apenas legisladores e juízes, mas atores da sociedade civil, formadores de opinião e as próprias comunidades interessadas.

O segundo capítulo propõe-se a demonstrar a importância da figura do *amicus curiae* para o processo de reconhecimento identitário da questão quilombola, a fim de alcançar a interpretação para a produção dos efeitos do artigo 68 do ADCT, por meio dos diferentes olhares e discursos das instituições que compõem o aparelhamento jurisdicional brasileiro.

Na construção do terceiro capítulo, propõe-se a analisar a atuação dos amigos da corte no âmbito da ADI 3.239, sob a ótica da participação ou não de seus destinatários na extração do seu real sentido do objeto da ação, tal como as audiências públicas pretendem refletir.

O quarto capítulo, busca analisar as nuances do discurso jurídico a partir da análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, buscando assim, demonstrar como as instituições do sistema judicial brasileiro, vem ressignificando o conceito de território quilombola.

A pesquisa baseia-se, principalmente, na análise de legislação e jurisprudência, em conjunto com doutrina específica acerca da questão quilombola, bem como a questão processual abordada, mediante abordagem teórica normativa, de raciocínio dedutivo.

Adota-se como categoria teórica, a relevância da figura do AMICUS CURIAE na construção dos votos da ADI 3239, a partir da análise do discurso, por Patrick Charaudeau.

De perfil interdisciplinar, busca-se uma abordagem sociojurídica, utilizando revisão bibliográfica, legislativa, jurisprudencial e documental, utilizando-se como fonte primária, a análise da jurisprudência acerca do tema, e como fonte secundária, a doutrina no campo do Direito e da Sociologia, as quais foram extraídas de publicações em livros, periódicos, artigos científicos, dissertações de mestrado e teses de doutorado, tanto impressos quanto em meios eletrônicos.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Alberto Lima de. **Vamos colocar o preto no branco? Racismo, antirracismo e a Lei 10.639/2003 em escolas particulares de Niterói** / Carlos Alberto Lima de Almeida. – 2012. 275 f. Tese (Doutorado em Política Social) – Universidade Federal Fluminense, Escola de Serviço Social, 2012.
- BRASIL. Artigo 68 da Constituição Federal – 1988. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasil, DF, XX – 1988.
- Fernanda Vieira, Mariana Trotta, Flávia Carlet. **Sob o rufar dos ng’oma: O judiciário em disputa pelos quilombolas**. Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 1, 2017, p. 556-59. DOI: 10.12957/dep.2017.27770 | ISSN: 2179-8966.
- FIGUEIREDO, André Luiz Videira de. **O caminho quilombola: interpretação constitucional e reconhecimento de direi-**

**tos étnicos.** Rio de Janeiro: Ucam/Iuperj. Tese de Doutorado – Universidade Candido Mendes, Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro.

HAERTER, Leandro; NUNES, Georgina Helena Lima; CUNHA, Deise Teresinha Radmann. **Refletindo acerca da contribuição da cultura quilombola aos currículos da educação básica brasileira, através da presença da história da África e Afrobrasileira. Identidade!** São Leopoldo. v.18 n. 3, ed. esp. p. 267-278. dez. 2013. ISSN 2178-0437X. Disponível em: <http://periodicos.est.edu.br/identidade>. Acesso em 29 de març de 2020.

JORGE, Amanda Lacerda. **O processo de construção da questão quilombola: discursos em disputa.** Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A contrarrevolução jurídica.** TENDÊNCIAS/DEBATES, Jornal Folha de São Paulo, 04 de dez. 2009. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0412200909.htm>, acesso em 11 de janeiro de 2020.

## **JUSTIÇA E SOCIEDADE**

Nuria Beloso Martín, Francisco Javier Gorjón Gómez,  
Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Ubirajara da Fonseca  
e Ariane Trevisan Fiori Davidovich (orgs.)

Tipografias utilizadas:  
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)  
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m<sup>2</sup>  
Impresso na gráfica Trio Studio  
Julho de 2020