



Centro Universitário da Grande Dourados

Revista Jurídica

UNIGRAN

ISSN 1516-7674 (impresso)

ISSN 2178-4396 (on-line)

Revista Jurídica UNIGRAN	Dourados	v.25	n.50	312 p.	Jul./Dez.	2023
---------------------------------	----------	------	------	--------	-----------	------

Ficha Catalográfica

Revista jurídica UNIGRAN / Centro Universitário da Grande Dourados. v. 25,
n. 50, Jul/Dez. (1999-). Dourados: UNIGRAN, 2023.

Publicação Semestral
ISSN 1516-7674 – impresso
ISSN 2178-4396 – on line

1. Direito - Periódicos. I. Título.

CDU - 34

Solicita-se permuta.
On demande l'échange.
Wir bitten um Austausch.
Si richiede lo scambio.
Pídese canje.
We ask for Exchange.

Editora UNIGRAN

Rua Balbina de Matos, 2121 - Campus UNIGRAN
79.824-900 - Dourados - MS
Fone: 67 3411-4141 - Fax: 67 3422-2267
E-mail: revistajuridica@unigran.br
www.unigran.br/revistas
2023

REVISTA JURÍDICA UNIGRAN

Dourados - Mato Grosso do Sul

Rosa Maria D'Amato De Déa
Reitora

Renato de Aguiar Lima Pereira
Direção da Faculdade de Direito

Nilse Marli Scheuer Cândido
Pró-Reitora de Ensino e extensão

Joe Graeff Filho
Coordenador do Curso de Direito

Tânia Rejane de Souza
Pró-Reitora de Administração

Helder Baruffi
Editor responsável

Conselho Editorial

Institucional

Adilson Josemar Puhl
Fernando Machado de Souza
Gassen Zaki Gebara
Gilberto Ferreira Marchetti Filho
Givaldo Matos
Joe Graeff Filho
Juliana Tomiko Ribeiro Aizawa
Karine Cordazzo
Renato de Aguiar Lima Pereira
Ricardo Saab Palieraqui

Externo

Álvaro Azevedo Gonzaga – PUC/SP
Amos Arturo Grajales – Universidad de San Andres/Argentina
Arthur Ramos do Nascimento – UFGD/Dourados
Camilo Henrique Silva – UFMS/Corumbá
Celso Hiroshi Iocohama – UNIPAR/Umuarama
Cristina Grobério Pazó – UFSB/Salvador
Egon Bockmann Moreira – UFPR/Curitiba
Fábio Leite – PUC/RJ
Gabriel Oliveira de Aguiar Borges – UNITRI/Uberlândia
Margareth Vetus Zaganelli – UFES/Vitória
Maurinice Evaristo Wenceslau – UFMS/Campo Grande
Michelle Asato Junqueira – Mackenzie/São Paulo
Miriam Fecchio Chueri – UNIPAR/Cianorte
Romulo Rhemo Palitot Braga – UFPB/João Pessoa
Valério de Oliveira Mazzuoli – UFMG/Cuiabá

D.D.I

Departamento de Diagramação/Impressão Unigran

Banco de avaliadores externos

Me. Ana Cristina Baruffi – FAPAD- PR
Me. Alexandre Sturion de Paula
Dr. André Serotini -UEMG
Dr. André Folloni – PUC-PR
Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza – UFMT
Dr. Cecilio Argolo Junior – Mauricio de Nassau - AL
Dr. Celso Hiroshi Iocohama – UNIPAR
Dra. Chrislayne Aparecida Pereira de Figueiredo – UNEMAT-MT
Dra. Cristina Grobério Pazó – UFSB-BA
Dr. Fernando Machado – UEMS
Me. Fernando Navarro Vince – IDCC/FL-PR
Me. Henriene Cristine Brandão – Fac. Londrina, PR
Dr. Jacson Bacin Vicente – UPF-RS
Me. Jefferson Baqueti - UNIGRAN
Dr. João Adolfo Ribeiro Bandeira – UFCA, CE
Me. João Paulo Calves – Unigran Capital
Me. Juliana Costa Barboza -ENFAM-CE
Me. Leonardo Beduschi – FURB
Dra. Lourdes Karoline Almeida Silva – UESPI
Me. Luiz Fernando Vescovi – UNIARP
Me. Luiz Eugênio Scarpino Jr – UNAERP, SP
Dra. Marcela Andresa Semeghini Pereira – UNIMAR, SP
Dra. Margareth Pereira Arbués -UFG
Me. Mauritânia Mendonça – IBET
Dra. Milena Barbosa Melo –UEPB
Me. Noeli Fernandes -FATO, RS
Dra. Pillar Carolina Villar – FGV; UFSP
Me. Rodrigo Fernando Novelli – FURB, SC
Me. Schendel Mara Schenkel – Faculdade Católica de Rondônia -FCR
Dra. Shary Kalinka Ramalho Sanches – UFMS
Dra. Suzana Maria da Glória Ferreira - UNIRP, SP.
Dra. Thaisa Maira Rodrigues Held – UFGD, MS.
Me. Valéria Zanette - ESUCRI, SC.
Dra. Vivian de Medeiros Lago – UNISINOS, RS
Dr. Wanderlei José dos Reis - ESMAGIS-MT/ENFAM-MT

Projeto Gráfico
DMU

Coordenação e Diagramação
Katiely da Silva Melgarejo
Ana Clara Sousa Silva Leite

Desenvolvimento Web
Paulo Vosniak

Endereço para correspondência

Rua Balbina de Matos, 2121 - Campus UNIGRAN - CEP 79.824-900 - Dourados (MS)
revistajuridica@unigran.br

Políticas Editoriais

Editorial Policies

Foco e escopo: A *Revista Jurídica UNIGRAN* tem por foco ser um repositório de artigos acadêmicos de referência, e por escopo divulgar artigos que versem sobre temas de Direito, em suas múltiplas interfaces, cumprindo a missão institucional de promover o debate, fomentar a pesquisa e contribuir para um ensino jurídico de qualidade. O conteúdo da Revista é de artigos científicos, resenhas críticas, jurisprudências comentadas e informações referentes à Ciência do Direito.

Mission and scope: *The Revista Jurídica UNIGRAN is focused on being a repository of academic articles of reference, and has the purpose of disseminating articles that deal with themes of law, in its multiple interfaces, fulfilling the institutional mission of promoting debate, fostering research and contributing for quality legal education. The contents of the Journal are scientific articles, critical reviews, commented jurisprudence and information regarding the Science of Law.*

Público-alvo: A *Revista Jurídica UNIGRAN* é voltada para estudantes, professores, pesquisadores e profissionais da área do direito e áreas afins. Trata-se de um público abrangente, mas que compartilha a busca constante por aprofundamento e atualização e a defesa intransigente de um ensino de qualidade.

Target audience: *The Revista Jurídica UNIGRAN is intended for students, teachers, researchers and professionals in the area of Law and similar areas. It is a wide audience, but one that shares the constant seeking of depth and being up to date and the uncompromising defense of quality learning.*

Meio e periodicidade: A *Revista Jurídica UNIGRAN* é publicada com periodicidade semestral, na forma impressa e em meio eletrônico. Os exemplares físicos são enviados, por permuta, às bibliotecas das principais faculdades de direito; a versão eletrônica, publicada no site http://www.unigran.br/revista_juridica, pode ser acessada de forma livre e gratuita.

Means and release period: *The Revista Jurídica UNIGRAN is published on a bi-annual basis, through physical press and electronic form. The physical issues are sent, through exchange, to the libraries of the major Law schools; the electronic version, published in the site http://unigran.br/revista_juridica, may be accessed free of charge.*

Linha editorial: Direito, Estado e Sociedade.

Editorial line: *Law, State and Society*

Responsabilidade Editorial: Dr. Helder Baruffi – editor; Me. Ana Cristina Baruffi – co-editora

Editorial responsibility: *Dr. Helder Baruffi – editor; Me. Ana Cristina Baruffi – co-editor*

Processo de Avaliação: A Revista Jurídica UNIGRAN adota a política de avaliação/revisão cega (*blind review*) por pares. Conta com um Conselho Editorial e Científico e quadro de pareceristas/revisores.

Evaluation process: *Revista Jurídica UNIGRAN adopts the policy of blind peer review. It has an Editorial and Scientific Board and a panel of reviewers.*

Fluxo de editoração: A chamada de artigos da Revista Jurídica UNIGRAN encontra-se permanentemente aberta; trabalhos podem ser enviados para análise e possível publicação a qualquer tempo.

Editorial Flow: *The call for papers for Revista Jurídica UNIGRAN is permanently open; works may be submitted for analysis and possible publication at any time.*

Responsabilidade Acadêmica e Científica: O conteúdo dos artigos publicados na Revista Jurídica UNIGRAN - inclusive quanto à sua veracidade, exatidão, originalidade e atualização das informações e métodos de pesquisa - é de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es). As opiniões e conclusões expressas não representam posições da Faculdade de Direito ou da UNIGRAN.

Academic and Scientific Responsibility: *The contents of the articles published in Revista Jurídica UNIGRAN – including its veracity, accuracy, originality and updating of information and research methods – is the sole responsibility of the author(s). The opinions and conclusions expressed do not represent positions of the Faculty of Law or UNIGRAN.*

Política de publicação: A publicação de artigo pela revista implica, por parte do autor, a cessão gratuita de seus direitos patrimoniais sobre o trabalho. Os trabalhos enviados para avaliação devem ser inéditos, originais, não estar pendentes de avaliação ou publicação em outro periódico e contribuir para a efetividade do direito.

Publishing policy: *The publication of the article by this journal implies that the author has gratuitously transferred all patrimonial rights on the work. The papers submitted for evaluation must be unpublished, original, not pending evaluation or publication in another periodical and contribute to the effectiveness of law.*

Política de ética e boas práticas de publicação:

A *Revista Jurídica UNIGRAN* está comprometida com a conduta ética em pesquisa e boas práticas de publicação. Segue os padrões estabelecidos pelo Comitê de Ética em Pesquisa da UNIGRAN – CEP e por instituições nacionais e internacionais reguladoras dos padrões de ética e integridade em produção e publicação científica.

Ethics and good publishing practices policy:

The Revista Jurídica UNIGRAN takes a stand for ethical conduct in research and good publishing practices. It follows the standards established by the UNIGRAN Ethical Research Committee – CEP and by national and international institutions that regulate the ethical and integrity standards in scientific production and publishing.

Política de acesso livre: O acesso ao conteúdo integral da *Revista Jurídica UNIGRAN* é livre a todos os usuários pelo site: www.unigran.br/revista_juridica.

Free Access Policy: *Access to the full contents of the Revista Jurídica UNIGRAN is free for all users through the site: www.unigran.br/revista_juridica.*

Sumário

APRESENTAÇÃO.....	13
A NATUREZA COMO SUJEITO DE DIREITO	17
<i>Nature as a subject of law</i>	
José Cláudio Rocha	
PRIMEIRAS LINHAS SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DA CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS – CMED	31
<i>First lines about the administrative sanctioning process of the Drug Market Regulation Chamber – DMRC</i>	
Alan Pereira de Araújo	
A VERDADEIRA FILOSOFIA EMPREGADA NO ATUAL DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO.....	47
<i>The real philosophy employed in current International Humanitarian Law</i>	
Luiz Fernando Vescovi	
DEMOCRACIA E ALGORITMOS: A MODULAÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO POLÍTICA NO PROCESSO ELEITORAL BRASILEIRO	59
<i>Democracy and algorithms: the modulation of political self-determination in the Brazilian electoral process</i>	
Gabriel de Oliveira Carneiro	
Edimar Inocência Brígido	
A “VIRAGEM AMBIENTAL” DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS A PARTIR DA OPINIÃO CONSULTIVA 23/2017	75
<i>The “environmental turn” of the Inter-American Court of Human Rights based on Advisory Opinion 23/2017</i>	
Eduardo Floriano Almeida	
Ynes da Silva Félix	
O DIREITO DA EDUCAÇÃO ACESSÍVEL DO UNIVERSITÁRIO COM DEFICIÊNCIA VISUAL NO ENSINO SUPERIOR	93

The right to accessible education for undergraduates with visual impairment in higher education

Gabriela Soares Kamata

O PÊNDULO DA VERDADE NO DIREITO PROBATÓRIO 127

The pendulum of truth in evidential law

Cássio Benvenuti de Castro

OS ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS DE 8 DE JANEIRO DE 2023: SADISMO, MASOQUISMO E VIDAS COLONIZADAS 151

The antidemocratic acts of January 8, 2023: sadism, masochism and colonized lives

Hidemberg Alves da Frota

O SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO E A NOVA PERSPECTIVA DA VALORAÇÃO DOS ELEMENTOS INVESTIGATIVOS PRÉ-PROCESSUAIS 165

The accusatory penal system and the new perspective of the valuation of pre-trial investigative elements

Allan Thiago Barbosa Arakaki

IMPACTOS DA ASCENSÃO DOS MOVIMENTOS DE EXTREMA-DIREITA NOS DIREITOS HUMANOS DO BRASIL..... 181

Impacts of the rise of extreme-right movements on human rights in Brazil

Weila de Castro Escobar

Camila Porciúncula

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A NATUREZA DA PRISÃO: CONSIDERAÇÕES PONTUAIS NO ÂMBITO NACIONAL E ESTADUAL..... 191

Custody hearing and the types of prison: specific considerations about national and regional scenarios

Marcus Vinicius de Oliveira Elias

Milena Moraes Lima

ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO 207

Sexual harassment in the workplace

Gabriela da Silva Gomes

José Carlos Parpinelli Junior

DISPENSA DE LICITAÇÃO IMPLEMENTADA PELA LEI N. 14.133/2021 NO MATO GROSSO DO SUL.....	227
---	-----

Bidding Waiver implemented by Law 14.133/2021 in Mato Grosso do Sul

Maria Fernanda Ferraz Deliberaes

Tiago Resende Botelho

Alisson Henrique do Prado Farinelli

O TRABALHO INFANTIL COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL INDÍGENA E A ANTINOMIA ENTRE OS ARTIGOS 7º, XXXIII, E 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA	249
---	-----

Child labor as an indigenous cultural manifestation and the antinomy between Articles 7, XXXIII, and 231 of the Constitution of the Republic

André Luis Nacer de Souza

“CUIDADO, BURACO REPORTADO NA VIA”: WAZE DATA FOR CITIES COMO INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA DIGITAL NAS CIDADES INTELIGENTES BRASILEIRAS?	265
---	-----

“Caution, pothole reported on the road”: Waze data for cities as an instrument of digital democracy in Brazilian smart cities?

Débora Maria Martins

Lara Cruz de Almeida

Pedro Marcelo Clares

O DIREITO À DESCONEXÃO AOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE EM TEMPOS PÓS-PANDÊMICO	283
---	-----

The right to disconnect for health professionals in post-pandemic times.

Ruan Pablo Martins dos Santos

Manuella de Oliveira Soares

DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDIGENAS. EXIGÊNCIA DA PRSENCIA DO MARCO TEMPORAL (ART. 4º DA LEI 14.701/2023): INCONSTITUCIONALIDADE E INCONVENCIONALIDADE. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 60 E 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRESSÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO GARANTIDO PELO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E AO PRINCÍPIO PROIBITIVO DO RETROCESSO SOCIAL	297
---	-----

Demarcation of indigenous lands. Requirement for the presence of the time frame (Article

4 of law 14,701/2023): unconstitutionality and unconventionality. Violation of arts. 60 and 231 of the Constitution of the Republic. Aggression against the essential core of the right guaranteed by the Original Constituent Power and the prohibitive principle of social regression.

Francisco das C. Lima Filho

Normas de Submissão 309

APRESENTAÇÃO

É com satisfação que apresentamos este número da Revista Jurídica Unigran. Com publicação semestral e de forma ininterrupta, a Revista completa 25 anos e, neste período, tornou-se um periódico de referência. Possui como indexadores - Periódico CAPES (Conceito B3), LexML, Rede Virtual de Bibliotecas- RVBI, Sumários, ISSN, LATINDEX e 1LIBRARY e está disponível na versão online, de forma gratuita e de fácil acesso. Conta com conselho editorial externo composto por professores doutores vinculados a instituições de ensino superior, reconhecidas no meio acadêmico e distribuídas por diversas regiões do Brasil e do exterior, critérios que corroboram com a exogenia da revista e os artigos recebidos são submetidos a avaliação cega (*blind review*) por pares.

Destacamos que a Revista Jurídica UNIGRAN está comprometida com a conduta ética em pesquisa e boas práticas de publicação e segue os padrões estabelecidos pelo Comitê de Ética em Pesquisa da UNIGRAN – CEP e daqueles estabelecidos por instituições nacionais e internacionais reguladoras dos padrões de ética e integridade em produção e publicação científica.

Neste número, destacamos a adesão da comunidade acadêmica e científica à política editorial da Revista. Os artigos selecionados após duplo critério – aderência à linha editorial e de mérito em avaliação cega – abordam temas relevantes e atuais da área temática Direito, Estado e Sociedade.

É o que se observa, por exemplo, no artigo de José Cláudio Rocha, “A natureza como sujeito de direito”. A “Mãe Terra”, continuamente ameaçada, expropriada e ferida pelas guerras, expressa sua dor nas catástrofes climáticas que observamos. A humanidade e as espécies não-humanas dependem da natureza para sobreviver.

No âmbito do direito público, Alan Pereira de Araújo desenvolve estudo sobre o mercado de medicamentos, tema sensível às Políticas Públicas de Estado, com o artigo “Primeiras linhas sobre o Processo Administrativo Sancionador da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED.”

A ajuda humanitária supranacional é tema abordado por Luiz Fernando Vescovi no artigo “A verdadeira filosofia empregada no atual Direito Internacional Humanitário”, analisando e refletindo sobre as diferentes facetas filosóficas que giram em torno da moderna atividade humanitária internacional, que se apresentam para além das vertentes tradicionais.

O uso de algoritmos redefine o processo eleitoral? Essa é a questão respondida no artigo “Democracia e algoritmos: a modulação da autodeterminação política no processo eleitoral brasileiro” de Gabriel de Oliveira Carneiro e Edimar Inocência Brígido.

A justiciabilidade do direito ao meio ambiente sadio é o foco de análise do artigo de Eduardo Floriano Almeida e Ynes da Silva Félix “A “viragem ambiental” da Corte

Interamericana de Direitos Humanos a partir da Opinião Consultiva 23/2017”.

A educação é um direito inscrito na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental social, e, portanto, de acesso universal, cuja prestação demanda uma atuação ativa do Poder Público e onde a diversidade é riqueza, não um déficit. É neste contexto que Gabriela Soares Kamata analisa o acesso e permanência na universidade à pessoa cega ou com deficiência visual no artigo “O direito da educação acessível do universitário com deficiência visual no ensino superior”.

A verdade como correspondência é uma virtude estrutural do processo justo. Cássio Benvenutti de Castro no artigo “O pêndulo da verdade no direito probatório” aprofunda, de forma crítica, essa temática.

Os regimes políticos democráticos oscilam entre momentos positivos e situações de crise. Tendo como motivo nuclear os eventos de 8 de janeiro, Hidemberg Alves da Frota busca oferecer, no artigo “Os atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023: sadismo, masoquismo e vidas colonizadas”, contribuições à Criminologia no exame destes atos à luz do diálogo entre as perspectivas psicanalítica, existencial, marxista e decolonial.

Allan Thiago Barbosa Arakaki, no artigo “O sistema penal acusatório e a nova perspectiva da valoração dos elementos investigativos pré-processuais”, reflete, à luz da Análise Econômica do Direito, sobre a valoração dos elementos investigativos, ajuizamento e prosseguimento de ações penais amparadas no princípio *in dubio pro societate* quando o procedimento investigativo eventualmente não possuir indícios suficientes para a condenação.

Os direitos humanos não são uma dádiva, mas construções históricas e resultado de luta. São constantemente testados. Neste cenário, Weila de Castro Escobar e Camila Porciúncula destacam, no artigo “Impactos da ascensão dos movimentos de extrema-direita nos Direitos Humanos do Brasil”, que a construção retórica dos direitos humanos transcende o aspecto regulamentar, manifestando-se em contextos práticos que impactam indivíduos e cenários reais.

Marcus Vinicius de Oliveira Elias e Milena Moraes Lima, no artigo “Audiência de custódia e a natureza da prisão: considerações pontuais no âmbito nacional e estadual”, analisam o instituto destacando que, mesmo após o reconhecimento normativo, há ainda um longo caminho a ser percorrido pelo Estado até a efetivação da audiência de custódia, e concretização dos direitos legalmente previstos.

“O assédio sexual no ambiente de trabalho” é o tema do artigo de Gabriela da Silva Gomes e José Carlos Parpinelli Junior. À luz da doutrina e jurisprudência, os autores analisam o tema destacando características, manifestações e impactos psicológicos nas vítimas. No âmbito jurídico, assinala aspectos legais de punição e reparação.

A análise das dificuldades enfrentadas pelas Administrações Públicas na implementação da dispensa de licitação instituída pela Nova Lei de Licitações, a Lei Federal n. 14.133/21, a qual trouxe inovações que buscam a prevalência do meio

eletrônico no âmbito das contratações públicas é o objeto do artigo “Dispensa de licitação implementada pela lei n. 14.133/2021 no Mato Grosso do Sul” de autoria de Maria Fernanda Ferraz Deliberaes, Tiago Resende Botelho e Alisson Henrique do Prado Farinelli.

“O trabalho infantil como manifestação cultural indígena e a antinomia entre os artigos 7º, XXXIII, e 231 da Constituição da República” é o título do artigo de André Luis Nacer de Souza. Destaca o autor que o objetivo do artigo é analisar o conflito existente entre os referidos dispositivos constitucionais e, também, sob o ponto de vista antropológico, a questão do trabalho precoce fruto de manifestação cultural indígena.

Em tempos de sociedade conectada, as tecnologias de informação e comunicação – TICS assumem relevância na organização das cidades. Com este escopo, Débora Maria Martins, Lara Cruz de Almeida e Pedro Marcelo Clares, no artigo “Cuidado, buraco reportado na via”, analisam o programa de compartilhamento “Waze” como possível instrumento de construção de cidadania na gestão pública responsável pelo planejamento urbano e se pode se mostrar instrumento suficiente de uma administração pública dialógica.

“O direito à desconexão aos profissionais da saúde em tempos pós-pandêmico” é o título do artigo de Ruan Pablo Martins dos Santos e Manuella de Oliveira Soares. Destacam os autores que a falta de estrutura e obediência aos ditames trabalhistas não é suficiente para garantir saúde e segurança a esses trabalhadores por não trazer previsão expressa do direito à desconexão e de jornadas de trabalho menores, em desrespeito às garantias constitucionais e direitos trabalhistas existentes, sendo necessário norma específica para garantir proteção à saúde mental e física da categoria dos profissionais de saúde.

Encerra este número, na seção **Análise de Jurisprudência/Acórdão/Leis**, o estudo de Francisco das C. Lima Filho sobre a demarcação das terras indígenas. O autor traz uma pertinente análise sobre o tema destacando que a exigência do “marco temporal” como condição ou exigência para demarcação das terras indígenas, anteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 1017365, com repercussão geral (Tema 1.031), imposta pela Lei 14.701/2023 (art. 4º), constitui em violação à Carta Suprema (arts. 60 e 231), à Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas e Tribais da Organização das Nações Unidas - ONU, além do contido na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Este conjunto de artigos selecionados evidenciam a complexidade do Direito, sua característica multifacetária, sua constante atualização, e sinalizam por novas abordagens e novos direitos.

Por fim, mas não menos importante, reafirmamos o nosso agradecimento aos membros do conselho editorial e científico e aos avaliadores/revisores que dispuseram de parte de seu tempo para apresentar sugestões de melhorias para a editoração da revista

e, também, avaliar os trabalhos, cujas sugestões apontadas foram submetidas aos autores, sempre em atendimento à política editorial.

Uma boa leitura
Helder Baruffi – Editor.

A NATUREZA COMO SUJEITO DE DIREITO

Nature as a subject of law

José Cláudio Rocha¹

RESUMO

No período de 06 a 07 de outubro de 2023 realizou-se, na cidade de Ilhéus, Bahia, Brasil, o 2º Fórum Brasileiro dos Direitos da Natureza (2º FBDN). A primeira edição deste evento aconteceu no mês de junho, em 2018, na cidade de São Paulo. Organizado pela Articulação Nacional pelos Direitos da Natureza, a Mãe Terra, o 2º FBDN reuniu pesquisadores, professores, lideranças dos movimentos sociais e integrantes de comunidades tradicionais para refletir sobre como efetivar os Direitos da Natureza no Brasil e no mundo, partindo de duas premissas básicas: 1) reconhecimento de que o ecossistema ambiental está sendo ameaçado pelo modelo de desenvolvimento imposto por governos e organizações econômicas, sendo que a humanidade e espécies não-humanas dependem da natureza para sobreviver; 2) Os Direitos da Natureza, como propostos por movimentos ecológicos desde 2008 na América Latina, têm um sistema ético semelhante aos Direitos Humanos, sendo possível (re) pensar uma nova Declaração Universal que destaque esses direitos. O objetivo deste artigo é produzir, preservar e difundir conhecimento sobre os Direitos da Natureza (DDN), assim como sensibilizar outros grupos para o estudo desses direitos como é desejado pela sociedade civil global, visando sua efetivação na esfera internacional e nacional. Este estudo justifica-se pela importância da temática para a garantia dos direitos das gerações presentes e futuras. A metodologia para realização deste estudo

ABSTRACT:

From October 6th to 7th, 2023, the 2nd Brazilian Forum on the Rights of Nature (2nd FBDN) was held in the city of Ilhéus, Bahia, Brazil. The first edition of this event took place in June, 2018, in the city of São Paulo. Organized by the National Articulation for the Rights of Nature, Mother Earth, the 2nd FBDN brings together researchers, professors, social movement leaders and members of traditional communities to reflect on how to implement the Rights of Nature in Brazil and in the world, based on two basic premises: 1) recognition that the environmental ecosystem is being threatened by the development model imposed by governments and economic organizations, humanity and non-human species depend on nature for survival; 2) The Rights of Nature, as proposed by ecological movements since 2008 in Latin America, have an ethical system similar to Human Rights, and it is possible to (re)think a new Universal Declaration that highlights these rights. The objective of this article is to produce, preserve and disseminate knowledge about the Rights of Nature (DDN), as well as to sensitize other groups to the study of these rights as desired by global civil society, aiming at their realization in the international and national spheres. This study is justified by the importance of the theme for guaranteeing the rights of present and future generations. The methodology used to carry out this study was a literature review, document analysis and direct observation during the 2nd FBDN.

1 O autor é professor titular pleno da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) com atividades no campo do ensino de graduação e pós-graduação stricto sensu (mestrado e doutorado); extensão em comunidade e tecnológica; pesquisa e desenvolvimento de inovações e tecnologias que possam ser apropriadas pelas comunidades para o desenvolvimento sustentável. É fundador, coordenador e pesquisador público do Centro de Referência em Desenvolvimento e Humanidades da Universidade do Estado da Bahia (CRDH/UNEB). Formação acadêmica: graduação em ciências econômicas (1984 a 1988); graduação em direito (1991 a 1996); tecnólogo em desenvolvimento e análise de sistemas (2021 a 2022). Tem especialização em administração pública (1997); especialização como gestor em direitos humanos (2009); especialização em ética, capital social e cidadania (2006). Mestrado (2001) e doutorado em educação (2006). É pós-doutor em direito (2015). Tem certificação internacional em gestão de projetos internacionais, além de ser produtor cultural, escritos, poeta e produtor de conteúdo para o YouTube (youtube.com/c/rochapopciencia). ORCID: 0000-0001-6131-5872. E-mails para contato rochapopciencia@gmail.com e joseclaudiorochaadv@gmail.com.

traduziu-se na revisão de literatura, análise de documentos e observação direta durante o 2º FBDN.

Keywords: *Land rights, sustainable development, human rights, Bahia, CRDH/UNEB.*

Palavras-chave: Direitos da terra, desenvolvimento sustentável, direitos humanos, Bahia, CRDH/UNEB.

Sumário: 1 Introdução. 2 O contexto da investigação: preservação do ecossistema natural e o 2º Fórum Brasileiro dos Direitos da Natureza. 3 O que são os Direitos da Natureza? 4 Princípios básicos dos Direitos da Natureza. 5 Conclusão. Referências.

Summary: *1 Introduction. 2 The context of the research: preservation of the natural ecosystem and the 2nd Brazilian Forum on the Rights of Nature. 3 What are the Rights of Nature? 4 Basic Principles of the Rights of Nature. 5 Conclusion. References.*

1 INTRODUÇÃO

A natureza é a criadora e mantenedora de todas as formas de vida e por ela ser a única fonte de vida, faz com que todos os seres dependam um dos outros para sobreviver. Os Direitos da Natureza estão diretamente ligados à luta pela manutenção da vida.

(ARTICULAÇÃO NACIONAL PELOS DIREITOS DA NATUREZA | A MÃE TERRA, 2021)

Este estudo foi elaborado no Centro de Referência em Desenvolvimento e Humanidades da Universidade do Estado da Bahia (CRDH/UNEB), dentro do projeto de pesquisa e iniciação científica *Marcos Legais, Colocando às Mãos na Massa: Acesso à Justiça, Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável*, investigação-ação onde são estudados os marcos legais no Brasil, políticas públicas, ações afirmativas e boas práticas de interesse de juristas e áreas afins, combatendo uma visão dogmática e descontextualizada do Direito².

O objeto deste estudo são os recentes Direitos da Natureza (DDN), novo ramo do direito nacional e internacional que se forma a partir de um paradigma jurídico bioinspirado na natureza como fonte da vida e sujeito de direito. Nestas perspectivas, passamos agora a tratar não só dos DDN, mas, também, da terra e dos solos como sujeitos de direito.

No mundo alguns países já admitem esses direitos em seus ordenamentos jurídicos nacionais como o Equador; Bolívia; Colômbia; Índia e Nova Zelândia. A Dra. Maria Mercedes Sanches, coordenadora do Programa das Nações Unidas sobre Harmonia com a Natureza (*Harmony with Nature*) revelou no 2º Fórum Brasileiro dos Direitos da Natureza

2 A Dogmática jurídica consiste na descrição das regras jurídicas em vigor. Seu objeto é a regra positiva considerada como um dado real. Veiculada pelo ensino jurídico, a dogmática dificulta assim, a apreensão da dimensão histórico-crítica, afastando as demais dimensões do direito (PIRES, 2023).

(2º FBDN) que existem mais de 40 (quarenta) nações que reconhecem a importância desses direitos³.

O objetivo geral do estudo é analisar a possibilidade de integração dos DDN ao sistema jurídico brasileiro e internacional, a partir de três pressupostos básicos: a) a humanidade e a grande maioria das espécies não-humanas dependem do ecossistema natural para sobreviver e prosperar; b) os DDN têm bases éticas e princípios semelhantes aos Direitos Humanos (DDHH) previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH); c) é preciso rever o paradigma etnocêntrico da legislação atual, substituindo-o por um paradigma bioinspirado na harmonia com a natureza.

O objeto geral acima descrito pode ser distribuído nos seguintes objetivos específicos:

- a) produzir, preservar e difundir conhecimento. Reunir pessoas para pensar os grandes desafios do mundo, em especial, relacionado a proposta das Nações Unidas de respeito a harmonia com a natureza;
- b) combater a visão descontextualizada e dogmática do direito, permitindo que os estudantes possam estudar as normas jurídicas dentro de toda a sua complexidade histórico-social;
- c) democratizar o direito e socializar o conhecimento jurídicos com as comunidades de prática e intelectuais, dentro de uma perspectiva de ecologia de saberes, combate à injustiça cognitiva e não hierarquização do conhecimento, reconhecendo a diversidade cultural, pluralidade de povos e saberes e ética da alteridade;
- d) Promover o acesso à Justiça, a uma Ordem Jurídica Justa e ao desenvolvimento sustentável, contribuindo com a efetivação da Agenda 2030 e os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (17 ODS), em especial, paz, justiça e instituições eficazes.

O projeto de pesquisa reforça a ideia da cidadania ativa e participação cidadã expressa na frase “*Direito a ter direitos e a criar novos direitos*” ao proporcionar às lideranças populares e sociais e ao cidadão conhecer quais são os seus direitos, onde estão esses direitos e a quem recorrer quando estes direitos não são respeitados. Em relação ao Direito, segundo Montoro (MONTORO, 2014) temos dois caminhos a seguir: a) favorecer a manutenção do *status quo* da sociedade, para este é melhor confundir o Direito com a lei; e b) aqueles que vêm o Direito como uma ferramenta de transformação social, para estes é estudar e aplicar

3 A Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou o dia 22 de abril como o Dia Internacional da Mãe Terra. Ao fazê-lo, os Estados-Membros reconheceram que a Terra e os seus ecossistemas são a nossa casa comum e expressaram a sua convicção de que é necessário promover a Harmonia com a Natureza, a fim de alcançar um equilíbrio justo entre as necessidades económicas, sociais e ambientais do presente e do futuro. gerações. No mesmo ano, a Assembleia Geral adotou a sua primeira resolução sobre Harmonia com a Natureza (ONU, 2023).

o Direito como uma ferramenta de construção de um desenvolvimento mais humano e promotor de um desenvolvimento sustentável e com “rosto humano”.

Do ponto de vista epistemológico tanto o projeto de pesquisa como o estudo segue a linha das metodologias participativas (STAKE, 2011) e colaborativas (IBIAPINA e BANDEIRA, 2016), (IBIAPINA, 2008), assim como da pesquisa-ação (THIOLLENT, 2018) e (COLETTTE, 2021). Recorre a filosofia da libertação (DUSSEL, 2012) e (BOFF, 2011) e as Epistemologias do Sul (SANTOS, 2014) e (SANTOS, 2019) e as teorias críticas do direito e ao pluralismo jurídico (WOLKMER, 2009). Em relação à pesquisa jurídica, seguimos as lições de Miracy Gustim, sobre (re)pensar a pesquisa jurídica (GUSTIM, 2013) e a pesquisa empírica do direito (EPSTEIN, 2013), só para citar alguns autores estudados.

Em relação à metodologia a pesquisa se enquadra na linha das chamadas Abordagens Baseadas em Direitos (*Rights-Based Approaches – RBA*), método introduzido nas Nações Unidas (ONU), pelo ex-Secretário Geral Kofi Annan, que tem fundamento na cidadania ativa, participação cidadã, defesa dos DDHH e melhoria da condição humana. Por melhoria da condição humana entendemos, a melhoria da vida das pessoas, aperfeiçoamento das relações sociais, aprimoramento da vida nas cidades e no campo e da harmonia com o meio ambiente e a natureza (ROCHA, 2012).

A RBA é um método recomendado pelas Nações Unidas para projetos que envolvam questões relacionadas ao desenvolvimento social como: educação; saúde; assistência social; entre outros. Esta metodologia participativa atua em duas frentes: empoderamento da sociedade civil para lutar pelos seus direitos (*empowerment*) e governança do setor público (*accountability*) (ROCHA, 2012). Vale dizer que não existe uma única forma de aplicar a RBA, cada grupo social, dentro da sua realidade, aplica os princípios da metodologia levando em consideração os aspectos locais, daí o sucesso dessa perspectiva (ROCHA, 2012).

Com relação à coleta de dados e informações para a pesquisa, foram utilizadas a técnica de revisão de literatura com base na análise de conteúdo (BARDIN, 1977), análise de documentos como leis, decretos, planos, projetos e declarações, entre outras; e a observação participante durante o 2º Fórum Brasileiro dos Direitos da Natureza (FBDN), principal evento no Brasil sobre os DDN, e atividade preparatória da Conferência da Terra da ONU que será instalada em abril de 2024. Todos esses dados estão sendo tratados e organizados em um Banco de Dados (B&D) criado para essa finalidade chamado de Tupã.

A Justificativa para esta pesquisa pode ser declarada na urgência da discussão da temática frente a crise instalada a partir das mudanças climáticas, dificuldades na produção de alimentos internacional, destruição da biodiversidade do planeta terra, entre outros. A Pandemia do Coronavírus (COVID 19) serviu de alerta à humanidade, demonstrando que algo preciso ser feito, para reverter o processo de destruição dos ecossistemas naturais no planeta terra.

Concluindo esta introdução, gostaríamos de agradecer a Universidade do Estado da Bahia (UNEB), ao Departamento de Ciências Humanas e Tecnologias (DCHT), Campus XIX, Camaçari, ao CNPQ, CAPES e FAPESB pelo apoio as pesquisas, investimento sem o qual não conseguiríamos manter o centro de pesquisa funcionando e realizar as pesquisas de interesse social.

2 O CONTEXTO DA INVESTIGAÇÃO: PRESERVAÇÃO DO ECOSISTEMA NATURAL E O 2º FÓRUM BRASILEIRO DOS DIREITOS DA NATUREZA

O século XXI trouxe em seu bojo um conjunto de transformações que nos autoriza falar em mudança de paradigma. Para autores como Castells (CASTELLS, 2013), Sabbag (SABBAG, 2007), Masi (MASI, 2000) e Rocha (ROCHA, 2021) o avanço das Tecnologias e Informação e Comunicação (TIC) estão alterando as relações sociais e necessárias de produção na infraestrutura econômica mundial, com repercussões na superestrutura jurídica, política, social e cultural. De fato, o mundo mudou, estamos, cada vez mais, conectados a uma aldeia global e é inegável a transformação digital que perpassa o Estado, o mercado e a sociedade como um todo.

Mas nem tudo são flores. Os benefícios da chamada indústria 4.0 não chegam na mesma proporção a todas as pessoas e em todos os lugares, temos guerras e conflitos armados acontecendo em várias partes do mundo, cresce a desigualdade social, a violência urbana e rural (novo cangaço) e o desemprego em diversas partes do mundo. No Brasil, dados do *Child Fund Brasil* revelam que temos cerca de 52 milhões de pessoas em condição de pobreza, sendo 39 milhões de pobres e 13 milhões de pessoas em extrema pobreza (PONTE SOCIAL | CHILD FUND BRASIL, 2023).

Neste rol de desafios para a humanidade a crise ambiental global é um dilema, até certo ponto, silencioso, muitas vezes negligenciado pelas autoridades públicas, que pode causar sérios danos no curto, médio e longo prazo. Até então a humanidade tem visto a natureza como recursos que podem ser utilizados para gerar crescimento econômico, sem se preocupar com a capacidade de regeneração do planeta terra e de toda a sua biodiversidade. Mas o ecossistema vem dando sinais de esgotamento e a Pandemia do Coronavírus serviu de alerta às Nações Unidas sobre como é preciso aprender a viver em harmonia com a natureza (ONU, 2022).

A pandemia da doença do coronavírus (COVID-19) expôs as falhas da sociedade moderna: um sistema econômico baseado na exploração infinita e mercantilização do mundo natural, que também é impulsionado por esses fenômenos, o consumismo desenfreado em meio a uma crescente lacuna de riqueza, a fragilidade dos sistemas alimentares locais

e globais, contínua invasão humana em ecossistemas e áreas selvagens, e estruturas legais inadequadas para evitar o caos climático e o colapso ecológico (ONU, 2022).

Em verdade, o modelo de produção capitalista está pondo em risco a biodiversidade do planeta, as mudanças do uso da terra e do mar é uma destruição oculta, o agronegócio está trocando pastagens e terras agricultáveis por grandes áreas para plantio de soja, milho e trigo, afetando a produção de alimentos global. As alterações no uso da terra e do mar são apontadas como as grandes causas de mudanças no ecossistema nos últimos 50 anos. Por outro lado, a exploração direta de recursos naturais como a caça, pesca, extração de petróleo, gás, carvão e água, somado, ao apetite insaciável da humanidade pelos recursos do planeta tem devastado grandes partes do mundo natural (E-CICLE, 2023).

A crise climática é apontada como uma das maiores ameaças ao planeta e a humanidade. Este fenômeno, destrói ecossistemas de forma imprevisível, em resposta às mudanças globais que alteram o equilíbrio do planeta. Os apelos para que a crise climática e a proteção a biodiversidade sejam enfrentadas em conjunto cresce a cada dia. Os fenômenos estão interligados e precisam ser resolvidos conjuntamente. A interrelação entre a crise climática e o equilíbrio da biodiversidade é alta e não deve ser subestimada. Some-se a esses aspectos a poluição cada vez maior, plásticos, lixo eletrônico, entre outros poluem o mar, o céu e a terra e espécies invasoras crescem descontroladamente (E-CICLE, 2023).

Neste sentido, as Nações Unidas e suas agências apontam com mudanças, segundo a ONU e a Jurisprudência da Terra, em particular por meio dos Direitos da Natureza (DDN) e da economia ecológica, fazem uma iniciativa conjunta dos Estados-membros, orientada a criar uma nova narrativa em prol de um mundo regenerativo em que os Direitos Humanos (DDHH) venham junto com os DDN, e que o desenvolvimento sustentável se reconfigure a fim de garantir a saúde do planeta e bem-estar das futuras gerações (ONU, 2022).

3 O QUE SÃO OS DIREITOS DA NATUREZA?

Os Direitos da Natureza (DDN) são uma doutrina e jurisprudência jurídica que descreve esses direitos como associados ao ecossistema e espécies, semelhante ao conceito de DDHH e Direitos Fundamentais. O conceito de DDN desafia os sistemas jurídicos nacionais e internacionais, pois estes são, geralmente, fundamentados em um paradigma da natureza como fonte de recursos, fator de produção na economia capitalista, recursos que pode ser apropriado e possuído pela humanidade, empresas e Estado sem uma preocupação maior com os impactos sobre o equilíbrio e regeneração do ecossistema natural.

Os defensores dos DDN e da Terra orientam a humanidade no caminho da ação

de forma adequada e consistente com os alertas dos cientistas, baseados nos apelos por uma convivência harmônica e respeito aos ecossistemas, considerando que o humano e o mundo natural estão fundamentalmente interconectados. Os proponentes dos DDN argumentam que assim como os DDHH têm sido, cada vez mais, reconhecidos pela legislação e pelos tribunais, os DDN devem ser reconhecidos e incorporados a ética humana e aos sistemas de proteção jurídica. Esta formulação está sustentada em duas linhas de raciocínio: a sobrevivência dos seres humanos e de outras espécies não-humanas depende de ecossistemas saudáveis; os DDN são justificáveis pela mesma lógica jurídica de justificação dos DDHH.

Alguns estudiosos argumentam que os DDHH emanam da própria existência humana, o mesmo acontecendo com os DDN que surgem de existência semelhante da natureza, portanto, os sistemas jurídicos humanos devem continuar a se expandir para o reconhecimento dos DDN. Os DDN estão associados às evidências de que as condições de vida estão se transformando. Mudanças climáticas, aumento de pessoas no mundo, número de pessoas na miséria e pobreza, desigualdade social, guerras por territórios, entre outros fatores, todos esses aspectos estão interligados.

As práticas humanas que buscam lucros e poder por meio de um sistema econômico de crescimento sem fim são as mesmas que sacrificam a vida dos solos, do mar e da natureza como um todo. Ao sacrificar a natureza, sacrificam todas as formas de vida que dela dependem. A compreensão da preservação da natureza como forma de preservar a vida permeia o entendimento de todos os povos e comunidades tradicionais. Tornar a natureza sujeito de direitos faz parte da luta de comunidades tradicionais no Brasil, como indígenas, quilombolas, fundos de pasto, entre outros.

As compreensões antropocêntricas do mundo põem em perigo a existência de todas as formas de vida, humanas e não-humanas, que habitam este planeta. Os cientistas advertem que está em curso uma sexta extinção em massa. O desenvolvimento de uma nova narrativa que permita reconectar nossa espécie com o mundo natural é mais urgente do que nunca. É neste sentido que as Nações Unidas aprovaram a Resolução 75/2020 relativa à Harmonia com a Natureza (*Harmony with Nature*), articulada com a ideia de biodiversidade, economia ecológica e direito centrado na terra.

4 PRINCÍPIOS BÁSICOS DOS DIREITOS DA NATUREZA

OS DDN têm crescido em todo o mundo. Segundo a coordenadora do Programa *Harmony with Nature* (Harmonia com a Natureza) das Nações Unidas, temos hoje mais de 40 (quarenta) países que já adotaram normas jurídicas efetivando esses direitos. Essas normas jurídicas são disposições constitucionais, leis ordinárias, decretos, estatutos,

decisões judiciais, planos, programas e projetos que visam responder a crise ambiental mundial que afeta todos nós.

No Brasil o movimento em defesa dos DDN começa em 2015 quando organizações da sociedade civil organizada passaram a contribuir com o Programa das Nações Unidas *Harmony with Nature* criando círculos de debate sobre o tema e a formação de um grupo de especialistas brasileiros sobre o assunto para colaborar com as discussões na esfera internacional. Neste processo formou-se uma rede de pesquisadores e doutrinadores na linha de um novo constitucionalismo latino-americano, com base nas Constituições do Equador, Bolívia e Colômbia.

Em 2017 foi publicada a Carta da Natureza que impulsionou a primeira lei brasileira reconhecendo os DDN na cidade de Bonito-PE (2018). O movimento no Brasil ganha força e é criado o 1º Fórum Brasileiro dos Direitos da Natureza junto ao 2º Fórum Internacional dos Direitos da Terra, com apoio do Governo de São Paulo. Como resultado desse processo foram reconhecidos os DDN nas cidades de Bonito-PE, Paudalho-PE, Florianópolis-SC e Serro-MG, articulando propostas estaduais no Pará, Minas Gerais e Santa Catarina. Do Fórum Brasileiro saiu a Articulação Nacional pelos Direitos da Natureza, a Mãe Terra⁴, rede de organizações da sociedade civil responsável pelo impulsionamento desses direitos em solo nacional. Neste período foram debatidas a criação de leis reconhecendo os DDN no estado da Paraíba e reconhecido o Rio Laje/RO como o primeiro rio brasileiro a ser reconhecido como sujeito de direitos.

Desde seu início o movimento social no Brasil respeitou os princípios da Natureza como a complementariedade, a reciprocidade e a cooperação fundados numa visão ecocêntrica, que busca uma relação de harmonia entre os seres humanos e os demais seres da natureza, reconhecendo a relação de interdependência, fruto da interconexão. Outros princípios são reconhecidos internacionalmente pelo movimento em defesa dos DDN como:

- a) A sobrevivência dos seres humanos e da grande maioria das espécies que habitam este planeta dependem de ecossistemas saudáveis para viver e prosperar;
- b) A mesma ética que justifica os DDHH é a que justifica os DDN. Argumenta-se que se os DDHH surgem da existência humana, de forma lógica, os direitos inerentes ao mundo natural surgem da própria existência do mundo natural. Os direitos e deveres associados à proteção desses Direitos se expandiram ao longo do tempo. Espera-se que o mesmo aconteça com os DDN, ou seja, que os Estados nacionais reconheçam esses direitos progressivamente em suas

4 A Articulação Nacional pelos Direitos da Natureza, a Mãe Terra, nasceu de um diálogo realizado no Seminário Nacional do Fórum Mudanças Climáticas e Justiça Socioambiental a partir de uma das conclusões do Sínodo da Amazônia, realizado em outubro de 2019, indicando ser necessário defender os direitos das pessoas e da natureza.

- constituições nacionais e legislação infraconstitucional.
- c) A adoção em 1948 pelas Nações Unidas de uma Declaração Universal em defesa dos DDHH pavimentou o caminho para o reconhecimento de amplas categorias de direitos universais, inalienáveis e indivisíveis. Considera-se que a Declaração Universal pode ser ampliada para abarcar os DDN que surgem, não de um poder mundano, mas, do fato da existência da humanidade.
- d) Os DDN superam a percepção da natureza como objeto das ações humanas presente no paradigma etnocêntrico contemporâneo, para uma visão ecocêntrica, bioinspirada, que tem a natureza como centro de convergência da vida no planeta terra.

Nesta perspectiva, a Jurisprudência da Terra (2008), doutrina criada pelo escritor Thomas Berry introduziu o conceito de filosofia e ética do direito que identifica as leis da terra como primárias e raciocina que tudo tem um direito intrínseco de ser e evoluir. A Jurisprudência da Terra tem sido, cada vez mais, reconhecida e promovida em todo o mundo por estudiosos em direito e pelas Nações Unidas que defendem uma governança centrada na terra, incluindo leis e sistemas econômicos que protegem os Direitos Fundamentais da natureza.

5 CONCLUSÃO

Este estudo foi realizado dentro do projeto de pesquisa e iniciação científica *Marcos Legais, Colocando às Mãos na Massa*, realizado pelo Centro de Referência em Desenvolvimento e Humanidades da Universidade do Estado da Bahia (CRDH/UNEB), em parceria com o Departamento de Ciências Humanas e Tecnologias (DCHT), Campus XIX Camaçari, envolvendo estudantes de direito da graduação e pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorados) da universidade, tendo como objetivo formar recursos humanos para a pesquisa, através da realização de investigações empíricas de direito e extensão nas comunidades.

Os Direitos da Natureza são estudados junto com outros marcos legais e políticas públicas de interesse da sociedade brasileira. A provocação para o estudo dos DDN partiu do diálogo internacional com organizações e agências das Nações Unidas, que estão a convocar organizações e especialistas no mundo inteiro para participar deste processo. Os grupos de pesquisa em DDHH têm sido chamados com maior frequência, dada a sua experiência com esse tipo de discussão, fenômeno que tem sido conhecido como esverdeamento dos direitos humanos.

Nossa intenção com este estudo é produzir, preservar e difundir conhecimento

sobre esses direitos no Brasil. Este é o primeiro estudo, de um projeto de longo prazo que pretende estudar o desenvolvimento sustentável até 2030, considerando o arco da Agenda 2030 e 17 ODS. Os DDN estão associados a discussão sobre o desenvolvimento sustentável e harmonia com a natureza.

Vale dizer que é prática de nosso grupo consultar as instituições das Nações Unidas sobre o tema prioritário a cada ano. Com o acompanhamento do Escritório do Centro de Informações das Nações Unidas (UNIC-Rio) estudamos a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DHDH) em 2018, por conta do seu aniversário de 70 anos e, a partir de 2019, passamos a estudar a Agenda 2030 e os 17 ODS. A preocupação com os DDN entra em nosso radar com a pandemia do Coronavírus em 2020.

A pandemia do Coronavírus (Covid 19) foi considerado pelas Nações Unidas como uma alerta a humanidade dos riscos que a destruição ambiental pode representar a humanidade em termos de uma nova extinção em massa no planeta terra. Não resta dúvida as autoridades mundiais de que é preciso proteger o resto de natureza que temos e ampliar, gradativamente, nossas reservas ambientais no mundo inteiro.

Na Europa existem programas que pretende mudar desde o paisagismo das grandes cidades, tornando-as mais verdes como a implantação de bosques, reservas florestais e hortas agroecológicas urbanas, até o desenvolvimento de energias limpas e tecnologias úteis em relação a proteção ambiental.

Vale a pena frisar que a proteção da natureza no planeta terra depende 80% da educação como ferramenta de construção de uma cultura de respeito ao meio ambiente, e 20% de tecnologias limpas que vão ajudar a humanidade a reduzir sua pegada ambiental.

Dentre todos os argumentos utilizados pelos especialistas para justificar a criação de um sistema jurídico internacionais que seja respeitado pelos países que compõem as Nações Unidas, o mais realista em nossa opinião, é o argumento das ciências naturais quanto a dependência do ser humano do ecossistema ambiental e interdependência entre os seres que habitam este planeta. Para os especialistas nesta área a humanidade é a maior ameaça a uma extinção em massa se não corrigirmos o rumo do desenvolvimento em termos mundiais.

A melhor forma de prever o futuro é criá-lo! Com base nessa premissa precisamos trabalhar agora para garantir os direitos ao meio ambiente sadio das gerações presentes e futuras. Se não cuidarmos da natureza neste momento, ressignificando nosso modo de vida desde a forma que nos alimentamos até como as organizações econômicas utilizam os recursos ambientais, o futuro das novas gerações é bastante incerto. Em nossa opinião, é urgente essa discussão, daí colocarmos todas as nossas energias nesse debate

Para uma primeira aproximação do conceito, podemos afirmar que os DDN são uma teoria jurídica, dentro do campo de um novo constitucionalismo latino-americano,

associada às ideias de libertação e emancipação dos sujeitos individuais e coletivos do direito, presentes na Filosofia da Libertação, Epistemologias do Sul, Ecologia de Saberes, combate a Injustiça Cognitiva e pluralismo jurídico. A formação de jovens juristas é passo fundamental neste processo, sem desconhecer a importância de um debate interdisciplinar desta questão.

Os DDN são diferentes do Direito Ambiental por conta do paradigma utilizado por cada teoria, enquanto o Direito Ambiental está, cada vez mais associado ao paradigma etnocêntrico da ciência jurídica moderna, os DDN têm fundamento em um paradigma ecocêntrico e bioinspirado que procura atender a necessidade de preservação do meio ambiente e regeneração da natureza. Em alguns aspectos esses direitos se assemelham ao que temos na justificação dos DDHH e fundamentais.

A participação no 2º Fórum Brasileiro dos Direitos da Natureza foi um divisor de águas neste processo, pois, foi a principal atividade realizada por nossa equipe relacionada a este objeto de estudo. Reconhecido pela Organização das Nações Unidas (ONU), o fórum promoveu o compartilhamento de saberes e a escuta das comunidades indígenas, tradicionais, da academia e da sociedade civil para iniciar a construção da Assembleia da Terra da ONU, que será implantada em abril de 2024, conforme recomendação da ONU (A-RES 77/169).

A expectativa dos organizadores do 2º FBDN foi contribuir com a definição sobre os direitos universais da Mãe Terra, que deverão ser debatidos globalmente e internalizados em uma Declaração Universal, se tudo correr dentro do esperado. O 2º FBDN promoveu ações afetivas, simbólicas, místicas, ideológicas de luta, envolvimento e afirmação de toda a Natureza, humana e não humana como sujeito de direitos. Reafirmou ações coletivas e conscientes do envolvimento da sociedade e das pessoas a respeito da importância do resgate dos modos de vida em harmonia com os demais seres da Natureza.

Um dos objetivos principais do 2º FBDN foi promover a escuta das necessidades das comunidades originárias e tradicionais e o diálogo desses pontos entre as diversas áreas da sociedade. Durante o encontro, foram realizadas oficinas para impulsionamento de processos de protocolos de consulta prévia, livre e informada; colaboração mútua para criação de propostas de lei de reconhecimento dos Direitos da Natureza, de territórios e sujeitos além humanos; oficina de bioconstrução na Aldeia Tukum e impulsionamento de processos de demarcação, sabendo que 80% da biodiversidade brasileira está sob a guarda das comunidades cultivadoras destes territórios; além da importante missão de contribuir com a ONU na formulação da Declaração Universal da Mãe Terra (AMÃETERRA, 2023).

Por fim, é importante destacar que a proteção da biodiversidade brasileira, que é de interesse mundial, precisa ser utilizada como uma estratégia para promoção do

desenvolvimento nacional, como já vem sendo utilizada pelo atual governo na ampliação do Fundo Amazônia. Nesse novo cenário a sustentabilidade e harmonia com a natureza é a ideia-mestra para o desenvolvimento econômico e social. As ações e iniciativas que valorizam a biodiversidade e promovam pesquisas, preservação e recuperação de flora e fauna, assim como a preservação da diversidade nos ambientes sociais, são cada vez mais pautadas por Estados, empresas e instituições.

REFERÊNCIAS

AMÃETERRA. forumdireitosdanatureza.org.br. **Fórum Direitos da Natureza**, 2023. Disponível em: <https://forumdireitosdanatureza.org.br/sobre/>. Acesso em: 25 Outubro 2023.

ARTICULAÇÃO NACIONAL PELOS DIREITOS DA NATUREZA | A MÃE TERRA. **Vida em Harmonia: Cartilha Direitos da Natureza/ Articulação Nacional Pelos Direitos da Natureza - A Mãe Terra**. São Paulo: Articulação Nacional pelos Direitos da Natureza | A Mãe Terra, 2021.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1977.

BOFF, L. E. B. C. **Como fazer a teologia da libertação**. São Paulo: Vozes, 2011.

BRASIL. Lei 12.343 de 2010 - Plano Nacional de Cultura. **Presidência da República**, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12343.htm. Acesso em: 12 Agosto 2021.

BRASIL. Lei 12.965 de 2014 - Marco Civil para a Internet. **Presidência da República**, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 12 Agosto 2021.

BRASIL. Marco Regulatório para as Organizações da Sociedade Civil. **Casa Civil - Presidência da República**, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm. Acesso em: 2021 Abril 2022.

BRASIL. Lei 13.243 de dezembro de 2016 - Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação. **Presidência da República | Secretaria Geral | Subsecretaria de Assuntos Jurídicos**, Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13243.htm. Acesso em: 30 novembro 2020.

CASTELLS, M. **Trilogia a Sociedade em Rede; Fim do Milênio; O Poder da**

Identidade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.

COLETTE, M. M. **Pesquisa-ação participativa e compromisso social da universidade.** Curitiba: CRV, 2021.

DUSSEL, E. **A ética da libertação.** Petrópolis: Vozes, 2012.

E-CICLE. Maiores Ameaças ao Planeta. **https://www.ecycle.com.br**, 2023. Disponível em: <https://www.ecycle.com.br/maiores-ameacas-ao-planeta/>. Acesso em: 25 Outubro 2023.

EPSTEIN, L. **Pesquisa empirica em direito: as regras da inferência** (The rules of inference). São Paulo: FGV: Coleção acadêmica livre, 2013.

GUSTIM, M. B. **(Re) Pensando a pesquisa jurídica.** Belo horizonte: Del Rey, 2013.

HASSON, V. **Direitos da Natureza.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

IBIAPINA, I. M. L. M. **Pesquisa colaborativa: investigação, formação e produção de conhecimento.** Brasília: Liber Livro, 2008.

IBIAPINA, I. M. L. M.; BANDEIRA, H. M. M. E. A. F. A. M. **Pesquisa Colaborativa: multirreferenciais e práticas convergentes.** Teresina: Piauí, 2016.

MASI, D. **O ócio criativo.** Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

MONTORO, A. F. **Introdução à Ciência do Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ODS BRASIL. Ods.brasil.gov.br. **ODS Brasil**, 2023. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/>. Acesso em: 24 Dezembro 2023.

ONU. **Informe 77/244 del Secretario General Armonia com la Naturaleza.** Armonia com la Naturaleza. Nova York, EUA | Distrito General: Organização das Nações Unidas. 2022. p. 19.

ONU. [harmonywithnatureun.org](http://www.harmonywithnatureun.org). **harmony with nature**, 2023. Disponível em: <http://www.harmonywithnatureun.org/>. Acesso em: 25 Outubro 2023.

PIRES, N. T. A relação entre a ciência do direito e a dogmática jurídica. **Diritto.it**, Santarcangelo di Romagna (RN) - Italia, 25 Outubro 2023.

PONTE SOCIAL| CHILD FUND BRASIL. pontesocial.org.br. **Ponte Social | Child Fund Brasil**, 2023. Disponível em: <https://pontesocial.org.br/>. Acesso em: 23 Outubro 2023.

ROCHA, J. C. **Metodologia da pesquisa: uma introdução à Abordagem Baseada em**

Direitos. Curitiba: Appris, 2012.

ROCHA, J. C. **Inovação na Administração Pública**. Brasília: CAPES/PNAP/UPE, 2021.

SABBAG, P. Y. **Espiraís do Conhecimento**: ativando indivíduos, grupos e organizações. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, B. D. S. **O fim do imperio cognitivo**: a afirmação das epistemologias do sul. São Paulo: Autêntica Editora, 2019.

SANTOS, B. S. E. M. M. P. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2014.

SECTI. **Bahia**: Sociedade 5.0. Salvador: Secretaria de Ciência, Tecnologia e Inovação - SECTI/BA - Governo do Estado da Bahia, 2019.

STAKE, R. **Pesquisa qualitativa**: como as coisas funcionam. Porto Alegre: Penso, 2011.

THIOLLENT, M. **Metodologia da pesquisa-ação**. São Paulo: Cortez Editora, 2018.

WOLKMER, A. C. Pluralismo jurídico e novas perspectivas dos direitos humanos. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, p. 40-58, jan/am 2009.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 26.10.2023 Aceito em 11.12.2023

PRIMEIRAS LINHAS SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DA CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS – CMED

First lines about the administrative sanctioning process of the Drug Market Regulation Chamber - DMRC

Alan Pereira de Araújo¹

RESUMO

A Lei nº 10.742/2003 criou a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), que tem por objetivos a adoção, implementação e coordenação de atividades relativas à regulação econômica do mercado de medicamentos, competindo-lhe, ainda, decidir sobre a aplicação de penalidades. Para tanto, instaura-se um processo administrativo sancionador regido pela Resolução CMED nº 02, de 16 de abril de 2018, aqui analisada.

Palavras-chave: Processo administrativo sancionador, regulação, medicamentos.

ABSTRACT

Law number 10,742, of October 6, 2003, created the Medicines Market Regulation Chamber (CMED), whose objectives are the adoption, implementation and coordination of activities related to the economic regulation of the medicines market, being responsible for, also, deciding on the application of penalties. To this end, an administrative sanctioning process was established, governed by CMED Resolution No. 02, of April 16, 2018, analyzed here.

Keywords: *Administrative sanctioning process, regulation, medicines.*

Sumário: 1 Introdução. 2 A Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos. 3 O processo administrativo sancionador da CMED: rito aplicável e limites ao poder punitivo da Administração. 4 Considerações finais. Referências.

Summary: *1 Introduction. 2 The Medicines Market Regulation Chamber. 3 The CMED administrative sanctioning process: applicable procedure and limits to the Administration's punitive power. 4 Final considerations. References.*

1 INTRODUÇÃO

Resultante da conversão da MP 123/2003, a Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003, estabelece normas de regulação para o setor farmacêutico, com a finalidade de promover a assistência farmacêutica à população através de mecanismos que estimulem a oferta de

¹ Procurador Federal. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos (FMC). Especialista em Direito Processual Civil (UGF). Especialista em Direito Público (FDDJ). ORCID: 0000-0003-4154-1391. E-mail: alanbhz@yahoo.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2094360531618505>.

medicamentos e a competitividade do setor (art. 1º), aplicando-se, por isso, às empresas produtoras de medicamentos, às farmácias e drogarias, aos representantes, às distribuidoras de medicamentos e, de igual modo, a quaisquer pessoas jurídicas de direito público ou privado, inclusive associações de entidades ou pessoas, com ou sem personalidade jurídica que, de alguma forma, atuem no setor farmacêutico (art. 2º).²

Referida Lei criou, em seu artigo 5º, a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), que tem por objetivos a adoção, implementação e coordenação de atividades relativas à regulação econômica do mercado de medicamentos, competindo-lhe, dentre outros atos (art. 6º), decidir sobre a aplicação de penalidades previstas naquela Lei e, relativamente ao mercado de medicamentos, aquelas previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, aliás, o descumprimento de atos emanados pela CMED, no exercício de suas competências de regulação e monitoramento do mercado de medicamentos, bem como o descumprimento de norma prevista na Lei 10.742/2003, sujeitam-se às sanções previstas no artigo 56 da Lei 8.078/1990 (o CDC).

Para tanto, o regulado é submetido a um processo administrativo sancionador democrático, disciplinado pela Resolução CMED nº 02, de 16 de abril de 2018, objeto do presente estudo.

Nele foi utilizado o método jurídico-descritivo, com pesquisa em fontes bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais sobre o tema.

2 A CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS

A Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) é o órgão interministerial (não uma autarquia) responsável pela regulação econômica do mercado de medicamentos no Brasil, e, a despeito de ser um órgão relativamente novo, destacam Victor Bruno R. Araújo e Antônio Pedro de Melo Netto (2018, p. 116) que sua estrutura e objetivos se revelam bem parecidos com os do Conselho Interministerial de Preços (CIP) criado pelo Decreto-Lei 808/1969 e extinto em 1990, e com a Câmara de Medicamentos

2 Na exposição de motivos da Medida Provisória nº 123/2003 consta que o setor farmacêutico brasileiro permaneceu imune ao processo de competição que se instalou no País, praticando aumentos generalizados, significativos e não transitórios nos preços dos medicamentos. Nele foi observada uma significativa concentração da oferta, a inelasticidade da demanda, elevadas barreiras à entrada de novos concorrentes, a presença do consumidor substituto (o médico), além de forte assimetria de informações, garantindo enorme poder de mercado aos produtores e vendedores. Nesse cenário, a regulação pública pretendida consistiria em uma intervenção do poder público com a finalidade de estabelecer regras administrativas que garantissem um resultado socialmente aceitável no mercado em questão. As regras da regulação pública se aplicariam sobre qualidade e preços dos produtos e serviços, enquanto que o conjunto de medidas a ser adotado visaria à diminuição das falhas de mercado, especialmente a redução da assimetria de informações que afetam todos os agentes envolvidos, buscando efetivamente implementar o direito ao acesso a medicamentos pela população brasileira, objetivando o seu bem-estar.

(CAMED) criada pela Lei 10.213/2001, porém extinta em 2003.

A CMED, como visto, foi criada pela Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003, cabendo ao Decreto nº 4.766, de 26 de junho de 2003, regulamentar a criação, as competências e o funcionamento da Câmara.³

O artigo 3º deste Decreto, por sua vez, estabelece que a CMED será composta pelos seguintes Ministros de Estado, que, em conjunto, formarão o Conselho de Ministros, a saber: o da Saúde, que o presidirá; o Chefe da Casa Civil da Presidência da República, o da Justiça, o da Fazenda e, por fim, o do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. O Conselho de Ministros será o órgão de deliberação superior e final da CMED (§ 1º) e o fará mediante resoluções⁴, com a presença de todos os seus membros (§ 3º). Suas decisões serão tomadas por unanimidade (§ 4º).

De acordo com o artigo 4º do mesmo Decreto 4.766/2003, compete privativamente ao Conselho de Ministros aprovar critérios para reajustes de preços de medicamentos; decidir pela inclusão ou exclusão de produtos no regime de regulação de preços; aprovar o regimento interno da CMED e, ainda, aprovar os preços dos medicamentos que forem objeto de alteração da carga tributária.

A CMED terá um Comitê Técnico-Executivo e uma Secretaria-Executiva (art. 5º), onde o Comitê constitui o seu núcleo executivo colegiado (art. 6º) e a Secretaria-Executiva será exercida Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (art. 7º),⁵ competindo-lhe prestar assistência direta ao Conselho de Ministros, preparar as reuniões, acompanhar a implementação das deliberações e diretrizes por ele fixadas, coordenar grupos técnicos intragovernamentais, realizar e promover estudos, além de outras atribuições que lhe forem conferidas regimentalmente.

O apoio administrativo e os meios necessários à execução dos trabalhos da CMED,

3 Sobre o exercício do poder regulamentar da CMED, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RMS 28.487/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, publicado em 15/03/2013, teve oportunidade de se manifestar no sentido de que a atuação normativa da CMED está fundamentada nos artigos 84, inc. II, c/c 87, parágrafo único, inc. II, ambos da Constituição Federal, ou seja, é legal/constitucional a amplitude da delegação normativa conferida à CMED, entendendo a Corte Suprema ser esta necessária para fazer face à dinâmica e às peculiaridades técnicas do mercado de medicamentos. Na espécie, prevaleceu a supremacia do interesse público sobre o privado, como não poderia deixar de ser.

4 Ao discorrer sobre a forma dos atos administrativos, Evandro Martins Guerra (2007, p. 139) esclarece que *resolução e portaria* são formas de que se revestem os atos, gerais ou individuais, emanados de outras autoridades que não o Chefe do Executivo, sendo produzidos para expedir orientações gerais ou especiais aos respectivos subordinados, designar servidores para o desempenho de certas funções ou determinar abertura de sindicância ou inquérito administrativo, por exemplo. Alerta o autor que alguns doutrinadores distinguem a *resolução* para a competência privativa do primeiro escalão de governo e para as deliberações dos órgãos colegiados, ao passo que a *portaria* estaria a cargo das demais autoridades de quaisquer escalões, geralmente dirigentes dos órgãos e entidades estatais.

5 A propósito, “carece legitimidade à ANVISA para figurar no polo passivo de ação que tem como escopo anular ato praticado pelo Comitê-Executivo da Câmara de Regulação de Mercado de Medicamento (CMED), órgão que não faz parte da estrutura organizacional daquela Autarquia Sanitária” (AC 0048674-77.2010.4.01.3400, Rel. Des. Federal Kassio Nunes Marques, TRF1 – 6ª Turma, e-DJF1 13/01/2015).

do Comitê Técnico-Executivo e da Secretaria-Executiva, serão providos pelo Ministério da Saúde (art. 9º).

A Resolução nº 3, de 29 de julho de 2003, por sua vez, aprovou o Regimento Interno da CMED, tendo sido alterada, na linha do tempo, pelas Resoluções nº(s) 03/2005, 03/2008 e 02/2018.

De acordo com o artigo 6º da Lei 10.742/2003, compete à CMED, dentre outros atos necessários à consecução dos objetivos perseguidos por esta Lei: definir diretrizes e procedimentos relativos à regulação econômica do mercado de medicamentos (inc. I); estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos (inc. II); definir, com clareza, os critérios para a fixação dos preços dos produtos novos e novas apresentações de medicamentos, nos termos do artigo 7º (inc. III); decidir pela exclusão de grupos, classes, subclasses de medicamentos e produtos farmacêuticos da incidência de critérios de estabelecimento ou ajuste de preços, bem como decidir pela eventual reinclusão de grupos, classes, subclasses de medicamentos e produtos farmacêuticos à incidência de critérios de determinação ou ajuste de preços, nos termos desta Lei (inc. IV); estabelecer critérios para fixação de margens de comercialização de medicamentos a serem observados pelos representantes, distribuidores, farmácias e drogarias, inclusive das margens de farmácias voltadas especificamente ao atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica (inc. V); coordenar ações dos órgãos componentes da CMED voltadas à implementação dos objetivos previstos no artigo 5º (inc. VI); sugerir a adoção, pelos órgãos competentes, de diretrizes e procedimentos voltados à implementação da política de acesso a medicamentos (inc. VII); propor a adoção de legislações e regulamentações referentes à regulação econômica do mercado de medicamentos (inc. VIII); opinar sobre regulamentações que envolvam tributação de medicamentos (inc. IX); assegurar o efetivo repasse aos preços dos medicamentos de qualquer alteração da carga tributária (inc. X); sugerir a celebração de acordos e convênios internacionais relativos ao setor de medicamentos (inc. XI); monitorar, para os fins desta Lei, o mercado de medicamentos, podendo, para tanto, requisitar informações sobre produção, insumos, matérias-primas, vendas e quaisquer outros dados que julgar necessários ao exercício desta competência, em poder de pessoas de direito público ou privado (inc. XII); zelar pela proteção dos interesses do consumidor de medicamentos (inc. XIII); decidir sobre a aplicação de penalidades previstas naquela Lei e, relativamente ao mercado de medicamentos, aquelas previstas na Lei 8.078/1990, sem prejuízo das competências dos demais órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (inc. XIV) e, por fim, elaborar seu regimento interno (inc. XV).

Já o artigo 4º da Lei, ao estabelecer que as empresas produtoras de medicamentos deverão observar, para o ajuste e determinação de seus preços, as regras por ela definidas,

a partir de sua publicação, mereceu regulamento específico a cargo do Decreto nº 4.937, de 29 de dezembro de 2003.⁶

Assim, em síntese, a CMED estabelece limites para preços de medicamentos,⁷ adota regras que estimulam a concorrência no setor farmacêutico,⁸ monitora a comercialização e, ainda, aplica penalidades quando suas regras são descumpridas.

É responsável, inclusive, pela fixação e monitoramento da aplicação do desconto mínimo obrigatório para compras públicas, o que se verificou, por exemplo, por meio da Resolução CMED nº 4, de 18 de dezembro de 2006,⁹ norma cuja legalidade já foi

6 Aliás, em recente julgado, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS. PREÇOS ACIMA DO REGULAMENTO DA CMED. MULTA. LEGALIDADE. TAC. ÂMBITO ESTADUAL. EXCLUSÃO. ATUAÇÃO DA ANVISA. IMPOSSIBILIDADE. ATRIBUIÇÕES DISTINTAS. 1. Não há violação do art. 1.022, II, do CPC quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, como no caso dos autos, em que o Tribunal Regional expressamente enfrentou a controvérsia sobre a possível inaplicabilidade do art. 4º da Lei n. 10.742/2003 em relação às distribuidoras de medicamentos. 2. Ainda que o art. 4º da Lei n. 10.742/2003 regesse apenas a atuação dos produtores de medicamentos (excluindo os distribuidores), não seria o caso de afastar, na espécie, a multa amargada pela empresa recorrente, na medida em que, segundo consta das decisões da instância ordinária, tal dispositivo não foi o único que embasou a aplicação da sanção. 3. Hipótese em que a punição infligida à recorrente também se alicerçou no art. 8º da Lei n. 10.742/2003, que tem densidade normativa suficiente para manutenção da multa, uma vez que a empresa recorrente teria descumprido atos emanados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, na forma do artigo supracitado, pelo que, independentemente da aplicação ou não do art. 4º em relação àquela, a sanção se manteria por conta de outro fundamento que nem sequer foi impugnado no apelo. 4. Também não se sustenta a alegação de violação ao art. 5º, § 6º da n. Lei 7.347/1985, pois a contrariedade ao referido dispositivo - e, por consequência, ao princípio da confiança - seria aplicável se as mesmas autoridades que firmaram o TAC, no âmbito das suas atribuições legais, tivessem, em desrespeito aos limites do acordo, fixado a multa ora questionada, o que não ocorreu. 5. No caso, o TAC firmado com autoridades estaduais, cujo objeto era disciplinar questões relacionadas à prestação de saúde no estado do Rio Grande do Sul, não tem o condão de excluir a atuação de agência federal (ANVISA) em âmbito, inclusive, distinto (regulação do setor farmacêutico e dos preços praticados na venda de medicamentos). 6. Sobre a proporcionalidade da sanção administrativa aplicada, nos termos da pacífica jurisprudência do STJ, ‘o reexame do critério para sua fixação, bem como sua proporcionalidade para majorá-la ou reduzi-la é vedado em recurso especial por exigir revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7 do STJ)’ (AgInt no REsp n. 1.957.817/TO, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 25/5/2023). 7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido.” (REsp 1.916.816/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Turma, DJe de 26/09/2023)

7 Nesse sentido, Nathália Miziara e Diogo Rosenthal (2015, p. 2-3) esclarecem que “a regulação econômica exercida pela CMED se consubstancia na prerrogativa de estabelecer critérios para a fixação e ajuste de preços de medicamentos, bem como para a fixação de margens de comercialização de produtos a serem observadas pelos representantes, distribuidores, farmácias e drogarias.”

8 Registre-se, por importante, na lição de Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara (2008) que, paralelamente à regulação específica, o setor permanece sujeito aos mecanismos de controle próprios do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), de sorte que “qualquer ato de concentração ou conduta que vise a prejudicar a competição ou que caracterize abuso, em função de posição dominante exercida no mercado, sujeita os envolvidos à atuação do CADE e dos demais órgãos incumbidos da matéria”.

9 A Resolução CMED 04/2006 determinou a aplicação do Coeficiente de Adequação de Preços (CAP) a diversos produtos adquiridos por entes estatais. A este respeito, o VOTO Nº 344/2023/SEI/DIRETOR-PRESIDENTE/ANVISA, proferido pelo Diretor-Presidente da ANVISA no Processo Administrativo nº 25351.925670/2018-19, em 12 de setembro de 2023, explica: “O CAP, desconto mínimo obrigatório incidente sobre o Preço Fábrica (PF) de alguns medicamentos nas compras realizadas pela administração pública direta e indireta, nas três esferas de governo, foi instituído pela CMED com finalidade de otimizar o uso dos recursos destinados à aquisição de medicamentos. Assim, as compras públicas de alguns medicamentos, identificados em instrumento específico, bem como aquelas realizadas por força de

reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça (MS 11.706/DF, Rel. Min. Castro Meira, 1ª Seção, DJ 27/11/2006; MS 12.730/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, 1ª Seção, DJ 03/09/2007; MS 12.915/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, 1ª Seção, DJe 28/08/2009).

Por tudo isso, a CMED também contribui para assegurar o direito à saúde por meio da adoção de políticas públicas de universalização do acesso a medicamentos.¹⁰

Vejamos, agora, como se desenvolve o processo punitivo da CMED.

3 O PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DA CMED: RITO APLICÁVEL E LIMITES AO PODER PUNITIVO DA ADMINISTRAÇÃO

A rigor, o processo administrativo sancionador é um processo administrativo – não judicial ou penal – que tem por objetivo aplicar uma sanção àquele(a), pessoa física ou jurídica, que houver cometido uma infração administrativa, violando, então, uma norma administrativa presente no ordenamento, de observância obrigatória, ainda que não prevista em lei formal, mas na “legislação” (em sentido amplo), caso em que será necessária uma autorização legal expressa para esta medida. A ele, naturalmente, aplicam-se as garantias constitucionais relativas ao devido processo legal, especialmente manifestadas através dos direitos ao contraditório e à ampla defesa.

O processo administrativo sancionador é, ainda, o instrumento que veicula o chamado Direito Administrativo Sancionador, que de acordo com Daniel Ferreira (2012, p. 170) é “o conjunto de normas (regras e princípios) sistematicamente organizadas, que tratam das infrações e das sanções apuráveis e impositivas, respectivamente – e das excepcionais alternativas para tanto, no regular exercício da função administrativa.”

Dito isto, bom de ver que o procedimento a ser observado na apuração de infrações administrativas às normas de proteção e defesa do consumidor e aplicação das sanções

decisão judicial, devem sofrer adequação de preços baseada na aplicação do CAP, para obtenção de um preço teto. Ao se aplicar o CAP sobre o PF, chega-se ao Preço Máximo de Venda ao Governo (PMVG), configurando o maior preço permitido para venda desses medicamentos a entes da Administração Pública. Ocorrendo evidências de descumprimento às normativas sobre o PMVG, o gestor público responsável pela compra deve formalizar representação à SCMED, para apuração e, em caso de confirmação, aplicação de sanção. Eventuais inobservâncias às normas que regem o mecanismo de desconto devem ser apuradas pela CMED, para aplicação das sanções administrativas cabíveis, Leis n. 10.742/2003 e Lei n. 8.078/1990.” Ainda no que se refere às compras públicas, ressaltam Marislei Nishijima, Geraldo Biasoto Júnior e Eleni Lagroteria (2014, p. 160) que, considerando que o governo é um grande comprador de medicamentos devido aos seus programas, a CMED impõe um redutor obrigatório sobre o PF (preço fábrica) de alguns medicamentos excepcionais ou de alto custo nas compras realizadas pelos entes públicos. Esse redutor, desconto mínimo obrigatório, é o coeficiente de adequação de preço (CAP), que corresponderia a 24,92%.

10 Quanto ao tema, observa Daniela Trejos (2017, p. 113) que “o direito à saúde, previsto na Constituição Federal de 1988, concretiza-se por meio de um conjunto de políticas públicas de vigilância sanitária, regulação e controle sobre medicamentos e materiais médicos”, de sorte que o acesso a produtos de saúde seguros “depende da existência de um sistema confiável de vigilância sanitária, além do trabalho de pesquisa e desenvolvimento por parte das empresas farmacêuticas.”

respectivas é aquele estabelecido no Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997 (alterado pelo Decreto nº 10.887, de 6 de dezembro de 2021), de onde se extrai que as práticas infrativas serão apuradas em processo administrativo próprio (art. 33),¹¹ atualmente, nos termos da Resolução CMED nº 02, de 16 de abril de 2018, publicada no D.O.U. nº 163, em 23 de agosto de 2018, Seção nº 1, pág. 05, que disciplina o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam as normas reguladoras do mercado de medicamentos.

Dita resolução estabelece normas relativas a investigações preliminares e processos administrativos para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam as normas reguladoras do mercado de medicamentos, nos termos do artigo 8º da Lei 10.742/2003, aplicando-se a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, inclusive importadores, hospitais, clínicas e associações de entidades ou pessoas, que, de alguma maneira, atuem no mercado de medicamentos (art. 1º) e que não poderão alegar desconhecimento ou incompreensão das normas legais e regulamentares para se eximir de seu cumprimento ou do ressarcimento de eventuais valores auferidos indevidamente (art. 4º).

As infrações à regulação do mercado de medicamentos são classificadas, segundo sua natureza, em quantificáveis e não quantificáveis, sendo fartamente descritas no artigo 5º, incisos I e II, da Resolução, mercedor de estudo específico e mais robusto, no futuro.

Em linhas gerais, infração quantificável é a conduta caracterizada pela presença de informações de preço e quantidade que possibilitem a aferição de valor a maior obtido ilegalmente, ainda que de forma potencial, inclusive na oferta de medicamentos. Já a infração não quantificável é aquela caracterizada pela impossibilidade de aferição de valor a maior obtido ilegalmente, ainda que de forma potencial, inclusive na oferta de medicamentos, bem como pela ausência ou inconsistência de informações relativas ao Relatório de Comercialização (art. 3º, incisos VIII e IX, da Resolução 02/2018).

As penalidades cabíveis são a correção da prática infrativa e a multa, que poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente. Havendo concurso de infratores, aplica-se a regra de responsabilidade prevista no CDC (art. 6º da Resolução 02/2018).

A aplicação de correção da prática infrativa, que poderá ser convertida em multa, deverá observar os parâmetros indicados no artigo 8º da Resolução mencionada.

Os critérios e a metodologia para a fixação da penalidade de multa encontram-se no

11 Nessa mesma linha de raciocínio, Joseane Suzart (2012, p. 30-31) assevera que “a apuração das práticas infrativas dar-se-á através de processo administrativo, obedecendo-se a determinadas exigências contidas no Decreto 2.181/97, uma vez que, apesar de o poder de império representar a característica essencial da posição jurídica do Estado, não se permite o seu exercício de modo arbitrário.” Acrescenta a autora que “as penalidades administrativas não inviabilizam a apuração dos fatos nas esferas cível e penal, pois não se confundem com as sanções que podem advir dos processos que tramitam nestas áreas.”

artigo 9º, não se olvidando que o cálculo da multa não poderá exceder os limites mínimo e máximo previstos no artigo 57, parágrafo único, da Lei 8.078/1990.¹²

A previsão de multa diária consta do artigo 11 da Resolução 02/2018.

Definido o valor base da multa (art. 12), que poderá ser atenuado de um terço à metade ou agravado de um terço ao dobro, conforme circunstâncias atenuantes e agravantes descritas no artigo 13 da Resolução, aplicar-se-á, ainda, eventual causa de aumento de multa, sendo certo que, em caso de reincidência (repetição de prática infrativa em um período de cinco anos), a multa será aplicada em dobro (art. 14).

Quanto ao tema, permanece atual a pioneira lição de Roberto Taufick (2015), ainda que anterior à edição da Resolução CMED 02/2018 e do Decreto 10.887/2021:

“Embora a CMED não esteja vinculada aos critérios do CDC, tampouco ao decreto regulamentador, o art. 28 do Decreto 2.181/1997 traz parâmetros que servem como importante baliza para o aplicador do direito no momento de definir a pena: a gravidade da prática infrativa, a

12 De acordo com a Orientação Interpretativa nº 08, de 21 de julho de 2017, da CMED, “a ausência da lista de preços atualizada nas unidades de comércio varejista, a publicação de preços superiores aos permitidos, bem como a comercialização de medicamentos por preço superior ao divulgado em publicações especializadas de grande circulação, são práticas consideradas abusivas e representam infração às normas de regulação, sujeitando o infrator às penalidades previstas na Lei nº 10.742, de 06 de outubro de 2003 e demais normativos da CMED.” Ilustrando o que se afirmou, confira-se o seguinte julgado: “ADMINISTRATIVO. LEI Nº 10.742/2003. RESOLUÇÃO CMED Nº 2/2005. DIVULGAÇÃO DE PREÇOS SUPERIORES AO PERMITIDO PELA CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS - CMED. MULTA. ARTIGOS 56 E 57 DA LEI Nº 8.078/1990. 1 - A Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003, definiu normas de regulação para o setor farmacêutico, criou a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED e alterou a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispunha sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos. 2 - Por sua vez, a Resolução CMED nº 2, de 14 de março de 2005, dispôs sobre a forma de definição do Preço Fabricante e do Preço Máximo ao Consumidor dos medicamentos em 31 de março de 2005, estabeleceu a forma de apresentação de Relatório de Comercialização à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED, disciplinou a publicidade dos preços dos produtos farmacêuticos e definiu as margens de comercialização para esses produtos. 3 - O artigo 6º da Resolução CMED nº 2/2005 garante aos consumidores os preços de medicamentos em conformidade com as determinações da CMED, uma vez que as revistas especializadas servem de parâmetro para as vendas no varejo e devem estar à disposição dos consumidores para consulta em todas as unidades de comércio varejista de medicamentos. 4 - Insta salientar que o preço máximo ao consumidor é vinculado ao preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz e, ao divulgá-lo em patamares superiores ao permitido pela CMED em revistas especializadas, a autora infringiu a regulação econômica do mercado de medicamentos. 5 - O artigo 56 da Lei nº 8.078/90 (CDC), para o qual o caput do artigo 8º da Lei nº 10.742/2003 remeteu a regulamentação e aplicação de penalidade administrativa estipula, em seu inciso I, que as infrações às normas de defesa ao consumidor sujeitam seus infratores à pena de multa, ao passo que o artigo 57 da norma consumerista prevê os critérios de graduação da multa aplicada, tais como a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do infrator. 6 - In casu, a autoridade administrativa fixou o valor da multa aplicada, pautando-se em sua discricionariedade e na legislação vigente, bem como levando em conta a condição econômica do infrator e o prejuízo causado ao consumidor, respeitando, outrossim, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade aplicáveis ao caso concreto, uma vez que, configurada a infração e podendo arbitrar a multa entre 200 a 3.000.000 UFIR's, adotou o valor de R\$116.469,75 (cento e dezesseis mil, quatrocentos e sessenta e nove reais e setenta e cinco centavos), cumprindo, dessa forma, a almejada função pedagógica e punitiva esperada dessa espécie de pena, não havendo que se falar, portanto, em redução do valor da multa aplicada. 7 - Apelação não provida.” (AC 0000504-97.2012.4.03.6100, Rel. Des. Federal Nery Júnior, TRF3 - 3ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 de 10/03/2016)

extensão do dano causado, a vantagem auferida e a condição econômica do infrator. [...] Circunstâncias agravantes e atenuantes são aquelas que, por serem mais, ou menos gravosas que a média, demandam ajustes na dosimetria da multa-base. Agravantes e atenuantes incidem sobre o resultado de toda a equação da multa-base e vinculam-se ao teto e ao piso fixado normativamente para a multa. Novamente, o Decreto 2.181/1997 serve-nos de baliza, desta vez por meio dos artigos 25 e 26. Segundo o art. 25 do decreto, são circunstâncias atenuantes a relevância da ação do infrator para o desfecho, ser réu primário e a adoção de providências para minimizar, ou de imediato reparar os efeitos do ato lesivo. Como agravantes vale citar a reincidência, [...] a obtenção de vantagem pessoal indevida, a presença de consequências danosas à saúde, ou à segurança do consumidor, ter deixado de tomar providências para evitar, ou mitigar o dano, dolo, a presença de dano coletivo, a qualidade das vítimas (menores, idosos, deficientes). Perceba-se que algumas das condições agravantes são da natureza das infrações de sobrepreço no mercado de medicamentos, como a obtenção de vantagem econômica da prática, a presença de consequências danosas à saúde, ou à segurança do consumidor e a presença de dano coletivo. [...] No caso do binômio réu primário/reincidência, um desses elementos deve ser considerado o padrão a ser agravado, ou atenuado. Deixando mais claro: como circunstâncias agravantes e atenuantes são aquelas que fogem do comportamento padrão que ensejou a multa-base e como o infrator não pode encaixar-se em condição outra que como réu primário, ou como reincidente (a resposta é binária, 0 ou 1), alguma dessas duas situações necessariamente já está contemplada na multa-base. No nosso sistema de presunção de inocência, essa condição é a primariedade. Desse modo, apenas a circunstância agravante deve ser incorporada ao nosso modelo. O mesmo vale para o binômio adoção/não adoção de providências para minimizar o dano: apenas uma dessas condições já está contemplada na multa-base. Nesse caso, superada a presunção de inocência e comprovado o sobrepreço pelo réu, a prática sugere que o infrator não aja para minimizar o dano causado -- até porque, ou o ato é realizado acintosamente ao arrepio da lei, ou o agente econômico desconhecia a realidade e persistirá no erro porque está convencido de que ele está dentro da legalidade. Ou seja, o comportamento *outlier* e que deve ser contemplado como circunstância atenuante é adoção de providências para minimizar o dano, eliminando-se a agravante correspondente. Por derradeiro, cabe a análise da presença do dolo enquanto circunstância agravante, como preceitua o decreto regulamentador, ou a inexistência do dolo enquanto circunstância atenuante. Se, em infrações das normas de defesa do consumidor, faz sentido pensar no dolo do gerente, ou do comerciante pessoa física, no âmbito da CMED a presença de pessoas jurídicas na condição de representadas implica a presunção de que, sendo as decisões dos agentes econômicos racionais e não sendo possível escusar-se do cumprimento de uma norma alegando desconhecimento dela, aquelas só cometeriam a infração se considerassem a existência de racionalidade econômica no seu cometimento. Em outras palavras, as infrações julgadas pela CMED no mercado de medicamentos são regidas pela responsabilidade objetiva (*liability rule*, em contraposição a

negligence rule), não havendo de se questionar a presença, ou não, do dolo. Por esse motivo, o dolo teve de ser desconsiderado na nossa análise.” (TAUFICK, 2015, p. 25-29)

O processo administrativo terá início mediante denúncia ou ato de ofício (art. 15).

Recebida a denúncia, ou verificados, de ofício, indícios de infração às normas reguladoras do mercado de medicamentos, a Secretaria-Executiva da CMED elaborará nota técnica contendo os elementos mencionados no artigo 16.

É admissível, sob certas condições, a reparação voluntária e eficaz por parte do infrator, mas esta não será aplicada aos casos em que se verificar a reincidência (art. 17).

As notificações e intimações expedidas no curso de eventual investigação preliminar (art. 15, § 2º) e do processo administrativo realizar-se-ão na forma do artigo 18, contendo os requisitos do artigo 19 da Resolução.

A partir do recebimento da notificação de instauração do processo administrativo, o interessado terá o prazo de 30 (trinta) dias para, querendo, apresentar defesa, a qual deverá ser acompanhada de todos os documentos necessários para comprovar suas alegações (art. 20).

Naturalmente, caberá ao autuado o ônus da prova dos fatos alegados na defesa, ressalvado o disposto no artigo 37 da Lei 9.784/1999 (art. 22 da Resolução).

O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo (art. 23).

A reparação posterior também é possível, na forma do artigo 25 da Resolução, importando na redução da multa e na confissão quanto à matéria de fato e sua ilicitude.

Concluída a instrução e análise do processo administrativo, a Secretaria-Executiva da CMED (ou seja, a ANVISA) decidirá sobre a prática ou não de infração e a competente aplicação de sanção (art. 26). A decisão será publicada em Diário Oficial da União e encaminhada pela Secretaria-Executiva ao infrator e, nos casos em que for aplicada pena de multa, será encaminhada, ainda, a competente guia para seu recolhimento (art. 28).

Da decisão proferida pela Secretaria-Executiva que aplicar sanções, cabe recurso administrativo com efeito suspensivo para o Comitê Técnico-Executivo, no prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir da ciência da decisão por meio de notificação (art. 29).

O apelo não será admitido nas hipóteses do parágrafo 2º, lembrando que não são passíveis de recurso as decisões proferidas pelo Comitê Técnico-Executivo em instância administrativa recursal (§ 3º).

Decorrido o prazo mencionado sem a comprovação do recolhimento do valor da multa ou apresentação de recurso, o processo será encaminhado para cobrança

administrativa na forma da regulamentação específica (§ 4º).

A CMED poderá, antes da instauração ou até o encerramento do processo administrativo, de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, na órbita de suas competências legais, com vistas ao melhor atendimento ao interesse público e à garantia de cumprimento das normas que regulamentam o mercado de medicamentos, celebrar Compromisso de Ajustamento de Conduta com os investigados ou infratores (art. 30), que importará (§ 1º) em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória, interrompendo o prazo de prescrição da pretensão punitiva (art. 2º, IV da Lei 9.873/1999).

O compromisso em questão conterà, dentre outras, as cláusulas mencionadas no artigo 32. Uma vez celebrado, as investigações preliminares ou processos administrativos abrangidos pelo compromisso terão seu prosseguimento suspenso, cabendo à Secretaria-Executiva da CMED acompanhar e fiscalizar o seu cumprimento (art. 33).

Comprovado o fiel cumprimento do compromisso, a Secretaria-Executiva da CMED encaminhará relatório final ao Comitê Técnico-Executivo, que deliberará pela emissão de Certificado de Cumprimento do compromisso e consequente arquivamento dos respectivos processos administrativos ou investigações preliminares a ele relacionados, não repercutindo para fins de reincidência (art. 38). Contudo, se verificado o não cumprimento do compromisso de ajustamento de conduta, e não se tratando da hipótese prevista no parágrafo único do artigo 32, sem prejuízo das penalidades previstas em cláusula específica, serão adotadas as providências necessárias ao prosseguimento dos respectivos processos administrativos e averiguações preliminares (art. 37).

Destaque-se, por importante, que o poder-dever de punir deve ser exercido dentro de um prazo razoável, previsto em lei, sob pena de converter-se em arbítrio. Por isso, com relação aos prazos para o exercício da ação punitiva da Administração Pública Federal, objeto específico da Lei 9.873/1999, ousamos, por questão de praticidade, colacionar a conclusão de estudo anterior, quando então afirmamos (2021):

Feitos esses esclarecimentos, é possível concluir o seguinte: a) Decadência e prescrição são institutos que militam em favor da estabilização das relações sociais, mas devem ser compatibilizados com o interesse público. Nesse sentido, é indispensável encontrar um ponto de equilíbrio entre o direito à segurança jurídica e o direito de punir da Administração, tendo em vista que, se de um lado o administrado não pode ficar eternamente submetido ao arbítrio daquela, de outro, não pode o interesse público em extirpar do corpo social um ilícito ceder à imerecida tutela de um direito do administrado, quando mal dimensionado; b) O legislador, relativamente à Lei 9.873/1999, disse menos do que deveria, ou não teve boa técnica, de sorte que seu art. 1º, *caput*, ou traz dois prazos diferentes, um decadencial de cinco anos, a contar do ilícito administrativo, seguido de um prazo “prescricional” interrompível, para constituição do crédito; ou somente um prazo decadencial interrompível, pois que a prescrição

da ação de cobrança foi tratada em outro dispositivo (art. 1º-A). Daí ser correta a compreensão de que a “simplicidade” normativa se contrapõe à complexidade interpretativa da Lei. Por esse motivo, compreendemos, agora, que Hugo de Brito Machado Segundo cogitou de uma concepção que se vale do instituto da preempção justamente porque, de acordo com as normas aplicáveis, inexistente prescrição intercorrente no curso do processo administrativo tributário (Súmula nº 11 do CARF), o que também se dava no processo administrativo comum. Podemos, de qualquer modo, entender a preempção, se possível a sua aplicação aqui, como uma forma de extinguir a punibilidade em processos punitivos, por meio da prescrição da pretensão punitiva da Administração; c) Feitas estas ponderações, entende-se que o prazo a que alude o art. 1º da Lei 9.873/1999 é decadencial e se conta da prática do ato, ou no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado, de sorte que, com a lavratura do auto de infração, afasta-se a decadência, que fulmina o direito de sequer iniciar o processo administrativo punitivo; d) Entre a lavratura do auto de infração e até que flua o prazo para a interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for decidido tal apelo de que se tenha valido o administrado, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou a fluência de prazo para prescrição da ação de cobrança. Tem-se aí, entretanto, um prazo para constituição do crédito não-tributário, que o legislador chamou de prazo para o exercício da pretensão punitiva da Administração; e) Uma vez instaurado, no âmbito da Administração, o processo administrativo sancionatório, com vistas à apuração de conduta contrária à legislação, cessa o lapso decadencial e inicia-se um prazo prescricional administrativo, passível de suspensão ou interrupção, porquanto, aqui, nasce uma pretensão de natureza condenatória e, posteriormente, uma vez preclusa a decisão cominatória de penalidade, executória; f) O termo inicial da prescrição coincide com o momento da ocorrência da lesão ao direito, consagração do princípio da *actio nata* e, em se tratando de multa administrativa, a prescrição da ação de cobrança somente tem início com o vencimento do crédito sem pagamento, quando se torna inadimplente o administrado infrator. Antes disso, e enquanto não se encerrar o processo administrativo de imposição da penalidade, não corre prazo prescricional, porque o crédito ainda não está definitivamente constituído e não pode ser cobrado. Daí a redação do art. 1º-A da Lei nº 9.873/1999, dada pela Lei 11.941/2009; g) O art. 2º da Lei 9.873/1999 traz hipóteses taxativas e capazes de interromper a prescrição da ação punitiva da Administração. São elas: a notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; a prática de qualquer ato inequívoco que importe em apuração do fato; o advento de decisão condenatória recorrível e, por fim, a prática de qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no seio da Administração Federal; h) Quando entre uma hipótese e outra de interrupção da prescrição da ação punitiva da Administração decorrer prazo superior a cinco anos, dá-se o fenômeno da prescrição da pretensão punitiva, devendo ser extinto o processo administrativo sancionador, sem chance de renovação, por ofensa ao princípio constitucional da eficiência. Tal se dá para conferir efetividade à garantia do art. 5º, LXXVIII da CR; i)

Já o art. 2º-A da Lei 9.873/1999, acrescido pela Lei 11.941/2009, traz hipóteses taxativas e aptas a interromper a prescrição da ação executória da Administração. São elas: o despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; o protesto judicial; a prática de qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor e, por fim, a prática de qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da Administração Federal; j) O processo administrativo de constituição do crédito decorrente de multa aplicada no exercício do poder de polícia, à semelhança do que se verifica no processo tributário, não tem, necessária e fatalmente, que findar em cinco anos. Isto é um mito que favorece a impunidade, pois, desde que observado o justo processo da lei, sem inércias injustificadas superiores a três anos, nada impede que tal relação dialética vá além da quinquenalidade, que se renova conforme marcos interruptivos já vistos (art. 2º da Lei 9.873/1999); k) As hipóteses de suspensão da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública Federal são aquelas previstas no art. 46, § 2º da Lei 12.529/2011, a saber, a celebração de compromisso de cessação de prática ou de acordo em controle de atos de concentração, bem como do compromisso de que trata o parágrafo 5º do art. 11 da Lei 6.385/1976, com a redação que lhe foi dada pela Lei 13.506/2017, no caso de infração ao mercado de capitais; l) A Lei 9.873/1999 é constitucional e oportuna, mas compreender adequadamente a sistemática peculiar da prescrição administrativa por ela veiculada é questão complexa, um desafio, embora fundamental para sua correta aplicação, a bem de todos nós, operadores do Direito e administrados. (ARAÚJO, 2021, p. 234-236)

Feitas estas colocações, passemos às considerações finais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como sugerido pelo próprio título do presente artigo, está-se diante de uma primeira contribuição à compreensão do processo administrativo sancionador (PAS) da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), órgão que define a política de preços do setor de medicamentos, sem pretensão de definitividade.

Trata-se, pois, de uma visão pessoal e introdutória.

O estudo levado a efeito deu enfoque à aplicação da sanção de multa no exercício do poder administrativo de polícia, por se tratar de questão submetida à análise da Procuradoria Nacional Federal de Cobrança Extrajudicial (antiga Equipe Nacional de Cobrança da PGF), motivo pelo qual o Direito Sanitário foi, aqui, apenas tangenciado.

Investigou-se, ainda, o rito processual aplicável à espécie, onde têm aplicação os princípios da legalidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, verdade real, interesse público e eficiência (art. 2º da Resolução).

Com isso, espera-se ter contribuído de alguma forma para o estudo do Direito Administrativo Sancionador Sanitário, certos de que, no que diz respeito à saúde da população, o interesse público e a proteção integral do consumidor caminham juntos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Alan Pereira de. A prescrição administrativa e o poder punitivo da Administração federal: revisitando e evoluindo a compreensão acerca do disposto na Lei nº 9.873/1999. **Revista Síntese de Direito Administrativo**, v. 16, n. 191, p. 186–239, nov. 2021.

ARAÚJO, Victor Bruno Rocha; MÉLO NETTO, Antônio Pedro de. A teoria da regulação aplicada à CMED: Um paralelo entre o controle de preços sobre a indústria farmacêutica e as análises de Anthony Ogus. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, v. 4, n. 2, p. 115-130, jul./dez. 2018.

FERREIRA, Daniel. Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 12, n. 12, p. 167-185, jul./dez. 2012.

GUERRA, Evandro Martins. **Direito administrativo sintético**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MIZIARA, Nathália Molleis; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Problemas na política regulatória do mercado de medicamentos. **Revista de Saúde Pública**, v. 49 (35), p. 1-6, jan. 2015.

NISHIJIMA, Marislei; BIASOTO JÚNIOR, Geraldo; LAGROTERIA, Eleni. A competição no mercado farmacêutico brasileiro após uma década de medicamentos genéricos: uma análise de rivalidade em um mercado regulado. **Economia e sociedade**, v. 23, p. 155-186, abr. 2014.

SILVA, Joseane Suzart Lopes. Tutela administrativa do consumidor: uma análise crítica acerca do panorama atual em busca da necessária efetividade. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, v. 22, n. 24, p. 17-49, jan./jun. 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O sistema de regulação de preços de medicamentos. **Revista de Direito Público da Economia-RDPE**, n. 22, p. 31-44, abr./jun. 2008.

TAUFICK, Roberto Domingos. Análise econômica das multas aplicadas pela CMED: Uma proposta de dosimetria. **ZBW**, out. 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/>

sol3/papers.cfm?abstract_id=2684046. Acesso em 27 out. 2023.

VARGAS, Daniela Trejos. Regulação de produtos para saúde: Em busca das melhores práticas. **Revista de Direito Sanitário**, v. 18, n. 2, p. 112-121, jul./out. 2017.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 18.11.2023 Aceito em 21.12.2023

A VERDADEIRA FILOSOFIA EMPREGADA NO ATUAL DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

The real philosophy employed in current International Humanitarian Law

Luiz Fernando Vescovi¹

RESUMO

O presente ensaio tem por propósito expor as diferentes facetas filosóficas que giram em torno da moderna atividade humanitária internacional, que se apresentam para além das vertentes tradicionais. A pesquisa se presta, ainda, para aclarar os elementos de cunho histórico, conceitual e finalístico do Direito Internacional Humanitário, de forma a compreender o *modus operandi* dos principais grupos que atuam nesse segmento. Por conseguinte, pretende-se elucidar as novas intenções ideológicas que estão sendo postas (e/ou implantadas) no contexto das causas humanitárias supranacionais, que exprimem a mudança da estrutura clássica deste ramo às aspirações de natureza política e econômica que certos Estados impõem, para que as organizações possam operar humanitariamente dentro de seus espaços territoriais, ademais dos próprios desígnios e interesses que cada grupo deste gênero demonstra.

Palavras-chave: Direito Internacional Humanitário, filosofia, grupos humanitários.

ABSTRACT

*The purpose of this essay is to expose the different philosophical facets that revolve around modern international humanitarian activity, which go beyond the traditional aspects. The research also serves to clarify the historical, conceptual and final elements of International Humanitarian Law, in order to understand the *modus operandi* of the main groups that operate in this segment. Therefore, the aim is to elucidate the new ideological intentions that are being placed (and/ or implemented) in the context of supranational humanitarian causes, which express the change from the classic structure of this branch to the aspirations of a political and economic nature that certain States impose, to that organizations can operate humanitarily within their territorial spaces, in addition to the goals and interests that each group of this type demonstrates.*

Keywords: *International Humanitarian Law, philosophy, humanitarian groups.*

Sumário: 1 Introdução. 2 Direito internacional humanitário: histórico, conceito e finalidade. 3 Os principais grupos de atuação no direito internacional humanitário. 4 Organizações internacionais: atuação puramente humanitária? 5 Outros interesses por detrás da causa humanitária. 6 Os novos rumos filosóficos do direito internacional humanitário. 7 Conclusão. Referências.

Summary: *1 Introduction. 2 International Humanitarian Law: history, concept and purpose. 3 The main groups working in International Humanitarian Law. 4 International organizations: purely humanitarian? 5 Other interests behind the humanitarian cause. 6 The new philosophical directions of International Humanitarian Law. 7 Conclusion. References.*

¹ Doutorando em Ciências Jurídicas (Universidad del Museo Social Argentino). Mestre em Direito das Relações Internacionais e da Integração na América Latina (Universidad de la Empresa). Mestre em Direito Internacional (Universidad San Carlos). Professor universitário. Assessor Jurídico. Advogado. E-mail: luizfernando@vescovi.com.br

1 INTRODUÇÃO

Desde a sua concepção, o Direito Internacional Humanitário mantém inabalável sua credibilidade frente à comunidade internacional, porquanto seu objetivo é, pois, o de salvaguardar os direitos elementares das pessoas que se encontram em zonas conflituvas e que, em razão disso, acabam tendo que conviver diuturnamente com o ambiente hostil das diversas guerras instauradas ao redor do mundo.

Não resta dúvida de que toda a população do globo terrestre iria apoiar qualquer forma de atuação efetiva de organizações voltadas à proteção de direitos humanos deste gênero, notadamente porque há uma espécie de *comoção coletiva* às pessoas que sofrem com as atrocidades em um espaço de luta armada. Assim, a defesa dos direitos humanos efetuada por este ramo jurídico especializado segue em total confiança, seja por meio da ação de suas organizações ou então através de medidas humanitárias adotadas, pautadas em princípios que lhes são próprios.

Ocorre que, com o passar dos tempos, os pilares que constituíram o segmento do Direito Internacional Humanitário foram se modificando, uma vez que diversas espécies de influências foram agregadas à sua essência. Ingerências político-estatais ou interesses econômicos de organizações que agem nas causas humanitárias acabaram contaminando sua intenção inicial, colocando a referida estrutura jurídica em xeque no que concerne à sua integridade enquanto conjunto de entidades civis para tutela de direitos humanos às pessoas em situação de risco em ambientes conflituivos.

O presente estudo pretende, então, refletir sobre estes novos “interesses” que circundam o Direito Internacional Humanitário, de maneira a entender melhor quais as inclinações ideológicas que hoje figuram como prioridade na agenda atual das causas humanitárias: seria, ele, ainda um verdadeiro sistema protetivo aos necessitados, ou estes grupos estão se utilizando da credibilidade que detém com a sociedade para fins arrecadatatórios? Esta é uma discussão que carece ser mais bem investigada do ponto de vista acadêmico.

2 DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO: HISTÓRICO, CONCEITO E FINALIDADE

Para melhor compreensão acerca do tema proposto, faz-se inicialmente uma contextualização geral a respeito da origem do segmento jurídico-humanitário, bem como de seu conceito basilar e de seu objetivo.

Registros históricos indicam como gênese do Direito Internacional Humanitário a relação umbilical entre o filantropo suíço Jean-Henri Dunant e a Batalha de Solferino

(1859), combate atrelado à Segunda Guerra de Independência Italiana. Na oportunidade, Dunant testemunhou os horrores do conflito que resultou na morte de aproximadamente 6 mil soldados e mais de 40 mil feridos em um único dia. Sua indignação com os fatos que presenciou fez com que consignasse em um livro, chamado *Memórias de Solferino* (1862), suas lembranças da crueldade que vivenciou naquela batalha. A obra em questão tornou-se, posteriormente, a principal inspiração para a criação do Direito Internacional Humanitário,² através da fundação de um organismo internacional neutro com o objetivo de dar suporte às pessoas feridas em zonas de combate: o *Comitê Internacional da Cruz Vermelha*.

No que toca a conceituação do ramo ora em análise, traz-se à baila a doutrina de Valerio de Oliveira Mazzuoli³, a saber: “O Direito Humanitário, criado no século XIX, é aquele aplicável no caso de conflitos armados (guerra), cuja função é estabelecer limites à atuação do Estado, com vistas a assegurar a observância e cumprimento dos direitos fundamentais”. E destaca: “A proteção humanitária visa a proteger, ‘em caso de guerra, militares postos fora de combate (feridos, doentes, náufragos, prisioneiros) e populações civis’, devendo os seus princípios ‘aplicar-se hoje quer às guerras internacionais, quer às guerras civis e a outros conflitos armados’”.⁴

Partindo-se, então, do conhecimento do esboço histórico e da base conceitual do segmento jurídico-humanitário, é possível concluir que a sua finalidade primordial é de “concretizar a plena eficácia dos direitos fundamentais: o direito à vida, à segurança, à liberdade, à moral e à dignidade”⁵. Logo, vê-se que o Direito Internacional Humanitário se presta para salvaguardar os direitos mais basilares do homem em tempos de conflitos armados, através de acordos internacionais que regulamentam a atuação dos Estados nos espaços de atividade bélica (proibição de determinadas armas e táticas militares, uso de armas biológicas e químicas, etc.), de modo a não colocá-lo em risco de vida ou mesmo sob ameaça de sua integridade física.

3 OS PRINCIPAIS GRUPOS DE ATUAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

Existe, hoje, um número significativo de grupos ativistas à causa humanitária em

2 Nesse sentido ver: Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Direito internacional humanitário. Temas. Disponível em: 0703/002_IHL answer to your question-Focus A5 (icrc.org).

3 MAZZUOLI, Valerio de oliveira. Gênese e principiologia dos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos: o legado da Declaração Universal de 1948. Revista jurídica eletrônica Cajamarca. Año II, Número 03, Abril - junio 2001, p. 5. Disponível em: <https://www.derechocambiosocial.com/RJC/REVISTA3/tratados.htm>. Acesso em 6 ago. 2023. Também citado por ARRAIS, Gerson Santana. Missões de paz no Haiti: mera presença militar ou ação humanitária? São Paulo: Baraúna, 2013, p. 82.

4 MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, Tomo IV, p. 192-193. Apud. MAZZUOLI, Valerio. Op. Cit. P. 4.

5 QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. Resumo de direitos humanos e da cidadania. São Paulo: Iglu, 2001, p. 79.

todo o mundo, o que evidencia forte preocupação com as pessoas que vivem em zonas de conflito armado. Alguns deles – por conta de suas ações mais incisivas – se destacam mais que outros, tornando-os mais conhecidos, e, conseqüentemente, mais visíveis junto aos Estados e à própria comunidade internacional. Dentre as organizações desta estirpe, gozam de maior visibilidade supranacional o *Comité Internacional da Cruz Vermelha*, o *Médicos Sem Fronteiras*, a *Save The Children Fund* e a *Cooperative for Assistance and Relief Everywhere*.

O *Comité Internacional da Cruz Vermelha* (<https://www.icrc.org/pt>) – pioneira em ações humanitárias no mundo – detém sede em Genebra (Suíça). É a instituição que ostenta maior prestígio na fração jurídico-humanitária e atua basicamente para proporcionar proteção e assistência às vítimas de guerra ou de quaisquer outras situações de violência neste mesmo sentido.

O *Médicos Sem Fronteiras* (<https://www.msf.org.br/>) igualmente encontra-se sediada em Genebra (Suíça). É, atualmente, a maior organização de auxílio humanitário do planeta na área da saúde. A entidade age oferecendo ajuda médica a populações em situações de emergência e em casos de catástrofes, epidemias, fome e exclusão social, sobretudo em zonas conflitivas.

A *Save The Children Fund* (<https://www.savethechildren.net/>) por sua vez, conta com sua sede em Londres (Reino Unido). A entidade atua na defesa dos direitos das crianças, dedicando-se, para tanto, às atividades assistenciais humanitárias de urgência, voltadas à melhoria de vida destas. A participação da organização em períodos de guerra é intensa, colocando-a como notável instituição de ajuda humanitária internacional à idade infantil.

A *Cooperative for Assistance and Relief Everywhere*, mais conhecida pela sigla CARE (<https://www.care.org/>), com sede em Atlanta (Estados Unidos da América), é uma agência humanitária de reconhecimento global que oferece ajuda emergencial e projetos de desenvolvimento internacional de longo prazo, notadamente lutando para combater a fome e a pobreza no mundo.

Além destas supramencionadas, outras organizações também se debruçam sobre as causas humanitárias globais. Entre elas a *Mercy Corps* (<https://www.mercycorps.org/> - Estados Unidos da América), a *Agência Adventista de Desenvolvimento e Recursos Assistenciais* (<https://www.adra.org> - Estados Unidos da América), o *Comitê de Oxford de Combate à Fome* (<https://osfam.org> - Inglaterra), a *Assistência Médica Internacional* (<https://www.ami.org.pt> - Portugal) e a *Bangladesh Rural Advancement Committee* (<https://www.brac.net> - Bangladesh).

4 ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS: ATUAÇÃO PURAMENTE HUMANITÁRIA?

É notório que as organizações internacionais desempenham um importante papel

para o progresso mundial, seja por ações em prol do meio ambiente ou por movimentos em favor dos animais, ou por quaisquer outras causas de relevante estima ao ser humano e sua boa convivência com o ecossistema. Tais organizações, que na sua grande maioria não detêm vinculação político-estatal (e por isso são denominadas de *organizações não-governamentais*), agem motivadas por interesses específicos sobre temas valorados pela comunidade internacional. A título de exemplos, lista-se o *Greenpeace* (<https://www.greenpeace.org> – Países Baixos), o *World Wide Fund for Nature* (<https://www.wwf.org> – Suíça) e o *The Nature Conservancy* (<https://tnc.org> – Estados Unidos da América).

Ocorre que, muito embora seja louvável a atuação destas entidades paraestatais, em nível global, de proteção às causas de elevado interesse social, há que se questionar se, de fato, elas operam no estrito cumprimento ao que se propõem, ou seja, se nenhuma outra intenção existe além da salvaguarda das questões que envolvem a sua criação (seja ambiental, animal ou humanitária). Esta é uma indagação que deve ser feita eis que, em caso positivo, restaria maculada a sua razão de existir enquanto uma unidade protetiva à temas desta magnitude.

A respeito deste questionamento, é preciso ponderar se as organizações de cunho humanitário desenvolvem ações que realmente trazem acalento e maior amparo àqueles que, em verdade, carecem do auxílio altruísta que oferecem, porque não é sequer viável imaginar que estas venham deixar em segundo plano tudo aquilo que motiva suas ações internacionais em face, por exemplo, de interesses privados ou político-governamentais.

A atividade de uma organização internacional cujo intuito é o de ofertar guarida humanitária a quem se encontra em situação difícil frente às hostilidades de uma guerra não é outra senão a de agir como observador dos fatos deste tipo que ocorrem no mundo com a finalidade de se fazer presente o mais rápido possível nestes ambientes, de forma a atenuar as consequências nefastas que trazem nas vidas dos civis e militares. Para isso, carecem de poder atuar de modo imparcial frente aos envolvidos no conflito, isentando-se, portanto, de qualquer modalidade de intervenção estatal.

Contudo, não se pode negar que tais entidades sofrem influências externas a todo o tempo, eis que diversas outras estruturas tendem a querer se valer da boa imagem que ostentam no cenário mundial. Isso é um problema a ser enfrentado pela sociedade global e pelo próprio Direito Internacional Humanitário caso deseje seguir existindo enquanto ramo jurídico específico de tutela de direitos humanos em zonas de conflito armado.

5 OUTROS INTERESSES POR DETRÁS DA CAUSA HUMANITÁRIA

As organizações internacionais, por sua essência, devem operar categoricamente dentro dos limites que as instituem, ou seja, carecem de desempenhar seus desígnios nas

demarcações de suas próprias finalidades institucionais. Significa dizer, então, que cada qual se dispõe a praticar seus feitos em consonância àquilo que acreditam, independente de regimes ou ações políticas, econômicas, sociais ou religiosas. Infelizmente nem sempre é bem assim que acontece, na prática. Instituições desta estirpe transcendem os seus objetivos originais quando interesses diversos florescem no curso de suas ações, maculando, pois, em determinados casos, sua imagem e credibilidade.

Situações assim podem suceder em diferentes organizações não-governamentais, nas mais distintas causas que defendem. Exemplo disso advém de entidades atuantes em defesa da Amazônia que, segundo denúncia do General do Exército Brasileiro Maynard Marques de Santa Rosa, “muitas têm interesses ocultos como tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, tráfico de armas e de pessoas e até mesmo espionagem”⁶. De fato, o cenário que se exhibe, aqui, é deveras gravoso!

Voltando-se às organizações de cunho estritamente humanitário, percebe-se que o contexto se repete, deixando de lado, em certos momentos, o fito protetivo o qual lhes incumbe para se valer da facilitação arrecadatória de valores que, em muitas das vezes, não é legal ou contabilizada. Consoante acusação elaborada pelo procurador judicial da Catânia (Itália) Carmelo Zuccaro, no caso das organizações de resgate de migrantes no Mar Mediterrâneo, “o financiamento destas ONGs não é transparente e poderia haver uma convivência entre as organizações não-governamentais e o crime organizado”⁷. Mais do que isso, o procurador suspeita, ainda, que existam “contatos diretos entre algumas ONGs e traficantes de seres humanos na Líbia”⁸.

É cediço que entidades paraestatais desta natureza detém grande facilitação para arrecadar verbas em nome da causa que tutelam e da boa imagem que ostentam. Porém, é preciso recordar que este não é o seu fim, porquanto não contam com natureza jurídica de sociedade empresária (aquelas com fins lucrativos), mas de sociedades civis sem fins lucrativos. Logo, a pretensão arrecadatória de uma organização internacional é ilegal.

Acerca do auxílio humanitário efetuado por diversas organizações internacionais ao redor do mundo, o cientista político e professor da Universidade de Liège (Bélgica) Frédéric Thomas tece fortes críticas no tocante à conduta que adotam, de modo que se analise tais comportamentos sobre outra óptica além da tradicional: “[...] a história oficial da ajuda humanitária pode ser resumida como uma inocência constantemente equivocada,

6 ARAÚJO JR., Newton. General ressalta interesses ocultos de ONGs na Amazônia. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/99225-general-ressalta-interesses-ocultos-de-ongs-na-amazonia>. Acesso em: 6 set. 2023.

7 MARQUES, Gina. ONGs de resgate são investigadas por tráfico no Mediterrâneo. RFI. Disponível em: <https://www.rfi.fr/br/europa/20170504-linha-direta-investigacao-sobre-ongs-suspeitas-de-financiamento-oculto-e-convivencia->. Acesso em: 6 set. 2023.

8 *Ibidem*.

mas sempre reabilitada em nome da pureza de suas intenções e, acima de tudo, da salvaguarda necessária de sua independência. Essa narrativa obscurece outras relações de poder em jogo em operações de socorro”⁹. O docente conclui sua linha de raciocínio afirmando, ainda, que “o acesso privilegiado a subsídios, mídia e tomadores de decisão permite que os humanitários exerçam um poder cujas consequências são proporcionais ao não reconhecimento desse processo”¹⁰. É dizer: os benefícios valem mais que a causal!

Por fim, anotam-se as graves acusações feitas no ano de 2008 pelo antropólogo e pesquisador do Instituto de Pesquisas para o Desenvolvimento (França) Bernard Hours sobre roubos de crianças no continente africano para adoção ilícita na Europa: “[...] em maio deste ano jornais do mundo inteiro denunciaram a ONG francesa Arca de Zoé, acusada de raptar 103 crianças no Chade. As vítimas, supostamente órfãs do conflito em Darfur, seriam adotadas por famílias europeias caso seus pais biológicos não reclamassem junto às Nações Unidas sua paternidade”¹¹. Importante, ainda, salientar o desfecho intelectual narrado pelo estudioso quando anuncia que “[...] essa denúncia, que obteve grande destaque na mídia, se soma a muitas outras e contribui para colocar sob suspeita os objetivos e a moral das ações humanitárias, antes vistas como ‘bem-intencionadas’”¹². Estas delações apenas reforçam que, lamentavelmente, as entidades humanitárias expressam interesses, hoje em dia, muito diferentes daqueles que outrora fomentaram suas criações. E ainda, em muitos dos casos, tais interesses extrapolam tratados internacionais e a própria noção de humanidade. É, no mínimo, paradoxal.

Diante das imputações apresentadas, há que se considerar o que ainda justifica a existência das organizações internacionais, nos dias de hoje. Seria mesmo por conta das causas que defendem ou então porque gozam de favorecimentos financeiros e políticos? Não resta dúvidas de que estas entidades exercem atividades de grande relevância para a evolução mundial, notadamente no que concerne às práticas humanitárias e ambientais. No entanto, isso não pode ser pano de fundo para legitimar condutas contrárias à ordem institucional de uma organização internacional que possui credibilidade mundial frente àquilo que se propõe realizar.

9 THOMAS, Frédéric. Tomar o mundo sem mudar o poder. *Le Monde Diplomatique Brasil*. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/tomar-o-mundo-sem-mudar-o-poder>. Acesso em: 6 set. 2023.

10 Ibidem.

11 HOURS, Bernard. O espetáculo da desgraça alheia. *Le Monde Diplomatique Brasil*. 4 de setembro de 2008. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/o-espetaculo-da-desgraca-alheia-2>. Acesso em: 6 set. 2023.

12 Ibidem.

6 OS NOVOS RUMOS FILOSÓFICOS DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

O Direito Internacional Humanitário, por sua característica originalmente social, se apresenta como um fenômeno cíclico, que altera o seu eixo de referência ao longo do tempo, movendo, assim, seu curso ideológico e transformando o sentido de sua presença e atuação frente a comunidade internacional. Isso, em verdade, não é particularidade do segmento jurídico-humanitário em apreço, mas uma regra de qualquer estrutura ligada à atividade constante do homem, porquanto este é tendencioso a mudar o rumo das coisas na medida em que surgem novas descobertas e tecnologias que facilitem e/ou favoreçam a vida humana. No caso do Direito Internacional Humanitário, as mudanças filosóficas e de princípios decorrem principalmente em razão de acontecimentos políticos que podem ser constatados dia após dia, modificando, então, suas aspirações iniciais.

A respeito dos novos rumos filosóficos que estão sendo adotados pela disciplina, o diplomata e professor da Universidade de Nova York (Estados Unidos da América) Thomas George Weiss afirma que o Direito Internacional Humanitário pautado, hoje, na atividade das entidades humanitárias, está baseado em três grandes vértices ideológicos: a) o da *militarização*; b) o da *politização* e c) o da *mercantilização* das causas de caráter social-internacional. E sobre o último viés, aliás, o estudioso em relações internacionais ressalta que há uma subdivisão: a primeira delas em práticas corriqueiras das ONGs que denominou de “negócio humanitário” e a segunda acerca do que chamou de “economias de guerra”¹³.

Weiss ainda faz uma correlação entre a imagem tradicionalmente marcada pelas organizações humanitárias com a parábola do bom samaritano, contada por Jesus Cristo à um homem¹⁴, tentando, assim, demonstrar que o escopo daquelas é a de ajudar nações e populações vulneráveis, “[...] independente de quem sejam, de onde estejam ou do porquê de suas necessidades”¹⁵. Vale dizer, ainda, que o professor traz, em seus estudos, a ideia de filosofia humanitária em tópico intitulado de ética consequencialista, no qual conclui, então, que “[...] a cultura humanitária deveria mudar de reação para reflexão-e-ação, de ser simplesmente forte e sincera, para ser também inteligente”¹⁶. Fica claro, neste momento, que a noção de “*ser também inteligente*” trazido à tona pelo professor diz respeito a agir mais assertivamente, de modo que as instituições humanitárias se voltem, novamente, às bases

13 WEISS, Thomas George. A cultura humanitária contestada em zonas de guerra. Contexto Internacional, v. 36, n. 2, dez./2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cint/a/pPR4fZCmtLxtxHkMX7xvT3M/?lang=pt>. Acesso em: 6 set. 2023.

14 A parábola está descrita na Bíblia Sagrada, no Evangelho de Lucas, capítulo 10, versículos 29 a 37.

15 WEISS, Thomas George. A cultura humanitária contestada em zonas de guerra. Contexto Internacional, v. 36, n. 2, dez./2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cint/a/pPR4fZCmtLxtxHkMX7xvT3M/?lang=pt>. Acesso em: 6 set. 2023.

16 Ibidem.

originais que norteiam o Direito Internacional Humanitário.

Hours¹⁷, de forma semelhante, se manifesta sobre esta nova ideologia humanitária como sendo um fenômeno que teve início nos anos 90, quando o governo estadunidense começou a interferir nas atividades de ONGs como o Médicos Sem Fronteiras, Médicos do Mundo e outros, ou quando políticos franceses, como Bernard Kouchner (esquerda) e Claude Malhuret (direita), ambos médicos e que ocuparam a cadeira de Secretário dos Direitos do Homem, institucionalizaram a missão destas organizações, com o condão de lutar para dissipar o totalitarismo soviético, à época da Guerra Fria. Nos dias atuais, diz o professor, a causa humanitária é um ambiente propício para investidas militares, razão pela qual denomina tal fenômeno de “humanitarismo”, onde as entidades internacionais subsidiam programas sociais em nome da manutenção da paz. É neste cenário eclético, que “todos esses atores inundam as nações pobres de uma plêiade de interventores que podem tanto produzir a desordem quanto incitar à ordem”.

O antropólogo vai ainda mais longe em suas reflexões, alegando que a ideologia humanitária se apresenta, hoje em dia, como sendo o componente nuclear de uma ordem moral do processo de globalização, eis que colabora para esconder os elevados lucros da economia de mercado, oriundos da exploração generalizada estabelecida no mundo¹⁸. É clarividente, portanto, que a intenção desta nova vertente filosófica instaurada nas ações humanitárias tende a camuflar uma série de atos estranhos aos seus propósitos basilares. Da metáfora feita por Hours: “o circo existe porque há espetáculo. E o espetáculo aqui é a infelicidade dos outros, mercadoria midiática cuja inflação não incomoda ninguém”¹⁹.

O Direito Internacional Humanitário, então, carece de repensar seus conceitos no que toca àquilo que, de fato, pretende defender. A filosofia ora adotada pelas ONGs que atuam neste segmento jurídico diverge daquela que alicerçava sua criação. Mas isso não significa algo negativo, desde que haja uma mínima preservação dos pilares norteadores que sustentem sua existência. É preciso conferir o devido crédito à inovação, até porque tudo o que for relativo a uma estrutura social é passível de adaptação à novas realidades. O ramo humanitário não é diferente. Basta que seja levado em consideração suas raízes, jamais colocando como prioridades interesses outros que não sejam os de sua essência.

7 CONCLUSÃO

O panorama geopolítico da atualidade não é nada promissor para a humanidade, haja vista o número expressivo de guerras e conflitos armados que já ocorreram (e segue

17 HOURS, Bernard. Op. Cit. Acesso em: 6 set. 2023.

18 Ibidem.

19 Ibidem.

ocorrendo) ao longo do século XXI. Essa conjuntura reflete, de forma negativa, para um porvir mais esperançoso às futuras gerações, já que crescem em meio a ambientes hostis e bastante longínquos da tão sonhada paz mundial. Enquanto o homem seguir desejando resolver as suas divergências através de operações bélicas, dificilmente chegará ao nível de evolução social que hoje se mostra necessária para se conseguir abrandar o ímpeto de certos “senhores do mundo”.

Destarte, vê-se que o ser humano está num patamar que, se caso continuar assim, não terá como retornar à um espaço de convivência harmônico e propício para o avanço de sua própria raça. Significa dizer que o homem carece de voltar à sua origem para que consiga, então, rever alguns conceitos e reaver certos princípios que foram perdidos em razão da proliferação indiscriminada do recurso da guerra que vem dizimando povos ao redor do mundo, em todos os continentes. É neste momento, de “redescobrimto”, que se sente a primazia do Direito Internacional Humanitário para a sociedade internacional no sentido de fazê-la repensar o motivo de alguns atos que executa e assim tentar frear a prática, agora corriqueira, de conflitos armados.

Isso serve para corroborar o fato de que onde houver guerra, obrigatoriamente lá deverá estar agindo a fração jurídico-humanitária e suas organizações, porquanto não se pode aceitar que pessoas alocadas no meio de um combate militar não venham a receber a devida acolhida, garantindo-lhes, para tanto, os direitos humanos mais basilares para a sua sobrevivência e bem-estar. De mais a mais, essa é a função central das organizações humanitárias internacionais.

Logo, presume-se o Direito Internacional Humanitário como uma espécie de “fio de esperança” para o amanhã da humanidade, de modo que os seus fundamentos tragam novas percepções para a vida e esteio para um novo caminho a ser tomado. Certo que a filosofia auxiliará significativamente nesta empreitada, dando o alicerce necessário para que o homem substitua, em definitivo, o péssimo hábito de guerrear a qualquer pretexto por um comportamento muito mais nobre, como de buscar a paz a todo tempo. Que a fé dos homens de bem, na chegada deste grande dia, jamais se esmoreça!

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JR., Newton. General ressalta interesses ocultos de ONGs na Amazônia. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/99225-general-ressalta-interesses-ocultos-de-ongs-na-amazonia>. Acesso em: 6 set. 2023.

ARRAIS, Gerson Santana. **Missões de paz no Haiti: mera presença militar ou ação humanitária?** São Paulo: Baraúna, 2013.

Comitê Internacional da Cruz Vermelha. **Direito internacional humanitário**. Temas. Disponível em: 0703/002_IHL answer to your question–Focus A5 (icrc.org). Acesso em: 6 set. 2023.

HOURS, Bernard. O espetáculo da desgraça alheia. **Le Monde Diplomatique Brasil**. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/o-espetaculo-da-desgraca-alheia-2>. Acesso em: 6 set. 2023.

MARQUES, Gina. ONGs de resgate são investigadas por tráfico no Mediterrâneo. **RFI**. Disponível em: <https://www.rfi.fr/br/europa/20170504-linha-direta-investigacao-sobre-ongs-suspeitas-de-financiamento-oculto-e-conivencia->. Acesso em: 6 set. 2023.

MAZZUOLI, Valerio de oliveira. Gênese e principiologia dos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos: o legado da Declaração Universal de 1948. **Revista jurídica eletrônica Cajamarca**. Año II, Número 03, Abril - junio 2001, p. 5. Disponível em: <https://www.derechocambiosocial.com/RJC/REVISTA3/tratados.htm>. Acesso em 6 ago. 2023.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Resumo de direitos humanos e da cidadania**. São Paulo: Iglu, 2001.

THOMAS, Frédéric. Tomar o mundo sem mudar o poder. **Le Monde Diplomatique Brasil**. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/tomar-o-mundo-sem-mudar-o-poder>. Acesso em: 6 set. 2023.

WEISS, Thomas George. A cultura humanitária contestada em zonas de guerra. **Contexto Internacional**, v. 36, n. 2, dez/2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cint/a/pPR4fZCmtLxtxHkMX7xvT3M/?lang=pt>. Acesso em: 6 set. 2023.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 20.10.2023 Aceito em: 11.12.2023
--

DEMOCRACIA E ALGORITMOS: A MODULAÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO POLÍTICA NO PROCESSO ELEITORAL BRASILEIRO

Democracy and algorithms: the modulation of political self-determination in the Brazilian electoral process

Gabriel de Oliveira Carneiro¹
Edimar Inocêncio Brígido²

RESUMO

Este artigo analisa as interações multifatoriais entre tecnologia e política nas eleições de 2022 no Brasil, investigando de que modo e em qual medida os algoritmos reverberam no processo eleitoral, lançando mão de obras, notícias e pesquisas e, num segundo momento, efetuando uma análise qualitativa de dados jurisprudenciais relativos às eleições de 2022. Em um contexto de polarização política e influência das mídias digitais, este estudo examina como o uso de algoritmos redefiniu o processo eleitoral, impactando a formação de opinião dos eleitores e o ambiente político. Além disso, explora-se a responsabilidade das grandes empresas de tecnologia na disseminação de informações enganosas e no direcionamento de conteúdo político. Então, examinar-se-á a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral relacionada às eleições de 2022, investigando-se a intersecção entre algoritmos e democracia para fins de responsabilização jurídica, destacando-se a inexpressiva responsabilização para big techs que recaí, em realidade, sobre os usuários no que tange à disseminação de notícias falsas, aplicando-se multas ou suspensões de conteúdo. As descobertas destacam, ainda, a emergência de uma esfera pública digital dominada por big techs, em que dados pessoais se

ABSTRACT

This article analyzes the multifactorial interactions between technology and politics in the 2022 elections in Brazil, investigating how and to what extent algorithms reverberate in the electoral process, using works, news and research and, secondly, carrying out a qualitative analysis of jurisprudential data relating to the 2022 elections. In a context of political polarization and the influence of digital media, this study examines how the use of algorithms has redefined the electoral process, impacting voter opinion formation and the political environment. Furthermore, the responsibility of large technology companies in disseminating misleading information and targeting political content is explored. Then, the jurisprudence of the Federal Supreme Court and the Superior Electoral Court related to the 2022 elections will be examined, investigating the intersection between algorithms and democracy for the purposes of legal accountability, highlighting the insignificant accountability for big tech companies that falls, in reality, on users with regard to the dissemination of false news, applying fines or content suspensions. The findings also highlight the emergence of a digital public sphere dominated by big tech, in which personal data has become valuable commodities operated by personalized algorithms, whose potential to influence

1 Acadêmico de Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). ORCID: 0009-0006-2019-2769. E-mail: gabrielocar@outlook.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9653337370663177>.

2 Pós-doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor e Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Ética pela mesma instituição. Professor do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). ORCID: 0000-0001-8030-1214. E-mail: edimar.brigido@unicuritiba.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6116907234419122>.

tornaram valiosas commodities operadas por algoritmos personalizados, cujo potencial de influenciar o comportamento dos eleitores levanta preocupações sobre transparência e manipulação política.

voter behavior raises concerns about transparency and political manipulation.

Keywords: *algorithms. democracy. social media. elections 2022. jurisprudence.*

Palavras-chave: algoritmos. democracia. mídias sociais. eleições 2022. jurisprudência.

Sumário: 1 Introdução. 2 A democracia foi hackeada? 3 A jurisprudência do STF e do TSE nas eleições de 2022: há responsabilização para big techs? 3.1 TSE 3.2 STF. 4 Considerações finais. Referências.

Summary: 1 Introduction. 2 Has democracy been hacked? 3 The jurisprudence of the STF and TSE in the 2022 elections: is there accountability for big tech companies? 3.1 TSE; 3.2 STF. 4 Final considerations. References.

1 INTRODUÇÃO

No cenário contemporâneo, marcado pela sobreposição entre tecnologia, comunicação e política, as eleições assumem uma nova dimensão, com os meios digitais desempenhando um papel crucial na formação do processo decisório dos eleitores. Este artigo busca analisar as eleições de 2022 no Brasil, com foco especial nas influências disruptivas dos algoritmos, a proliferação de notícias falsas (*fake news*), bem como o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) na jurisprudência eleitoral do período. Explica-se como as tecnologias digitais transformaram os processos políticos e eleitorais pelo modo como os eleitores são informados e como os candidatos alcançam seus públicos, valendo-se, sobretudo, dos pensamentos do sociólogo Sérgio Amadeu da Silveira e do autor Eli Pariser.

Na primeira seção deste artigo, examina-se as mudanças significativas na esfera pública digital e como as *big techs* se tornaram atores-chave na disseminação de informações e na criação de bolhas de filtro ideológico. Também é analisado o impacto produzido pela coleta e uso de dados pessoais, transformando-os em mercadorias altamente valiosas num mercado concorrencial que demanda consumo. Além disso, explora-se como os algoritmos personalizados podem moldar a percepção do eleitor e influenciar seu comportamento, gerando preocupações sobre a manipulação e a opacidade por trás desses processos.

Ademais, investiga-se como as *big techs*, em especial o Google, compilam dados de várias fontes para criar perfis detalhados dos usuários a partir de bancos de dados, capacitando algoritmos a prever tendências de comportamento e direcionar informações personalizadas.

A segunda seção deste artigo concentra-se na jurisprudência das eleições de 2022, examinando como o STF e o TSE responderam aos desafios apresentados pela

disseminação de notícias falsas e pela influência das mídias sociais. São analisadas decisões-chave e investigações em andamento, destacando a responsabilização de *big techs*, o combate à desinformação e o equilíbrio delicado entre a liberdade de expressão e a proteção da democracia.

Por meio desta análise, busca-se evidenciar uma compreensão mais profunda das interações entre tecnologia, política e jurisprudência eleitoral nas eleições de 2022 no Brasil. Busca-se contribuir para um diálogo informado sobre como as sociedades contemporâneas podem enfrentar os desafios emergentes na era da tecnopolítica.

2 A DEMOCRACIA FOI HACKEADA?

O avanço contumaz da tecnologia aplicada às redes de informação fez ecoar pelo globo discursos até então silenciados. Seria este o momento de aprofundamento democrático alicerçado sob a factibilidade informacional, não fosse o exercício de uma forma peculiar de dominação pós-disciplinar: a economia da atenção³, com traços marcantes de uma sociedade movida pela captura do tempo, do espaço e das subjetividades, enfim, uma sociedade vigilante na qual as informações são utilizadas como barganha.

Uma defesa contundente contra esse processo que assujeita os corpos é a radicalização da democracia, pois “apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para as pessoas exercitarem a liberdade da autodeterminação – ou seja: viverem sob leis de sua própria escolha”⁴. Dahl se referia, mais precisamente, ao processo legislativo que contém o gérmen da expressão popular. A vontade do povo manifestada por meio da lei reflete a capacidade de autodeterminação de um povo, cuja essência é a própria liberdade. Liberdade para escolher o que deve ser juridicamente regulamentado e em que circunstâncias o fazer.

Neste sentido, Habermas *apud* Magrani (2014) defende uma forma de procedimentalismo democrático pautado na ação comunicativa, em que as demandas do mundo da vida devem ser trazidas aos espaços de comunicação e amplamente discutidas de modo argumentativo, por esta razão apenas as pautas submetidas a amplo debate pelos sujeitos poderiam avançar. Porém, para que este processo seja legítimo, o autor sustenta que devem ser obedecidos alguns critérios para se emanar uma decisão política:

3 O termo refere-se a uma abordagem conceitual que enfatiza a centralidade da atenção humana como um recurso escasso e altamente cobiçado na era da informação e da tecnologia. A economia da atenção é um campo de estudo que explora como a atenção se tornou uma moeda de troca valiosa, especialmente em ambientes digitais repletos de estímulos e distrações. Autores como Michael H. Goldhaber (1997) e Georg Franck (1998) têm discutido o papel crítico da atenção na sociedade contemporânea, enfatizando como a competição para captar a atenção do público influencia a forma como as informações são disseminadas e recebidas.

4 DAHL, Robert Alan. Sobre a Democracia. Brasília, editora Universidade de Brasília (UNB), 2001, p. 66.

a participação igualitária e inclusiva de todos os afetados pela decisão e a utilização de argumentos racionais para respaldar a ação pretendida. Trata-se do princípio democrático, ligado à ampla participação popular, e do princípio do discurso, ligado à persuasão racional. Tais princípios devem guiar os atores sociais e políticos na busca pelo consenso na esfera pública, em que pese este aspecto seja criticado por outros autores pela ideia de centralizar a finalidade de sua democracia deliberativa na busca pelo consenso, o que para Mouffe⁵ é uma ideia inatingível dada a natureza hegemônica de toda forma de consenso, pois o embate público também envolve a mobilização das paixões, portanto o antagonismo de subjetividades e o dissenso no discurso é a marca de um regime que preza pela pluralidade:

“En una política agonista, la dimensión antagonónica está siempre presente, ya que lo que está em juego es una lucha entre proyectos hegemónicos opuestos que nunca pueden ser reconciliados de manera racional, y em la cual uno de ellos necesariamente debe ser derrotado”⁶.

Mesmo Dahl⁷ asseverava que o consenso perfeito em uma democracia é um fim inconcebível, por esta razão Habermas *apud* Magrani (2014) estabelece a necessidade de haver uma “aceitação consensual ao menos quanto aos procedimentos sobre os quais as normas se instituem”⁸, tendo por referência o arcabouço do próprio ordenamento jurídico. Não obstante, todos os atos humanos estão imbuídos de política em alguma medida, por esta razão, as esferas públicas estão situadas em uma zona de intercâmbio entre os sistemas político e econômico de um lado, e o sistema de domínio privado de outro, representando “o lugar por excelência para a deliberação política e autodeterminação democrática”⁹.

A partir desta visão seria possível compreender as mídias sociais como um novo espaço público de deliberação surgido na modernidade. Este espaço no qual a informação atravessa os sujeitos de modo descentralizado inaugura um novo modelo paradigmático por volta da década de 70 do século XX, denominado por Castells de Paradigma da Tecnologia da Informação¹⁰. Este novo modo em que as relações humanas se desenvolvem através da rede digital permite uma maior aproximação entre diferentes sujeitos de diferentes pontos do globo. Contudo, como já alertava Castells¹¹, a ideia de um fortalecimento democrático, da redução das desigualdades e de todo tipo de benesse trazida pelas redes, se traduziu

5 MOUFFE, Chantal. Agonística: pensar el mundo políticamente. Ed. Fondo de Cultura Económica Argentina, 2014.

6 Ibidem, p. 27.

7 DAHL, Robert Alan. Sobre a Democracia. Brasília, editora Universidade de Brasília (UNB), 2001, p. 67.

8 MAGRANI, Eduardo. Democracia Conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014. E-book, p. 30.

9 Ibid., p. 19.

10 CASTELLS *apud* CREMONINI, Ladimir José; OLIVEIRA, Odete Maria de. Reflexões sobre a Teoria da Sociedade em Rede de Castells e a Teoria da Rede de Ação Comunicativa de Habermas. Editora Unisul, 2018, p. 144.

11 CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede. São Paulo, 23ª edição, editora Paz e Terra, 2013.

em mera falácia. Para Habermas *apud* Cremonini (2018), os meios de comunicação são eficientes em produzir e replicar cultura de massa, não estando acima dos jogos ideológicos que compõem o mundo da vida, criticando a possível tendência manipulatória das informações, visto que apenas refletem estereótipos, sem conter autenticidade, “dessa forma, então considerando que os meios de comunicação de massa são utilizados para a realização de um controle social imposto aos indivíduos”¹².

Embora a democracia brasileira esteja aspirando ares muito distantes da atmosfera de uma democracia deliberativa, este primeiro pensamento ilustrado a partir de Habermas representa um ideal a se pensar para um devir. Contudo, a autodeterminação, uma das consequências desejáveis de uma democracia¹³, parece ter entrado em erosão. E uma das causas possíveis deste fenômeno é a operacionalização dos algoritmos enquanto meios para modular¹⁴ a vontade popular e pré-determinar as escolhas de representantes políticos, o que se reflete não somente no momento do voto, mas em toda atuação cívica-política que se precede e se sucede.

Desta maneira, importante definir o que são algoritmos. Em uma definição objetiva, Thomas Cormen¹⁵ afirma que “um algoritmo de computador é um conjunto de etapas para executar uma tarefa descrita com precisão suficiente para que um computador possa executá-la a fim de solucionar determinado problema”. Já Bocchese¹⁶, partindo de uma visão baseada na análise discursiva, descreve os algoritmos como “um conjunto de regras e procedimentos lógicos que levam a uma resolução de tarefas, produzindo clivagens subterrâneas”, ou seja, os algoritmos são programados para automatizar tarefas por meio de processos concatenados e sistemáticos de regras formadas numa linguagem computacional/matemática que produzem, na visão do autor, conflitos subjacentes e menos visíveis no corpo social¹⁷. Não obstante, Pariser afirma que os algoritmos computacionais utilizados não têm uma compreensão muito bem definida, exemplificando esta questão a partir do

12 CREMONINI, Lademir José; OLIVEIRA, Odete Maria de. Reflexões sobre a Teoria da Sociedade em Rede de Castells e a Teoria da Rede de Ação Comunicativa de Habermas. Editora Unisul, 2018, p. 151.

13 DAHL, Robert Alan. Sobre a Democracia. Brasília, editora Universidade de Brasília (UNB), 2001, p. 58.

14 A definição de modulação empregada nesta pesquisa se vincula a capacidade dos algoritmos induzirem o comportamento humano. Nas palavras de SILVEIRA (2019, p. 56-57), “está ligada à comunicação distribuída em rede e se organiza pela oferta de opções de visualização de conteúdos e pela orientação de possibilidades de ação, pelo controle das subjetividades”.

15 CORMEN, Thomas. Desmistificando algoritmos. Rio de Janeiro, Editora Elsevier Brasil, 2017, p. 13.

16 BOCCHESE, Pedro Augusto. Buscador Google Hummingbird: análise discursiva do processo de individuação a partir do conceito do filtro invisível. Tese (Doutorado) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós Graduação em Ciências da Linguagem, 2019, p. 14.

17 Sem entrar em minúcias, há uma distinção entre algoritmos e inteligência artificial: enquanto os algoritmos são seqüências de instruções que descrevem como realizar tarefas específicas (uma espécie de receita de bolo), a inteligência artificial (IA) compõe-se de sistemas capazes de aprender, raciocinar e tomar decisões de modo autônomo, todavia, as próprias IAs utilizam como base os algoritmos (pode-se dizer que os algoritmos são “neurônios” e a inteligência artificial é o “cérebro” capaz de realizar “sinapses”).

buscador do Google:

O Google poderia nos revelar todos os duzentos sinais que utiliza e nos mostrar o código, e ainda não saberíamos o que fazer com aquilo. O software central do mecanismo de busca do Google contém centenas de milhares de linhas de código. Segundo um funcionário do Google com quem conversei, que tinha acesso à equipe responsável pelo mecanismo de buscas, “a equipe faz ajustes aqui e ali, não sabe muito bem o que funciona nem por que funciona, só examina o resultado”.¹⁸

Os algoritmos das mídias sociais são desenvolvidos por especialistas em computação, visando capturar o comportamento dos usuários por meio de *logs* e *cookies*, registrando cliques, tempo de permanência em páginas, preferências de conteúdo e localização. Sua origem humana e capacidade de adaptação ao padrão de uso individual os impregnam de ideologia e objetivos, afastando a ideia de neutralidade tecnológica¹⁹. Tais algoritmos, nesta toada, buscam maximizar os lucros em prol “daqueles que podem pagar para coletar, organizar e analisar gigantescas estruturas de dados que serão processados em *data centers* com milhares de servidores”²⁰. Dessa forma, a captação da atenção do usuário ocorre por meio da estratégica e conveniente veiculação de anúncios, notícias e publicidade, refletindo a atual economia centrada na oferta de bens e serviços para consumo.

Além de capturar a atenção do usuário, as mídias sociais também modulam o comportamento humano por meio do processo de reminiscência da psique humana, no qual o usuário é fisgado pelo conteúdo veiculado. Isso se deve à análise do histórico do usuário, capaz de revelar suas predileções, aversões e interesses, o que é utilizado pelos algoritmos no momento em que transportam a informação, gerando uma espécie de determinismo informativo²¹. Em suma, as mídias sociais “delimitam com sua arquitetura informacional e o desenho de suas interfaces a forma do discurso que seus usuários podem inserir. O ponto fundamental é que seus algoritmos controlam quem pode ver os conteúdos”²². Por esta razão, há uma assimetria informativa fornecida a cada usuário que busca pelos mesmos termos no Google, por exemplo.

Big techs como o Google utilizam dados pessoais de seus usuários, ora eleitores, para lhes fornecerem conteúdo customizado, as tornando capazes de indexar as informações

18 PARISER, Eli. O Filtro Invisível: o que a internet está escondendo de você? Rio de Janeiro: 1ª edição, editora Zahar, 2012, 137.

19 O'NEIL, Cathy. Algoritmos de destruição em massa. São Paulo, editora Rua do Sabão, 2021, p. 21.

20 SILVEIRA, Sérgio Amadeu. Democracia e Códigos Invisíveis: Como os algoritmos estão modulando comportamentos e escolhas políticas. São Paulo: editora edições Sesc SP, 2019, p. 50.

21 PARISER, op. cit., p. 20.

22 SILVEIRA Sérgio Amadeu. Democracia e Códigos Invisíveis: Como os algoritmos estão modulando comportamentos e escolhas políticas. São Paulo: editora edições Sesc SP, 2019, p. 56-57.

preexistentes dentro da *web* valendo-se, também, dos vestígios (*footprints*) deixados por cada usuário, o que permite direcionar conteúdo e publicidade de modo personalizado. Este mapeamento de dados pessoais só é possível em razão de enormes bancos de dados, denominados *big data* ou, mais recentemente, *data lakes*, fornecendo importante subsídio para mineração de dados. É a este fenômeno que Eli Pariser se refere na obra “O Filtro Invisível” ao questionar este enviesamento cognitivo:

[...] os defensores da personalização nos oferecem um mundo feito sob medida, adaptado à perfeição para cada um de nós. É um lugar confortável, povoado por nossas pessoas, coisas e ideias preferidas. [...] Nunca mais ficaremos entediados, nada mais nos perturbará. Os meios de comunicação serão um reflexo perfeito de nossos interesses e desejos.²³

É possível constatar que os algoritmos empregados em buscadores, como o Google, “organizam os resultados de uma consulta conforme a análise do perfil de quem a realizou, mas também podem definir a ordem dos resultados de acordo com o interesse de quem comprou os chamados links patrocinados”²⁴, interferindo, assim, em quem pode ou não acessar determinadas informações. Por este motivo os algoritmos revestem-se de um caráter performativo construído a partir das relações pretéritas com os usuários em teia (*machine learning*), assim estas ações são constitutivas dos atores na medida em que os sugestionam a adotarem determinadas condutas, hábitos, padrões de consumo, ideias ou mesmo em quem votar. Tal característica permite criar modelos algoritmos preditivos por meio das tendências de comportamento e consumo observadas.

Juridicamente, a proteção dos dados pessoais está incluída no rol de direitos fundamentais desde a Emenda 115 de 2022 (art. 5º, inciso LXXIX da CRFB), cuja *occasio legis* (oportunidade da lei) se deu em razão de uma série de violações no que tange ao tratamento²⁵ de dados pessoais de usuários; e o motivo maior deve-se ao principal empecilho visualizado num contexto democrático: a falta de transparência no tratamento dos dados pessoais, visualizado mormente em escândalos de vazamento de dados²⁶. Assim,

23 PARISER, Eli. O Filtro Invisível: o que a internet está escondendo de você? Rio de Janeiro: 1ª edição, editora Zahar, 2012, p. 13.

24 SILVEIRA, op. cit., p. 37.

25 Tratamento de dados, segundo dispõe o art. 5, inciso X, da LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados), é “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

26 Um famoso exemplo é o caso de vazamento de dados pessoais pela empresa Cambridge Analytica, responsável pela compra de dados de cerca de 50 milhões de usuários do Facebook com o intuito de direcionar informações que favorecessem a candidatura do presidente Trump nas eleições estadunidenses de 2016. Tais fatos foram bem enquadrados no documentário “Privacidade Hackeada”, de 2019.

os algoritmos são instrumentos para o tratamento de dados pessoais e sua arquitetura é opaca, dificultando a prestação de contas ao usuário.

3 A JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO TSE NAS ELEIÇÕES DE 2022: HÁ RESPONSABILIZAÇÃO PARA BIG TECHS?

Durante o ano de 2022 o Brasil experimentou uma marcante polarização política entre ideologias mais à direita e mais à esquerda do espectro político. De acordo com a análise de dados empíricos realizada por Renno²⁷, houve uma involução da posição política da população brasileira em temas polêmicos, tais como a redução da maioria penal, o aborto, o casamento civil de pessoas do mesmo sexo e a descriminalização do uso de drogas ilícitas, além da evolução de posicionamentos autoritários, denotando “a predominância de preferências ideológicas conservadoras e de direita em vários casos”.

Tal cenário demonstra que, embora as mídias tradicionais ainda correspondam a maior parcela do conteúdo acessado pelos eleitores, as mídias sociais se tornaram mais relevantes para o desfecho eleitoral, “basta analisar a campanha de 2018, na qual o atual presidente [Jair Bolsonaro] tinha apenas oito segundos de tempo de propaganda eleitoral no primeiro turno e chegou ao poder, muito em razão das redes sociais”²⁸.

Pari passu, uma das características nefastas das eleições de 2022 consistiu na explosão de notícias falsas impulsionadas pelo engajamento de grupos políticos nas mídias sociais, o que gerou, inevitavelmente, uma resposta institucional do TSE e do STF em virtude de sua incitação constante a fim de salvaguardar o processo eleitoral. Esta reverberação jurídica-institucional pode ser melhor observada pela análise sintética de alguns julgados advindos do panorama fático das eleições de 2022.

Para isso, a pesquisa se fundou na coleta de dados jurisprudenciais nos sítios eletrônicos do STF e do TSE, coletando decisões vinculadas às eleições de 2022 a partir de 01/07/2022. Para a pesquisa no STF foram selecionados 04 resultados pertinentes utilizando as palavras-chave: “*fake news*”, “*big tech*” e “mídias sociais”, dos quais 3 serão analisados. Já para a pesquisa no TSE, foram selecionados 13 resultados pertinentes utilizando as palavras-chave: “*fake news*” e “Google”, dos quais 4 serão analisados.

27 RENNÓ, Lucio. Bolsonarismo e as eleições de 2022. *Estudos Avançados*, v. 36, p. 147-163, 2022, p. 152.

28 SIMÃO, Luziane de Figueiredo & FILHO, José Filomeno de Moraes. (2020). Inteligência artificial e democracia: os algoritmos podem influenciar uma campanha eleitoral? Uma análise do julgamento sobre o impulsionamento de propaganda eleitoral na internet do Tribunal Superior Eleitoral. *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 13(41), p. 350.

3.1 TSE

No âmbito do TSE, destaca-se a **Representação eleitoral nº 060096636**, a qual apreciou a regularidade de site supostamente criado por agência independente de checagem de notícias, contudo as informações estavam contaminadas por um viés ideológico, desabonando a campanha eleitoral de oposição em prol de campanha enviesada. Ao analisar a questão, o TSE verificou que o site de notícias não esclareceu a qual partido político estava vinculado, induzindo o eleitor em erro e incorrendo na coleta irregular de dados pessoais. No mesmo sentido, a **Representação nº 060135788** culminou na remoção de conteúdo manifestadamente falso exibido em desfavor do candidato Lula, no qual se veicularam mensagens atribuindo falsamente ao candidato a prática do crime de homicídio, cabendo destacar a seguinte fundamentação, *in verbis*:

A desinformação e a desconstrução de figuras políticas a partir de fatos sabidamente inverídicos ou substancialmente manipulados devem ser rapidamente reprimidas pela Justiça Eleitoral, por configurarem verdadeira falha no livre mercado de circulação das ideias políticas, que pode desembocar na indução do eleitor em erro, com comprometimento da própria liberdade de formação da escolha cidadã. (Representação nº 060135788, Acórdão, Min. Maria Claudia Bucchianeri, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, 25/10/2022)

Já a **Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) nº 060152238** apura a ocorrência de uso indevido dos meios de comunicação, abuso de poder político e abuso de poder econômico, supostamente perpetrados em decorrência da utilização de dezenas de perfis em redes sociais, inclusive mantidos por pessoas jurídicas, para, de forma orquestrada, produzir e difundir exponencialmente conteúdos desinformativos com o objetivo de direcionar a opinião político-eleitoral de seus seguidores e influenciar no resultado da disputa presidencial. Tal quadro redundou na suspensão da monetização de quatro canais mantidos pelas empresas bem como dos seus conteúdos político-eleitorais, além da suspensão de conteúdo áudio visual com teor enganoso por ordem judicial.

O julgado acima desvela uma prática recorrente no âmbito das eleições relacionada a propagação de *fake news*: o uso da influência política e econômica de *big techs* para monetizar sites que exibem conteúdo pervasivo (com maior potencial de engajamento) assumindo, antes de tudo, uma escolha moral. A despeito da ausência de reprimenda legal em face do Google, por hospedar e difundir tais conteúdos por meio de algoritmos, é evidente seu papel decisivo na formatação da opinião pública²⁹.

29 Muito embora a LGPD ainda não tenha sido amplamente debatida no âmbito dos Tribunais dada sua recente vigência, sua relevância é premente. Neste sentido, tanto a ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados) cumpre

Por derradeiro, a **AIJE n° 060131284** apura a suposta utilização mercantil dos algoritmos do Google Ads pela Coligação Brasil da Esperança³⁰ de modo a modular e filtrar as buscas dos candidatos para que, ao se buscar informações sobre o candidato Lula e seu vice, fossem fornecidas matérias positivas produzidas pela própria coligação em destaque, configurando, em tese, abuso de poder econômico e de uso indevido dos meios de comunicação. Neste caso, a ação ainda tramita, porém pode-se destacar um ponto nodal observado em casos análogos: a imposição de multa ao controlador de dados das mídias sociais em caso de descumprimento de decisão, o que se verificou neste caso pela aplicação de multa no importe de R\$60.000,00 em desfavor do Google ao deixar de prestar informações no prazo determinado por decisão mandamental, conquanto a ação não apure a responsabilização desta *big tech*.

3.2 STF

De outra sorte, a jurisprudência do STF se inquinou para a apuração de ilícitos perpetrados no âmbito das mídias sociais por meio da abertura de inquéritos, dentre os quais o **inquérito 4.879**, o qual se refere a apuração das responsabilidades advindas dos atos atentatórios à democracia ocorridos em 8 de janeiro de 2023, no qual a corte impôs, para fins desta análise, o imediato bloqueio dos perfis dos usuários que instiguem e divulguem informações em apoio aos atos antidemocráticos de 08 de janeiro. O extremismo visualizado na ocasião em muito foi maturado através e a partir das mídias sociais, pois as bolhas de filtro algorítmicos geram engajamento. Neste sentido, uma pesquisa realizada pela FGV durante as eleições de 2022 apontou que 97% das interações de apoiadores de Bolsonaro nas redes sociais ocorreram sem sair da própria bolha:

Se formos comparar o padrão de interação entre os participantes dessa bolha aos dos outros dois maiores grupos – que, para simplificar, chamaremos de Lulaverso e Amigos do Ambiente, a autorreferência é esmagadora: 97% das interações da Bolhanaro ocorrem dentro do próprio grupo, contra 60% no Lulaverso e 55% nos Amigos do Ambiente.³¹

função relevante ao atuar administrativamente sancionando àqueles que infringirem a LGPD, quanto o TSE ao aplicar a referida lei para fins de responsabilização eleitoral, desde que observadas as matérias legais reservas a competência do Tribunal.

30 A Coligação Brasil da Esperança é formada pelo Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e Partido Verde (PV). Na AIJE em comento as informações visam favorecer os candidatos Lula e seu vice, Alckmin.

31 SOARES, Marcelo. ‘Bolhanaro’: 97% das interações de apoiadores de Bolsonaro nas redes sociais ocorrem sem sair da própria bolha. FGV DAPP. Sala de Democracia Digital. Acesso em: 10 ago. 2023.

O perigo deste fenômeno reside na dispersão acelerada de notícias falsas, as quais possuem um fator atrativo maior para os usuários dada as características sensacionalistas dos fatos e sua propagação acelerada entre os usuários da bolha. Assim, quando esta informação é dada como verdadeira pelo grupo, há uma tendência de o usuário daquela bolha aceitá-la mais facilmente, engendrando uma falsa sensação de consenso coletivo³², pois ela adquire um potencial ainda mais destrutivo ao passo que sua veiculação midiática aumenta. Após adquirir estes esquemas, o usuário fica predisposto a fortalecê-los. Na psicologia esse processo se denomina de viés da confirmação – “a tendência a acreditar no que reforça nossas noções preexistentes, fazendo-nos enxergar o que queremos enxergar”³³.

Ainda, o **inquérito 4.781** (Inquérito das *Fake News*) investiga o direcionamento ideológico de informações acerca do Projeto de Lei (PL) 2.630, conhecido como “PL das *Fake News*”, em grandes mídias sociais, tais como Google e Meta. Embora tais fatos tenham ocorrido em abril de 2023, eles representam uma extensão política das eleições de 2022. No caso específico do Google³⁴, fora veiculada mensagem disposta abaixo do campo de pesquisa de sua página principal intitulada: “O PL das *Fake News* pode aumentar a confusão sobre o que é verdade ou mentira no Brasil”. Paradoxalmente, esta manobra lança uma cortina de fumaça no debate democrático do PL pois o pré-ordena, o que configura, em tese, abuso de poder econômico pelo Google.

À vista disso, a pretensão de as *big techs*³⁵ atuarem como ágoras nunca se efetivou, na medida em que este espaço público não é imparcial e fomenta a difusão de informações que geram maior engajamento. Não à toa uma pesquisa coordenada pela UFRJ³⁶, também utilizada como fundamento judicial do inquérito, sugere que “o Google vem se aproveitando de sua posição de liderança no mercado de buscas para propagar suas ideias e influenciar negativamente a percepção dos usuários sobre o projeto de lei em prol de seus interesses comerciais”, reforçando a tese de abuso de poder econômico, também por induzir o usuário a relacionar o PL 2.639 ao termo “PL da censura”. Além disso, a pesquisa ainda

32 MAGRANI, Eduardo. Democracia Conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014. E-book, p. 125.

33 PARISER, Eli. O Filtro Invisível: o que a internet está escondendo de você? Rio de Janeiro: 1ª edição, editora Zahar, 2012, p. 60.

34 PINOTTI, Fernanda. Google retira mensagem contra PL das Fake News da página inicial. São Paulo, CNN Brasil. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/google-retira-mensagem-contr-pl-das-fake-news-da-pagina-inicial/>. Acesso em: 08 out. 2023.

35 No âmbito do STF, a questão acerca da responsabilização das big techs por conteúdos indevidos disseminados por usuários será apreciada num julgamento conjunto, tendo por standard a análise da constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet, cuja responsabilização apenas se perfectibiliza caso a empresa não tome as providências para indisponibilizar conteúdo divulgado por terceiros apontado como infringente, havendo determinação judicial específica. SCHREIBER, Mariana. Poderá o STF enquadrar as Big Techs? São Paulo, BBC Brasil, 16 maio 2023. Disponível em: <https://outraspalavras.net/outrasmidias/podera-o-stf-enquadrar-as-big-techs/>. Acesso em: 09 ago. 2023.

36 UFRJ. A Guerra das Plataformas contra o PL 2.630. Laboratório de Estudos de Internet e Mídias Sociais. Abr. 2023, p. 2. Disponível em: <https://encr.pw/7AcEg>. Acesso em: 03 ago. 2023.

aponta para um direcionamento dos usuários a links vinculados às bolhas conservadoras de direita (p. 6), apontando que a causa deste movimento estratégico, assim como já abordado nesta análise, repousa na maximização do capital³⁷.

Outra reverberação institucional das eleições de 2022 foi marcada pelo controle de constitucionalidade da Resolução 23.714/2022 do TSE, apreciada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 7.261 (**ADI 7.261**) pelo STF. A normativa de 09 artigos exarada pelo TSE estabelece procedimentos e orientações para fortalecer o combate às notícias falsas tendentes a desestabilizar a lisura do processo eleitoral. Em juízo de cognição sumária (análise de medida cautelar), o relator Edson Fachin frisou que tal ato-regra emanado pelo TSE não usurpa a competência normativa da União, estando em conformidade às suas atribuições legais.

Assim, a disseminação de *fake news* no período eleitoral tem o condão de restringir a formação livre e consciente da vontade do eleitor, ameaçando o exercício livre do direito à informação caso não fiscalizado pela autoridade eleitoral. Em síntese, a Resolução do TSE é constitucional pois reflete a competência do TSE no que diz respeito ao controle da circulação de informações eleitorais salvaguardando o processo eleitoral.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática discutida neste artigo buscou enfatizar a natureza disruptiva dos algoritmos enquanto dispositivos de poder capazes de determinar “vocações eleitorais” por meio da modulação da escolha dos eleitores, não esgotando o tema, ao contrário, abrindo novas frentes para se intensificar tais discussões. Em suma, o controle performativo dos algoritmos no processo eleitoral tem exercido papel cada vez mais decisivo na escolha pública de representantes democráticos e na definição das fronteiras de disputa política. As técnicas do dispositivo algorítmico defluem da vigilância permanente do neoliberalismo, próprio do sistema concorrencial do mercado, em que os dados pessoais dos eleitorais tem valor econômico e ideológico imensurável, pois a partir deles é possível definir as melhores táticas para cooptar as escolhas individuais deles.

Neste diapasão, o maior óbice enfrentado pela democracia reside na opacidade dos códigos algorítmicos, não só engessando o usuário em relação aos estágios de tratamento de seus dados pessoais com o conseqüente ferimento de sua privacidade, como também enfraquecendo valores democráticos. Não se pode desvincular, portanto,

37 Somente em 2022 o faturamento da Google foi de R\$279,8 bilhões de dólares. Deste valor, o faturamento com anúncios publicitários foi “a principal fonte de financiamento das plataformas. Sem a devida transparência, não é possível saber qual o percentual desses valores advém de anúncios criminosos e irregulares, que seriam impactados com o PL 2630” (UFRJ, 2023).

o caráter eminentemente tecnopolítico das sociedades democráticas contemporâneas, pois a realidade pessoal de cada usuário é minuciosamente capturada e armazenada em bancos de dados, a partir dos quais se constroem modelos preditivos, capazes de induzir comportamentos. Tal processo deve ser reavaliado para garantir a deliberação democrática e a gestão inclusiva, a fim de se evitar que representantes políticos sejam eleitos segundo interesses hegemônicos do corpo social.

Pôde-se constatar que durante as eleições de 2022, a responsabilização legal dos ilícitos eleitorais concentrou-se nos usuários e nas pessoas jurídicas que promoveram a disseminação de notícias falsas ou campanhas em desacordo com as normas eleitorais. Multas foram aplicadas, bem como contas e sites de mídia social foram suspensos como resultado. No entanto, *big techs* como o Google permaneceram em grande parte isentas dessa responsabilização, pelo menos nas Cortes Superiores, pois, até o momento, não há um posicionamento consolidado do STF e do TSE sobre o papel das *big techs* na regulação do processo eleitoral para fins de responsabilização legal.

Destarte, o processo algorítmico propiciado pelas mídias sociais põe em xeque importantes valores democráticos, como a privacidade de dados pessoais e a lisura do processo eleitoral. Embora não haja uma saída fácil para a demarcação das fronteiras em que os algoritmos possam operar dada sua natureza difusa, esta pesquisa objetivou desenhar um quadro geral das eleições brasileiras de 2022, abrindo espaço para que futuras pesquisas incursionem sobre o tema.

REFERÊNCIAS

BOCCHESI, Pedro Augusto. **Buscador Google Hummingbird: análise discursiva do processo de individuação a partir do conceito do filtro invisível.** Tese (Doutorado) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós Graduação em Ciências da Linguagem, 2019. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/3172>. Acesso em: 27 jul. 2023.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede.** São Paulo, 23ª edição, editora Paz e Terra, 2013.

CLARAMUNT, Jorge Castellanos. LA DEMOCRACIA ALGORÍTMICA: inteligencia artificial, democracia y participación política. **Revista General de Derecho administrativo,** 2019. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?cluster=15245007280753464683&hl=pt-BR&as_sdt=0,5. Acesso em: 27 jul. 2023.

CORMEN, Thomas. **Desmistificando algoritmos.** Rio de Janeiro, Editora Elsevier Brasil, 2017.

COSTA, Fabricio Veiga; BARROS, Frederico Kern Ferreira; SANTOS, João Manoel Miranda Gomes dos. Contornos sobre a Responsabilidade Civil das Grandes Empresas de Tecnologia “Big Techs” em casos de violação ao Direito Fundamental à proteção de dados. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 8, n. 1, 2022. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/8602>. Acesso em: 05 ago. 2023.

CREMONINI, Lademir José; OLIVEIRA, Odete Maria de. Reflexões sobre a Teoria da Sociedade em Rede de Castells e a Teoria da Rede de Ação Comunicativa de Habermas. **Editora Unisul**, 2018. Disponível em: <https://encr.pw/lfBn3>. Acesso em: 27 jul. 2023.

DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia**. Brasília, editora Universidade de Brasília (UNB), 2001.

FGV DAPP. **Sala de Democracia Digital**. São Paulo, 2018. Disponível em <https://observademocraciadigital.org/metodologia/>. Acesso em: 10 ago. 2023.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MACHADO, Felipe Nery Rodrigues. **Big data: o futuro dos dados e aplicações**. Saraiva Educação SA, 2018.

MAGRANI, Eduardo. **A internet das Coisas**. Rio de Janeiro, 1 edição, editora FGV, 2018, E-book.

MAGRANI, Eduardo. **Democracia Conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático**. Curitiba: Juruá, 2014. E-book. Disponível em: <https://encr.pw/wzA43>. Acesso em: 19 jul. 2023.

MOUFFE, Chantal. **Agonística: pensar el mundo políticamente**. Ed. Fondo de Cultura Económica Argentina, 2014.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**. São Paulo, editora Rua do Sabão, 2021.

PARISER, Eli. **O Filtro Invisível: o que a internet está escondendo de você?** Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

RENNÓ, Lucio. Bolsonarismo e as eleições de 2022. **Estudos Avançados**, v. 36, p. 147-163, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/7ydPPygGTwLsR5xSN3RZ5HP/>. Acesso em: 27 jul. 2023.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu. **Democracia e Códigos Invisíveis: Como os algoritmos**

estão modulando comportamentos e escolhas políticas. São Paulo: editora edições Sesc SP, 2019.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu. Governo dos algoritmos. **Revista de Políticas Públicas**, v. 21, n. 1, p. 267-281, 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/3211/321152454013/>. Acesso em: 29 out. 2023.

SIMÃO, Luziane de Figueiredo & FILHO, José Filomeno de Moraes. (2020). Inteligência artificial e democracia: os algoritmos podem influenciar uma campanha eleitoral? Uma análise do julgamento sobre o impulsionamento de propaganda eleitoral na internet do Tribunal Superior Eleitoral. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, 13(41), 343–356. Disponível em <https://doi.org/10.30899/dfj.v13i41.793>. Acesso em: 27 jul. 2023.

SOARES, Marcelo. ‘Bolhanaro’: 97% das interações de apoiadores de Bolsonaro nas redes sociais ocorrem sem sair da própria bolha. FGV DAPP. Sala de Democracia Digital. Disponível em: <https://encr.pw/Op65T>. Acesso em: 10 ago. 2023.

UFRJ. A Guerra das Plataformas contra o PL 2.630. **Laboratório de Estudos de Internet e Mídias Sociais**. Abr. 2023. Disponível em: <https://encr.pw/7AcEg>. Acesso em: 03 ago. 2023.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 23.11.2023 Aceito em 11.01.2024

A “VIRAGEM AMBIENTAL” DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS A PARTIR DA OPINIÃO CONSULTIVA 23/2017

The “environmental turn” of the Inter-American Court of Human Rights based on Advisory Opinion 23/2017

Eduardo Floriano Almeida¹Ynes da Silva Félix²**RESUMO**

O texto trata de algumas conceituações doutrinárias de direitos humanos e descreve as suas gerações. Em seguida, enfrenta o sistema interamericano de direitos humanos, em sua dupla vertente, pelas atribuições e competências da Comissão e da Corte Interamericana. Trata dos precedentes do sistema interamericano envolvendo direitos humanos e meio ambiente e a necessidade de evitar danos transnacionais, com especial ênfase à Opinião Consultiva n. 23/2017, a qual indica uma viragem na jurisprudência do sistema regional ao permitir a justiciabilidade do direito ao meio ambiente sadio independente de sua vinculação reflexa a outro direito humano. O direito autônomo ao meio ambiente saudável foi utilizado novamente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisdição contenciosa, caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*, sentença de 2020. A metodologia será documental e exploratória, utilizando-se do método dedutivo, com caráter bibliográfico.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Sistema Interamericano de direitos humanos, meio ambiente, Opinião Consultiva n. 23/2017.

ABSTRACT

*The text deals with some doctrinal concepts of human rights and describes their generations. Afterwards, it faces the inter-American human rights system, in its double aspect, through the powers and competencies of the Commission and the Inter-American Court. It deals with the precedents of the inter-American system involving human rights and the environment and the need to avoid transnational damages, with special emphasis on Advisory Opinion no. 23/2017, which indicates a turning point in the jurisprudence of the regional system by allowing the justiciability of the right to a healthy environment regardless of its reflex link to another human right. The autonomous right to a healthy environment was used again by the Inter-American Court of Human Rights in the contentious jurisdiction, case *Lhaka Honhat vs. Argentina*, 2020 ruling. The methodology will be documentary and exploratory, using the deductive method with a bibliographic character.*

Keywords: *Human rights, Inter-American human rights system, environment, Advisory Opinion no. 23/2017.*

1 Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Federal Mato Grosso do Sul. Juiz de Direito no Mato Grosso do Sul e Professor Universitário na UNIGRAN/Dourados. ORCID: 0000-0002-5732-815X. E-mail: Eduardo.almeida@unigran.br.

2 Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-doutora em Direitos Humanos com estudos sobre “Las Generaciones de los Derechos Humanos y los Derechos Sociales” na Universidade de Salamanca. Professora titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS. Professora permanente do Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da UFMS. ORCID: 0000-0002-8784-6230. E-mail: ynesil@uol.com.br.

Sumário: 1 Introdução. 2 Direito Internacional dos Direitos Humanos. 3 O meio ambiente como direito humano de terceira geração. 4 Considerações finais. Referências.

Summary: 1 *Introduction.* 2 *International Human Rights Law.* 3 *The environment as a third-generation human right.* 4 *Final considerations. References.*

1 INTRODUÇÃO

São diárias as notícias sobre problemas com o meio ambiente: poluição do ar, extinção de espécies, degradação do solo, superpopulação, desmatamento, enchentes, incêndios de grandes proporções, tornados, chuvas intensas, seca prolongada, falta de chuva etc., que podem gerar grandes ameaças para o planeta continuar sendo a casa da presente e futuras gerações.

Os recursos naturais são finitos e a forma como a sociedade atual, globalizada e em rede, os utiliza agrava a cada dia o problema. Para compatibilizar a manutenção do desenvolvimento da sociedade com a preservação do meio ambiente para as gerações futuras surge a noção de sustentabilidade em três dimensões: social, ambiental e econômica – o que foi expandido posteriormente para outras duas dimensões, parcerias e paz.

A Organização das Nações Unidas (ONU), em 2014, assinala que o respeito ao meio ambiente é um dos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM), a ser alcançado em 15 anos. Em 2015, a partir da influência da Conferência Rio+20, lançou-se a Agenda 2030, na qual a proteção ao meio ambiente é um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).

Somente após a Segunda Guerra Mundial – em decorrência dos horrores nela praticados – é que os Estados-nações buscaram a criação de instrumentos internacionais para evitar, no futuro, que aquela barbárie voltasse a se repetir. Surgiram Tratados, Declarações de Direitos e a criação de sistemas internacionais (global e regionais) que buscam resolver problemas relacionados a direitos humanos fora do nível nacional.

Os sistemas global e regionais foram construídos a partir da ideia de direitos humanos em sua esfera individual e não coletiva. Atualmente percebe-se uma evolução no sistema interamericano de direitos no trato dos direitos humanos em sua esfera coletiva. Nesse sentido, o art. 26 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos passou por uma progressiva mudança de entendimento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, valorando o direito do homem a viver em um meio ambiente sadio.

2 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Conceituar os direitos humanos é tarefa difícil porque a doutrina leva em consideração diversos aspectos para buscar tal definição.

Antônio Henrique Pérez-Luño (1999) propõe três categorias que buscam definir os direitos humanos: a) Tautológicas — aquelas definições que não admitem nenhum elemento novo que permita caracterizar tais direitos; b) Formais — as que não dispõem sobre o conteúdo dos direitos, limitando-se a indicações sobre seu estágio desejado ou proposto; e c) Teleológicas — socorrem-se de certos valores últimos, suscetíveis de diversas interpretações, como por exemplo, imprescindíveis para o progresso social ou o desenvolvimento da civilização.

Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano (2010) destacam que o principal fundamento para buscar uma conceituação de direitos humanos é a dignidade da pessoa humana, especialmente a partir do fim da Primeira Guerra Mundial, em 1918, em que a expressão “direitos humanos” vinculou-se definitivamente a tal fundamento, no viver, no conviver e no porvir dos indivíduos dentro da comunidade.

Concorda-se com a definição proposta por Antônio Henrique Pérez-Luño, especialmente porque leva em consideração a *dinamogenesis* (ROCASOLANO; SILVEIRA, 2010) – relação existente entre os momentos históricos e as exigências do direito nestes períodos - para quem os direitos humanos são “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e das igualdades humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional”.

São características dos direitos humanos, geralmente mencionadas pela doutrina (idem, ibidem), inalienabilidade, irrenunciabilidade – ambos dizendo respeito ao consentimento ou não da pessoa humana –, imutabilidade (não admite interpretações no sentido de reduzir seu âmbito de intangibilidade), imprescritibilidade, quanto a estar submetido a prazos, e a inviolabilidade, não podendo ser desrespeitados os direitos humanos por qualquer pessoa, Estado ou autoridade pública.

Os direitos humanos são classificados em gerações³ a partir da historicidade, levando-se em consideração os avanços e retrocessos da sociedade, as transformações tecnológicas e a classe que estiver no poder, tendo por norte, novamente, o processo de *dinamogenesis* dos direitos, isto é, os direitos das gerações anteriores permanecem válidos nos seguintes, embora com roupagem nova, já que se alterou o paradigma destes (ROCASOLANO; SILVEIRA, 2010). Como destaca Norberto Bobbio (2004), os direitos humanos não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas.

3 Classificação de “gerações de direitos” proposta por Karel Vazak, em 1979, apresentada em uma palestra a sua teoria, a qual foi publicada dois anos antes. A palestra foi fruto de uma conferência no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo (França). A base da sua teoria são os princípios da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Tais princípios são utilizados para separar, de forma didática, os direitos humanos em três perspectivas históricas. Faz-se a opção por gerações e não dimensões em referência aos marcos históricos que coincidem com as exigências das comunidades por novos direitos, que são acrescidos aos anteriores.

Filho-me ao entendimento de Bonavides (2003) de que existem, ao menos, quatro dimensões, a saber: uma, concentrada nos direitos civis e políticos (ideia clássica da liberdade individual); segunda, ligada ao conceito de igualdade e preocupada em exigir do Estado a garantia de direitos sociais, econômicos e culturais; terceira, norteadas pelo ideal da fraternidade ou solidariedade em que a principal preocupação são os direitos difusos e coletivos; e quarta, direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

A partir dos horrores praticados na Segunda Guerra Mundial⁴, destaca-se a chamada concepção contemporânea dos direitos humanos que, segundo Flávia Piovesan (2019), veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, o que propiciou um novo paradigma a orientar a ordem internacional contemporânea.

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos é o maior legado da chamada “Era dos Direitos”, ao permitir a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional contemporâneo (Idem, *Ibidem*).

Norberto Bobbio (1992, p.25) afirma que a garantia dos direitos humanos no plano internacional só será implementada quando uma “jurisdição internacional se impuser concretamente sobre as jurisdições nacionais, deixando de operar dentro dos Estados, mas contra os Estados e em defesa dos cidadãos”.

A partir desta ideia⁵, os Estados começaram a se organizar em sistemas de justiça global e regionais de proteção aos direitos, em complementariedade aos sistemas jurídicos nacionais.

A Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio foi adotada em 09 de dezembro de 1948. Nela era prevista a criação de uma Corte Penal Internacional (art. 6º). Em 1998, aprovou-se o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que estabeleceu uma Corte permanente com jurisdição subsidiária ou complementar às Cortes nacionais das partes contratantes.

Conforme destaca Flávia Piovesan (2019), o Tribunal Penal Internacional permite limitar a seletividade política até então existente, pois os Tribunais *ad hoc*, criados na década de 90 para julgar os crimes ocorridos na ex-Iugoslávia e em Ruanda, basearam-se em resoluções do Conselho de Segurança da ONU, para as quais se requer o consenso dos 5 membros permanentes, com poder de veto, nos termos do artigo 27, §3º, da Carta da

4 Flávia Piovesan (2019) informa que a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais e ciganos.

5 Sobre os precedentes dos processos de apuração de crimes contra os direitos humanos, por todos, Flávia Piovesan (2019, p. 91-104), especialmente as experiências do Tribunal de Nuremberg e os Tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda.

ONU.

O Tribunal Penal Internacional surge como um aparato complementar às Cortes nacionais e busca evitar a impunidade para um rol de crimes considerados graves, previsto no artigo 5º do Estatuto de Roma, e que, por vezes, não são apurados ou existe falha no sistema de justiça local.

O Tribunal Penal Internacional é composto por 18 juízes, com mandato de 09 anos. O artigo 34 do Estatuto informa que o Tribunal é composto pelos seguintes órgãos: a) Presidência (administração do Tribunal); b) Câmaras - divididas em Câmaras de Questões Preliminares, de Primeira Instância e de Apelações); c) Promotoria – competente para receber as denúncias sobre crimes, investigá-las e propor ação penal; e d) Secretaria.

Flávia Piovesan (2019) informa que até 2018, um total de dez situações haviam sido submetidas ao Tribunal Penal Internacional (envolvendo 25 casos): a) situação em Uganda (2 casos); b) situação na República Democrática do Congo (06 casos); c) situação na República Centro-Africana (2 casos); d) situação em Darfur, Sudão (5 casos); e) situação na República do Quênia (3 casos); f) situação na Líbia (1 caso); g) situação na Costa do Marfim (2 casos); h) situação em Mali; i) situação na República Centro-Africana II; e j) situação na Geórgia (1 caso).

Em complementariedade ao sistema global, existem três sistemas⁶ regionais de proteção dos direitos humanos, na Europa, América e África.

O sistema europeu partiu da Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, a qual estabeleceu a Comissão e a Corte Europeia de Direitos Humanos. Em novembro de 1998, ocorreu a fusão entre a Comissão e a Corte, a fim de permitir uma maior justicialização do sistema.

O sistema africano foi criado pela Carta Africana dos Direitos Africanos e dos Povos de 1981, que instituiu a Comissão Africana dos Direitos Humanos, sendo posteriormente criada a Corte Africana, mediante um aditivo a Carta, que ocorreu em 2004.

Interessa ao presente estudo o sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos, que surgiu por meio da Organização dos Estados Americanos (OEA), sendo que os primeiros instrumentos regionais sobre direitos humanos foram o seu Tratado Constitutivo (Carta da OEA) e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, ambas adotadas em 1948, durante a realização da IX Conferência Internacional Americana ocorrida em Bogotá, Colômbia.

6 Há um sistema árabe que foi criado em 1945, com a Liga dos Estados Árabes. Em 1994, adotaram a Carta Árabe de Direitos Humanos, que busca fundamento na Lei da sharia e outras manifestações religiosas. A Carta entrou em vigor em março de 2008. Contudo, apresenta incompatibilidades com o sistema global, pois discrimina mulheres e os não nacionais e permite a aplicação da pena de morte a crianças. Em 1997, estabeleceu-se a Carta Asiática de Direitos Humanos, por meio de uma declaração feita por ONGs, destacando a importância de que a Ásia elabore uma Convenção que contemple órgãos de monitoramento, uma Comissão e Corte independentes, aos quais as ONGs tenham acesso direto.

Os principais documentos que compõem o sistema interamericano são: a Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica); o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador de 1988); a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará); e o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte.

Importante destacar que o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992, sem efeitos retroativos; o Protocolo de San Salvador em 1996; a Convenção de Belém do Pará em 1995; o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte em 1994.

Os instrumentos jurisdicionais do sistema são a Comissão Interamericana de direitos humanos (CIDH), criada em 1959 e formalmente instalada em 1969, quando o Conselho de Organização aprovou o seu Estatuto, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), criada em 1969, pela Convenção Americana de Direitos Humanos e instalada em 1978, em São José, na Costa Rica.

A Comissão Interamericana de direitos humanos tem competência em relação a direitos humanos para todos os Estados partes da Convenção Americana. É integrada por sete membros que podem ser nacionais de quaisquer Estados membros da OEA. São eleitos, a título pessoal, pela Assembleia Geral por um período de 04 anos, podendo ser reeleitos por mais um período.

Segundo Flavia Piovesan (2019) a CIDH cabe a promoção, observância e a proteção dos direitos humanos. Para tanto, compete-lhe fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos; preparar estudos e relatórios que mostrem necessários; solicitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; e submeter um relatório anual à Assembleia Geral da OEA.

Ainda é da competência da Comissão examinar os requerimentos, encaminhados por indivíduos ou grupos de indivíduos, ou ainda entidade não governamental, que contenham denúncia de violação a direito consagrado pela Convenção, nos termos dos artigos 41 e 44. Tais petições possuem requisitos de admissibilidade, conforme previsão do art. 46 da Convenção. Admitido o requerimento, a Comissão requisita informações ao governado denunciado. Com ou sem as informações do Estado denunciado, cabe a Comissão verificar se existe ou não a alegada violação. Caso não existam elementos, o expediente será arquivado. Por outro, existindo elementos sobre a alegada violação aos direitos humanos, a Comissão faz um exame do caso. Após o exame, a Comissão se empenha em buscar uma solução consensual entre as partes. Chegando ao consenso, cabe a Comissão elaborar um

informe – que conterá uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada - que será transmitido às partes e posteriormente comunicado à Secretaria da OEA para publicação.

Infrutífera a solução amigável, a Comissão redige um relatório, o qual pode conter, além das conclusões, recomendações ao Estado-parte, que possui três meses para dar cumprimento ao determinado. Durante tal período, permanece a possibilidade de acordo entre os envolvidos ou pode ser o caso encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ultrapassado o prazo de três meses se o caso não foi remetido à Corte Interamericana nem solucionado pelas partes, a Comissão, por maioria absoluta de votos pode emitir sua própria opinião e conclusão, conforme artigo 51 da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica.

Ao contrário do sistema europeu, que permite o acesso direto de qualquer indivíduo, grupo ou organização não governamental à Corte Europeia (art. 34 da Convenção Europeia), no sistema regional interamericano apenas a Comissão Interamericana e os Estados-membros podem submeter um caso à Corte Interamericana, conforme o artigo 61 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Existem críticas a possível seletividade política da Comissão que foi reduzida com o artigo 44 do Regulamento da Comissão, adotado em maio de 2001 e reiterado pelo artigo 45 do mesmo diploma legal em agosto de 2013, que determina, em caso de acordo infrutífero entre as partes, o encaminhamento à Corte de forma direta e automática.

Em casos de extrema gravidade e urgência, de acordo com os dados existentes sobre o problema, a Comissão poderá, por iniciativa própria ou provocado, solicitar ao Estado a adoção de medidas cautelares, conforme dispõe o artigo 25 do Regulamento da Comissão.

A Corte IDH, órgão jurisdicional do sistema regional, é composta por sete juízes dos Estados membros da OEA. Possui duas competências: a) consultiva, abrange todos os Estados-partes da Convenção e permite que qualquer membro da OEA possa requerer o parecer da Corte relativamente à interpretação da Convenção ou de qualquer outro documento regional relativo à proteção dos direitos humanos. Pode ainda a Corte opinar sobre o controle de convencionalidade opinar sobre o controle de convencionalidade, ou seja, sobre a compatibilidade de dispositivos da legislação nacional do Estado em face dos instrumentos internacionais; e b) contenciosa, necessita adesão expressa por parte dos países, sendo que dos trinta e cinco Estados que compõem o Sistema da Organização dos Estados Americanos, vinte e cinco reconhecem a jurisdição contenciosa da Corte⁷.

Em casos de extrema gravidade e urgência e quando necessário para evitar danos irreparáveis a pessoas, conforme art. 63 da Convenção, a Corte pode adotar medidas provisórias que se mostrem necessárias. Em sendo caso que ainda não lhe foi submetido,

7 O Brasil reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana de direitos humanos pelo Decreto Legislativo n. 89, de 03 de dezembro de 1998.

poderá ser chamada a atuar a pedido da Comissão Interamericana⁸.

A Convenção Americana de direitos humanos, datada de 1969, tratava somente de direitos de primeira dimensão (civis e políticos). Posteriormente, em 1988, o Protocolo de São Salvador incorporou à Carta os direitos sociais, culturais e econômicos (DESCs), que passaram a ser passíveis de reclamação jurisdicional, conforme art. 26 da Convenção Americana⁹.

Percebe-se por tal arcabouço que a dimensão individual dos direitos humanos contribui para uma construção protetiva jurisdicional. Contudo, a dimensão coletiva não foi objeto de construção convencional, ficando sumariamente esquecida, especialmente quanto aos procedimentos de reclamação jurisdicional.

A Corte IDH reconhece uma dimensão de titularidade coletiva aos direitos de cunho civis das populações tradicionais ainda existentes nas Américas de forma geral, especialmente os indígenas, cujos maiores exemplos são o direito à propriedade, à vida e a reparação civil.

3 O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO HUMANO DE TERCEIRA GERAÇÃO

Os direitos humanos de terceira geração são ligados a solidariedade e fraternidade e possuem como característica principal a proteção ao gênero humano coletivamente considerado.

São exemplos citados por Norberto Bobbio (2004): o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito aos bens que constituem o patrimônio comum da humanidade, direito de comunicação e, o que mais importa ao presente estudo, ao meio ambiente sadio¹⁰.

Existe uma crescente preocupação mundial com o meio ambiente tanto que a discussão sobre a questão ambiental ganha relevo, em nível nacional e internacional, na busca de um ambiente sadio e equilibrado.

Num primeiro momento, o direito internacional dos direitos humanos não se preocupou com o meio ambiente – a preocupação era com os direitos civis e políticos e só posteriormente com os direitos econômicos, sociais e culturais.

8 A Convenção Europeia não permite à Corte Europeia competência para adotar medidas provisórias.

9 Art. 26. 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. No mesmo sentido o direito à associação para fins trabalhistas, previsto no art. 16 da Convenção Americana.

10 Norberto Bobbio afirma que o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.

Somente a partir da década de 70 do século passado, no contexto de crescente globalização, desenvolvimento econômico e avanço tecnológico, diante da degradação ambiental, ensejou-se uma mudança de paradigma na visão do homem com a natureza.

A busca por proteção ao meio ambiente não surge de tratados, mas sim de conferências e documentos de *soft law*, pois a questão ambiental não era objeto de preocupação pelos Estados.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente realizada em 1972 foi o marco inicial da preocupação internacional com o tema. A preocupação dos países foi em conjugar desenvolvimento e preservação ambiental.

Passados 20 anos, ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em junho de 1992. A partir de tal Conferência, chega-se ao conceito de desenvolvimento sustentável - necessidade de preservar a qualidade do meio ambiente para as gerações futuras e proteção à biodiversidade.

Sobre a biodiversidade, James Lovelock ensina:

A diversidade biológica ou, como é mais comumente chamada, biodiversidade é a variedade ou a variabilidade entre os organismos vivos, os sistemas ecológicos nos quais se encontram e as maneiras pelas quais interagem entre si e a ecossfera (região da atmosfera onde há seres vivos); pode ser medida em diferentes níveis: genes, espécies, níveis taxonômicos (de classificação) mais altos, comunidade e processos biológicos, ecossistemas, biomas, e em diferentes escalas temporais e especiais. Em seus diferentes níveis, pode ser medida em número ou frequência relativa (LOVELOCK apud CAMPELLO; BARROS, 2015).

Os textos do Rio de Janeiro destacam uma série de deveres aos Estados, diferenciadas em razão dos recursos, grau de desenvolvimento, patrimônio ecológico e potencial poluente, em especial de prevenção, precaução e cooperação ambiental.

Fúlvio Eduardo Fonseca (2007) ensina que o processo de internacionalização da proteção ao meio ambiente pode ser dividido em 03 fases: a) uma fase anterior à Conferência sobre Meio Ambiente Humano de 1972, marcada pelo surgimento dos diversos movimentos preservacionistas e a conscientização global do problema ambiental; b) uma segunda fase que compreende o período entre a Conferência de Estocolmo de 1972 e a Conferência do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, caracterizada pela preocupação setorial e fracionada do meio ambiente, com tratados específicos de proteção do mar, flora, fauna e ar; c) uma terceira fase, cujo marco temporal é a Conferência do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento aos dias atuais, marcada pelo proteção transetorial do meio ambiente e novas modalidades de governança ambiental.

Valério de Oliveira Mazzuoli e Gustavo de Faria Moreira Teixeira (2013) ensinam que

a ONU, por meio de sua Assembleia Geral (Resolução n. 37/189A, de 1982) e a Comissão de Direitos Humanos (Resoluções n. 1982/7, de 1982, e 1983/43, de 1983), ao analisarem o alcance do Pacto dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, consolidaram o entendimento de que o direito à vida engloba o exercício pleno dos direitos civis políticos, econômicos, sociais e culturais a todos os indivíduos, povos, etnias, coletividades e grupos humanos. Nessa perspectiva, o direito ao acesso ao meio ambiente sadio se consolida como extensão do direito à vida.

Ainda que o direito humano ao ambiente equilibrado não encontre previsão expressa no artigo 11 do Protocolo de San Salvador, mostra-se possível que afrontas ao meio ambiente possam ser objeto de análise pelo sistema interamericano, sendo suficiente a demonstração da técnica processual pela via reflexa, com fundamento na concepção de que a proteção ao meio ambiente sadio é eficaz pela proteção indireta dos direitos humanos, com o chamado “*esverdeamento*” ou *greening* dos mecanismos de proteção do Sistema Interamericano (MAZZUOLI; TEIXEIRA, 2013).

Da análise dos precedentes envolvendo a questão do meio ambiente na Corte interamericana percebe-se diferentes enfoques. Thalita Lopes Motta (2009) afirma que o primeiro se destina ao estudo da proteção ambiental conjugada a outros direitos – pré-condição para o gozo e garantia de outros direitos humanos; o segundo parece consagrar o bem jurídico ambiental de per si, em homenagem à promoção de políticas públicas ambientais e à proibição de degradação dos elementos naturais.

Os precedentes do Sistema Interamericano de direitos humanos relativos ao meio ambiente estão diretamente conectados a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, tanto na Comissão quanto na Corte, pois as violações têm sido reconhecidas de forma indireta e subsidiária à violação aos direitos civis e políticos, através do mecanismo do *greening*.

Os primeiros casos a tratarem do tema foram da Comunidade Awás Tingi Mayagna (Sumo) vs. Nicarágua (sentença de 31 de agosto de 2001); da Comunidade N’djuka Maroon, de Moiwana, em Moiwana vs. Suriname (sentença de 15 de junho de 2005); da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai (sentença de 29 de março de 2006); o Caso Comunidade Saramaka vs. Suriname (sentença de 28 de novembro de 2007); o Caso das Comunidades afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênesis) vs Colômbia (sentença de 2013); e o Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador (sentença de junho de 2012). Em tais processos as violações ao meio ambiente foram analisadas à luz do enfoque do direito das comunidades indígenas a suas terras, sob o fundamento do direito à vida e à propriedade.

Existem precedentes que permitem verificar uma ampliação de perspectiva de análise da Corte, não vinculada a direitos territoriais de comunidades étnicas, mas direitos

humanos diversos, por exemplo, Caso Claude Reyes e outros vs Chile (sentença de 19 de setembro de 2006), em que a Corte entendeu ocorrer violação ao disposto no artigo 8º da Convenção, por ausência de efetividade de procedimento administrativo, em que ocorreu a recusa de um órgão do Estado Chileno em prestar informações sobre um projeto de exploração florestal de grande impacto.

No âmbito da Comissão interamericana (Resolução n. 12/85, caso 7615, 5 de março de 1985) interessa, pelo contexto histórico, o confronto entre as políticas de desenvolvimento fomentadas à época pelo Estado do Amazonas e Território de Roraima e a cultura do povo indígena Yanomami, sendo recomendado ao Brasil a demarcação da reserva indígena em questão porque o Brasil ainda não havia aceitado a jurisdição da Corte.

Cita-se ainda dois relatórios de admissibilidade da Comissão envolvendo a ocorrência de danos ambientais no Peru, por contaminações oriundas de um complexo metalúrgico (Caso la Oroya, CIDH, Informe n.º 76/09) e que recentemente a Comissão apresentou o caso perante a Corte IDH¹¹, e por um depósito de resíduos sólidos (Comunidad San Mateo Huanchor, CIDH. Informe n. 69/04), ambos em áreas de pequenos vilarejos, sem indígenas ou comunidades tribais, o que constitui um marco quanto às possibilidades de garantia do direito ao meio ambiente sadio a tais populações.

Caso de grande relevância na questão ambiental foi o que envolveu a construção da usina hidrelétrica de Belo Monte, em Altamira, no Pará, em que a Comissão, diante do grave risco de danos às comunidades do Rio Xingu, decretou medidas cautelares em favor dos atingidos, determinando ao Estado brasileiro uma série de medidas para proteção da vida e integridade dos membros daquela comunidade, em especial, de promover consulta prévia e informada; garantir acesso prévio ao Estudo de Impacto Social e Ambiental do projeto; proteger a vida dos povos em isolamento voluntário, além de suspender o processo de licenciamento da UHE Belo Monte (CIDH, MC 382/10 - Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil, de 1º de abril de 2011).

Com a Opinião Consultiva¹² 23/2017 a Corte IDH promove uma viragem no entendimento do sistema interamericano sobre o tema porque, pela primeira vez, indica a possibilidade de que o meio ambiente saudável seja um direito humano fundamental autônomo, com fundamento no art. 26 da Convenção Americana combinado com o art. 11¹³ do Protocolo de San Salvador.

11 Conforme notícia extraída de <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/274.asp>, acesso em 05.11.2022.

12 Opiniões consultivas são expedientes e mecanismos dos quais a Corte IDH, quando provocada, se presta a esclarecer o sentido e aplicação de determinado dispositivo ou dispositivos da CADH. A partir da OC 16/99, traz uma carga vinculativa, razão pela qual pode levar ao reconhecimento de responsabilidade internacional, além de exercer papel importante no controle de convencionalidade.

13 Art. 11. Direito ao meio ambiente sadio. 1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a dispor dos serviços públicos básicos. 2. Os Estados-Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.

A opinião consultiva foi solicitada pelo Estado da Colômbia, em 14 de março de 2016, ao fundamento das obrigações dos Estados em relação ao meio ambiente no âmbito de proteção e garantia dos direitos à vida e à segurança, com o intuito de que a Corte IDH determinasse de que maneira o Pacto de San José da Costa Rica deveria ser interpretado frente ao possível risco de que a construção e uso de novas grandes obras de infraestrutura afetassem gravemente o ambiente marinho na região do Grande Caribe e o habitat humano essencial para o pleno exercício dos direitos dos habitantes das costas e/ou ilhas de um Estado parte, diante das normas ambientais consagradas nos tratados e no direito internacional aplicável aos Estados. Portanto, a controvérsia residia na ameaça aos direitos das populações insulares colombianas no Caribe por megaprojetos promovidos por outros Estados, sejam vizinhos ou não, que poderiam ter impacto transfronteiriços na região e no ambiente marinho.

Interessante a utilização da Opinião Consultiva¹⁴ no sistema interamericano por parte de Estado-Parte para procurar conter atividades e avanços de outro Estado em áreas que podem gerar impacto ambiental ou danos transfronteiriços - esse seria um bom exemplo do uso político do discurso dos direitos humanos.

Destaca-se a discussão sobre o efeito vinculante e caráter obrigatório das Opiniões Consultivas da Corte IDH. A doutrina divide-se sobre o tema. Thomas Buergenthal (BUERGENTHAL, 1982) sustenta que ainda que a decisão da Corte não seja vinculante, tal distinção teria pouca importância na prática, porque os Estados, ao cumprirem as opiniões consultivas, não teriam o estigma de violadores de direitos humanos¹⁵. De outro lado, Hector Faundez Ledesma (2004) e Siddharta Legale (2019) afirmam que as opiniões consultivas são sim obrigatórias, mas que não geram imediatamente responsabilidade internacional.

A Corte IDH afirma que (1) o objetivo principal das opiniões consultivas é desentranhar o sentido, o propósito e razão das normas internacionais sobre direitos humanos (OC – 16/99 e OC – 17/02), (2) não possuem o mesmo efeito vinculante das sentenças proferidas em matéria contenciosa (OC 01/82) e (3) nesse âmbito a sua função seria de aconselhamento (OC 3/83). Contudo, mais recentemente, tem assinalado que as Opiniões Consultivas tem “efeitos jurídicos inegáveis” (OC 15/97), sem, contudo, esclarecer quais seriam esses efeitos jurídicos inegáveis.

14 A Corte interamericana tem competência consultiva e contenciosa. Quanto ao primeiro, qualquer Estado membro da Organização dos Estados Americanos (OEA) pode requer parecer da Corte sobre a interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo a direitos humanos, compatibilidade de dispositivos da legislação interna com os instrumentos internacionais, fazendo assim controle de convencionalidade das leis. No plano contencioso, a competência da Corte IDH é limitada aos Estados-Partes da Convenção que reconheçam sua jurisdição de forma expressa, conforme artigo 62 da Convenção Americana.

15 No mesmo sentido, quanto a inexistência de força vinculante das opiniões consultivas (MAZZUOLI; GOMES, 2010).

Hector Faundez Ledesma (2004) critica algumas expressões utilizadas nas Opiniões Consultivas que poderiam trazer dúvidas ao valor e força que o Tribunal lhes atribui. Tentando explicar o que levou a Corte Interamericana a emitir as opiniões consultivas (OC – 01/82 e OC – 3/83) e utilizar tais expressões dúbias, Pedro Nikken, Ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, destaca o contexto em que foram formuladas e que estavam destinadas a explicar e afirmar a amplitude da função consultiva e não em diminuí-la (NIKKEN, 1999).

Vários são os argumentos favoráveis a reforçar este entendimento: a) a Corte IDH está encarregada de emitir uma interpretação da Convenção, a qual deve ser seguida pelos Estados e não se constituir em uma mera “opinião”; b) as opiniões são dotadas de autoridade e possui em efeito jurídico vinculante, o qual deveria da própria Convenção; c) a função consultiva não pode desvincular-se dos propósitos da Convenção; e d) a própria Corte e não os Estados foi quem subtraiu valor dos arrazoados que emite no exercício de sua função consultiva.

Retornando à Opinião Consultiva 23/2017, a Corte IDH fixou uma série de deveres e obrigações oponíveis aos Estados membros para uma adequada proteção ao meio ambiente.

O Tribunal, no parecer de 102 folhas, destacou a necessidade de uma qualidade ambiental mínima e avançou para, além da visão antropocêntrica, uma proteção ao meio ambiente também por sua importância para os outros organismos vivos com os quais o planeta é compartilhado (florestas, rios, mares e outros), sendo o direito a um ambiente saudável autônomo diferente daquele que decorre da proteção de outros direitos, como o direito à vida ou o direito à integridade¹⁶.

Ressaltou a Corte IDH que os Estados têm a obrigação de evitar os chamados danos transfronteiriços¹⁷ e destacou que tal conceito deu origem a uma grande parte do direito ambiental internacional, por meio de acordos bilaterais e regionais ou acordos multilaterais para resolver problemas globais de natureza ambiental, como a destruição do ozono e as alterações climáticas¹⁸.

Diante da força vinculativa e expansiva da OC-23/2017, especialmente ao tratar o direito ao meio ambiente autônomo sem a necessidade de estar agregado a outro direito humano, a Corte IDH tratou de esclarecer e delimitar algumas questões, dentre elas: os princípios da precaução e cooperação; a justiciabilidade do direito ao meio ambiente equilibrado perante o Tribunal; especial atenção às comunidades e sociedades, especialmente

16 Parágrafos 62 e 63 da Opinião Consultiva OC-23/2017.

17 A poluição ou degradação de um local pode causar efeitos deletérios em outro lugar vizinho, ou mesmo em local geograficamente distante ou nos espaços de domínio público internacional.

18 Parágrafo 96 da Opinião Consultiva 23/2017.

a indígena; direito de acesso à informação em matéria ambiental; necessidade de estabelecer entre os Estados um canal de comunicação e troca de informações constantes e atualizadas quanto a eventuais danos ambientais e possíveis impactos transnacionais; dever de informação; em caso de potenciais danos transfronteiriços, caberia proteção e acesso a todos os afetados e lesados no exterior, mesmo se não nacionais do Estado responsável; grande avanço ao princípio do desenvolvimento progressivo do art. 26 da CADH.

A viragem que a Opinião Consultiva 23/2017 trouxe ao sistema interamericano foi replicada na jurisdição contenciosa da Corte IDH, a partir do caso Lhaka Honhat vs. Argentina (sentença de 2020), o que demonstra o caráter vinculativo que as consultas tem para o Tribunal.

Sobre a decisão Maria Antonia Tigre (2020) ressalta que a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou a Argentina violava um direito autônomo a um ambiente saudável, à propriedade da comunidade indígena, identidade cultural, comida e água. Pela primeira vez em um caso contencioso, a Corte analisou tais direitos com base no artigo 26 da Convenção, e ordenou medidas específicas de reparação e de restituição, incluindo ações de acesso a alimentos e água adequados, para a recuperação de recursos florestais e cultura indígena. Destaca ainda o marco significativo para a proteção dos direitos dos povos indígenas.

O caso contencioso, ao contrário da Opinião Consultiva 23/2017 que foi uma decisão unânime, teve que ser decidido com o voto de minerva da Presidenta da Corte IDH (Elizabeth Odio Benito), quanto ao direito autônomo ao meio ambiente saudável, diante do empate entre os integrantes da Corte (3 votos em cada sentido). Os juízes dissidentes não citam o precedente consultivo em seus votos. Conforme destacado por Lucas Carlos Lima (2021), os juízes dissidentes pareciam não estarem conscientes do fato de que não foi apenas no contexto de litigância, mas eminentemente através da jurisdição consultiva, que o direito autônomo ao meio ambiente saudável ocorreu.

A sentença pode abrir espaço para que a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheça futuramente o direito autônomo a um ambiente saudável no meio urbano em outros casos como poluição, tragédias ambientais (casos Mariana e Brumadinho), contaminações, mudanças climáticas ou refugiados ambientais, assim como a Corte Europeia de Direitos Humanos já o reconhece (VARELLA; STIVAL, 2017).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema Interamericano de direitos humanos possui disposições que asseguram os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Silencia quanto a disposições protetivas específicas ao meio ambiente.

Esta pesquisa tem o objetivo de verificar qual o tratamento dispensado ao meio ambiente sadio pelas decisões da Comissão e Corte Interamericana de direitos humanos.

Percebe-se que a Corte Interamericana tem inovado na utilização de técnicas interpretativas com o intuito de não deixar o meio ambiente em situação de vulnerabilidade. A partir de uma interpretação extensiva dos direitos humanos (em especial das comunidades indígenas e tribais) à propriedade, ao patrimônio cultural, à circulação e residência, à vida e à proteção judicial – a Corte IDH tem fundamentado suas decisões, por via reflexa, protegendo os bens ambientais, com o “esverdeamento” das disposições do Sistema Interamericano.

A Opinião Consultiva 23/2017 traz uma viragem na jurisprudência da Corte IDH porque possui caráter vinculante aos Estados membros, tanto na edição de legislação interna que o efetive sob pena de controle de convencionalidade, quanto em evitar responsabilidade internacional, e dá um passo adiante ao considerar o meio ambiente sadio como um direito desvinculado de violação a outros direitos humanos, ampliando a visão antropocentrista até então vigente.

O entendimento consultivo do direito autônomo ao meio ambiente saudável foi respaldado na jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (caso Lhaka Honhat vs. Argentina, sentença de 2020), o que demonstra e consolida a interpretação extensiva do artigo 26 da Convenção Americana e indica possibilidades de, no futuro, ser estendido a outras situações, especialmente, de problemas ambientais no meio urbano.

Ao promover o meio ambiente saudável a direito humano autônomo, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos vai ao encontro dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas (ONU), que são um apelo global à ação para acabar com a pobreza, proteger o meio ambiente e o clima e garantir as pessoas, em qualquer parte do mundo, possam gozar de paz e prosperidade.

REFERÊNCIAS

BARROS, Ana Carolina Vieira de Barros e CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Hipótese gaia e a grande corrente da vida: o encontro dos direitos humanos com a biodiversidade global no paradigma da equidade. Goiânia: **Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo**, v. 5, n. 1, p. 55-71, 2019.

BOBBIO, Norberto; **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BIJOS, Leila; HESSEL, Carmem Elisa, Sistema Interamericano de direitos humanos:

Proteção ao meio ambiente, **Revista de Direitos Humanos em Perspectiva**, v. 2, n. 2, p. 78-98, jul./dez 2016.

BUERGENTHAL, Thomas. The Inter-American Court of Human Rights. **The American Journal of International Law**, vol. 76, n. 02, 1982, p. 244 e ss.

FONSECA, Fúlvio Eduardo. A convergência entre a proteção ambiental e a proteção da pessoa humana no âmbito do direito internacional. **Revista Brasileira de Política Internacional**. Brasília, v. 50, n. 1, jan./jul. 2007, acesso em 02/11/2022.

FRANCO, Laercio Dias Neto; BASTOS, Dafne Fernandez de. O processo e o direito coletivo no Sistema Interamericano de Direitos humanos: uma análise com base na jurisprudência internacional. **Revista de Direito Internacional**, volume 10, n. 2, 2013.

LEDESMA, Faúndez Héctor. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2 ed. San José/Costa Rica, 1999.

LEGALE, Siddaharta. Controle de convencionalidade consultivo? Um estudo em homenagem ao Professor Sidney Guerra. In: BUZANELLO, José Carlos; WINTER, Luís Alexandre Carta (Coord.). **Um novo direito – Homenagem aos 25 anos de docência no ensino superior do Professor Dr. Sidney Guerra**. Curitiba: Instituto Memória Editora, 2019.

LIMA, Lucas Carlos. A jurisprudência sobre meio ambiente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 103/2021, p. 273-302, 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. **Comentários à Convenção Americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica – 3. ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O Direito Internacional do Meio Ambiente e o Greening da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Revista Direito GV**, São Paulo, jan.-jun. 2013, p. 199-242.

MOTTA, Thalita Lopes. Um panorama jurisprudencial da proteção do direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 9-24, julho-dezembro de 2009.

NIKKEN, Pedro. **La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, 1999. Disponível em: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/10.pdf>. Acesso em: 18.07.2023.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano – 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

TIGRE, Maria Antonia. O reconhecimento do direito ao meio ambiente pela Corte Interamericana em Lhaka Honhat vs. Argentina. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 100/2020, p. 229-252, 2020.

VARELLA, Marcelo Dias; STIVAL, Mariane Morato. Possível inovação na construção da jurisprudência internacional sobre meio ambiente urbano no sistema interamericano de direitos humanos. **Revista Brasileira de Estudos políticos**, N. 114, pp. 261-298, Belo Horizonte, 2017.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 30.11.2023
Aceito em: 17.01.2024

O DIREITO DA EDUCAÇÃO ACESSÍVEL DO UNIVERSITÁRIO COM DEFICIÊNCIA VISUAL NO ENSINO SUPERIOR

The right to accessible education for undergraduates with visual impairment in higher education

Gabriela Soares Kamata¹

RESUMO

A educação é um direito inscrito na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental social, portanto, de acesso universal, cuja prestação demanda uma atuação ativa do Poder Público. Nesse contexto, o presente estudo tem como tema central refletir sobre o direito constitucional de ingresso, inclusão, acessibilidade e efetividade para o portador com deficiência visual no ensino superior. Portanto, objetivouse, de modo geral, analisar normas nacionais que asseguram o direito constitucional da educação quanto ao ingresso nas universidades, a inclusão, a acessibilidade e a efetividade da política pública das cotas. Para o desenvolvimento da pesquisa, foi utilizado o método hipotético-dedutivo com o objetivo exploratório-descritivo, além da coleta de dados bibliográficos e em sites oficiais. Posto isso, identificou-se que educandos com deficiência visual, historicamente discriminados e segregados, estão sob proteção no âmbito constitucional e legal, além de possuírem direitos consagrados como inclusão e acessibilidade no direito constitucional da educação superior, e ações afirmativas das cotas e políticas públicas. Ademais, observou-se que enfrentam dificuldades no sentido de concretização do exercício pleno do direito da educação no ensino superior e de efetividade das cotas na universidade pública.

Palavras-chave: universitário com deficiência visual, direito constitucional da educação, inclusão, ensino superior.

ABSTRACT

Education is a right inscribed in the Federal Constitution of 1988 as a fundamental social right, therefore, of universal access, whose provision demands an active action of the Public Power. In this context, the present study has as its central theme to reflect on the constitutional right of entry, inclusion, accessibility and effectiveness for the visually impaired in higher education. Therefore, the objective was, in general, to analyze national norms that guarantee the constitutional right of education regarding admission in universities, inclusion, accessibility and effectiveness of public policy on quotas. For the development of the research, the hypothetical-deductive method was used with the exploratory-descriptive objective, in addition to the collection of bibliographic data and official websites. It was identified that visually impaired students, historically discriminated and segregated, are under diversified protection in the constitutional and legal scope, in addition to having rights like inclusion and accessibility in the right to higher education, affirmative action of quotas and public policies. Moreover, it was observed that they face difficulties in exercising the full right in high education and also the effectiveness of quotas in public university.

KEYWORDS: *undergraduates with visual impairment, constitutional right of education, inclusion, higher education.*

1 Advogada. Especialista em direito público pela Faculdade Baiana de Direito. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Uniruy – Wyden. Endereço eletrônico: gabrielaskamata@gmail.com. ORCID ID: 0009-0002-5478-0332. Esta produção científica é uma versão modificada do trabalho de conclusão da referida pós-graduação.

Sumário: 1 Introdução; 2 Contexto histórico da pessoa com deficiência e conceito de deficiência visual; 3 Tutela jurídica do direito social da educação superior; 4 Cotas na universidade pública para a PCD; 5 Considerações finais; Referências.

Summary: 1 *Introduction*; 2 *Historical context of the person with disability and the concept of visual impairment*; 3 *Legal protections of the social right to higher education*; 4 *Quotas in public universities for PCD*; 5 *Final considerations*; *References*.

1 INTRODUÇÃO

Por vezes as deficiências humanas foram consideradas como características extremamente negativas que incapacitavam e excluíaam as minorias, estigmatizadas em posições de invisibilidade e denominadas com termos pejorativos. A sociedade, ao se deparar com essas individualidades, praticava segregações de modo habitual, ou seja, o público com qualquer deficiência era historicamente discriminado nas esferas de convívio social e considerado inapto para atividades comuns.

Frise-se que são excepcionais os registros na história de participações das pessoas com deficiência (PcD) na ciência e na literatura (GUGEL, 2007). Não se cogitava no geral que as PcDs tivessem a capacidade de ingresso e de permanência no setor da educação básica, bem como não era comum inclusão em universidades e garantia de reserva de vagas nesses espaços acadêmicos, e não se pensava em um possível compromisso social do Poder Público de oferta de mecanismos inclusivos e recursos de acessibilidade em torno da educação, distante de se enquadrar como um direito da PcD.

Em sintonia com os avanços do direito internacional de proteção aos direitos humanos, a Constituição Federal de 1988 reconheceu, em seu artigo 6º, a educação como um direito fundamental social e, no seu artigo 5º, direitos e garantias fundamentais, declarando, em especial, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Através de inovações no contexto jurídico, a ordem brasileira reservou à pessoa com deficiência visual o direito à educação superior, por meio do ingresso e da inclusão em instituições de ensino superior públicas atuantes conforme as delegações do Poder Público e sob a supervisão do Ministério da Educação, e da inclusão nas instituições de ensino superior privadas. A nível federal, o direito constitucional da educação superior da pessoa com deficiência visual é tutelado pela Carta Magna de 1988 e por um plano teórico vasto, a citar normas constitucionais e legais da Lei Brasileira de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência e de políticas públicas as quais demandam ações afirmativas para assegurar um exercício pleno do direito através da articulação do sistema de cotas com políticas públicas frente à eliminação de desafios externos.

Em linhas gerais, nesta presente pesquisa questiona-se quais normas constitucionais, legais e estratégias do Poder Público, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, que

permeiam o direito constitucional de ingresso, inclusão, acessibilidade e efetividade das cotas para o universitário com deficiência visual dentro das universidades. Desse modo, o objetivo envolveu analisar normas nacionais que asseguram o direito constitucional da educação quanto ao ingresso nas instituições de ensino superior, a inclusão, a acessibilidade e a efetividade das cotas na universidade pública.

Assim, como objetivos específicos, a pesquisa almejou: 1. Descrever o contexto histórico da evolução das perspectivas e concepções do direito social e fundamental da pessoa com deficiência, especialmente no que diz respeito à deficiência visual e o acesso à educação superior pública; 2. Identificar, na rede jurídica brasileira, normas constitucionais e legais que tutelam o direito à educação superior aos educandos com deficiência visual; 3. Evidenciar dificuldades e estratégias do Poder Público quanto a acessibilidade e a inclusão de pessoas com deficiência em universidades públicas; e 4. Destacar como as cotas e as políticas públicas abrangem legislativamente as pessoas com deficiência visual especificamente quanto ao ingresso e a permanência no ensino superior e investigar a sua efetividade.

Nessa seara, três hipóteses foram formuladas: 1. Percebe-se que a ampla proteção jurídica constitucional da educação superior da pessoa com deficiência, com histórico de discriminação e segregação, visa coibir exclusões nos espaços educacionais, na medida em que a PcD foi sendo considerada como sujeito digno de direitos, como o da educação acessível e inclusiva. 2. Imagina-se que a inovação jurídica trazida pelas cotas à PcD e as políticas públicas do MEC no ensino superior visam funcionar como estratégias do Poder Público de garantir o direito de acesso a uma universidade pública, possibilitando que a pessoa com deficiência visual cresça profissionalmente no universo profissional. 3. Por fim, sabe-se que esse ingresso tem barreiras externas que dificultam a plenitude do exercício do direito constitucional da educação ao passo que existem desafios de insuficiência de ações de acessibilidade diante de atuações passivas do Poder Público e de pouca efetividade das cotas na universidade pública. Nesse cenário, os desafios da acessibilidade, insuficiência de verbas e de profissionais capacitados podem e devem ser eliminados para viabilizar ao estudante a posição de universitário na instituição de ensino que se adapta às necessidades que a limitação visual traz.

A relação é mútua entre o educando com deficiência visual, que aprende e ensina, e o Poder Público, que deve participar ativamente para inclui-lo no convívio social da universidade, respeitando a diversidade humana e a capacidade individual da pessoa com deficiência. Esta pesquisa tem relevância social, pois o tema do direito fundamental da educação superior para o estudante com deficiência visual traz impactos sociais, por entender que a PcD visual é sujeito de direitos com capacidade de evoluir nos estudos através do ingresso a um ensino superior acessível e inclusivo.

Além disso, possui uma relevância acadêmica, pois a pesquisa contribui na discussão de um tema que tem escassas pesquisas na área das ciências jurídicas, existindo poucos estudos do direito público constitucional da educação da pessoa com deficiência visual no ensino universitário, sendo um assunto majoritariamente trabalhado na visão da educação especial no curso de pedagogia. Verificou-se no repositório institucional da Universidade Federal da Bahia (UFBA), evidenciando que, em sua maioria, os estudos envolvendo o citado público no ensino superior são da área de Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade. Assim como se localizou no repositório institucional da Universidade Estadual da Bahia (UNEB), Saber Aberto, que os poucos artigos do tema são da área de Educação e Contemporaneidade. Na plataforma Catálogo de Teses e Dissertações, existem algumas pesquisas gerais sobre o direito da educação da PcD que são antigas e sem acesso disponível (“trabalho anterior à plataforma sucupira”) do mestrado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos dos anos 2008, 2010, 2011 e 2012.

Para o estudo, utilizou-se o método hipotético-dedutivo e o objetivo exploratório-descritivo na imersão da ampla tutela do direito da educação, com fundamento em obras de Dirley da Cunha Júnior (2022), André Ramos Tavares (2015) e Bernardo Gonçalves Fernandes (2022) dentre um universo de pesquisadores do direito constitucional, ressaltando que cada pesquisador, não apenas esses citados, é fundamental em suas contribuições para a somatória dos estudos jurídicos. A fonte de informação e a coleta de dados são bibliográficas, com buscas na Constituição Federal de 1988 e legislações eletrônicas, jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, livros sobre o direito constitucional e direitos das pessoas com deficiência, políticas públicas do MEC, sítios eletrônicos, leitura de artigos, e outros.

A natureza dos dados é qualitativa, mas que não desprezou os dados quantificáveis, tendo em vista que se fez conclusões, e se interpretou informações e dados numéricos coletados nos sites oficiais do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), da Universidade Federal da Bahia (UFBA) e da Universidade Estadual da Bahia (UNEB), entre outros.

Assim, as seções da pesquisa apresentam divisões entre considerações sobre o contexto histórico da pessoa com deficiência com pontos da história da humanidade e do conceito de deficiência visual; da tutela jurídica da educação superior do aluno com deficiência visual, em especial o direito constitucional da educação e demais proteções normativas legais; e por fim, verifica-se a efetividade das cotas na universidade pública, a forma de ingresso, políticas públicas e o compromisso social do Poder Público na prestação do direito de segunda geração da educação.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E CONCEITO DE DEFICIÊNCIA VISUAL

Na história da humanidade, o grupo das pessoas com alguma deficiência sempre foi visto com ressalvas, discriminação e/ou isolamento. Gugel (2007), em estudos sobre o contexto histórico das pessoas com deficiência, descreve os tratamentos e estereótipos sociais, destacando que os nascimentos das crianças com alguma deficiência sempre foram vistos, na história, como fardos e desconsiderados para a vivência em comunidade, embora haja alguns registros de imperadores romanos com alguma deficiência, como a má formação nos pés, como o imperador Servius Sulpicius Galba (3 a. C a 69 d. C) e o imperador Marcus Silvius Othon (32 d. C a 69 d. C), ou cegueira, como a figura de Dídimo, conhecedor e recitador da Bíblia.

Em que pesem os avanços históricos de reconhecimento de direitos e dignidade humana, no âmbito internacional e interno, ainda permanecem presentes os estereótipos sociais e segregação das pessoas com alguma deficiência, o que exige efetivas políticas públicas de inclusão.

Ao se referir às pessoas com deficiência é perceptível que nas comunicações sociais existem termos inadequados comumente utilizados. Romeu Sasaki (2003) aponta que os dizeres adolescentes, crianças ou adultos “normais” geralmente são designados àqueles que não possuem deficiência, caracterizando-a como anormalidade, e designado de modo preconceituoso às pessoas com deficiência na perspectiva de anormais. Até a década de 80, os termos “aleijados”, “defeituosos”, “incapacitados” e “inválidos” eram de uso comum e natural da sociedade (SASSAKI, 2003).

O uso da expressão “pessoa deficiente” foi recomendado pelo Ato Internacional das Pessoas Deficientes², e depois de certo tempo foi substituída a recomendação para pessoa “portadora de deficiência” ou “portadores de deficiência”. Sasaki (2003) complementa que o termo “ceguinho” também está em contextos de diminuição e de segregação, considerando a pessoa como se incompleta fosse, e o correto seria cego, pessoa cega, pessoa com deficiência visual e deficiente visual, e a expressão visão subnormal não é um termo ideal, sendo preferível citar baixa visão.

Quanto às denominações, vale ressaltar que o termo “portador de deficiência” foi substituído por “pessoa com deficiência” após recomendação da Convenção Internacional

2 O Ato foi proclamado em 1981 pela Organização das Nações Unidas, sendo um documento pertencente a Igreja de Vaticano - Santa Sé. As pessoas com deficiência na época foram consideradas como “sujeitos plenamente humanos com correspondentes direitos inatos, sagrados e invioláveis”. Nele se registra a necessidade de criação de estruturas de acolhimento ao citado público no aspecto psicológico, social, familiar, educativo e legislativo. Desse modo, orienta-se por esforços de todos os lados em atenção aos princípios da integração, da normalização e da personalização (VATICANO, 2018).

sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinada pelo Brasil em Nova York (e também assinada por 196 países) e adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 13 de dezembro de 2006 (SENADO FEDERAL, 2008). Desse modo, o termo pessoa “portadora de deficiência” já foi substituído no texto da Convenção por pessoa com deficiência³.

Esse Tratado foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 186 de 09/07/2008 e promulgado pelo Decreto nº 6.949 de 25/08/2009 no Brasil. Essa Convenção Internacional é um Tratado Internacional de Direitos Humanos que tem *status* de emenda constitucional (SCOTRI, 2010), pois foi aprovado pelo crivo do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988⁴. A sua promulgação certificou a existência da emenda constitucional, sendo uma comprovação que as suas disposições constitucionais são válidas e estão de acordo com as normas constitucionais vigentes no Brasil.

Ela tem propósitos no art. 1º do Decreto nº 6.949/2009 como a proteção da plenitude do exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência e a promoção do respeito à dignidade. No art. 3º desse Decreto registra-se a principiologia do respeito à dignidade; à autonomia individual; à liberdade de escolha; à independência pessoal; à não discriminação; à participação e à inclusão social em sua plenitude e de modo efetivo; o respeito às diferenças; à igualdade de oportunidades; acessibilidade, dentre outros.

De acordo com Sidney Madruga (2019), a Convenção da ONU é um documento bem amplo, com teor vinculante e sustentáculo em três pilares: os direitos humanos, o desenvolvimento social e a não discriminação. Com essa mudança de olhar trazida pela Convenção, entende-se que é preciso visualizar que o sujeito que apresenta qualquer deficiência não é sinônimo de pecados, erros, falhas nem desgostos. As pessoas com deficiência são seres humanos dignos de respeito, admiração, e possuem direitos fundamentais, deveres, habilidades, capacidade de convívio social e de inclusão no campo da educação.

Como pontua o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 13.146/2015, a base que solidifica a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência é a supra indicada Convenção. O art. 2º dessa legislação considera que a pessoa com deficiência é aquela com impedimento de longo prazo de natureza física, mental,

3 No art. 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência consta a seguinte definição para pessoa com deficiência: “são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 2009).

4 Art. 5º § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

intelectual ou sensorial, e quando elas estiverem interagindo com uma ou mais barreiras no convívio social podem ter a sua participação obstruída em igualdade de condições.

Observando a mudança de estereótipos, convém mencionar a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 25/2017 (SENADO FEDERAL, 2018), que visa a alteração da citada nomenclatura “portador” e “portadora” para pessoa com deficiência nos artigos 7º, 23, 24, 37, 40, 201, 203, 208, 227 e 244 da Carta Magna de 1988. Essa PEC foi aprovada, por unanimidade, pelo Senado Federal, em segundo turno, com 67 votos, e posteriormente remetida para a Câmara dos Deputados, onde aguarda análise desde 22/04/2019 (SENADO FEDERAL, 2019).

Em atenção à pesquisa do Relatório Mundial sobre a visão da *Light for the World* (LIGHT, 2021), nota-se um registro analisado, a nível global, de pelo menos 2,2 mil milhões de pessoas com deficiência visual, e evidenciou que em quase da metade desses casos a deficiência visual poderia ter sido evitada ou ainda não teve o tratamento necessário. A deficiência visual afeta o sentido da visão e, nesse sentido, é uma deficiência sensorial.

A deficiência visual pode se manifestar com a cegueira quando a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho com a melhor correção óptica, e com a baixa visão com a acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho também com a melhor correção óptica, conforme o art. 4º do Decreto nº 3.298/1999 alterado pelo art. 70 do Decreto nº 5.296/2004 (BRASIL, 2004).

Segundo apontado pelo Núcleo de Educação Especial da Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2018), a acuidade visual é a visualização em determinada distância e o campo visual a amplitude alcançada, com base nos estudos da medicina. Nesse contexto, esclarece-se que a cegueira ou amaurose pode ser total com a perda total da visão ou parcial para aquelas pessoas que têm a capacidade de contar dedos, de perceber vultos e de identificar a origem da direção da luz (CMCO, 2020).

Com o diagnóstico de cegueira total (ausência total de percepção da luz) é ideal fazer uso das tecnologias dos *softwares* que verbalizem conteúdos escritos (CMCO, 2020). Ademais, em 2021, foi sancionada a Lei nº 14.126 que considera a visão monocular como deficiência sensorial do tipo visual, que é o mesmo entendimento da doutrina e da jurisprudência (CAVALCANTE, 2021). O indivíduo que possui visão monocular é aquele que consegue enxergar bem apenas com um dos olhos, pois possui perda de noção de profundidade (visão em 3D), uma piora na acuidade visual binocular e uma diminuição de 25% do campo visual periférico, consoante esclarecimento do Hospital de Olhos de São Paulo (H. OLHOS, 2017).

Aqueles que têm as limitações visuais explicitadas serão considerados, tão somente, como pessoas com alguma deficiência, e não como seres incapazes de serem incluídos nos núcleos sociais, sendo sujeitos de direitos como o da educação e não devem receber

tratamentos desumanos, discriminatórios e subalternos sem importância. Inclusive, é possível a convivência social nos espaços públicos universitários, os quais serão totalmente acessíveis se estruturados com mecanismos de acessibilidade e tecnologias, tendo em vista a tutela do ordenamento brasileiro que assegura o exercício com plenitude e qualidade do direito constitucional da educação superior da PcD visual, temas do capítulo seguinte.

3 TUTELA JURÍDICA DO DIREITO SOCIAL DA EDUCAÇÃO SUPERIOR

O acesso e a permanência na educação superior é um direito com base constitucional sem distinções quanto às características humanas: gêneros, etnias e deficiências. O estudante com deficiência visual pode alcançar esse nível de ensino independentemente se possui ou não deficiência, pois há mecanismos que asseguram a sua participação a ser realizada pelo Poder Público, especialmente sob o comando da Constituição Federal de 1988 acerca da preservação dos direitos sociais.

Consoante Dirley da Cunha Júnior (2022), o Poder Público teve um papel interventor de maior influência inicialmente em situações qualificadas como emergências, como nos setores da habitação e trabalho no Século XX. Foi um período em que aconteceram transformações sociais, políticas e econômicas exemplificadas pelas inovações científicas, Revolução Industrial, surgimento de fábricas e aglomerações nos centros urbanos, sendo desenvolvido a ideia do Bem-Estar Social em substituição ao pensamento liberal, no qual competia ao Estado a abstenção em sociedade. Em sequência, complementou que com a atuação ativa e permanente do Poder Público surgiram os direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração e a educação é um deles, ao lado dos direitos econômicos e culturais.

Desse modo, coube ao Estado o fornecimento dessas prestações e a realização de programas sociais, o que justifica a sua natureza principiológica. Nesse contexto, explicitou as características gerais dos direitos fundamentais, tais como: historicidade, pois são frutos de evoluções e lutas progressivas; a universalidade, por pertencerem a todos; a inalienabilidade dos direitos intransferíveis e inegociáveis; a imprescritibilidade, caracterizada por sempre serem exigíveis; a irrenunciabilidade, o titular não pode dispor; a limitabilidade por serem relativos e limitáveis em casos concretos sob a análise de um juízo de proporcionalidade, harmonização e ponderação; a indivisibilidade em que a existência dos direitos é de modo conjunto e interdependente, com exercício de modo cumulativo; a proibição do retrocesso, pela qual os direitos fundamentais não podem ser abolidos, suprimidos ou enfraquecidos, e por último, fala-se em constitucionalização dos direitos fundamentais, já que o fim é a proteção máxima dos seus núcleos essenciais, estando positivados em normas de hierarquia constitucional.

Evidencia-se que a educação é um direito fundamental e social de segunda geração,

e o ensino público superior demanda uma participação ativa do Poder Público na implementação das normas e dos dispositivos jurídicos protetores e no real cumprimento no processo de efetivação na realidade dos espaços acadêmicos. No Brasil, a 1ª Constituição Social foi a de 1934 da Era Vargas, e a Constituição da República Federativa de 1988, caracterizada como cidadã, ampliou o rol dos direitos sociais e o seu leque de proteção (SENADO FEDERAL, 1988).

A Constituição de 1988 é essencialmente dirigente e fixa uma atuação ativa e regular do Estado Brasileiro na realização de políticas públicas socialmente ativas e na fixação de metas e diretrizes a serem cumpridas pelo Estado Social na efetivação dos direitos sociais (CUNHA JÚNIOR, 2022). Pode-se afirmar que essa prestação positiva estatal se baseia também nos objetivos fundamentais da República, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, coibindo preconceitos e discriminações, com escopo no art. 3º, I e IV, da CRFB/88.

O direito social da educação é tutelado pelo art. 205 e seguintes da CRFB/88 e nele se explicita que a educação é um direito de todos e dever do Estado (Poder Público), e da família com a colaboração da sociedade (leia-se comunidade acadêmica em termos de ensino superior). O art. 208, V, da CRFB/88 garante o acesso ao ensino superior federal e estadual como uma obrigação do Poder Público (União e Estados), devendo-se esclarecer que o direito da educação é citado no rol exemplificativo dos demais direitos sociais do art. 6º da CRFB/88.

No art. 206 do citado texto visualiza-se princípios basilares da educação na qualidade de parâmetros ao ensino como a igualdade de condições para o acesso e a permanência nas escolas; a liberdade de aprendizado, ensino, pesquisa e divulgação de pensamentos, de arte e do saber; o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; a valorização dos profissionais da rede escolar; a gestão democrática do ensino público na forma da lei; a garantia de padrão de qualidade e de piso salarial profissional nacional aos profissionais da educação escolar pública nos termos da lei federal.

Quanto ao oferecimento do ensino superior pelo Poder Público, não se pode olvidar o entendimento uniforme da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) estampado na Súmula Vinculante nº 12 (BRASIL, 2017a), que dispõe a inconstitucionalidade de cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas, pois a cobrança viola o princípio da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, previsto no art. 206, IV, da CRFB/88.

Segundo André Tavares (2015), o Poder Público não pode esgotar suas ações na mera oferta de ensino, pois precisa se atentar inclusive à valorização dos profissionais da educação e garantir um padrão mínimo de qualidade. Os professores têm um papel fundamental nas salas de aula e existe uma troca valiosa de conhecimentos entre os mesmos

e os alunos, sejam eles com ou sem deficiência.

É também norma-princípio constitucional a garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida inserida no inciso IX do art. 206 pela Emenda Constitucional nº 108 de 2020 (BRASIL, 1988). Para o exercício com plenitude desse direito foi fixado a aplicação anual de nunca menos de 18% à União e o mínimo de 25% aos Estados⁵, ao Distrito Federal e aos Municípios, com base no art. 212, *caput*, da CRFB/88. A Carta Magna de 1988 no seu art. 5º, XIII, tutela o direito da liberdade profissional, pelo qual a lei pode estabelecer qualificações para o exercício, e isso se relaciona com o acesso à universidade na conquista da formação superior.

A base constitucional reservou no art. 208, III, ao público com deficiência o atendimento educacional especializado⁶ (AEE) preferencialmente na rede regular de ensino sob o ponto de vista de uma educação inclusiva. Inclusive, pontua-se no seu art. 227, § 1º, II, o dever constitucional do Estado, da família e da sociedade na criação de programas de prevenção e o atendimento especializado às pessoas com deficiência visual com treinamentos para o trabalho e para a convivência. No art. 209 da Carta Magna (BRASIL, 1988) a liberdade de ensino é estendida à iniciativa privada se atendidos o cumprimento das normas gerais da educação nacional, autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Percebe-se que o movimento da inclusão da PcD na sociedade é assegurado e incentivado pela Carta Magna de 1988, e isso deve ser aplicado com segurança e compromisso desde a etapa escolar básica e especialmente no ensino superior. Entende-se que a nova denominação destinada para as pessoas com deficiência trazida pela Convenção Internacional, o direito à educação e de ser incluído com condições de acessibilidade em todos os níveis de ensino (infantil, fundamental, médio e superior) são tutelados no âmbito constitucional e legal.

Maria Teresa Mantoan (2003) destaca que o processo de inclusão envolve desde o início da vida escolar e tem o intuito de não segregar alunos com deficiência a partir do momento do seu ingresso nas escolas regulares, enquanto a integração é a inserção daqueles que já carregam um histórico de segregação. Em complemento, Vicente Moragas (2022) assinala que os pressupostos da inclusão são o reconhecimento e a valorização da diversidade, devendo a sociedade se modificar para receber as pessoas com deficiência,

5 Esclareça-se que a União pode vir a intervir nos Estados e no Distrito Federal na situação de não observância do princípio constitucional sensível de aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais na manutenção e desenvolvimento do ensino, conforme art. 34, VII, “e”, da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

6 Conforme exposto por Maria Teresa Mantoan (2003), o atendimento educacional especializado é o tipo de atendimento de ensino com vistas a atender às especificidades dos alunos com deficiência e contém instrumentos para eliminação das barreiras presentes naturalmente nas relações das pessoas com deficiência com o ambiente externo, a exemplo do código braille, da Língua Brasileira de Sinais (Libras) e dos recursos de informática.

e a integração é o ato de inserção, termo que já se encontra em desuso.

Quando a CRFB/88 cita o dever do Estado (Poder Público) com a educação, ela se refere ao compromisso social com os estudantes com ou sem deficiência nas escolas e nas universidades, sejam quais forem as características e necessidades particulares de cada um. Esclareça-se que as normas que definem o direito da educação são consideradas como normas fundamentais, e por isso estão sujeitas a procedimentos especiais de reforma, e manifestam-se, em regra, como limites materiais às reformas, e vinculam imediatamente os poderes públicos, sendo essas as consequências da fundamentalidade pelo sentido formal do direito (CUNHA JÚNIOR, 2021).

A fundamentalização consiste na especial consideração no contexto de proteção dos direitos, e no seu sentido material entende-se por uma indispensabilidade para a constituição e para a manutenção das estruturas básicas do Estado e da sociedade (CUNHA JÚNIOR, 2021), a exemplo das significativas estruturas educacionais na formação escolar e profissional dos cidadãos representadas por meio dos espaços escolares e acadêmicos. Conclui-se que o direito constitucional da educação é formal e materialmente fundamental.

Para o crescimento e o aprendizado no ambiente escolar básico da pré-escola, do ensino fundamental, do ensino médio e do ensino superior, o Poder Público precisa atuar para viabilizar esse ciclo de amadurecimento do estudante com deficiência visual, principalmente do ensino superior, inserido no contexto de produção e de troca de conhecimentos e de produção da ciência.

Esse direito da educação também é tutelado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN) - Lei nº 9.394/96 e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (LBI) - Lei nº 13.146/15. A educação escolar abrange a educação básica dividida em educação infantil, ensino fundamental, ensino médio, e educação superior, com espeque no art. 21 da Lei nº 9.394/96. A educação superior abrange cursos sequenciais por campo de saber, cursos de graduação, de pós-graduação e de extensão, com base no art. 44, I a IV, da Lei nº 9.394/96.

O art. 44, II, da citada lei registra os requisitos para ingresso na graduação como a conclusão do ensino médio ou equivalente e a classificação em processo seletivo. A fase da graduação no ensino superior é um momento de destaque e transição profissional aos estudantes com deficiência visual, e que demanda obrigatoriamente do sistema de ensino que a equipe de professores tenha uma especialização adequada em nível superior para o atendimento especializado ao universitário com deficiência, conforme art. 59, III, da Lei nº 9.394/96.

De acordo com a tabela 10 do Censo da Educação Superior de 2021 do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), entre 2011 e 2021 o número de matrículas em cursos de graduação no Brasil de alunos com deficiência,

transtornos globais do desenvolvimento ou altas habilidades/superdotação aumentou de forma expressiva de 22.367 para 63.404, e entre 2019 e 2021 o aumento superou 48.520 a 63.404 (INEP, 2022a). Segundo o gráfico 49 do citado Censo, o total de matrículas em 2021 no Brasil de alunos com baixa visão foi de 20.172 e a cegueira foi de 3.482 (INEP, 2022a).

Diante da evolução da tutela jurídica e a mudança gradual da perspectiva de inclusão da PcD, verifica-se um aumento expressivo da quantidade de matrículas de modo geral no território brasileiro. Isso precisa ser acompanhado de uma intervenção cada vez crescente do Poder Público para sustentar uma efetiva evolução do universitário com deficiência visual no espaço acadêmico. As finalidades da educação superior são o estímulo à criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo, com bojo no art. 43, I a VIII, da Lei nº 9.394/96.

No Estatuto da Pessoa com Deficiência o direito da educação está previsto nos artigos 27 a 30, pelos quais se assegura um sistema educacional inclusivo em todos os níveis de ensino e aprendizado ao longo da vida da PcD, sendo um dever estatal, da família, da comunidade escolar e da sociedade a busca por qualidade de ensino. Assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar questões específicas são competências do Poder Público, com fulcro no art. 28 do indicado diploma normativo.

Ainda no art. 28 visualiza-se que a educação é um direito da pessoa com deficiência, a qual pode usufruir de um AEE conforme as necessidades de adaptação ao estudo para tornar acessível. O Poder Público deve analisar com planejamentos de estudos de casos a fim de incluir o estudante com deficiência visual, e adotar medidas e práticas pedagógicas inclusivas na grade curricular da graduação, capacitar os profissionais da educação superior e ofertar instrumentos de acessibilidade para eliminação das barreiras externas.

É visível que o espaço acadêmico tem a função de se reorganizar para atender e incluir o público com deficiência. Na Cartilha dos Direitos das Pessoas com Deficiência da Defensoria Pública do Estado da Bahia (BAHIA, 2019), o direito da acessibilidade⁷ atribui

7 Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se (BRASIL, 2015):

I - acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;

II - desenho universal: concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, incluindo os recursos de tecnologia assistiva;

III - tecnologia assistiva ou ajuda técnica: produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social;

IV - barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em:

a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;

aos estabelecimentos de ensino públicos a função de proporcionarem condições de acesso e de uso dos ambientes à PcD por intermédio de adaptações e investimentos. A educação inclusiva é aquela que tem como preceitos apoiar e acolher a diversidade dos estudantes visando coibir a exclusão social (FERREIRA, 2019).

Quando se refere a inclusão de todos sem distinção, se remete ao entendimento de igualdade material do art. 5º, *caput*, da CRFB/88 e art. 205, *caput*, da CRFB/88. A igualdade material tem o ideal de defender as minorias como o grupo das pessoas com deficiência, mulheres, negros, idosos, e essa luta se baseia através das ações afirmativas, medidas governamentais ou privadas destinadas a esse fim de proteção e inclusão. Consoante Bernardo Gonçalves Fernandes (2022), a igualdade material se volta ao atendimento de condições de “justiça social”, isto é, de direitos sociais através de uma atuação que seja positiva para atenuar as desigualdades.

Nesse cenário de busca de equilíbrio na sociedade, que é o Estado de Bem-Estar social, o princípio do mínimo existencial prepondera, pois o direito da educação é inerente ao ser humano conforme o princípio da dignidade da pessoa humana positivado no texto constitucional, além de configurar-se como um dos direitos básicos que não podem ser negados nem obstados, com base no mínimo existencial. Para Celso de Mello, após o reconhecimento estatal dos direitos prestacionais, o Estado assume a obrigação de torná-los efetivos, preservá-los e abster-se de frustrar direitos concretizados (BRASIL, 2011).

A jurisprudência do STF entendeu que o mínimo existencial é uma garantia constitucional, e a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público em razão da limitação que esse mínimo traz (BRASIL, 2011). Evidencia-se que a concretização do mínimo existencial é capaz de garantir condições adequadas de existência digna, assegurando acesso efetivo ao direito geral de liberdades e às prestações positivas originárias do Estado como a do direito constitucional da educação.

Para Dirley da Cunha Júnior (2022) a reserva do possível tem relação com à razoabilidade da pretensão das pessoas diante do Estado e da sociedade, e entende que ela é utilizada como argumento, de modo equivocado, para fundamentar insuficiência de recursos públicos e para justificar a omissão do Poder Público no cumprimento dos seus compromissos com os direitos sociais. Ele cita que a reserva do possível tem sido adotada como limites econômico e financeiro, e funcionando de certa forma como um obstáculo

b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados;

c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes;

d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação;

e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas;

f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias.

à efetividade.

Nesse cenário, entende-se que o Estado não pode se ausentar de efetivar uma educação inclusiva no ensino universitário alegando a reserva do possível, pois é dever fornecer educação pública de qualidade em todos os níveis de ensino, como no superior, fazendo jus aos recursos econômicos destinados a esse fim. Nota-se que a tutela jurídica do direito social da educação é ampla e tem cunho de proteger e resguardar o pleno exercício ao universitário com deficiência visual quando ingressar de forma acessível e frequentar diariamente as universidades, sendo uma função social do Poder Público, da comunidade acadêmica e da família do estudante com deficiência a eliminação de barreiras e segregações.

4 COTAS NA UNIVERSIDADE PÚBLICA PARA A PCD

Nos itens anteriores, buscou-se destacar que a educação superior é um direito fundamental, social e constitucional, sendo a tutela jurídica protetora da plenitude do exercício e da oferta de um ensino com um padrão de qualidade para a Pcd. Na universidade pública existe a reserva de vagas específicas (cotas) para viabilizar a educação dos estudantes com deficiência e possui o dever e compromisso social de se estruturar e adaptar-se a fim de receber e incluir adequadamente esse público com todo o suporte de acessibilidade necessário às limitações que cada deficiência traz.

Os principais agentes educacionais do Poder Público são o Ministério da Educação (MEC) e o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEP), ao lado das universidades públicas. O Ministério da Educação (MEC), órgão da Administração Pública federal direta, tem competência nos assuntos do ensino fundamental, ensino médio, ensino superior, educação de jovens e adultos, educação profissional, educação especial e educação à distância exceto o ensino militar, conforme art. 1º, III, do Decreto nº 11.342/2023.

No tocante à educação gratuita do setor universitário, o ensino superior é estruturado pelo sistema federal ou sistema estadual de ensino. O sistema de ensino federal compreende as instituições federais de ensino superior (IFES), com base no art. 2º, I, do Decreto nº 9.235/2017 (BRASIL, 2017b), como a Universidade Federal da Bahia (UFBA), uma IFE com natureza jurídica autárquica vinculada ao MEC (UFBA, 2019).

No tocante à inclusão, houve um importante avanço na área do direito à educação da pessoa com deficiência que foi a Lei nº 13.409/2016, que incluiu explicitamente a Pcd para usufruir do direito às cotas em cursos técnicos de nível médio e superior nas instituições federais de ensino, alterando os artigos 3º, 5º e 7º da Lei nº 12.711/2012, a qual versa principalmente sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio (BRASIL, 2012a). Os decretos que regulamentam essas legislações são o Decreto nº 9.034/2017 e o Decreto nº 7.824/2012 respectivamente.

A Lei nº 13.409/2016 entrou em vigor em 28/12/2016 e fixou um preenchimento, por curso e por turno, das vagas por autodeclarados pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do IBGE.

O projeto dessa lei entendeu pelo retorno social da inclusão da PcD na educação superior ao evidenciar que existe uma capacidade de amadurecimento intelectual da PcD e possíveis frutos à sociedade, pois estudantes com deficiência poderiam contribuir no processo de desenvolvimento social se conseguissem oportunidades de inserção nas universidades federais e institutos (SENADO FEDERAL, 2017). A PcD possui uma constante luta para conquistar o seu espaço nas universidades públicas, principalmente quando questionam a sua capacidade intelectual a partir da deficiência, um preconceito sem justificativa.

A Carta Magna de 1988 dispõe no art. 207 cumulado com o art. 54 da LDBEN a autonomia didática-científica, administrativa, e de gestão financeira e patrimonial das universidades públicas. Dessa forma, o sistema de cotas é organizado por cada universidade em atenção às normas federais e resoluções, sendo a quantidade de vagas definida conforme o quantitativo das pessoas com deficiência na unidade da Federação em que o estudante está matriculado, considerando a população do Estado ou do Distrito Federal em que se localiza a instituição de ensino em atenção ao último censo do IBGE (BRASIL, 2017e).

Quanto à reserva de vagas, pode-se afirmar que as cotas para as PcDs ingressarem na universidade pública consistem em ações afirmativas na forma de instrumentos inclusivos que visam atenuar as desigualdades sociais em defesa desse grupo historicamente discriminado e segregado dos espaços de convívio social. Shirlena Amaral (2006) assinala que ações afirmativas são políticas intencionais que favorecem pessoas e segmentos sociais sem as mesmas oportunidades de se tornarem membros de fato da sociedade nos padrões até então institucionais.

Sobre a educação pública superior, a principal forma de ingresso nas universidades públicas federais é através do processo autônomo do SISU - Sistema de Seleção Unificada desenvolvido pela Secretaria de Educação Superior do MEC, e somente podem se inscrever no SISU os estudantes que prestaram o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) realizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) desde 1998, com base nos artigos 1º e 13 da Portaria Normativa nº 21 de 5.11.2012 que regulamenta o SISU (BRASIL, 2012b).

A Portaria Normativa nº 21 do MEC foi alterada pela Portaria Normativa nº 9 de 05.05.2017 de acordo com a mudança da nova legislação de cotas para a PcD. O art. 8º - B da Portaria nº 9 (BRASIL, 2017d) indica inclusive a necessidade de comprovação através de

documentação médica⁸ com o registro da espécie, do grau de deficiência e da Classificação Internacional de Doença para estudantes com deficiência que se inscreveram no SISU nas vagas reservadas. Extrai-se o seguinte artigo 20 atualizado da Portaria nº 21:

Art. 20. Os estudantes que optarem por concorrer às vagas reservadas em decorrência do disposto na Lei nº 12.711, de 2012, e regulamentação em vigor, serão classificados dentro de cada um dos seguintes grupos e subgrupos de inscritos:

I - Estudantes egressos de escola pública, com renda familiar bruta igual ou inferior a 1,5 (um e meio) salário-mínimo per capita: (Redação dada pela Portaria Normativa nº 9, de 5 de maio de 2017) a) que se autodeclararam pretos, pardos e indígenas: 1. que sejam pessoas com deficiência; 2. que não sejam pessoas com deficiência. b) que não se autodeclararam pretos, pardos e indígenas: 1. que sejam pessoas com deficiência; 2. que não sejam pessoas com deficiência.

II - Estudantes egressos de escolas públicas, independentemente de renda, nos termos do inciso II do art. 14 da Portaria Normativa MEC no 18, de 2012: (Redação dada pela Portaria Normativa nº 9, de 5 de maio de 2017) a) que se autodeclararam pretos, pardos e indígenas: 1. que sejam pessoas com deficiência; 2. que não sejam pessoas com deficiência. b) que não se autodeclararam pretos, pardos e indígenas: 1. que sejam pessoas com deficiência; 2. que não sejam pessoas com deficiência (BRASIL, 2012b).

As cotas legais da PcD funcionam como mecanismos que visam destinar vagas específicas a esse público, que sempre enfrenta dificuldades de se incluir socialmente em razão das barreiras sociais no campo da educação, principalmente quando concorrem em igualdade de condições com os demais estudantes sem deficiência ao tentarem ingressarem no ensino superior. Entende-se que as cotas são legítimas estratégias afirmativas inclusivas, as quais articuladas com a base das políticas públicas por intermédio de uma participação

8 Essa documentação dos candidatos aprovados no SISU e convocados pelas universidades públicas será avaliada através de perícias médicas. Conforme Edital nº de 2022.1, na UFBA os candidatos foram convocados para que realizassem requerimentos de abertura de processo administrativo de agendamento da perícia médica, e comparecessem no SMURB - Serviço Médico Universitário Rubens Brasil (UFBA, 2022a). Durante estágio na graduação em direito realizado no 7º Ofício Cível da Defensoria Pública da União, em Salvador/BA, em fev. 2020 a jan. 2021, com a supervisão da Dra. Maria do Carmo Goulart Martins Setenta, verificou-se que a assistida S.A.M ingressou com uma ação em face da UFBA em razão de indeferimento administrativo equivocado de sua matrícula em 2020.2 na categoria AmD (pessoas com deficiência, pardas, de escola pública, com renda familiar inferior a 1,5 salário mínimo) no curso de nutrição, sendo que a UFBA alegou que ela não se enquadrava nas características de pessoa com deficiência física. Esse indeferimento adveio da perícia médica do SMURB da UFBA, apesar da estudante possuir enfermidades gravíssimas como Valvulopatia Reumática, Tromboembolismo Pulmonar, Hipertensão Pulmonar Secundária (CID I26, I27.2, I01.9) que traziam limitações físicas no deslocamento, pois precisava parar várias vezes e descansar, e ainda recebia o BPC-Loas, Benefício de Prestação Continuada à Pessoa com Deficiência. Na consulta pública na internet ao processo judicial eletrônico do 1º Grau de nº 1041174-97.2020.4.01.3300, realizada em fevereiro de 2023, consta que a sentença julgou procedente o pedido autoral, confirmando a tutela antecipada favorável, reconhecendo se tratar de estudante com deficiência física para concorrer na categoria AmD e determinando a matrícula no curso de nutrição em 2021.1.

ativa estatal tem o fito de eliminar segregações no ensino universitário, e garantir um acesso real no nível superior de ensino a ser reservado com qualidade para a PcD.

O art. 211, § 1º, da CRFB/88 dispõe da competência da União em organizar o sistema federal de ensino e dos territórios com financiamentos às instituições de ensino públicas federais e com exercícios, em matéria educacional, de funções redistributivas e supletivas para garantir equalização de oportunidades e padrão mínimo de qualidade do ensino, com o uso de assistência técnica e financeira ao ente estatal, municipal e Distrito Federal. Ao verificar as universidades que possuem *campus* na cidade soteropolitana desta pesquisadora com planejamento de incluir estudantes com deficiência visual como uma das suas políticas internas, filtrou-se a Universidade Federal da Bahia (UFBA) e a Universidade Estadual da Bahia (UNEB), que apresentam estratégias de inclusão e de acessibilidade para pessoas com alguma deficiência.

A UFBA e a UNEB têm atividades em comum de ensino universitário com estímulos e desenvolvimentos da pesquisa científica e extensão, e um compromisso com os estudantes com deficiência, como a visual. A universidade pública federal é mantida com recursos públicos federais, o ingresso majoritário é através do Sistema de Seleção Unificada (SISU) e do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), pode ter *campus* em mais de um Estado (CAMPOS, 2019), e as cotas estão dispostas na Lei nº 12.711/2012 e Lei nº 13.409/2016. Enquanto a universidade pública estadual é mantida por recursos estaduais, o ingresso majoritário é por vestibular próprio e os variados *campus* são localizados apenas no estado sede.

A UFBA assegurou vagas reservadas às pessoas com deficiência (como a visual) nos cursos de graduação, consoante o art. 1º, § 2º e § 3º, e art. 6º da Resolução nº 08/2017 (UFBS, 2017) e consolidado pelo Edital nº 54 de 17.05.2017 do MEC, que tornou público o cronograma e procedimentos do processo seletivo do SISU com as cotas à PcD e inscrições em 29.05.2017 até 01.06.2017 (BRASIL, 2017c). A UFBA oferece o Núcleo de Apoio à Inclusão do Aluno com Necessidades Educacionais Especiais (NAPE) sob parceria da Pró-Reitoria de Ações Afirmativas e Assistência Estudantil (PROAE) que trabalha com o programa de acessibilidade aos alunos com deficiência.

Conforme o recente edital nº 25 de 2022 (UFBA, 2022b), que consta o processo para seleção de bolsistas do NAPE, o plano é formar e qualificar profissionalmente estudantes da universidade (a partir do 2º semestre) para se tornarem monitores e concederem apoio na locomoção, na adaptação de materiais pedagógicos, na digitalização de livros e textos, nas correções, no atendimento e no suporte em sala e nos estudos para estudantes com necessidades especiais, como aqueles com deficiência visual.

Entretanto, para formar monitores é preciso primeiro incluir os alunos com deficiência dentro das universidades, considerando que após a resposta da solicitação de

pesquisa de protocolo nº 23546.010104/2023-65 formalizada no Fala.BR, Plataforma Integrada de Ouvidoria e Acesso à Informação, ao NAPE/UFBA e PROAE/UFBA, datada de 23/02/2023, percebeu-se uma pequena quantidade de alunos com deficiência visual matriculados na UFBA, o que é um indicativo para que ocorra uma investigação da instituição sobre o não crescimento contínuo da presença desse público, verificando inclusive a acessibilidade dos processos seletivos junto ao INEP e MEC.

Extrai-se desse retorno do NAPE e da PROAE/UFBA, baseado em estatísticas de atendimento do NAPE, que foram matriculados em 2019.1 um estudante com baixa visão e outros dois com cegueira; em 2020.1 um estudante com cegueira; em 2021.1 um estudante com baixa visão, quatro com cegueira e sete com visão monocular; em 2021.2 dois alunos com visão monocular; 2022.1 um aluno com baixa visão; e 2019.2 e 2020.2 ausência de matrículas dos mesmos na universidade, conforme os seguintes dados:



Ministério da Educação
Universidade Federal da Bahia
Pró-Reitoria de Ações Afirmativas e Assistência Estudantil
 Rua Barão de Jeremoabo, 147, Campus Universitário Ondina, CEP
 40170-115, Salvador-BA, Tel.: 3283-6979 / 6980
 E-mail: napeufba@ufba.br, <http://www.napeacessivel.ufba.br/>

**QUANTITATIVO DE ESTUDANTES COM DEFICIÊNCIA VISUAL QUE
 INGRESSARAM NA UFBA ENTRE OS SEMESTRES 2019.1 E 2022.1**

		Semestre						
		2019.1	2019.2	2020.1	2020.2	2021.1	2021.2	2022.1
Tipo de deficiência visual	Baixa Visão	1	0	0	0	1	0	1
	Cegueira	2	0	1	0	4	0	0
	Monocular*	0	0	0	0	7	2	0

 Mensa
 Favor i

* Lei 14.126/21, lei que classifica a visão monocular como deficiência visual.

Fonte: estatística de atendimento do NAPE.

One attachment • Scanned by Gmail



← Reply

→ Forward

De outro lado, a reserva de vagas para as pessoas com deficiência nos cursos de graduação e de pós-graduação na UNEB foi aprovada na Resolução nº 1.339 em 13 de julho de 2018 (CONSU, 2018). Posteriormente, a Resolução de nº 1499 da UNEB (CONSU, 2022) instituiu a Política de Acessibilidade e Inclusão para Pessoas com Deficiência no ambiente acadêmico e laboral da universidade. Vale pontuar que quanto ao sistema estadual do Estado da Bahia, a UNEB integra o sistema de educação superior na forma de autarquia vinculada à Secretaria de Educação, segundo a Lei Estadual da Bahia nº 7.176/1997 e realiza o seu próprio vestibular.

No desenvolvimento desta pesquisa, solicitou-se informações sobre a quantidade de alunos com deficiência visual que estudaram na universidade para a Secretaria Geral de Cursos da UNEB (Protocolo: 23546.010104/2023-65), com resposta e dados via e-mail, em 06.02.2023, conforme transcrito a seguir:

Prezada, seguem abaixo os dados solicitados:

Graduação	14
2012/1	1
2013/1	1
2014/1	1
2018/2	2
2019/1	1
2019/2	1
2021/2	3
2022/1	2
2022/2	2
Pós-Graduação Stricto Sensu	2
2017/1	1
2018/1	1
Total Geral	16

Observa-se, dos dados informados pela IES, que a participação de universitários com deficiência visual é baixa e em semestres bem espaçados nos cursos de graduação, em atenção ao número de matrículas nos semestres: 2012.1 (1 estudante), 2013.1 (1 estudante), 2014.1 (1 estudante), 2018.2(2 estudantes), 2019.1 (1 estudante), 2019.2(1 estudante), 2021.2(3 estudantes), 2022.1(2 estudantes), 2022.2 (2 estudantes).

Apesar da proposta da política pública de cotas em universidades visar a concretização em uma escala máxima de participação de estudantes com alguma deficiência na etapa de

ensino superior, evidencia-se que existe a questão orçamentária que viabiliza a adaptação das próprias universidades para acolher estudantes com deficiência visual seja com o fornecimento de materiais adaptados e especialização de profissionais das salas de aula. A assistência e a participação ativa do Poder Público através das verbas e dos recursos orçamentários são fundamentais, e tem base constitucional para o financiamento e a manutenção das estruturas externas e internas de uma universidade pública. Entretanto, segundo a Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior os setores como energia, pagamentos de terceirizados, contratos, serviços, bolsas, entre outros, foram afetados com os recentes bloqueios de R\$ 244 milhões do Ministério da Economia em 2022 (REDAÇÃO, 2022), o que prejudica a continuidade com eficiência dos projetos das universidades como o da acessibilidade, da inclusão da PcD e das políticas públicas do MEC.

Segundo Maria Paula Bucci (1997), o fundamento das políticas públicas são a existência dos direitos sociais e essas políticas são mecanismos de ação dos governos. Nota-se que as políticas públicas são medidas governamentais formadas por leis e por atos administrativos que explanam planejamentos e ações a serem adotados para defender os direitos sociais como o direito da educação e da saúde.

O MEC possui o Programa Incluir: Acessibilidade na Educação Superior, uma iniciativa da Secretaria de Educação Superior e da Secretaria de Educação Especial, com o objetivo de criar e consolidar núcleos de acessibilidade nas instituições de ensino superior, responsáveis por acolher pessoas com deficiência e eliminar barreiras existentes no meio acadêmico (BRASIL, 2009b). Exemplos práticos são o NAPE da UFBA e o Núcleo de Acessibilidade e Inclusão (NAI) do Campus XI Serrinha da UNEB (DIAS, 2019). Entende-se que as ações de inclusão e de acessibilidade podem ser ampliadas para dentro das salas de aula com a distribuição de tarefas entre toda a comunidade acadêmica além dos monitores dos núcleos. O NAI acolhe, inclui e garante apoio pedagógico aos graduandos com deficiência e/ou com necessidades especiais (DIAS, 2019).

A Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva do MEC visa a inclusão; o acesso ao ensino regular e a garantia de participação, de aprendizagem e de continuidade dos estudos ao longo da trajetória escolar; a transversalidade da educação especial; a oferta do AEE; a formação de professores para o AEE; a participação da família e da comunidade; as acessibilidades arquitetônicas, nas comunicações e nas informações e a articulação intersetorial na implementação de políticas públicas (BRASIL, 2008).

O Poder Público tem papel transformador, função, responsabilidade e compromisso social na proteção do direito social da educação, assegurado constitucionalmente, principalmente o do ensino público superior voltado para o grupo dos estudantes com deficiência visual. Pode-se afirmar que as citadas políticas públicas são instrumentos

públicos em defesa do grupo com deficiência na luta por uma inclusão eficaz e por uma acessibilidade que viabilizam o acesso e a permanência nas universidades.

A articulação intersetorial envolveria o Poder Público como a União, o MEC, o INEP, as universidades públicas, o reitor, o diretor, entidades, associações, os professores universitários, os colegas, a comunidade acadêmica e a família diante do universitário com deficiência visual no ensino superior. É ausente um fortalecimento pelo Poder Público da articulação das políticas públicas do INEP e MEC (que também precisam ser aperfeiçoadas atendendo as necessidades reais das limitações da deficiência visual) com a ação afirmativa das cotas, o que enfraquece a sua efetividade, pois as cotas demandam uma participação atuante e ativa do Poder Público com financiamentos contínuos sem bloqueios de verbas.

Vale registrar uma outra dificuldade que se encontra em período anterior, que seria a educação básica (dos 04 aos 17 anos de idade), com base no art. 4º, I, da Lei nº 9.394/1996 diante da carência de acessibilidade nesse nível de ensino que por vezes é precário nas escolas, terminando por prejudicar o aprendizado dos estudantes com deficiência visual, considerando por exemplo a insuficiência de professores com formação em AEE e de materiais pedagógicos adaptados.

Desse modo, alguns estudantes com deficiência visual se deparam com barreiras inicialmente fixadas nos primeiros momentos de contato com a vida escolar, o que os distancia do ensino superior e se torna mais um desafio à inclusão, apesar da tutela constitucional do art. 208, III, da CRFB/88 assegurar um AEE na rede regular de ensino e garantias do direito de uma educação com qualidade.

Em atenção à limitação visual e visando suprir barreiras externas para viabilizar a igualdade material de oportunidades, as pessoas com deficiência visual utilizam instrumentos de acessibilidade como o *braille* e a tecnologia assistiva. Antes do estudante com deficiência ingressar no ensino superior é preciso um bom desempenho no ENEM, e o momento de inscrição é a etapa de solicitação de um AEE e/ou de recursos de acessibilidade.

É competência do INEP, autarquia federal vinculada ao MEC, o planejamento e a implementação do citado ENEM, um exame de avaliação de conhecimentos específicos, conforme Portaria nº 807, de 17.06.2010 (ABMES, 2010) e Lei nº 9.448/1997. O INEP informa que observa a sua Política de Acessibilidade e Inclusão para a inclusão da PcD no exame (BRASIL, 2022), e ao verificar os pontos 4.6 e 4.2.1.1 do Edital nº 33 de 28.04.2022 do ENEM 2022 (INEP, 2022b), nota-se que o atendimento especializado ofereceu um tempo adicional de 60 minutos.

Foram previstos também auxílios para estudantes com deficiência visual como o acompanhamento por cão-guia e o uso de materiais próprios: máquina de escrever em *braille*, lâmina overlay, reglete, punção, sorobã, cubarítmico, caneta de ponta grossa, tiposcópio, assinador, óculos especiais, lupa, telulupa, luminária, tábuas de apoio, multiplano e plano

inclinado, que seriam vistoriados, exceto o cão-guia.

Os recursos de acessibilidade estão localizados no tópico 4.2.2 (INEP, 2022b) do referido edital, como a prova em *braille*, prova com letra ampliada (fonte de tamanho 18 e com figuras ampliadas), prova com letra superampliada (fonte de tamanho 24 e com figuras ampliadas), uso de leitor de prova (prova compatível com o software DosVox e NVDA), auxílio para leitura, auxílio para transcrição, tempo adicional, sala de fácil acesso e/ou mobiliário acessível.

Entretanto, algumas famílias que possuem filhos com deficiência visual⁹ já comunicaram abertamente à Câmara Paulista para Inclusão da Pessoa com Deficiência e ao INEP que o uso do leitor de prova não é efetivo na prática devido ao tempo, entendimento e ritmo de leitura diverso entre o momento de ler os textos, transcrever e assinalar as questões do ENEM, complementando que o *braille* não tem a eficiência de um computador e sugerindo o uso de tecnologias avançadas para viabilizar com qualidade a realização do exame (AMARAL, 2018). As famílias podem representar essas demandas ao Ministério Público Federal e Defensoria Pública da União para análise¹⁰, e elas precisam ser escutadas pelos entes públicos.

Ao investigar recente estudo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2019) do ano de 2019 sobre as PcDs e as desigualdades sociais no Brasil, constatou-se precisamente quanto às pessoas com deficiência visual que 21,6% não possuem instrução; 1,3% possuem o ensino superior incompleto e 4% têm o ensino superior completo. Nota-se que os percentuais específicos que indicam falta de instrução são bem altos e os índices da participação na educação superior ainda é ínfima.

Esses dados demonstram a existência de dificuldades que persistem em obstaculizar a concretização do direito constitucional e fundamental da educação que deve incluir e ser acessível para os estudantes com deficiência visual, e um dos desafios é a pouca efetividade das cotas, insuficiência de profissionais capacitados desde a educação básica e de ações de acessibilidade efetivas para o ingresso nas universidades, bloqueios de verbas públicas e ausência de diálogos entre as famílias e o INEP. Entende-se por efetividade como a produção dos efeitos da tutela jurídica no mundo real, podendo o ente público, as

9 Alguns comentários proferidos por famílias com filhos com deficiência visual à Câmara (AMARAL, 2018): “O Enem está disponibilizando equipamentos do século passado para os estudantes. A minha filha não usa a máquina braille desde o final da segunda etapa do ensino médio”; “O Enem tem uma série de problemas técnicos, falhas que estão sendo desconsideradas e que geram grande desvantagem aos candidatos com deficiência”; “As famílias investem na qualidade da educação dos filhos e na hora da prova essas crianças têm de usar ferramentas que não utilizam no dia a dia?”; “Os códigos em braille já foram fundamentais para a alfabetização da pessoa cega, mas hoje a tecnologia inclusiva ocupou este espaço e o Enem não pode ignorar isso. Até mesmo os smartphones garantem a audiodescrição no alcance das mãos”.

10 Através da internet no canal “Sala da Cidadania” do site oficial do Ministério Público Federal e no “Fale Conosco” do sítio eletrônico da Defensoria Pública da União ou nas respectivas unidades presenciais é possível denunciar irregularidades do INEP, do MEC e das universidades públicas federais, solicitando providências e esclarecimentos jurídicos para a resolução do impasse (FALA.BR, 2023).

universidades públicas e a administração pública em geral serem acionados judicialmente para cumprimento do dever público da prestação do aparato da educação com qualidade através de uma Ação Civil Pública em caso de recusas e irregularidades.

Sobre o tema de acessibilidade, foi noticiado que o Ministério Público Federal ajuizou uma Ação Civil Pública em face da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e União, para que a UFSC executasse obras de acessibilidade arquitetônica nos edifícios e demais espaços (ASCOM, 2022). Esclareça-se que o Ministério Público tem um papel fundamental para garantir a manutenção de direitos fundamentais, como o direito social da educação, por ter legitimidade para ajuizar ações civis públicas, com base na Lei nº 7.347/1985.

Além do acesso e ingresso através das cotas no universo da educação superior pública inclusiva, a permanência do universitário com deficiência visual também depende especialmente da existência de recursos de acessibilidade, como o uso de tecnologias, de materiais adaptados (lousa, provas, textos, aulas), de dinâmicas inclusivas e de professores especializados no AEE, ou seja, envolve toda a comunidade acadêmica.

Quando se fala em acessibilidade e efetivação do direito constitucional da educação para o universitário com deficiência visual, os recursos de acessibilidade vão da locomoção até a sala de aula e a própria administração do ensino superior federal. Acredita-se que há uma carência desses recursos no ensino superior de modo amplo, e é um diferencial quando há recursos públicos destinados às estratégias e ações de acessibilidade tanto no ensino básico quanto no ensino superior, observando à tutela jurídica constitucional, legal e as cotas articuladas com os objetivos das políticas públicas da educação superior a serem fortalecidas e aprimoradas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito constitucional da educação superior para o aluno com deficiência visual é tutelado por variadas normas constitucionais e legais na ordem brasileira, tendo em vista que se combate segregações históricas e se firma o compromisso social do Poder Público em efetivar o direito e eliminar barreiras externas no contexto das universidades públicas. A proteção jurídica é ampliada com as evoluções sociais e as mudanças das perspectivas sobre a pessoa com deficiência na qualidade de um ser humano digno e de universitário, sob o olhar das ações afirmativas, das normas nacionais, das cotas e das políticas públicas do MEC e INEP. É constitucional o exercício pleno do direito social e fundamental da educação, e se estabelece como dever social do Poder Público somado às colaborações da sociedade, da comunidade acadêmica e das famílias.

Dessa forma, foram descritos brevemente visões pejorativas da história da

humanidade e transformações sociais que revolucionaram as posições e estereótipos das pessoas com deficiência, sendo o foco desta pesquisa as pessoas com deficiência visual que conquistaram a atenção e destaque da sociedade no campo das ciências jurídicas por intermédio de novas legislações, especialmente a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência e a tutela constitucional sobre o seu direito de participação na educação superior.

Além disso, foram identificadas valiosas normas constitucionais que concederam a possibilidade de acesso a um ensino superior que seja inclusivo e acessível nos moldes de um exercício pleno do direito constitucional da educação assegurado para os educandos com deficiência visual. Também foram evidenciados desafios externos existentes na sociedade e concepções das normas jurídicas e outros dispositivos sobre estratégias das universidades públicas e Poder Público adotadas com o fito de incluir estudantes com deficiência visual ao longo do seu ingresso e permanência no ensino superior.

Por último, foram destacadas as ações afirmativas das recentes cotas à PcD do ano de 2016 como instrumentos de atuação compromissária do Poder Público na concretização do exercício do direito constitucional da educação pública superior da pessoa com deficiência, e com menção à sua articulação na base das políticas públicas que abrangem o público das PcD.

No contexto do ordenamento jurídico brasileiro, sob o compromisso do Poder Público e com vistas das nuances do direito constitucional da educação quanto ao ingresso, inclusão e acessibilidade para o universitário com deficiência visual nas universidades, percebeu-se que são reservadas proteções jurídicas nas normas constitucionais do art. 205 e seguintes, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na LDBEN, na LBI, na Lei nº 13.409/2016 que reservou vagas no ensino público superior, no Programa Incluir da Acessibilidade na Educação Superior e na Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva do MEC.

Considerou-se que é constitucional e legal o exercício pleno do direito social e fundamental da educação, e se estabelece como dever social do Poder Público somado à colaboração da sociedade, da comunidade acadêmica e das famílias, as quais podem se manifestar no MPF e na DPU as irregularidades e as demandas dos seus filhos com deficiência visual a serem solucionadas em razão da universalidade e imprescritibilidade do direito fundamental da educação. Notou-se que as cotas são articuladas com as políticas públicas de acesso ao ensino superior do MEC, as quais podem ser aperfeiçoadas por especialistas na área em combinação com as normas da CRFB/88 e as legislações nacionais na prática, e ter a articulação fortalecida com a comunidade acadêmica, profissionais capacitados, famílias e entes públicos com o objetivo de eliminar a pouca efetividade constatada.

Entendeu-se por pouca efetividade das cotas, pois diante da baixa quantidade de matrículas na UFBA e na UNEB pensa-se que para ingressar no ensino universitário torna-se necessário um planejamento prévio com um suporte de acessibilidade na educação básica para a inclusão de estudantes com deficiência, que permita a continuidade dos seus estudos ao ensino superior também através de processos seletivos com acessibilidade real, escuta ativa às famílias e presença de profissionais capacitados com o atendimento educacional especializado no ensino básico e superior. Apesar da função de ação afirmativa das cotas, que coíbem segregações e com propostas que concedem exclusividade a um determinado grupo historicamente discriminado, elas por si só não resolvem os desafios.

Aqueles que ingressam nas universidades públicas enfrentam barreiras, como inacessibilidades na prova do ENEM e a falta de uma atuação mais ativa do Poder Público em termos de acessibilidade no ensino superior que seja além dos Núcleos de Inclusão nas universidades públicas, além de entender que os bloqueios de verbas públicas e financiamentos são fatores prejudiciais aos orçamentos dos espaços universitários quanto a oferta dos materiais adaptados e cursos à equipe profissional. A inclusão e a acessibilidade sustentam o direito fundamental, social, e constitucional da educação superior adaptável às necessidades que a PcD visual tem, possíveis de serem ajustadas da melhor forma a sanar desafios externos, devendo os entes públicos cumprirem o seu compromisso social em atenção ao princípio da igualdade material.

As barreiras externas existem em razão das ausências de intervenções ativas do Poder Público para investir continuamente em recursos públicos em inclusão e acessibilidade na educação visando atender as necessidades reais dos estudantes junto das famílias, além da carência de denúncias e da pouca efetividade da tutela. É necessário um fortalecimento da articulação intersetorial da ação das cotas com base nas políticas públicas, que podem ser fortalecidas também por meio de um Poder Público e agentes educacionais atuantes na prática com a fixação de prioridades no ensino universitário e básico com a aquisição de recursos de acessibilidade tecnológicos no ensino superior e na educação básica, a escuta das famílias e uma atuação ativa do Poder Público para cumprimento da tutela efetivamente.

Ao longo do desenvolvimento dessa pesquisa, foi necessário realizar uma exclusão do recorte inicial de estudo sobre a tutela jurídica que incluía também as normas do Estado da Bahia e do Município de Salvador - Bahia devido à ausência de espaço na estruturação do artigo.

Pensa-se no surgimento de temáticas para trabalhos futuros, tendo em vista que não se esgotou o conteúdo. É possível o estudo sobre a responsabilidade civil por danos ocasionados pelo INEP diante da inacessibilidade real da prova do ENEM e pelas universidades públicas por ausências de acessibilidades ampliadas e efetivas com uma investigação por meio de questionários aos alunos que realizaram processos seletivos e

passaram por dificuldades e obstáculos e o estudo da proteção jurídica do Estado da Bahia e do Município de Salvador sobre o direito fundamental da educação superior local à PcD visual.

Ademais, é possível a realização de um mapeamento de todas as universidades públicas brasileiras para verificar os índices de participação de estudantes com deficiência visual, seja na forma de cegueira, baixa visão ou visão monocular, analisar estratégias de acessibilidade dessas universidades, os seus núcleos de inclusão e as ações práticas de acessibilidade no espaço interno das universidades, por meio da realização de um trabalho de campo com aplicação de questionários aos alunos com deficiência visual, aos professores do ensino superior e aos gestores, como os reitores ou os diretores, e a comunidade acadêmica em si sobre a preocupação e prioridades no assunto.

Por fim, sugere-se a pesquisa científica na possibilidade de aperfeiçoamento da política pública de Acessibilidade e Inclusão do INEP, conforme o ordenamento jurídico brasileiro prevê, para investir em tecnologias eficientes e com acessibilidades nas provas do ENEM, e o foco no aperfeiçoamento das políticas públicas do MEC como uma alternativa de trazer maior efetividade à realização do direito constitucional da educação superior da PcD visual nas universidades públicas.

REFERÊNCIAS

ABMES – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MANTENEDORAS DE ENSINO SUPERIOR. **Portaria nº 807, de 18 de junho de 2010**. 2010. Disponível em: <https://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Port-807-2010-06-18.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2023.

AMARAL, Adriana do. **Pais e alunos de vários Estados denunciam, em carta, falta de acessibilidade adequada para pessoas cegas nas provas do Enem**. Câmara Paulista para Inclusão da Pessoa com Deficiência, 2018. Disponível em: <https://www.camarainclusao.com.br/noticias/pais-e-alunos-de-varios-estados-denunciam-em-carta-falta-de-acessibilidade-adequada-para-pessoas-cegas-nas-provas-do-enem/>. Acesso em: 05 fev. 2023.

AMARAL, Shirlena Campos de Souza. **O acesso do negro às instituições de ensino superior e a política de cotas: possibilidades e limites a partir do caso UENF**. 2006. Dissertação (Mestrado em Políticas Sociais) - Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Rio de Janeiro, 2006.

ASCOM. MPF processa UFSC e União por falta de acessibilidade em prédios da universidade. **Procuradoria da República em Santa Catarina do Ministério Público Federal**, 2022. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/sc/sala-de-imprensa/noticias->

sc/mpf-processa-ufsc-e-uniao-por-falta-de-acessibilidade-em-predios-da-universidade. Acesso em: 02 fev. 2023.

BAHIA - DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. **Cartilha dos Direitos das Pessoas com Deficiência**. Salvador: ESDEP, 2019. Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/wp-content/uploads/2019/12/cartilha-pcd-web-2.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BAHIA. **Lei nº 7.176 de 10 de setembro de 1997**. Reestrutura as Universidades Estaduais da Bahia e dá outras providências. Jusbrasil. Disponível em: <https://governo-ba.jusbrasil.com.br/legislacao/85403/lei-7176-97>. Acesso em: 30 jun. 2023.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Constituições brasileiras**. Senado notícias, 1988. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>. Acesso em: 22 out. 2022.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Lei de cotas para pessoas com deficiência em universidades federais já está em vigor**. Senado notícias, 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/01/05/lei-de-cotas-para-pessoas-com-deficiencia-em-universidades-federais-ja-esta-em-vigor>. Acesso em: 03 dez. 2022.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 25, de 2017**. Senado notícias, 2018. Atividade legislativa. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129807>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Senado aprova PEC que uniformiza citação a pessoas com deficiência**. Senado notícias, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/03/19/senado-aprova-pec-que-uniformiza-citacao-a-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Senado aprova texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Senado notícias, 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2008/07/02/senado-aprova-texto-da-convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 13 out. 2022

BRASIL. **Aplicação das Súmulas no STF**. Supremo Tribunal Federal, 2017a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1223>. Acesso em: 17 dez. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 nov. 2022.

BRASIL. Decreto nº 11.342, de 01 de janeiro de 2023. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Educação e remaneja cargos em comissão e funções de confiança. Brasília, DF: Presidência da República, 2023a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Decreto/D11342.htm#art4. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nº 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm. Acesso em: 11 out. 2022.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, 2009a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Decreto nº 9.235, de 15 de dezembro de 2017. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação das instituições de educação superior e dos cursos superiores de graduação e de pós-graduação no sistema federal de ensino. Brasília, DF: Presidência da República, 2017b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9235.htm#art107. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Edital nº 54, de 17 de maio de 2017. Processo seletivo – Segunda edição de 2017 – Sistema de Seleção Unificada SISU, 2017c. Disponível em: http://www.dips.ufla.br/copese/upload/File/2017_2/SISU/DIVULGACAO/EDITAL%20N%C2%BA%2054,%20DE%2017%20DE%20MAIO%20DE%202017-1.PDF. Acesso em: 23 jan. 2023.

BRASIL. Enem 2020 é marco de acessibilidade na educação. Ministério da Educação, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/assuntos/noticias/enem/enem-2020-e-marco-da-acessibilidade-na-educacao>. Acesso em: 17 dez. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12711.htm. Acesso em: 03 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 01 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.409, de 28 de dezembro de 2016.** Altera a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, para dispor sobre a reserva de vagas para pessoas com deficiência nos cursos técnico de nível médio e superior das instituições federais de ensino. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13409.htm. Acesso em: 03 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.126, de 22 de março de 2021.** Classifica a visão monocular como deficiência sensorial, do tipo visual. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14126.htm. Acesso em: 12 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.448, de 14 de março de 1997.** Transforma o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais - INEP em Autarquia Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19448.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.448%2C%20DE%2014%20DE%20MAR%2C%20DE%201997.&text=Transforma%20o%20Instituto%20Nacional%20de,Federal%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 29 jan. 2023.

BRASIL. **O IBC.** Ministério da Educação, Instituto Benjamin Constant, 2023b. Disponível em: <http://antigo.ibr.gov.br/publicacoes/revistas/98-institucional/sobre-o-ibr/80-sobre-o-ibr>. Acesso em: 01 mar. 2023.

BRASIL. **Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva.** Ministério da Educação, Brasília, 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducespecial.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. **Portaria nº 310, de 3 de abril de 2018.** Altera o Regimento Interno do Instituto Benjamin Constant - IBC, aprovado pela Portaria nº 325, de 17 de abril de 1998. Diário Oficial da União, Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/ibr/pt-br/acesso>

a-informacao/institucional/portaria-n-310-de-3-de-abril-de-2018-dirio-oficial-da-uniao-imprensa-nacional.pdf/view. Acesso em: 01 mar. 2023.

BRASIL. **Portaria Normativa nº 21, de 5 de novembro de 2012.** Dispõe sobre o Sistema de Seleção Unificada - SisU. Diário Oficial da União, 2012b. Disponível em: https://sisu.ufes.br/sites/sisu.ufes.br/files/field/anexo/portaria_normativa_ao_21_de_5_de_novembro_de_2012_alterada_pela_portaria_ao_1.117-2018.pdf. Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. **Portaria Normativa nº 9 de 5 de maio de 2017.** Diário Oficial da União, 2017d. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cotas/docs/portariaN9.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. **Secretaria de Educação Superior.** Ministério da Educação, 2009b. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/livrosesu.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. **Sistema de cotas é regulamentado para estudantes com deficiência.** Educação superior, 2017e. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/212-educacao-superior-1690610854/47811-sistema-de-cotas-e-ampliado-para-contemplar-estudantes-com-deficiencia>. Acesso em: 09 dez. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337** - SP, Agravante: Município de São Paulo, Agravado: Ministério Público de São Paulo. Relator. Min. Celso de Mello, Brasília, 2011. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428#:~:text=CEL%20SO%20DE%20MELLO\).&text=mediante%20in%C3%A9rcia-governamental,que%20nela%20se%20acham%20consignados](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428#:~:text=CEL%20SO%20DE%20MELLO).&text=mediante%20in%C3%A9rcia-governamental,que%20nela%20se%20acham%20consignados). Acesso em: 01 dez. 2022.

BRASIL. **Tratados equivalentes as emendas constitucionais.** Aqui você encontra os tratados e convenções sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos. Planalto, Portal da Legislação, 2019. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1>. Acesso em: 13 out. 2022.

BUCCI, Maria Paula. Políticas Públicas e Direito Administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 34, n. 133, 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198/r133-10.PDF?sequence=4>. Acesso em: 06 fev. 2023.

CAMPOS, Lorraine Vilela. **Diferença entre universidade federal e estadual.** Brasil Escola Vestibular, 2019. Disponível em: <https://vestibular.brasilecola.uol.com.br/especial/diferenca-entre-universidade-federal-estadual.htm>. Acesso em: 20 jan. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Lei 14.126/2021**: classifica a visão monocular como deficiência sensorial, do tipo visual. Dizer o direito, 2021. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2021/03/lei-141262021-classifica-visao.html>. Acesso em: 13 out. 2022.

CMCO – Clínica e Micro Cirurgia Ocular. **O que é amaurose?** CMCOcular, 2020. Disponível em: <https://www.cmcoocular.com.br/blog/ler/37/o-que-e-amaurose.php>. Acesso em: 12 out. 2022.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **A natureza material dos direitos fundamentais**. In: Arquivos de leitura da pós-graduação em direito público da Faculdade Baiana de Direito. Faculdade Baiana de Direito, 21 out. 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

DIAS, Wânia. **UNEB implanta Núcleo de Acessibilidade e Inclusão no Campus Serrinha**, 2019. Disponível em: <https://agenciadecomunicacao.uneb.br/uneb-implanta-nucleo-de-acessibilidade-e-inclusao-no-campus-de-serrinha/>. Acesso em: 26 jun. 2023.

EQUIPE FOLHA. Observação a olho nu pode causar cegueira. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 1994. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/11/03/brasil/29.html#:~:text=O%20astr%C3%B4nomo%20italiano%20Galileu%20Galilei,desde%20que%20usados%20com%20cuidado>. Acesso em: 01 mar. 2023.

FALA.BR - Plataforma Integrada de Ouvidoria e Acesso à Informação. **Página inicial**. Controladoria Geral da União, 2023. Disponíveis em: https://www.mpf.mp.br/unidades/unidades_principal_view e <https://www.dpu.def.br/fale-conosco>. Acesso em: 18 jan. 2023.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. Capítulo IV Do Direito à Educação. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (coord). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com deficiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GASPARETTO, Maria Elisabete Rodrigues Freire. **História e retrospectiva da deficiência visual**. Boletim FCM – Unicamp, 2015. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnbbkqplvlcqbpaicglclefindmkaj/https://www.fcm.unicamp.br/fcm/sites/default/files/paganex/historia_e_retrospectiva_da_deficiencia_visual_0.pdf. Acesso em: 01 mar. 2023.

GUGEL, Maria Aparecida. **A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade**. AMPID – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência. 2007. Disponível em: http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php#autor. Acesso em: 01 mar. 2023.

H. OLHOS. Visão monocular: enxergar bem com apenas um dos olhos é considerado deficiência visual. **Hospital dos Olhos**. 2017. Disponível em: <https://www.hospitalholhos.com.br/noticia/visao-monocular-enxergar-bem-com-apenas-um-dos-olhos-e-considerado-deficiencia-visual/>. Acesso em: 13 out. 2022.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pessoas com deficiência e as desigualdades sociais no Brasil**. IBGE, Tabelas, 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/34889-pessoas-com-deficiencia-e-as-desigualdades-sociais-no-brasil.html?=&t=resultados>. Acesso em: 05 nov. 2022.

INEP – INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. **Censo da Educação Superior 2021**. Divulgação dos resultados. Diretoria de Estatísticas Educacionais. Brasília, 2022a. Disponível em: https://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/documentos/2021/apresentacao_censo_da_educacao_superior_2021.pdf. Acesso em: 22 out. 2022.

INEP – INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. **Edital nº 33 de 28 de abril de 2022**. Exame Nacional do Ensino Médio 2022 Impresso, 2022b. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/edital-n-33-de-28-de-abril-de-2022-396385788>. Acesso em 17 dez. 2022.

LIGHT for the World Internacional. **Relatório Mundial sobre a Visão**. 2021. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/328717/9789241516570-por.pdf>. Acesso em: 11 out. 2022.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos**. Ótica da diferença e ações afirmativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva jur., 2019.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **Inclusão escolar**, O que é? Por quê? Como Fazer? São Paulo: Moderna, 2003. Disponível em: <https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/211/o/INCLUS%C3%83O-ESCOLARMaria-Teresa-Egl%C3%A9r-Mantoan-Inclus%C3%A3o-Escolar.pdf>. Acesso em: 26 out. 2022.

MORAGAS, Vicente Junqueira. **Inclusão ou integração?** Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2022. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/acessibilidade/publicacoes/sementes-da-inclusao/inclusao-ou-integracao>. Acesso em: 10 nov. 2022.

REDAÇÃO. Universidades denunciam novo bloqueio de R\$244 milhões pelo governo federal. **Jornal Correio 24 horas**, 2022. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/universidades-denunciam-novo-bloqueio-de-r-244-milhoes-pelo-governo-federal/>. Acesso em: 24 dez. 2022.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Terminologia sobre deficiência na era da inclusão. In: VIVARTA, Veet (coord.) **Mídia e deficiência**. Brasília: Andi/ Fundação Banco do Brasil, p.160-165, 2003. Disponível em: <https://campanhas.cnnb.org.br/wp-content/uploads/2015/04/terminologiasobredeficiencia.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2023.

SCOTRI - SECRETARIA DE COORDENAÇÃO TÉCNICA E RELAÇÕES INSTITUCIONAIS DA PRESIDÊNCIA DO SENADO FEDERAL. **O Senado e a Convenção da ONU sobre direitos das pessoas com deficiência**. Brasília, Em Pauta, nº 143, 2010. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/188068/Em_Pauta_143.pdf?sequence=7&isAllowed=y. Acesso em: 14 out. 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

UFBA – UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. **EDITAL DE CONVOCAÇÃO DE CANDIDATOS CLASSIFICADOS NO SISU/UFBA MATRÍCULA 1a EDIÇÃO /2022.1**. 2022a. Disponível em: https://ingresso.ufba.br/sites/ingresso.ufba.br/files/edital_de_matricula_sisu_2022.1_-_chamada_regular.pdf. Acesso em: 18 dez. 2022.

UFBA – UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. **Edital nº 25 de 2022**. PROCESSO PARA SELEÇÃO DE BOLSISTAS DO NÚCLEO DE APOIO À INCLUSÃO DO ALUNO COM NECESSIDADES EDUCACIONAIS ESPECIAIS (NAPE). 2022b. Disponível em: https://proae.ufba.br/sites/proae.ufba.br/files/edital_2022_-_selecao_de_bolsistas_para_o_nape.pdf. Acesso em: 24 jan. 2023.

UFBA – UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. **Resolução nº 08/2017**. Revoga Resolução 05/2015 e dispõe sobre a reserva de vagas na seleção para os cursos de graduação da UFBA. Conselho Acadêmico de Ensino, 2017. Disponível em: <https://www.ufba.br/sites/portal.ufba.br/files/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2008.2017%20-%20CAE.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2023.

UNEB – UNIVERSIDADE ESTADUAL DA BAHIA. **Resolução nº 1.339/2018**. Aprova o sistema de reserva de vagas para negros e sobrevagas para indígenas; quilombolas; ciganos; pessoas com deficiência; transtorno do espectro autista e altas habilidades; transexuais, travestis e transgênero, no âmbito da UNEB, e da outras providências. Conselho

Universitário, 2018. Disponível em: <https://inscricao2023.uneb.br/documentos/CONSU-resolucao-n1339.2018.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2023.

UNEB – UNIVERSIDADE ESTADUAL DA BAHIA. **Resolução nº 1.499/2021.** Institui a Política de Acessibilidade e Inclusão para Pessoas com Deficiência, Transtorno Global do Desenvolvimento, Transtorno do Espectro Autista, Altas Habilidades e outras necessidades específicas temporárias e permanentes de caráter acadêmico e laboral, no âmbito da UNEB e dá outras providências. Conselho Universitário, 2021. Disponível em: <http://conselhos.uneb.br/wp-content/uploads/2022/07/1499-consu-Res.-Politica-de-Acessibilidade.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2023.

UFBA. **Estatuto da Universidade Federal da Bahia de 2010.** Mapeamento cultural UFBA 2019. 2019. Disponível em: <https://mapeamentocultural.ufba.br/instrumentos-legais/estatuto#:~:text=A%20UFBA%20%C3%A9%20uma%20institui%C3%A7%C3%A3o,da%20lei%20e%20do%20presente>. Acesso em: 20 jan. 2023.

UFPB - UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA. **Deficiência visual:** a cegueira e a baixa visão. NUDESP - Núcleo de Educação Especial CE Centro de Educação, 2018. Disponível em: <http://www.ce.ufpb.br/nedesp/contents/noticias/deficiencia-visual-a-cegueira-e-a-baixa-visao>. Acesso em: 11 out. 2022.

UFPI – UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ. **Núcleo de Acessibilidade da UFPI facilita a adaptação de estudantes com deficiência no ambiente universitário.** Ministério da Educação, 2019. Disponível em: <https://ufpi.br/ultimas-noticias-ufpi-2/26904-nucleo-de-acessibilidade-da-ufpi-facilita-a-adaptacao-dos-estudantes-com-deficiencia-no-ambiente-universitario>. Acesso em: 15 dez. 2022.

VATICANO. **Ano Internacional das Pessoas Deficientes proclamado para 1981 pela Organização das Nações Unidas. Documento da Santa Sé (1981).** Documentos da Igreja, Serviço Pastoral à Pessoas com Deficiência, 2018. Disponível em: <https://pastoraldeficiencia.pt/ano-internacional-das-pessoas-deficientes-proclamado-para-1981-pela-organizacao-das-nacoes-unidas-documento-da-santa-se-1981/>. Acesso em: 01 mar. 2023.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 05.10.2023
Aceito em: 16.12.2023

O PÊNDULO DA VERDADE NO DIREITO PROBATÓRIO¹

The pendulum of truth in evidential law

Cássio Benvenutti de Castro^{2,3}

RESUMO

A verdade como correspondência é uma virtude estrutural do processo justo. O ponto de partida da análise consiste na contraposição dos entendimentos sobre o modelo de prova e de procedimento probatório, considerando a relação teleológica e a relação conceitual que a verdade e a prova assumiram, respectivamente, na tradição da experiência medieval e da época moderna. Com o aprimoramento dos estudos sobre a epistemologia, verifica-se uma inicial polaridade assimétrica entre essas linhas de pensamento, que, atualmente, não chegam a ser excludentes, pois não existe um sistema ortodoxo ou puro. O processo constitucional colaborativo condensa um modelo subjetivo de prova (baseado no convencimento do juiz) e um modelo objetivo de prova (baseado na corroboração das hipóteses provadas em direção à verdade) para resultar na consagração do funcionamento do direito probatório baseado na probabilidade e na possibilidade de evitação do erro judiciário na tomada de decisão sobre os fatos no processo.

Palavras-chave: cultura, processo, verdade, prova.

ABSTRACT

Truth as correspondence is a structural value of due process. The starting point of the analysis consists in contrasting the understandings about the model of proof and procedure, considering the teleological relationship and the conceptual relationship that truth and proof assumed, respectively, in the tradition of medieval experience and modern times. With the improvement of studies on epistemology, there is an initial asymmetrical term between these lines of thought, which are currently not mutually exclusive, as there is no orthodox or pure system. The collaborative constitutional process gathers a subjective proof model (based on the judge's conviction) and an objective proof model (based on the corroboration of proven hypotheses towards the truth) to result in the enshrining of the functioning of evidentiary law based on probability and possibility to avoid judicial error in decision-making.

Keywords: culture; process; truth; evidence.

Sumário: 1 Introdução. 2 A verdade como correspondência. Por que falar em pêndulo? 3 O problema da verdade no processo civil (modelo subjetivo de funcionamento da prova) 4 O conteúdo e o alcance da verdade no processo civil (modelo objetivo de funcionamento da prova) 5 O pêndulo da verdade no processo civil – da polaridade assimétrica à funcionalidade epistêmica. 6 Conclusão. Referências.

Summary: 1 Introduction 2 Truth as correspondence. Why does it talk about pendulum? 3 The problem of truth in civil proceedings (subjective model of how evidence works) 4 The content and scope of truth in civil proceedings

1 Palestra apresentada no II Congresso de Direito Probatório, em 05/12/2022, na PUCRS.

2 Bacharel em Direito pela UFRGS, Especialista em Ciências Criminais pela UNIPAR, Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor pela UFRGS, Pós-graduando em Coletivização, Precedentes, Coerência e Integridade do Direito pela ENFAM. Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS. Juiz de Direito no Rio Grande do Sul. ORCID ID: 0000-0001-6387-845X. Para falar com o autor: @cassiobenvenutti

3 Todo o amor que existe nessa vida para Maria Ivone Benvenutti Castro.

(*objective model of how evidence works*) 5 *The pendulum of truth in civil procedure – from the asymmetrical terms to epistemic functionality*. 6. *Conclusion. References.*

1 INTRODUÇÃO

“Contra fatos não existem argumentos” é um ditado popular enganoso no lugar processual. O processo é um método de trabalho para resolver um litígio entre sujeitos geralmente contrapostos. As partes fazem suas narrativas conforme o interesse que possuem no objeto da causa e o juiz aparece como figura estranha e equidistante em relação ao contencioso, para adjudicar ou compor a disputa civil. Logo, os fatos são objeto de conjeturas, contestações, predições e valorações que escapam de um apontamento categórico ou unitário.

“Contra os fatos ocorrem inúmeros argumentos” – o ditado deve ser atualizado para abarcar o equilíbrio dinâmico entre convencimento do juiz (ou possibilidade de apanhar os fatos pela compreensão) e o realismo de que os fenômenos existem ou não existem.

O formalismo processual é conformado por diversos valores que convivem em profusão: a segurança jurídica, a efetividade, a pacificação social, a garantia de participação na formação da decisão e a justiça, que são axiologicamente destacados para conferir sustentabilidade ao processo. Essas máximas não se reportam diretamente aos “fatos” da demanda, que são os fenômenos que realmente fazem eclodir um litígio. Isso não quer dizer que o direito coloque os “fatos” em um segundo plano de análise. O problema é que a teoria do processo, seus institutos fundamentais e a normas basilares, por vezes são refratárias à dinâmica de reconstrução dos fatos no lugar processual, privilegiando o que “está na cabeça do juiz”, ao invés de priorizar “a corroboração das hipóteses calcadas em provas”.

A importância do ensaio é sobre o *elemento nuclear da tomada de decisão sobre as provas do processo*: as provas servem para “convencer” o juiz ou elas servem para corroborar a hipótese afirmada e resultar em uma probabilidade que aponta para a “verdade”? Em outras palavras: convencimento X verdade.

A primeira modalidade tem o convencimento do juiz como elemento persuasivo imperante para a reconstrução dos fatos da causa. O segundo modelo ultrapassa “além da crença” do juiz, elegendo a “verdade” como um valor processual e que pode ser atingido não apenas no processo, mas em qualquer ciência com um método consagrado (sujeitos a testes e repetível para a confirmação).

Em terminologia contemporânea, a linha de visada aparentemente polariza um modelo subjetivo de prova e um modelo objetivo de prova, o que denota a existência de um autêntico pêndulo sobre o pareamento da verdade com as provas do processo. Importante

notar que os modelos de funcionamento da prova não são estanques ou unívocos a um formalismo que é produto da cultura, porém, entre eles existe uma imbricação para tratar o procedimento e o resultado da prova, sendo que a verdade não pode ser dispensada no atual quadrante constitucional, “apesar” da inexorável presença do “convencimento”⁴ em todas as atividades eminentemente culturais.

2 A VERDADE COMO CORRESPONDÊNCIA. POR QUE FALAR EM PÊNULO?

O direito é produto da cultura em todas as suas vertentes. Existem povos e tradições que ainda na atualidade resolvem suas disputas por intermédio de métodos a exemplo do combate ou de ordálias, valendo-se de crenças que causam um certo espanto com a racionalidade festejada no mundo ocidental. Isso não desprestigia a verdade, tampouco o modelo de justiça desses lugares pode ser apequenado, apenas assinala que processo e cultura estão conectados e implicados reflexivamente, em especial, no capítulo do direito probatório.

No Brasil, o exemplo do combate às “*fake news*” é uma situação que desencobre um movimento cultural que não tolera situações fantasiosas. Todas as instituições brasileiras estão empenhadas em reprimir esse tipo de prática, considerando os possíveis danos que ela repercute. Fica muito nítido que a verdade é uma questão cultural abarcada pelos nossos agentes jurídicos, um parâmetro muito caro ao Estado Constitucional.

Um exemplo do repúdio às “*fake news*” pode ser avistado em um simples “meme” da Copa do Mundo do Catar do ano de 2022. Um sujeito mostrou a fotografia de uma mulher não trajando a parte de cima da roupa, naquele país sede da Copa (“*topless*”), como se fora uma torcedora comemorando em um jogo das seleções de futebol. A imagem tem os indicativos de que não é verdadeira, levando em conta que naquele país existem diversas restrições no concernente às vestimentas das mulheres. No Catar, a indumentária da mulher consiste em um dogma cultural que diferencia os hábitos e normas sociais peculiares no tempo e lugar, pois a mulher que frequentou aqueles jogos não tem a liberdade de se trajar conforme os padrões e costumes ocidentais (em especial, a liberdade dos vestuários Brasil tropical). A questão não é reprimir ou conceder liberdade à mulher, não se perca o foco do

4 O convencimento que se fala em termos de avaliação da prova é no sentido de “aceitação”, considerando o caráter voluntário e contextual desse movimento. FERRE BELTRÁN, Jordi. Prova e verdade no processo. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 97. A filosofia e mais especificamente a epistemologia não assinalam para um objetivismo absoluto, no qual os fatores que afetam a cognição da pessoa não tem importância – não é isso que se trata. Porém, o modelo objetivo de funcionamento da prova trabalha com uma realidade que aconteceu no mundo da vida e procura, por intermédio de justificações válidas, provar o encadeamento analítico de provas que reconstruam essa situação.

ensaio, mas o problema é repudiar a “*fake news*”, que se trata de um mascaramento à busca da verdade, um inimigo da verdade. Fica evidente que o direito reproduz uma cultura e o direito probatório segue a mesma orientação da tradição que lhe acolhe.

Nos costumes ocidentais, Ferrer Beltrán⁵ comenta sobre uma concepção racionalista da prova, por intermédio da qual podem ser destacados os seguintes requisitos: (a) a relação teleológica da prova com a verdade, ou seja, a verdade é uma busca que deve tentar ser alcançada; (b) o conceito de verdade utilizado é a verdade por correspondência⁶, porque existe um mundo real fora do processo e que serve de *standard* máximo de correção da decisão; (c) as limitações epistêmicas são comuns a todas as searas do conhecimento, considerando que é natural a tomada de decisão em situação de incerteza, porém, para superar o “*gap*” entre o fenômeno físico e a compreensão das coisas pelo corpo e mente do sujeito, a epistemologia deve ser pautada por justificações válidas⁷; portanto, (d) o raciocínio probatório é necessariamente probabilístico e utiliza a inferência por indução.

A cultura brasileira observa essas diretrizes.

Modelo racional do funcionamento da prova conforme Jordi Ferrer Beltrán	a relação teleológica da prova com a verdade, ou seja, a verdade é uma busca que deve tentar ser alcançada
	o conceito de verdade utilizado é a verdade por correspondência, porque existe um mundo real fora do processo e que serve de <i>standard</i> máximo de correção da decisão
	as limitações epistêmicas são comuns a todas as searas do conhecimento, considerando que é natural a tomada de decisão em situação de incerteza, porém, para superar o “ <i>gap</i> ” entre o fenômeno físico e a compreensão das coisas pelo corpo e mente do sujeito, a epistemologia deve ser pautada por justificações válidas
	o raciocínio probatório é necessariamente probabilístico e utiliza a inferência por indução

5 FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O *test case* da responsabilidade do Estado por prisão preventiva errônea. Trad. Daniel de Resende Salgado e Luís Felipe Shneider Kircher. In FERRER BELTRÁN, Jordi. Valoração racional da prova. Trad. Vítor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 242/243.

6 Cada enunciado sobre os fatos é verdadeiro por corresponder, ou não, ao fenômeno vivenciado no mundo real. Porém, isso não quer dizer que a relação entre observador e objeto seja totalmente objetiva, sem interferências dos atalhos dos modelos mentais do ser humano que analisa o fato e a prova. A solução prudente para preservar o quanto possível a ideia da verdade por correspondência é coligar a sua utilização ao movimento das justificações válidas (“*narrant assertibility*”), que conferem uma aparência de tendente objetividade à inerente condição “subjetiva do corpo, mente e linguagem” do ser humano frente a qualquer problema da existência. TARUFFO, Michele. Uma simples verdade – o juiz e a reconstrução dos fatos. Trad. Vítor de Paula Ramos. Marcial Pons: Madrid, 2012, p. 101.

7 Ferrer Beltrán assinala que nunca um conjunto de elementos de juízo, por mais rico e fiável que seja, poderá alcançar certezas absolutamente racionais, ou seja, não afetadas de alguma forma pela psicologia e pela subjetividade. Afinal, todos os fenômenos acontecem ou não acontecem no plano da vida, mas o ser humano somente consegue extrair as noções de entendimento sobre os fatos por intermédio de um contexto de incerteza que depende das impressões pessoais sujeitas a oscilações decorrentes do contexto de incerteza. FERRER BELTRÁN, Jordi. Prueba sin convicción – estándares de prueba y debido proceso. Marcial Pons: Madrid, 2021, p. 18.

Não adianta modificar diversos dispositivos do Código de Processo Civil se a tendência cultural para observar a prova não tiver a noção da verdade como um pilar externo de sustentação, somada à necessidade de justificação válida para a constatação. Ninguém está defendendo um “objetivismo ingênuo”, mas chamando a atenção para aspectos que fazem a prova ser alavancada a um movimento de sustentabilidade por causa da força imperativa das justificações universalizáveis. Em outras palavras, ainda que o ordenamento jurídico, em um ou em outro artigo faça parecer que o “convencimento” do juiz é o que “mais” importa, a cultura decorrente do modelo racional da prova implica um estado de coisas que deve ser seguido. A verdade deve ser buscada “apesar” do convencimento demasiadamente humano do juiz.

A integridade intelectual de qualquer pesquisador pressupõe a busca da verdade. A filosofia comenta sobre a verdade por correspondência, a verdade como coerência, a verdade como consenso⁸, dentre outras. Nesse ensaio, não há espaço para discutir a noção filosófica da verdade, mas apenas lembrar que as narrativas processuais se referem a um fenômeno que aconteceu ou não aconteceu, para tanto, a decisão levará em conta a carga argumentativa das justificações válidas que orientam a racionalidade do discurso.

A dogmática do processo adota geralmente o sentido da verdade como correspondência, uma vez que o mundo real existe e deve ser privilegiada a verdade como virtude, porque do contrário, poderá se estar defendendo a “inverdade” (em uma ideia alética do termo). Como produto cultural, a verdade oscila no processo civil, como se fora a figura de um *pêndulo, que ora privilegia a verdade, ora privilegia o convencimento do juiz no centro do direito probatório*. A questão da polaridade assimétrica chamou a atenção da doutrina, embora “a regulação do procedimento probatório pende para o demonstrativo; o controle do juízo de fato e da fundamentação pende para o persuasivo”⁹. Ou seja, levando em conta a polissemia da prova (prova como meio de prova, como procedimento e como resultado), na prática, cabe arriscar que não existe um modelo puro¹⁰.

8 A filosofia repercute diversas teorias sobre o sentido da verdade. A teoria da coerência entende que a verdade consiste em um conjunto de crenças que autorrelacionam como um sistema autopoiético. A teoria da correspondência assinala que a verdade não é uma relação com outra proposição, mas uma ligação com o mundo dos fatos. A teoria pragmatista acaba reunindo as duas ideias, porque a verdade depende de um referencial externo, mas que sobrevive ao teste da coerência das crenças em um ambiente de experiência real. HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002, p. 127/9.

9 KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11.

10 “Sarebbe forse eccessivo, a questo riguardo, ritenere che esista un modello epistemologico definito, unitario e comune ai vari sistemi, Va però rilevata l’esistenza di tendenze convergenti, che muovono da presupposti di método sostanzialmente omogenei.

A fronte di ciò, occorre invece considerare che al livello istituzionale, ossia di disciplina giuridica della prova e del procedimento probatorio, opera una serie de varianti, che hanno peso e contenuto diverso nei vari sistemi, e che quindi determinano l’esistenza di diversi modelli <legali> della prova.” Em tradução livre: “Seria talvez excessivo, nesta visada, acreditar que existe um modelo epistemológico definido, unitário e comum aos vários sistemas, mas há que notar a existência de tendências convergentes, que partem de pressupostos metodológicos substancialmente homogêneos. Perante

A relação entre a verdade e a prova nem sempre foi atributiva de sentidos tanto no plano filosófico quanto no plano da analítica jurídica. Em realidade, os processualistas foram influenciados por Alessandro Giuliani, que estudando a tradição do formalismo processual separou em duas correntes as implicações entre verdade e prova.

De um lado, o autor assevera que o *modelo persuasivo* de procedimento probatório foi manuseado na idade média, sendo típico de um processo simétrico, cujo ponto de partida era a imbricação (mistura) entre o fato e o direito, com a prova cumprindo a função de um argumento retórico. O resultado do achado judiciário não seria a verdade bruta, substancial ou com pretensão de correspondência ao mundo real. Quando o juiz adjudicava a reconstrução dos fatos, ele indicava uma probabilidade, uma tendência de verdade, então se falando em relação teleológica das provas com a verdade (algo que é perfeitamente utilizado atualmente). Alessandro Giuliani¹¹ refere que a divisão do conhecimento entre as partes, por intermédio da retórica, servia como remédio contra a falibilidade do juízo. A técnica probatória utilizada inseria no processo a civilidade e a lógica, aspectos da democratização do conhecimento, o que pressupunha a confiança na capacidade da razão¹² humana de conhecer o passado por intermédio dos estados mentais dos sujeitos debatedores.

Em contrapartida, diferente do modelo persuasivo, as fontes referem que o *modelo demonstrativo de provar* foi típico da idade moderna e trabalhava as evidências como uma razão para encontrar uma verdade cartesiana, tendo como ponto de partida a separação ortodoxa entre fato e direito. O marco histórico dessas implicações decorre da assunção do caráter estatal da jurisdição, oportunidade em que o selo de autoridade da decisão não poderia ser questionado, porque atendia aos anseios matemáticos ou de uma lógica pressuposta ao diálogo entre as partes. Nicola Picardi¹³ salienta que a passagem do “*iudicium*” (idade média) para o “*processus*” (idade moderna) representou uma transição da velha lógica retórica para um pensamento de ordem matemática e assertivo, que não poderia ser questionado

isto, importa antes considerar que ao nível institucional, ou seja, da disciplina jurídica da prova e do processo probatório, existe uma série de variantes, que têm peso e conteúdo nos diversos sistemas, e que por isso determinam a existência de diferentes modelos <legal> do julgamento”. TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatório. Rivista di Diritto Processuale, anno XLV, n. 2, p. 444.

11 GIULIANI, Alessandro. L'ordo iudiciarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonômico). Rivista di Diritto Processuale, anno XLIII, n. 3, p. 600.

12 “Il passaggio da un sistema di prove irrazionali all'ordo iudiciarius non sarebbe stato possibile senza l'assimilazione di quella logica del probabile, legata alla tradizione tópic-retorica”. Em tradução livre: “A passagem de um sistema de provas irracionais para o ordo iudiciarius não teria sido possível sem a assimilação dessa lógica do provável, ligada à tradição tópic-retórica”. GIULIANI, Alessandro. Prova in generale. Enciclopedia del diritto, XXXVII, p. 533. A importância do momento cultural é monumental, porque, na idade média, havia uma sociedade “simétrica”, sem verticalização de autoridades que se auto proclamavam como detentores de “dizer a verdade”. Nesse ambiente, incerto pela ausência do Estado Nacional e movediço por ocasião dos interesses multipolares dos feudos, havia uma oportunidade propícia ao reforço do contraditório como critério da verdade “provável ou possível”, sem categorismos decorrente de “argumento de autoridade” (a exemplo de que o Estado não erra).

13 PICARDI, Nicola. Processo civile (dir. moderno). Enciclopedia del Diritto, p. 113, vol. XXXVI.

pelos sujeitos parciais da demanda. A autoridade do Estado se fazia presente, de maneira assimétrica (geométrica), para definir a questão probatória do processo com fundamento na autoridade do poder central. O resultado disso seria a solução categórica da verdade, que acabou sendo denominada verdade demonstrativa. O processo moderno, assimétrico em seu formalismo, abarcou a maneira de observar o resultado da tomada de decisão sobre a prova como uma relação conceitual entre prova e verdade – considerando que não se cogitava da hipótese de falibilidade na decisão¹⁴, afinal, o Estado “não erra”.

A constitucionalização do direito fundamental à prova emplaca a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Logo, não basta ter um procedimento qualquer ou um apanhado de conceitos que se refiram ao resultado na leitura da prova. O ordenamento jurídico deve ser compreendido como um modelo racional¹⁵, cognitivista, que busca a verdade por intermédio da probabilidade, possui *standards* externos como parâmetro e os atores do processo atuam em cooperação. O juiz deve atuar com alma e com calma na avaliação da prova, ponderando com humildade e deferência os argumentos contrapostos. Portanto, fica nítido que “verdade” e “convencimento” devem conviver, a grande questão é dotar o sistema e o controle da decisão de critérios que não permitam que a mera vontade do juiz subjogue a verdade firmada por convicções válidas e tendentes à universalização.

O Código de Processo Civil, de alguma maneira, reflete a clássica distinção elaborada pela reconstrução histórica de Alessandro Giuliani. Afinal, os dispositivos apresentam uma nítida oscilação entre um modelo conceitual e um modelo teleológico entre prova e verdade. Melhor falar, em tempos atuais, em um modelo objetivo de prova e um modelo subjetivo de prova¹⁶, para fixar a polarização catártica entre verdade e convencimento do

14 Hermes Zaneti Jr. escreve sobre a distinção entre um modelo clássico e um modelo moderno em termos de funcionamento da prova. O modelo clássico parte da lógica e da retórica, pensando a partir do problema, com um perfil muito mais prático e direcionado à difusão da probabilidade como linha de chegada da verdade. De outro lado, o modelo moderno é sistemático e fechado, elabora suas conclusões por intermédio de fórmulas, um esquema geométrico que separa fato e direito, sendo que neste caso não existe espaço para o erro – afinal, a estatização do processo e a institucionalização do litígio confere o selo de infalibilidade aos achados decididos. ZANETI JR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. Revista de Processo, vol. 116/2004, p. 4, edição on-line.

15 A racionalidade que se fala tem um duplo aspecto: evitar julgamentos guiados pelas emoções ou intuições, portanto, destituídos de base empírica, bem como manter uma abordagem que seja comum aos indivíduos em termos de razoabilidade, ou melhor, as escolhas devem ser universalizáveis ou tendentes à aceitação geral. Karl Popper defende essa dupla preocupação para concluir que “o racionalismo está ligado à ideia de que o outro tem o direito de ser ouvido e defender seus argumentos. Assim, implica reconhecer a reivindicação de tolerância, pelo menos em relação a todos os que não são tolerantes.” O autor lembra Kant para assentar que a ética pode não estar totalmente assentada na ideia de razão, porém, uma base científica racional é fundamental para atingir a soluções eticamente aceitáveis. POPPER, Karl. A defesa do racionalismo. In POPPER, Karl. Textos Escolhidos. David Miller (org. e int.). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 42.

16 Levando em consideração a polissemia da prova, existem duas formas de estabelecer a relação entre prova e verdade: uma relação conceitual (que trata da prova enquanto resultado) e uma relação teleológica (que trata da prova como atividade). Por isso que diversos textos discorrem sobre “modelo de prova e de atividade probatória”, porque o tratamento que se confere à relação entre prova e verdade pode estruturar essas duas perspectivas. Atualmente, para ser mais vertical

juiz.

Código de Processo Civil	
Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;	Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Parece o jogo do “telefone sem fio”. O primeiro interlocutor sabe a *verdade*, mas na medida em que a mensagem vai transitando ao largo do processo, somente se fala em *convencimento*. Existe integridade ou uma racionalidade de coordenar as coisas jurídicas nessa narrativa? O processo é coisa séria e os enunciados probatórios geralmente se reportam a fatos ocorridos no passado. Logo, a verdade deve estar presente em todos os desdobramentos, tanto do procedimento quanto do resultado do fenômeno probatório.

A doutrina costuma dizer que a diferença entre modelo persuasivo e modelo demonstrativo é o caráter estatal do procedimento e a respectiva assimetriação do esquema do processo. O que mais chama a atenção, porém, é o que Karl Popper¹⁷ chama de problema da “demarcação ou do falseamento”. Afinal, somente existe ciência qualificada se os respectivos enunciados podem ser testados, quer dizer, confrontados por hipóteses com pretensão de derrotabilidade ou diferenciação, e as ideias supostas acabarem sendo confirmadas ou refutadas. Na modalidade da idade média, a prática persuasiva não afastava de plano a intenção de discussão, mas essa noção não era admitida na idade moderna (porque o “Estado não erra”).

Ocorre que hoje está assentado que a verdade tem a probabilidade em seu conteúdo. Por isso se fala que o sistema probatório tem relação teleológica com uma verdade como correspondência, atuando com justificações válidas para as alegações sobre os fatos. A tarefa da comunidade de trabalho é construir um contexto suficiente de provas que respaldem determinada situação. O modelo cooperativo de processo civil, francamente, ajusta uma proliferação de atos e diálogos no sentido de elaborar os possíveis falseamentos da verdade, nos dizeres de Karl Popper, para avistar e evitar a margem de erro¹⁸. Assim,

ao que se pretende falar, é melhor discorrer sobre um modelo subjetivo e um modelo objetivo do funcionamento da prova – salientando o foco da questão. BELTRÁN, Jordi Ferrer. Prova e verdade no direito. Trad. Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59/60.

17 POPPER, Karl. O problema da demarcação. In POPPER, Karl. Textos Escolhidos. David Miller (org. e int.). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 118/9.

18 A questão da margem de erro ou do “tamanho da ignorância” é das mais fascinantes e contundentes na literatura de Karl Popper. No presente ensaio, impossível descer a essas profundas reflexões teóricas. Ocorre que, com a digitalização da vida, em um mundo cada vez mais movimentado pelas manadas de comportamentos seriais, a noção da margem de

a característica marcante que *diferencia as tradições no referente ao modelo probatório é o senso do achado categórico*, que não atualmente deve ser adaptar a um mundo e a uma tecnologia em contínua e célere transformação.

Nos dias atuais já não se fala comumente em modelo demonstrativo ou modelo persuasivo do procedimento probatório. A discussão superou a terminologia de Alessandro Giuliani e hoje fala sobre a figura central da tomada de decisão sobre as provas no processo – convencimento X verdade. Portanto, melhor elaborar uma relação entre o funcionamento subjetivo (marcado pelo convencimento do juiz no foco do problema) e o funcionamento objetivo da prova (marcado pela relação entre hipóteses e provas no centro do problema).

3 O PROBLEMA DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL (MODELO SUBJETIVO DE FUNCIONAMENTO DA PROVA)

A dogmática do processo civil rendeu atenção à sistematização das regras sobre o direito probatório e na conceituação de institutos que podem ser manejados ao largo do procedimento. O legado da idade moderna, portanto, repercute o jusestatalismo¹⁹ e a codificação, tendo como objetivo organizar conceitos (“as coisas jurídicas”) de maneira que pudessem emprestar uma pressuposta calculabilidade aos desdobramentos inerentes à reconstrução dos fatos da causa de maneira institucionalizada. Porém, não adianta modificar a legislação e trabalhar na dicotomia do lícito-ilícito se a cultura ou a maneira de analisar as questões referentes às provas do processo permanece arraigada decisionismos. O capítulo do processo civil em direito probatório se tornou deveras conceitual e repleto de dispositivos que pretendem elaborar uma espécie de “sistema fechado” em tipos inexoráveis²⁰ – na esperança de que a modulação afastasse o solipsismo e mitigasse a

erro deve ser ponderada juntamente com a probabilidade. Quando maior o coeficiente do provável, menor a força sinistra da ignorância. A lógica enquanto conjunto de regras consagradas pode ser reputada quase infalível em termos formais, mas as crenças das pessoas em determinada situação, o aspecto material da lógica, embora científica, vai depender das variáveis do objeto, do tamanho da amostragem, da repetição dos testes e do aspecto decorrente da universalidade. Tudo sopesado, algo pode ser mais ou menos falível – portanto, a margem de erro pode ser maior, tendo em vista que os elementos que compõem a hipótese sejam suscetíveis a variações pressupostas. POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. 2. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 31.

19 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 22/4.

20 Merece referência o Prefácio elaborado por Sérgio Cruz Arenhart no livro CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Perícia judiciária* – comentando os dispositivos do processo civil. Belo Horizonte: Forum, 2022. O autor salienta a importância interdisciplinar do exame da prova, sendo que as regras codificadas pelo direito são compromissadas com garantias que não afastam um erro de lógica, de avaliação psicológica ou epistemológica das operações sobre as provas. Sérgio Cruz Arenhart adverte: “Tudo isso faz com que, muitas vezes, o tema da prova seja menosprezado pela doutrina. Todavia, essas percepções escondem um gigantesco erro de premissa. O grande problema dessas ideias é imaginar que as regras de prova servem para informar o juiz como ele deve formar sua convicção ou como a realidade deve ser encontrada. Como é óbvio – e como já demonstrado por tantos juristas inúmeras vezes – as regras sobre prova jamais poderiam assumir essa função, até porque é impossível para o Direito governar o convencimento íntimo do juiz ou estabelecer a forma pela qual

própria valoração da prova pelo juiz.

A preocupação do jurista não se encontrava nos fatos, nas alegações dos fatos, tampouco na verdade, mas em como fazer encaixar as narrativas dos sujeitos processuais em normas positivadas no ordenamento²¹. É possível dizer que os clássicos reputavam o processo como um método de trabalho para resolver conflitos e pacificar com justiça, sendo que a verdade assumiria um plano orbital. De qualquer maneira, ninguém pode negar que a verdade também é uma “máxima” ou um “valor” que precisa ser sopesado com a segurança jurídica e com a efetividade para que se obtenha um processo justo.

Tratar da verdade não se limita ao processo civil – a concatenação entre proposições e a tomada de decisão reclama a intervenção da teoria do conhecimento. O primeiro problema apresentado já denota essa impostação, sendo que os demais permanecem em um “limbo” que pretende ser jurídico, porém, em realidade, estão mergulhados impreterivelmente na filosofia que manuseia as justificações racionais (seção da epistemologia como teoria que estuda a obtenção do conhecimento).

1º problema: A impossibilidade de apreender o objeto em sua totalidade

O conhecimento total e onisciente sobre determinado fenômeno é algo utópico. De maneira pragmática, o processo trabalha com a aproximação à verdade²². Ocorre que o modelo subjetivo de funcionamento da prova se vale de aspectos inerentes à pessoa do juiz para dizer que, na hipótese de não conseguir avistar a “macrolide”, ele pode se reputar convencido pela “certeza” ou “crença” que leva à resolução do conflito, segundo Carnelutti²³.

O autor italiano assinala o exemplo de uma moeda, em que o sujeito conhece a “cara”, mas desconhece a “coroa”. Pairando uma dúvida pertinente sobre a tomada de decisão, ele deve escolher conforme os padrões que abalizam a certeza apreendida do

a verdade deve ser “revelada”. Isso talvez seja alvo da psicologia, da sociologia ou da filosofia.

O papel das regras sobre prova é muito menos pretensioso, mas ainda assim fundamental. Pretendem elas estabelecer os critérios válidos de apropriação de vestígios do passado pelo processo e, o que é muito mais importante, pretendem fixar a validade dos argumentos empregados para a justificação da decisão judicial a respeito dos fatos. Vale dizer: o processo não é capaz de governar a forma pela qual o juiz se convence a respeito dos fatos da causa; todavia, pode sim esclarecer se os argumentos empregados pelo juiz para afirmar que um fato ocorreu são ou não são válidos. Trata-se, por isso, de um sofisticado sistema de controle da justificação judicial. O mesmo papel desempenhado pelo art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC, para o controle da justificação no campo das questões de direito, é exercido pelas regras sobre prova no campo da determinação dos fatos.”

21 Essa visão míope é decorrente da própria metodologia do ensino jurídico nas faculdades. Os estudantes vão para as escolas para experimentar as normas do direito probatório. Com o passar do tempo, nas audiências, os velhos estudantes se tornam operadores do direito “travados”, formalistas e completamente perdidos sobre as premissas que realmente importam no exame da prova. Tudo o que eles sabem é repetir o texto do Código, algo que qualquer “machine learning” pode fazer com mais propriedade.

22 CASTRO, Cássio Benvenuto de. Standards de prova – na perspectiva da tutela dos direitos. Londrina: Thoth, 2021, p. 66/7.

23 CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Gênesis Revista de Direito Processual Civil, n. 9, julho/setembro 1998, Trad. Eduardo Cambi, p. 607.

processo, o que ressalta o caráter subjetivo da solução. A doutrina²⁴ refere que mesmo o juiz mais escrupuloso e atento se submete ao indelével recorte do todo, que é próprio da natureza humana, ou seja, aquilo que se observa é apenas aquilo que parece ser visto. Não seria a suposta verdade, mas uma verossimilhança ou aparência de como os fenômenos aconteceram. Prosseguindo com mais um conceito auxiliar ao modelo subjetivo do funcionamento da prova – a verossimilhança, aquilo que geralmente acontece com base no senso comum, pode sofrer variações ou manipulações²⁵ subliminares, até o ponto de se descolar completamente da verdade e afundar em intuicionismos.

A questão é que a verdade não precisa ser total para legitimar a solução de um litígio, mas basta uma verdade suficiente à guisa da corroboração das provas amealhadas no processo. Isso é resolvido com a pressuposição da probabilidade para concluir pela verdade. Esse contexto de tendência de verdade se vale de justificações válidas para resultar na reconstrução dos fatos.

2º problema: A maneira formalista de pensar sobre as provas

O raciocínio probatório tem caráter refratário à tradição do ensino do direito analítico probatório brasileiro, tendo em vista a dificuldade de aprisionar o “juízo de fato” à estrutura das regras legais²⁶. Com efeito, *o positivista pensa a partir das regras legais para o fato (rule centered)*, revelando um paradigma formalista²⁷.

Por esse legado, “o vício conhecido na teoria do direito como formalismo ou conceptualismo consiste numa atitude perante as normas formuladas verbalmente que busca, após a edição da norma geral, simultaneamente disfarçar e minimizar a necessidade de escolha”²⁸. Isso justifica a permanência da teoria de Alessandro Giuliani, por intermédio da qual a tradição elabora uma autêntica dicotomia para explicar a relação entre verdade e prova – um modelo persuasivo (relação teleológica entre prova e verdade) e um modelo demonstrativo (relação conceitual entre prova e verdade).

A identificação desses modelos às instituições de poder da idade média e da idade

24 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 39.

25 A verossimilhança é o “*id quod plerumque accidit*” e sofre influxos dos vieses e interferências da psicologia social reinante em determinado tempo. Para tanto, o juiz deve trabalhar seu foco na epistemologia de justificações racionais e, ainda por cima, fazer terapia obrigatória para se despir de pré-conceitos que talvez ele nem saiba que lhe acometem.

26 KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 3.

27 Michele Taruffo assinala que o sistema de *civil law* pode ser definido como “fechado” em termos de direito probatório. Em primeiro lugar, porque se entende que todos os fenômenos probatórios estão encerrados em normas. Em segundo lugar, porque existe uma tipicidade quase exaustiva no tocante aos meios de prova. Em consequência, a disciplina judiciária da prova passa a ser reputada um certame autossuficiente e autônomo em relação a qualquer outro setor da experiência – razão pela qual os positivistas jamais falavam em epistemologia, a abordagem hermenêutica permanecia esquecida. TARUFFO, Michele. Verdade e processo. In TARUFFO, Michele. Processo civil comparado: ensaios. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 50 e 51.

28 HART, H. L. A. O conceito de direito. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 168.

moderna (respectivamente) de alguma forma encobria o que hoje prevalece no estudo do funcionamento da prova. Atualmente, existe uma contraposição entre a ideia da vontade do julgador (convencimento) como núcleo da atividade probatória e a ideia que trabalha com a verdade e com a corroboração de hipóteses como justificações válidas como núcleo da atividade probatória. Com essa nova impostação das coisas jurídicas, que leva em conta conceitos e instituições jurídicas, torna-se possível avistar o umbral de tendências limítrofes no próprio interior dessa experiência formalista, viabilizando pensar no “erro” na tomada de decisão – desde que seja adotado o modelo racional ou objetivo do funcionamento da prova.

3º problema: O inevitável subjetivismo na feitura e na leitura das provas (“gap” entre o mundo real e a compreensão-linguagem)

Uma testemunha idosa avistou um rapaz e disse que ele passou correndo muito rápido. Outra testemunha ocular, pessoa de menos idade, referiu que o sujeito estava apenas praticando uma marcha atlética. Uma terceira testemunha, que é um corredor profissional, assinalou que o sujeito sequer estava correndo, mas aquecendo para a prática de algum exercício físico.

O singelo exemplo explicita que um fenômeno pode ser interpretado de diversas maneiras, a depender da vivência do observador. Na prática da jurisdição, isso acontece frequentemente em acidentes de trânsito²⁹. Segundo a doutrina, a “reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem influenciada por aspectos objetivos das pessoas que o assistiram, ou ainda do juiz, que há de valorar a evidência concreta. A interpretação sobre o fato – ou sobre a prova direta dele derivada – altera o seu real conteúdo, acrescentando-lhe um toque pessoal que distorce a realidade. Mais que isso, o julgador (ou o historiador, ou, enfim, quem quer que deva tentar reconstruir fatos do passado) jamais poderá excluir, terminantemente, a possibilidade de que as coisas possam ter-se passado de outra forma”³⁰.

O contato do evento com a pessoa que transmite a informação sofre essas oscilações. Em decorrência desse fator “humano” das impressões sobre o mundo real, o juiz é o sujeito menos informado do processo, é o sujeito que mais sofre com as narrativas tendenciosas das partes. Nesse sentido, a doutrina se vale de conceitos de natureza subjetiva

29 Em diversos acidentes de trânsito, um sujeito efetua uma manobra e seu carro é abalroado por outro, que vinha transitando. Uma alegação quase sempre presente é que o carro que bateu no condutor “descuidado” se deslocava em alta velocidade. A questão da velocidade não pode ser apreendida por “crença”, “intuicionismo”, quando não há marcador ou medidor objetivo de velocidade. Os artigos 34 a 37 do Código de Trânsito Brasileiro pautam inferências legalizadas, adiantando que o condutor que efetua uma manobra deve ter toda a atenção em relação aos veículos que estão trafegando. Vale dizer, a mera alegação do excesso de velocidade, em geral, não retira a probabilidade de que o veículo que colidiu estava atendendo aos ditames do trânsito. De outro lado, salvo rara exceção, quem efetuou a manobra provavelmente é reputado culpado.

30 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 35.

para assegurar a validade dos recortes factuais.

Os comentadores falam em certeza sobre o fato ou em verossimilhança sobre o fato, situações que acenam uma aproximação razoável e humana da observação em relação ao contexto probatório apresentado. Por isso que respeitável corrente defende a prevalência do “convencimento do juiz” ou “persuasão do juiz” acima da “busca da verdade” no processo, tendo em vista que os aspectos objetivos da verdade *são deturpados pela indelével intervenção humana em todos os desdobramentos da produção da prova*.

Em síntese, o modelo subjetivo de solução probatória³¹ coloca o “juiz no centro do problema probatório. Como destinatário final da prova, é ele quem deve estar convencido da validade (ou não) das proposições formuladas”, ou seja, possível dizer que se trata de um resquício da colocação do instituto da Jurisdição no núcleo da teoria do processo³², que repercute efeitos para todas as fases do procedimento probatório. Com base nesse modelo, por exemplo, que o juiz não admite prova por já estar “convencido”, assim como ele pratica “subvalorização” de itens que não o “convence” e “supervalorização” de provas que o “convenceram”. O resultado desse modelo de pensar a prova praticamente exclui a figura do “erro” de julgamento, afinal, o juiz é o autêntico “dono da verdade” em um sistema por intermédio do qual o *Estado não erra*.

4 O CONTEÚDO E O ALCANCE DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL (MODELO OBJETIVO DE FUNCIONAMENTO DA PROVA)

Além da polissemia na conceituação da prova (procedimento, meio de prova e resultado), em termos práticos, a prova consiste em um elemento relacional entre o mundo real (verdade) e a tomada de decisão. O raciocínio elaborado pelo juiz leva em conta a trilogia “hipótese ↔ meio de prova ↔ decisão”, sendo que qualquer ranhura em um desses elementos compromete a totalidade do achado. O problema de um modelo criterioso sobre a prova está em considerar a finalidade da prova como a tarefa de “convencer o juiz”, uma ideia persuasiva, que permanece indiferente à verdade e ao próprio erro de julgamento – *não existindo um parâmetro objetivo de controle da avaliação sobre prova, impossível*

31 Ibidem, p. 62.

32 No modelo subjetivo de funcionamento da prova, o juiz entende o que foi provado conforme o convencimento. Muitas vezes, sequer rebate todas as alegações pontuadas pelas partes. A doutrina tem contestado esse estado de coisas, ao defender o parâmetro da verdade: “Não se quer transformar o juiz em mero chancelador de provas; o juiz continuará sujeito a critérios subjetivos de seu julgamento e é ele quem continuará interpretando e aplicando os critérios legais para a comprovação objetiva das hipóteses fáticas. Trata-se apenas de buscar maior racionalidade do juízo fático. Aliás, continuará sendo necessário o exercício jurisdicional, seja porque haverá necessidade de interpretação e aplicação dos critérios objetivamente postos pela lei, seja porque a própria consequência jurídica extraída de cada fato dependerá da inteligência do órgão julgador”. AUILO, Rafael Stefanini. A valoração judicial da prova no direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 111. No momento em que o convencimento está no núcleo do modelo probatório, o que o juiz disser não pode ser contestado, porque não existe parâmetro objetivo de controle.

cogitar a respeito de “standards”, tampouco assinalar que houve erro de julgamento (afinal, a intimidade do convencimento do juiz é que determina a solução na reconstrução dos fatos em direito processual)³³.

Em contraponto ao “problema” do convencimento judicial, que serve de fundamento para a verifobia, o modelo objetivo de prova tem como critério externo a verdade como correspondência, segundo a qual o mundo real existe³⁴, a verdade externa ao processo existe ou não existe. Óbvio que a verdade pode ser apresentada por narrativas e a perspectiva da “*story telling*” pode fazer parecer o seu conteúdo dissonante da verdade propriamente dita. Entretanto, para além das narrativas, a teoria da correspondência vem reforçada pelo tratamento da verdade no lugar processual por intermédio de justificações válidas respaldadas em provas suficientes. Uma ideia alética da verdade, ou seja, dizer que é mera correspondência poderia incorrer em um realismo ingênuo. Todavia, é crescente a defesa por uma dimensão epistêmica do modelo probatório, que deve se estruturar em normas de lógica e de racionalidade³⁵.

O sentido da verdade como correspondência aparece adensado pelo sentido da verdade como resultado de justificações válidas.

Michele Taruffo esclarece diversos pontos que assinalam a necessidade de a verdade ser um “valor” para uma decisão justa. Em primeiro lugar, o mundo real existe, assim como um determinado evento pode ser resolvido com uma solução verdadeira ou falta, o que ele afirma ser uma ideia alética da verdade. Em segundo lugar, Michele Taruffo³⁶ não deposita todo o encargo da verdade no objeto ou no fato que aconteceu. Quer dizer, não se trata de uma noção ôntica da verdade, mas o mais palpável é reunir as *justificas válidas que pressupõe a verdade de um enunciado*, enquanto noções pertinentes e intersubjetivamente aceitas. A teoria da correspondência não aparece sozinha, mas deve ser reforçada pela teoria da coerência – uma proposição é reputada verdadeira se o seu desdobramento não apresenta

33 Comparando a modelo subjetivo do funcionamento da prova com a técnica utilizada no futebol pelo “VAR” (“vídeo assistant referee). Se o juiz de campo puder fazer o que quiser, se ele puder desprezar as marcações do “VAR” e apitar conforme sua “íntima convicção”, não existe razão para manter o “VAR”. Porque o que o árbitro falar será absoluto e não passível de indagação ou erro. Algo inadmissível em um regime coparticipativo até na teoria dos jogos.

34 DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 35.

35 TARUFFO, Michele. Uma simples verdade – o juiz e a reconstrução dos fatos. Trad. Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 101.

36 Idem, p. 102/3. Vincular a verdade a justificações válidas ou, nos termos de Ferrer Beltrán, falar em corroboração suficiente, pode ser considerado uma mitigação da experiência epistêmica. Marinoni e Arenhart pontuam que a conclusão de Taruffo não se distanciaria daquela defendida por esses autores, que colocam o convencimento do juiz no centro da tomada de decisão. Ainda que Taruffo assinala que existe uma verdade firme e externa ao processo, o autor aceita que a obtenção desse conhecimento depende da cognição humana, que naturalmente é condicionada por lastros cognitivos – inclusive, com as limitações processuais e demais normativas. Para Taruffo, portanto, a verdade seria aquilo que as provas mais se pareçam, o que não é um descrédito dessa escola, mas a ressalva da probabilidade enquanto parâmetro metodológico necessário ao tratamento da questão. Ver Marinoni e Arenhart, idem, p. 55.

incongruências ou contradições que resultem em ponto de inflexão, para, então, chegar-se à probabilidade da verdade. A coerência acaba sendo o alcance do conteúdo da verdade.

1ª premissa: a parcialidade e falseabilidade do conhecimento dos fenômenos é pertinente a todas as ciências

A verdade não é desconstruída com o argumento de que o processo civil alcança uma verdade antigamente denominada formal, atualmente, chamada de uma verdade factível. O importante é ponderar que as opiniões, as convenções ou as crenças pessoais do julgador não pautem a verdade, porque se trata de identificar um acontecimento em termos de fenômeno real do mundo civilizado. Sendo tendencialmente objetiva, mas sofrendo com as limitações espaciais, temporais, conceituais, dentre outras, alguém até pode dizer que a verdade no lugar processual é reputada “formal”, mas isso não deixa de fazer com que o achado conte com a força epistêmica de ser uma probabilidade em direção à verdade alavancada por justificações encadeadas. Existe alguma dose de “variação” do conhecimento da verdade, quando as provas experimentam diferentes contextos.

Quer dizer que um fato pode acontecer no mundo fenomênico, mas não se alcançar a prova no processo. Assim como um fato pode ocorrer de determinada maneira, porém, não haver prova sobre essa modalidade de evento. Em síntese, algo ser “tido como provado no processo” não é o mesmo que dizer que “algo é verdadeiro”. Pode ocorrer “falso positivo” ou “falso negativo”, porque o processo é um produto da cultura humana. Na medicina, na engenharia, na farmácia e em outras ciências *mais exatas* também podem ocorrer as conclusões “falsas”. O direito é ciência humana por essência, logo, pode apresentar essa disparidade, sem que seja afetado o modelo objetivo de provar.

Na linguagem de alguns processualistas, a possibilidade do falseamento permite dizer que o método ou técnica empregada implica uma verdade formal, porém, *não deixa de ser uma verdade objetiva*³⁷, *considerando que é despida de preferências subjetivas e individuais do juiz, sendo embasada em critérios e lógicas racionalmente ponderáveis pelos sentidos*. Seja no processo civil, seja no processo penal, seja nos prazos curtos do processo eleitoral, a verdade existe, mas ela é objetiva e pode ser denominada formal “dentro do processo”, na medida em que não avalia todos os aspectos do fenômeno investigado, naquilo que o contexto permite. A verdade é “relativa às provas” do processo, segue o ritmo e o método das provas, com foco nos encadeamentos entre as proposições, nem por isso deixa de ser verdade, tampouco perde

37 Michele Taruffo, Uma simples..., cit., p. 106/7. Imagina o exemplo das empresas farmacêuticas e dos cientistas que tiveram que correr contra o tempo para identificar o vírus *COVID19* e trabalhar para chegar a uma vacina. *Até o presente, a vacina não é uma unanimidade*, pois existem relatos sobre efeitos colaterais ou ineficácia. Portanto, esse campo do conhecimento também tem suas limitações, que podem ser apreendidas como questões referentes à tecnologia, à celeridade, a problemas de amostragem nos testes, dentre outros tantos fatores que não recortam a verdade em si, entretanto, concernem aos “limites” contextuais para se alcançar um grau de probabilidade de eficácia da vacina. Isso ocorre em todas as construções humanas, evidentemente, porque tem o caráter demasiadamente humano em suas conclusões, assim como as decisões são tomadas em um cenário de incerteza.

seu conteúdo epistêmico – apenas acompanha a cultura e o contexto.

2ª premissa: a imbricação entre fato e norma

O fenômeno de um aborto de um anencefálico é compreendido de uma maneira por um biólogo e de outra maneira por um jurista. Significa que “um fato é *juridicamente relevante* (no jargão estadunidense: *material*) quando corresponde ao tipo de fato definido pela regra jurídica”³⁸. Operadores do direito pensam sobre os fatos na perspectiva das normas, vale dizer, o conhecimento prévio ou o padrão normativo influencia no modelo de raciocínio sobre prova.

Eros Roberto Grau³⁹ pontua que “não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretar) a realidade e os fatos aos quais o direito há de ser aplicado”. Ocorre uma circulação hermenêutica entre fato e norma, entre problema e hipótese, entre parte e todo o contexto. Por isso que o produto “da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (a *norma*) parcialmente *preexiste*, potencialmente, no invólucro do *texto*, invólucro do *enunciado normativo*. Ela se encontra apenas parcialmente nele involucrada, porque a realidade também a determina” de maneira indissociável. “A *norma* não é apenas o *texto normativo* nela transformado, pois resulta do conúbio entre o *texto e a realidade*”.

A norma não é objeto de singela cognição do intérprete, mas resulta de uma atividade criativa do operador na perspectiva do ordenamento escrito e dos fatos da realidade. O texto dos dispositivos é objeto da compreensão conjugado com a realidade, em uma profusão em que a pré-compreensão interage com as possíveis hipóteses de trabalho que respondem aos supostos problemas. Friedrich Müller alerta que a norma jurídica não pode ser compreendida como um juízo hipotético, como se o texto (suporte fático) fosse meramente justaposto ao preceito, sem que houvesse uma relação entre eles. O autor refere que a norma é mais do que um enunciado de linguagem que está no papel, a sua “aplicação” não pode se esgotar somente na interpretação de um texto. Muito pelo contrário, trata-se da concretização referida ao caso, dos dados fornecidos pelo programa da norma, pelo âmbito da norma e pelas peculiaridades do conjunto de fatos. Ou seja, a partir do conjunto de fatos do caso se destacam como essenciais ao caso *aqueles* elementos que cabem no âmbito da norma. Programa da norma e âmbito da norma são, portanto, interpretados no mesmo processo da formação de hipóteses sobre a norma com vistas ao caso concreto e, no decurso desse processo, não raramente modificadas, clarificadas e aperfeiçoadas⁴⁰.

38 Ibidem, p. 61.

39 GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* – a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 28, 33, 46.

40 MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 46.

As percepções e ideologias que servem como pré-compreensões para adentrar no círculo hermenêutico não consistem em dogmas adstritas ao julgador – do contrário, tudo o que se fala sobre o modelo subjetivo valeria como crítica ao modelo objetivo. Nessa hipótese, a pré-compreensão levaria o apelido pejorativo de preconceito. “O preconceito só é compreendido a partir da estrutura de antecipação do compreender. Por conseguinte, o famoso círculo hermenêutico não passa da sombra projetada, sobre o plano metodológico, dessa estrutura de antecipação. Qualquer indivíduo que tenha compreendido isso sabe, doravante, que <o elemento decisivo não consiste em sair do círculo, mas em penetrar nele corretamente>”⁴¹. A compreensão antecipada do problema consiste em um movimento da tradição⁴² em relação ao intérprete. Em outras palavras, a noção de aceitação geral é a primeira de todas as condições hermenêuticas para uma pré-compreensão livre de subjetivismos tendenciosos⁴³.

3º premissa: o contraditório como critério e metacritério para o reforço probatório

As partes apresentam suas narrativas com base no interesse que almejam atingir (*rule centered*)⁴⁴. O juiz é uma figura estranha ao inicial conhecimento do objeto do processo, logo, ele deve estar atento a todos argumentos suscitados pelos sujeitos parciais. O contraditório serve como critério e como metacritério (critério sobre os demais critérios) para o achado da verdade. Observando o direito de influência e o direito de não surpresa, o julgador deve rebater todos os fundamentos alegados pelas partes⁴⁵.

O modelo colaborativo de processo implica uma comunidade de trabalho para a reconstrução dos fatos. A participação conjugada entre as partes e o juiz, com a ressalva de um contraditório forte (artigos 5º, 6º, 7º, 10º), bem assim algumas inovações nos meios de prova e nos procedimentos, todas elas foram organizadas para conferir uma sinergia que melhor alavanque alcançar a probabilidade dos fatos. Desde a instrução, o sistema jurídico pondera essa preocupação, reunindo *práticas sobre práticas ou práticas de segundo grau*, antevistos

41 RICOEUR, Paul. *Hermenêutica e ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. Petrópolis: Vozes, p. 42.

42 “Em termos quantitativos e qualitativos, a fonte mais importante de nossos conhecimentos – à parte o conhecimento inato – é, de longe, a tradição. A maior parte daquilo que sabemos foi aprendida pelo exemplo, pelo que nos foi dito, pela leitura de livros e por aprender a criticar, a receber e aceitar críticas e a respeitar a verdade”. O potencial da “ontologização” tem como condição de possibilidade a identificação da tradição. POPPER, Karl. *Conhecimento sem autoridade*. Trad. Vera Ribeiro. In POPPER, Karl. *Textos Escolhidos*. MILLER, David (org.). Rio de Janeiro: PUCRio, 2010, p. 53.

43 Essa pluralidade de pré-compreensões que pode ocorrer é o oposto de um modelo geométrico de prova. O intérprete manuseia modelos de decisões a partir dos problemas, em uma circulação tendencial e não ortodoxa, para a finalidade de estabilizar um achado que reúna a imbricação do fato e da norma. CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 35.

44 A expressão “rule centered” salienta a unidade fático-jurídica que embasa a demanda e as narrativas processuais.

45 As alegações podem ser divididas em fundamentos, que podem definir a contenda e devem constar da justificação da decisão, bem como em argumentos, que se tratam de pontuações orbitais, que não necessariamente precisam ser refutados expressamente pelo julgador. KOCHER, Ronaldo. *O direito ao contraditório como critério e metacritério da correção da fundamentação das decisões judiciais*. In ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos – estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Thomson Reuters, 2017, p. 200.

até nas inferências legais, para um escalonamento helicoidal de previsibilidade na tomada de decisões.

Evidente que o ambiente contencioso não se traduz em uma *vontade de dizer a verdade por parte dos sujeitos parciais da demanda*. De outro lado, a profusão argumentativa fornece subsídios valiosos para o juiz não perder o foco operativo na reconstrução dos fatos – com o decorrente esforço para a evitação do erro de julgamento. O contraditório material não resolve todos os problemas sobre o conteúdo da tomada de decisão sobre a prova, mas estrutura uma metodologia de trabalho que amplifica a visão do magistrado e vincula um alcance positivamente assentado, porque o juiz tem a responsividade de responder aos fundamentos debatidos, com força no art. 489, §1º, do CPC.

Em resumo, o conteúdo e o alcance da probabilidade estão diretamente ligados à desenvoltura de um contraditório forte⁴⁶, transparente e que remete à responsividade e à responsabilidade do juiz no momento de elaborar a decisão. Finalmente, possível trabalhar a ideia de falibilidade na tomada de decisão sobre os fatos, a partir da apreensão de *standards* de prova como parâmetros de julgamento. O juiz não pode desconsiderar uma prova alegando que já valorou o contexto, assim como não pode “subvalorar” ou “supervalorar” uma evidência de maneira tácita, valendo o “standard” como heurística de suficiência da prova (ou grau de corroboração da hipótese) que permite dizer que algo está “provado no processo”.

5 O PÊNDULO DA VERDADE NO DIREITO CIVIL – DA POLARIDADE ASSIMÉTRICA À FUNCIONALIDADE EPISTÊMICA

A doutrina reitera que o processo civil é produto da cultura, assim como o capítulo referente ao direito probatório. Assim, natural que a evolução do Estado e das instituições – a evolução da civilidade – implique diferentes modelos de funcionamento da prova. A tradição é reflexiva dessas variações, razão pela qual puderam ser observados uma relação “conceitual” entre prova e verdade, tanto quanto uma relação “teleológica” entre prova e verdade.

O artigo 369 do Código de Processo Civil, na prática, aproxima esses dois modelos, ao pontuar que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar *a verdade*

46 Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart defendem a teoria do agir comunicativo (Habermas) para que a verdade “factível” seja achada por intermédio da interação entre os sujeitos do processo. Embora não sejam unânimes na doutrina, as premissas dos autores fazem importante a referência sobre “*a intensidade do contraditório estabelecido para a cognição (argumentação) que autoriza*” identificar ou classificar a possibilidade, a verossimilhança e a probabilidade, enquanto espécies que emplacam uma crescente aproximação à verdade. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e Convicção. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 52.

dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na *convicção do juiz*”. Com efeito, o dispositivo literalmente reporta que “verdade” e “convicção” acabam sendo indissociáveis no tratamento da prova no processo.

Isso não quer dizer que o processo brasileiro adota um esquema eclético. O importante é que todas as construções culturais, estando o processo dentre elas, possuem uma dose de subjetivismo que lhe é inafastável. A inteligência artificial não acabará com essa imbricação entre o funcionamento subjetivo e o funcionamento objetivo da prova. A questão é transferir o foco ou a tendência para a relação entre proposições probatórias⁴⁷, como se a decisão fosse um discurso universalizável, porque razoável, na medida em que qualquer pessoa, na condição de juiz, “aceitaria” a conclusão adjudicada. A ideia é que a tomada de decisão não seja algo “pessoalizável” ao juiz “X”, “Y” ou “Z”, porém, seja reflexo de uma racionalidade aceita pela tradição.

O núcleo das decisões em direito probatório *não pode ser a convicção do juiz como algo personalizado* – pelo menos, no modelo cooperativo festejado pelo sistema brasileiro. Se outrora havia a distinção entre modelo demonstrativo e modelo persuasivo de prova, atualmente, possível separar um modelo racional ou recheado pela epistemologia, sendo que de outro lado existe um modelo retórico (mais compatível com o modelo adversarial norte-americano). O presente texto não é cego em relação aos “lobbies” que trafegam pelas sombras das cúpulas do poder, tampouco esquece as pressões que existem perante os órgãos Judiciário, incorrendo em uma autêntica politização da justiça civil. Uma inteligência mediana é capaz de perceber que muitas decisões acabam sendo tomadas por “convicções” hauridas por empréstimos de figuras consequentialistas ou decorrentes de uma perfunctória análise econômica ou eficientista do direito (para não dizer outra coisa).

O ceticismo prático dos operadores pode infirmar a ideia proposta. Ocorre que em um panorama acadêmico, o interessante é pontuar os caracteres de um modelo racional ou de um funcionamento “tendencialmente” objetivo da prova⁴⁸:

47 Susan Haack elabora uma analogia entre um contexto aceitável da prova à figura de um jogo de palavras cruzadas. As proposições assinaladas pelas provas acabam se tocando em determinado sentido, entregando fundamento e coerência à tomada de decisão. Por isso que a autora refere que se vale de um holismo-articulado, porque avalia cada prova, sem descurar da avaliação do contexto de provas em sua completude. O meio de prova inicial deve entrar com facilidade em uma narrativa, ele deve ser reforçado com a clareza de uma prova superveniente, assim como a situação de fecho empresta consistência e completude a esse cenário que se desdobrou logicamente. HAACK, Susa. *Epistemology and the Law of Evidence: Problems and Projects*. In HAACK, Susan. *Evidence Matters (Science, proof, and truth in the Law)*. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 13/4.

48 O “standard” probatório é o “grau de corroboração das hipóteses” ou o “grau de suficiência” da prova para reputar algo como provado. A cultura implicada ao direito é que define o que merece uma maior carga de provas para que um achado seja “tido como provado no processo”. Por exemplo, a suficiência de provas para condenar alguém em um processo criminal deve ser mais robusta que a suficiência de provas para resolver um contrato de locação e decretar um despejo. CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Standards de prova – na perspectiva da tutela dos direitos*. Londrina: Thoth, 2021, p. 127 e seguintes.

<p>modelo racional na tomada de decisão sobre as provas do processo (modelo objetivo de funcionamento da prova)</p>	<p>as provas e o encadeamento entre as proposições importam mais que a crença do juiz, ou seja, a decisão deve ser tomada “apesar” da convicção do juiz</p>
	<p>a análise das provas é cognitiva e racional, valendo-se da probabilidade indutiva e desprezando intuícionismos e crenças desarrazoadas</p>
	<p>as regras de experiência, as presunções, as regras técnicas e os padrões normativos influenciam na tomada de decisão do juiz, assim como as regras de convivência prática também importam nas decisões corriqueiras da vida em sociedade</p>
	<p>a tomada de decisão em situação e incerteza é fato ordinário na vida das pessoas, assim, o conhecimento do juiz é contextual, embora tenha limites conforme as regras do ordenamento, mas não por isto ele corre o risco de reputado injusto – o importante é alcançar um “standard” que permita dizer que algo é tido como provado porque as hipóteses foram corroboradas de acordo com o cenário apresentado no processo</p>
	<p>a decisão deve ser justificada de maneira racional, por intermédio de argumentos palpáveis, consistentes e coerentes entre si, passíveis de controle intersubjetivo, não sendo válidos comentários intuitivos ou adstritos à consciência íntimas do julgador</p>
	<p>o diálogo processual é um metadiscurso que reforça a densidade da unidade fática-normativa que está sendo testada no processo – para resultar em um achado “tipo por provado”</p>
<p>as limitações à cognição do juiz, por ocasião de regras de privilégio, não afetam a racionalidade do modelo sugerido</p>	

As expressões utilizadas no art. 369 do CPC – *verdade dos fatos e convicção do juiz* – desencobrem uma “reflexividade”. Vale dizer, não existe um sistema puro, mas o ideal é racionalizar a tomada de decisão sobre as provas por um funcionamento objetivo da engrenagem. Possível falar em modelo racional ou em uma funcionalidade epistêmica⁴⁹, naquilo que a natureza das impressões humanas permite.

O conteúdo do modelo de procedimento probatório (atividade) e do modelo de prova (resultado) é ainda mais textualmente carregado para o lado proposto com a força normativa do princípio da cooperação. Em consequência, o alcance dessas ponderações se reflete em uma sedimentação do contraditório material em benefício da busca pela probabilidade da verdade, o que deve ser explicado na justificação da decisão sobre as provas – “apesar” da convicção do juiz.

49 Epistemologia é o capítulo da filosofia preocupada com a origem do conhecimento. Trata-se de uma apreciação tendencialmente “neutra” da prova, para a reconstrução dos fatos no processo, que se vale de critérios metodológicos como a probabilidade indutiva. “O que a epistemologia faz é fornecer um instrumental teórico para que possamos compreender melhor o que é, exatamente, conhecer o mundo, como esse conhecimento se dá e de que forma ele é fundamentado”. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 19.

6 CONCLUSÃO

Os fenômenos existem ou não existem no plano da vida. O processo é produto da cultura, trata-se de uma construção da racionalidade do homem. Logo, para um evento ser “tido como provado” no lugar processual, é necessário que haja uma relação entre a hipótese, os meios de prova e as proposições que implicam uma probabilidade de verdade sobre os acontecimentos.

A tradição pode privilegiar um regime “mais adversarial ou persuasivo” ou “mais cartesiano ou demonstrativo” no que se refere à relação entre provas e verdade. O artigo 369 do Código de Processo Civil brasileiro fala que os sujeitos processuais devem “provar a *verdade dos fatos* em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na *convicção do juiz*”. Existe uma lacuna (“gap”) inexorável entre um fato ontologicamente considerado e a percepção desse fato pelo ser humano (assim como existe essa lacuna em relação à linguagem). Quer dizer, alguma dose de subjetivismo sempre haverá, na tomada de decisão sobre as provas de um processo – porém, isso deve ser efetuado de maneira racional, coerente, como se fosse uma justificação adotável por qualquer pessoa tecnicamente preparada para efetuar o julgamento.

O modelo objetivo do funcionamento da prova busca reportar a probabilidade da verdade “apesar do convencimento do juiz”.

REFERÊNCIAS

AUILO, Rafael Stefanini. **A valoração judicial da prova no direito brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2021.

CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Trad. Eduardo Cambi. **Gênesis Revista de Direito Processual Civil**, n. 9, julho/setembro 1998,

CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CASTRO, Cássio Benvenutti de. **Standards de prova** – na perspectiva da tutela dos direitos. Londrina: Thoth, 2021.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case da responsabilidade do Estado por prisão preventiva errônea. Trad. Daniel de Resende Salgado e Luís Felipe Shneider Kircher. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Trad. Vítor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2021.

- FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no processo**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- GIULIANI, Alessandro. L'ordo judicarius medioevale (riflessioni su um modello puro di ordine isonômico). **Rivista di Diritto Processuale**, anno XLIII, n. 3.
- GIULIANI, Alessandro. Prova in generale. **Enciclopedia del diritto**, XXXVII.
- GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** – a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- HAACK, Susan. Epistemology and the Law of Evidence: Problems and Projects. In HAACK, Susan. **Evidence Matters** (Science, proof, and truth in the Law). New York: Cambridge University Press, 2014.
- HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- KOCHEM, Ronaldo. O direito ao contraditório como critério e metacritério da correção da fundamentação das decisões judiciais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). **O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos** – estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Thomson Reuters, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PICARDI, Nicola. Processo civile (dir. moderno). **Enciclopedia del Diritto**, vol. XXXVI.
- POPPER, Karl. A defesa do racionalismo. In POPPER, Karl. **Textos Escolhidos**. David Miller (org. e int.). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.
- POPPER, Karl. Conhecimento sem autoridade. Trad. Vera Ribeiro. In POPPER, Karl. **Textos Escolhidos**. MILLER, David (org.). Rio de Janeiro: PUCRio, 2010.
- POPPER, Karl. O problema da demarcação. In POPPER, Karl. **Textos Escolhidos**. David Miller (org. e int.). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.

- RICOEUR, Paul. **Hermenêutica e ideologias**. Trad. Hilton Japiassu. Petrópolis: Vozes.
- TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatório. **Rivista di Diritto Processuale**, anno XLV, n. 2.
- TARUFFO, Michele. Verdade e processo. In TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade** – o juiz e a reconstrução dos fatos. Trad. Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil** – ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.
- ZANETI JR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. **Revista de Processo**, vol. 116/2004, p. 4, edição *on line*.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 15.09.2023
Aceito em: 20.22.2023

OS ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS DE 8 DE JANEIRO DE 2023: SADISMO, MASOQUISMO E VIDAS COLONIZADAS¹

The antidemocratic acts of January 8, 2023: sadism, masochism and colonized lives

Hidemberg Alves da Frota²

RESUMO

O presente artigo acadêmico almeja oferecer contribuições à Criminologia no exame dos atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023, à luz do diálogo entre as perspectivas psicanalítica, existencial, marxista e decolonial. Verificou-se que, no bojo dos atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023, encontra-se o componente sádico do capitalismo, principalmente o financeiro, o qual se vale dessas mobilizações políticas de índole reacionária para empobrecer a classe média e rebaixar, ainda mais, a renda dos pobres. Percebeu-se que, ao se vandalizar a Praça dos Três Poderes, manifestava-se o masoquismo do sujeito de desconsiderar o bem-estar próprio e da sua família, no longo prazo, em nome do gozo imediato, ao apelar à violência institucional e grupal.

Palavras-chave: sadismo, masoquismo, capitalismo, colonialidade, vidas colonizadas.

ABSTRACT

This academic article aims to offer contributions to Criminology in the examination of the undemocratic acts of January 8, 2023, in light of the dialogue between psychoanalytic, existential, Marxist and decolonial perspectives. It was found that, in the midst of the anti-democratic acts of January 8, 2023, there is the sadistic component of capitalism, mainly financial, which makes use of these political mobilizations of a reactionary nature to impoverish the middle class and degrade, even further, the income of the poor. It became clear that, by vandalizing the Square of the Three Powers, the masochism of disregarding one's own and one's family's well-being, in the long term, was manifested in the name of immediate enjoyment by resorting to institutional and group violence.

Keywords: sadism, masochism, capitalism, coloniality, colonized lives.

1 Agradecimento à Profa. Dra. Ana Maria Coelho Silva Wertheimer, pela criteriosa análise, pertinentes sugestões e cuidadosa orientação, ao Prof. Dr. Juan de Moraes Domingues, pela generosa e acolhedora apreciação, e ao Curso de Especialização em Psicanálise e Análise do Contemporâneo (PUCRS), na pessoa do seu Coordenador, Prof. Dr. Jefferson Silva Krug, pelo primoroso Programa de Pós-Graduação Lato Sensu. Agradecimento, também, ao Conselheiro Afrânio de Sá, Professor Emérito (UFAM), à Profa. Dra. Renata Wirthmann Gonçalves Ferreira (UFCAT), ao Prof. Dr. Marco Antonio dos Santos Casanova (UERJ) e à Profa. Dra. Solange Fernandes (PUCPR), bem como à Profa. Dra. Isabela Ferreira de Pinho e aos cursos de extensão por ela coordenados na PUC-Rio, pelos diálogos enriquecedores e relevantes indicações de leitura.

2 Especialista em Psicanálise e Análise do Contemporâneo (PUCRS). Especialista em Relações Internacionais: Geopolítica e Defesa (UFRGS). Especialista em Psicologia Clínica Existencialista Sartriana (Instituto NUCAPE/UNIFATEC). Especialista em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário (PUCRS). Especialista em Ciências Humanas: Sociologia, História e Filosofia (PUCRS). Especialista em Direito Internacional e Direitos Humanos (PUC Minas). Especialista em Direito Público (Escola Paulista de Direito). Especialista em Direito Penal e Criminologia (PUCRS). Especialista em Direitos Humanos e Questão Social (PUCPR). Especialista em Psicologia Positiva: Ciência do Bem-Estar e Autorrealização (PUCRS). Especialista em Direito e Processo do Trabalho (PUCRS). Especialista em Direito Tributário (PUC Minas). Agente Técnico-Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas (carreira jurídica de nível superior do MPAM). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2009-6225>. E-mail: alvesdafrota@gmail.com.

Sumário: 1. Introdução. 2. Sadismo e masoquismo na matriz nazista. 3. Sadismo e masoquismo na matriz da colonialidade e do capitalismo. 4. Psicologia das multidões e vidas colonizadas. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

Summary: 1. Introduction. 2. Sadism and masochism in the Nazi matrix. 3. Sadism and masochism in the matrix of coloniality and capitalism. 4. Psychology of crowds and colonized lives. 5. Final Considerations. 6. References.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, nos cenários nacional e internacional, sobretudo no mundo ocidental, tem despertado perplexidade o grau de fragilidade e desidratação de aparentes consensos sociais em torno da democracia liberal, da economia de mercado, da prevalência dos direitos humanos e da ampliação da proteção ao meio ambiente. Ao mesmo tempo, espalha-se o desejo de retorno à glória, à paz, à previsibilidade e à ordem de passado idealizado pelas lentes da nostalgia e do esquecimento seletivo, matizadas pelo anseio de fuga da realidade cada vez mais complexa do dia a dia contemporâneo, por força das incertezas provocadas pela desindustrialização, pela precarização das relações trabalhistas, pela erosão de papéis sociais bem demarcados, pela liquidez das relações e dos relacionamentos interpessoais e por pressões cada vez maiores por alto desempenho, multifuncionalidade, felicidade, sucesso, bem-estar e autorrealização, potencializadas pelo ambiente das redes sociais, em que a extimidade, em simulacros de positividade, assume a ilusória estatura de condição de *sine qua non* de reconhecimento social e autoestima.

O neoliberalismo, desde a crise financeira global de 2008, reinventou-se ao reabilitar ideologias de ancestralidade fascista, conjugadas com a gramática da recuperação dos valores tradicionais relacionados ao patriarcado, à normatividade de cariz heterossexual e cisgênero e à revivescência da ortodoxia religiosa, ajustada, agora, às demandas da sociedade de consumo, aos paradigmas neoliberais e neoconservadores sintetizados na teologia da prosperidade e à estigmatização de bandeiras (des)identitárias e pautas relacionadas à justiça social.

Nessa tessitura em emergência, com profundas ressonâncias, políticas, econômicas, sociais e psíquicas, os movimentos e grupos de extrema direita têm galgado posições de destaque em partidos políticos e governos tanto no Norte Global quanto no Sul Global. No Brasil, a sua maior expressão, em termos de protagonismo político e reverberação social, é o bolsonarismo, amplificado na presidência de Jair Messias Bolsonaro. O clímax da Era Bolsonaro ocorreu poucos dias após o encerramento formal da sua presidência, na ocasião dos atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023, com a mobilização de grupos de extrema direita que partiram em direção à Praça dos Três Poderes, promoveram atos de vandalismo e, mais do que isso, organizaram uma verdadeira intentona, em prol da intervenção militar. Causou assombro em parte da opinião pública e da sociedade civil

brasileira e estrangeira não só pela ousadia sem precedentes, mas também pela apatia dos protocolos de segurança das Forças Armadas e da Polícia Militar do Distrito Federal e pela subsequente contemporização por segmentos conservadores dos meios de comunicação social, das redes sociais, das instituições religiosas e da classe política, parcela da sociedade brasileira mais indignada com as prisões provisórias dos possíveis autores e partícipes daqueles atos antidemocráticos do que com a tentativa de golpe de Estado por eles intentada.

Diante desse cenário, o presente artigo acadêmico almeja oferecer contribuições à Criminologia no exame dos atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023, à luz do diálogo entre as perspectivas psicanalítica, existencial, marxista e decolonial.

2 SADISMO E MASOQUISMO NA MATRIZ NAZISTA

Ao se debruçar sobre o que denominou de “psicologia do nazismo” (Fromm, 2023, p. 207), o filósofo social, psicanalista e terapeuta existencial³ Erich Fromm (1900-1980) percebeu que a personalidade do líder de extrema direita (no caso nazista, mas também, pode-se acrescentar, o fascista em geral) guarda afinidade com a personalidade daqueles que constituem a parcela da população que lhe é simpática, a exemplo da empobrecida classe média alemã da década de 1930 (Fromm, 2023). Dessa maneira, o líder autoritário de extrema direita, os seus seguidores e simpatizantes compartilham de similar estrutura de caráter autoritário, a qual se assenta na presença tanto do sadismo, por meio do qual se pretende alcançar “poder ilimitado sobre outrem” (Fromm, 2023, p. 220), quanto do masoquismo, mediante o qual se anela que o eu venha a se diluir em “poder esmagadoramente forte, participando no seu poderio e na sua glória” (Fromm, 2023, p. 220).

Na óptica frommiana, essa expressão de sadomasoquismo, sobressalente no nazismo, decorre das circunstâncias em que o sujeito, encontrando-se isolado e não sendo capaz de suportar a solidão, recorre a uma relação de bases simbióticas (Fromm, 2023). No panorama político e social da Alemanha nazista, o *Führer* e o aparato burocrático do Governo e do Partido nazistas viciaram os seus apoiadores, entorpecendo-os em um tipo de sadismo por sub-rogação, ou seja, enquanto “Hitler e a sua burocracia desfrutam do poder sobre as massas alemãs” (Fromm, 2023, p. 223), elas “são ensinadas a desfrutar do poder sobre as outras nações e a ser movidas pela paixão do domínio do mundo” (Fromm, 2023, p. 223).

A dimensão sádica do nazismo se fazia presente no respeito e deferência dos nazistas

3 Conquanto a sua prática clínica e a sua produção intelectual a ela relacionada tenham ocorrido na seara da Psicanálise, Fromm, na atualidade, é considerado, no âmbito das escolas de Psicologia Existencial, um dos pioneiros da clínica terapêutica existencial (Deurzen; Adams, 2016).

por aqueles que, na perspectiva nacional-socialista, ainda que lhes fossem oponentes, eram por eles admirados, pois exibiam poder, força e firmeza. Tal postura contrastava com o desprezo, o ódio e a repulsa dos nazistas endereçados àqueles que se mostravam, na distorcida óptica nacional-socialista, frágeis e pusilânimes, porquanto, nos planos políticos interno e externo, tais vozes moderadas, em contraste com o movimento nazista e demais grupos fascistas daquela época, propunham soluções não beligerantes pautadas na indulgência, no diálogo e na diplomacia, à procura de alternativas para que fosse evitado novo conflito armado europeu ou global e contidas as ambições desmedidas do Partido Nazista e dos seus hierarcas no cenário político alemão e nos contextos geopolíticos continental e mundial. Significa dizer que qualquer tentativa, nas esferas domésticas e internacionais, de apaziguar os nazistas surtia efeito contrário: neles despertava ira, já que os membros do Partido e do Governo nazistas interpretavam como afrontosa a propositura de soluções conciliatórias e consideravam fracas e impotentes as autoridades e potências que as propunham (Fromm, 2023).

A faceta do sadismo também foi constatada por Fromm nos discursos paranoicos de Hitler e em meio às mentiras intencionais, por ele propagadas de modo premeditado. Por meio dessas manifestações, Hitler acusava os supostos inimigos do povo alemão justamente da prática dos atos sádicos que, na realidade, ele acalentava perpetrar e incitar, de forma que os atos de opressão nazistas eram justificados a título de “defesa contra a opressão de outros” (Fromm, 2023, p. 227). Ao censurar as nações, os povos e comunidades étnicas e religiosas descritos como ameaças ao povo alemão, Hitler enxergava como condenáveis e desprezíveis, em seus inimigos, reais ou imaginários, supostos projetos coletivos nefastos que, todavia, quando abraçados pela alegada “raça ariana” ou “raça nórdica”, eram divisados, pela ideologia nazista, como propósitos nobres e indispensáveis de dominação e subjugação em escala planetária, pelo povo germânico, dos demais povos e nações, o que supostamente, de acordo com a narrativa nazista, seria feita em prol da humanidade (Fromm, 2023).

Já na dimensão do masoquismo, este imbricado com o sadismo⁴, a ideologia nazista concitava aqueles identificados entre as massas, posicionados fora da elite político-partidária de extrema direita, destituídos de poder econômico e de prestígio social (em regra, os integrantes da classe média baixa, os pobres, os anônimos e os invisibilizados) a atos de renúncia e sacrifício, sob o pálio de regime de servidão, em troca da suposta proteção de Estado totalitário e totalizante. Conquanto esse vínculo de subordinação entre

4 Fromm percebeu que são intrínsecas ao caráter autoritário as tonalidades sadomasoquistas, uma vez que “as pessoas cuja atitude política é geralmente descrita como autoritária (ativa e passiva), exibem usualmente (na nossa sociedade) traços do caráter sadomasoquista: controle dos que se acham na escala inferior e submissão em relação aos seus superiores” (Fromm, 1975, p. 392).

as massas germânicas e o *establishment* nazista fosse escamoteado mediante a aparência de dever cívico de altruísmo, em benefício da nação e do povo da Alemanha, consistia, na verdade, em distorcida formulação da preponderância do interesse público sobre o privado, ou da prevalência do interesse geral da sociedade sobre o individual. Em outras palavras, destinava-se, na realidade, ao esvaziamento da própria identidade do sujeito inserido nas massas, da sua noção de individualidade, por meio da abdicação permanente a ter opiniões e interesses próprios e o abandono, de modo perpétuo, do direito de acalentar ideais próprios de felicidade e bem-estar. Almejava-se que o povo alemão se entregasse, de forma resignada, aos desejos cada vez mais insaciáveis da elite nazista e do seu líder, processo a culminar na aniquilação do sujeito situado entre as massas (Fromm, 2023).

Os horizontes existenciais e os campos de possibilidades do súdito do Terceiro Reich relegado às massas seriam afinados para a perspectiva monolítica de orgulhar-se de si próprio como vassalo que, embora insignificante, contribuiria para o vigor e a glória de organização política a encarnar poder supremo. O prêmio de consolação mórbido do súdito do Terceiro Reich seria a faculdade de reproduzir a hierarquia da opressão, até atingir o nível de coadjuvante do extermínio em escala industrial, notadamente de judeus, além de outras minorias, como ciganos e homossexuais. As massas ditas arianas tinham o dever de submissão ao poder da elite nazista e, ao mesmo tempo, eram incentivadas à subjugação daqueles que seriam a elas hierarquicamente inferiores. Nesse rol de sujeitos a serem subalternizados incluíam-se os povos, as nações e as comunidades étnicas e religiosas que deveriam ser dominadas, exploradas, estigmatizadas, humilhadas e, se fosse o caso, exterminadas. Tal circunstância é ilustrada, de modo cabal, pelo holocausto judaico (Fromm, 2023).

3 SADISMO E MASOQUISMO NA MATRIZ DA COLONIALIDADE E DO CAPITALISMO

Na tessitura brasileira, os repertórios de sadismo e masoquismo imanentes às ideologias de extrema direita são mobilizados dentro da moldura de opressão às existências colonizadas. Na matriz da colonialidade⁵ (típica do Sul Global, em particular da América Latina) é que atuam os mecanismos sadistas e masoquistas empregados pelos grupos da

5 Embora os processos de independência jurídica e política de âmbito nacional, no Sul Global, tenham resultado na extinção formal dos regimes jurídico-políticos do ciclo colonial, remanesce a colonialidade, como manifestação de “modos específicos de exercício de poder”, tanto a “produzir dominação entre corpos e povos”, quanto a “distribuir e naturalizar formas de violência” (Cabral, 2023, p. 28). Cuida-se de “presença tentacular, por vezes sutil, por vezes bruta”, a ressoar, de modo direto, “na formação político-epistemológico-existencial-econômico-religioso-moral de um povo”, seja na micropolítica, seja na macropolítica, à medida que “condiciona afetos, constitui saberes e destitui conhecimentos, produz símbolos e crenças, normatiza comportamentos, produz bens e os distribui segundo [a] sua lógica interna, subjetiva pessoas e coletividades, condiciona a criação e o andamento das instituições sociais etc.” (Cabral, 2023, p. 27-28).

extrema direita brasileira.

Embaixo do epítelo do discurso de extrema direita à primeira vista libertário, moralista, excêntrico, popularesco ou simplório, ocultam-se estratégias racionais e sistêmicas do capitalismo, em especial o financeiro. Em ambiente propício ao autoritarismo conservador de inclinações religiosas e militaristas, o capitalismo consegue manipular, com mais desenvoltura, as massas, para além dos limites da democracia liberal e dos obstáculos enfrentados, no jogo democrático, pelos governos de centro-direita de inspiração neoliberal, a fim de se implementarem reformas neoliberais ou ultraliberais mais radicais, a exemplo da maior facilidade, durante o regime ditatorial do General Augusto Pinochet, para se criar o laboratório latino-americano do neoliberalismo (Alemparte, 2022).

É o reflexo de quadro mais complexo, no qual “o capitalismo, estruturalmente, é potencialmente fascista, porque sempre se lastreia no subconsumo” (Mascaro, 2022, p. 118). Vale dizer: “Sempre há uma crise social, uma crise do consumo, sempre há uma pobreza que gera o esgarçamento social” (Mascaro, 2022, p. 118). O subconsumo é inerente ao percurso histórico do capitalismo. O compromisso do capitalismo não é com o bem-estar social ou a máxima prosperidade de toda a sociedade, e sim com a manutenção e a reposição das diferenças sociais relativas, ainda que, para tanto, tenha de sacrificar os lucros da burguesia (Mascaro, 2022).

Com efeito, observa-se o componente sádico do capitalismo nas situações de pleno emprego, em que políticas públicas de centro-esquerda de inspiração social-democrata, a amainarem os efeitos do neoliberalismo, são sabotadas pelas articulações políticas, de fundo reacionário, de parcela da burguesia. Também é sádico o capitalismo, principalmente o financeiro, ao se valer dessas mobilizações políticas de índole reacionária para empobrecer a classe média e rebaixar, ainda mais, a renda dos pobres. Enquanto isso ocorre, a classe média, dentro da matriz colonial de controle de vidas subalternizadas, mesmo passando a auferir renda mais modesta, “sente-se no paraíso quando em comparação com os mais pobres” (Mascaro, 2022, p. 118).

Por outro lado, o capitalismo revela-se, igualmente, masoquista, ao fulminar a lucratividade de que a própria burguesia usufrui em tais situações de bonança, assim procedendo como meio de sustentar ou restaurar as diferenças sociais relativas a que se refere o jusfilósofo marxista Alysson Leandro Mascaro. Mostra-se, a propósito, emblemática a circunstância de contingente expressivo da burguesia brasileira haver se orgulhado de inflar “um pato de plástico na avenida para ao final não venderem como vendiam no tempo daqueles que eram os ditos inimigos da classe burguesa” (Mascaro, 2022, p. 118). Desse modo, quando predominam, na conjuntura política brasileira, as tonalidades autoritárias da nova extrema direita, com mais vigor age o capitalismo em sua faceta sádica.

Camuflado por intermédio dos grandes grupos de comunicação social e

entretenimento, do empresariado em geral, das redes sociais, da prédica neoliberal e do crescente espectro político e religioso conservador, o capital, nele prevalecendo a vertente financeira do capitalismo, prossegue com o seu projeto global. Iniciado na segunda metade do século XX, esse projeto global, seja em regimes democráticos, seja em regimes autoritários, anela simular consensos, na verdade, artificiais, em torno do caminho neoliberal ou ultraliberal como único percurso coletivo viável de prosperidade econômica, com a pretensão de converter as suas reivindicações em fatos consumados. Em paralelo a esse processo, no Brasil, a exemplo do que acontece nos Estados Unidos, parcela expressiva das massas da primeira metade do século XXI encontra-se desatenta a essa movimentação capitalista e ocupada com pautas de costumes e com a luta contra o comunismo ou o socialismo e a defesa da cristandade. Contempla-se, assim, o desejo sádico do capitalismo, instrumentalizando os movimentos e grupos de extrema direita e potencializando o medo das massas diante de ameaças imaginárias ou hiperbólicas.

Subjugam-se as massas, intensificando-se o processo de flexibilização das leis trabalhistas. Naturaliza-se a precariedade das relações laborais, tanto no setor público quanto no setor privado. Restringem-se as fontes de financiamento das entidades sindicais. Incentiva-se a desregulação e/ou desregulamentação da ordem econômica. Perpetua-se a desindustrialização. Desconstroem-se, de forma paulatina, as redes de proteção inspiradas no Estado do Bem-Estar Social (desidratando-se, no panorama brasileiro, o Sistema Único de Saúde, a Assistência Social e a Seguridade Social). Estabelecem-se restrições indiretas à comunidade acadêmica e científica: na conjuntura brasileira, pela atrofia dos recursos financeiros destinados às instituições de ensino superior, mormente às universidades públicas federais e às agências estatais de fomento à pesquisa. Procedem-se à transferência ao patrimônio privado do máximo de empresas originalmente de capital estatal único ou majoritário. Enquanto se agravam os quadros de desigualdade social e se alarga o contingente de brasileiros defrontados com a ausência de perspectivas concretas de vida digna, as mazelas sociais são atribuídas (exclusivamente) aos males da corrupção deixada pelos governos de centro-esquerda. Os atos de má gestão de governos de extrema direita são creditados ao boicote dos partidos progressistas, a notícias falsas ou exageradas divulgadas pela mídia tradicional e a interesses ocultos, os quais seriam relacionados, entre outros bodes expiatórios, à República Popular da China, ao Foro de São Paulo e ao suposto projeto de fundação da União das Repúblicas Socialistas da América Latina (URSAL).

A face masoquista do capitalismo, mediada pelos movimentos e grupos de extrema direita, é aquela que incute nos oprimidos a mentalidade dos opressores. Perpetua-se a perspectiva colonial nas existências colonizadas, as quais, por sua vez, sabotam os seus próprios direitos e interesses legítimos, em função da passividade e da alienação a que se aclimatam. Esse grau de passividade e alienação se reflete no nível elevado de hostilidade

a qualquer contraponto político, filosófico e ideológico a oferecer alguma proposta de educação e políticas públicas emancipatórias. Tal postura passiva e alienada, que negligencia e contraria os seus próprios direitos e interesses legítimos, é demandada dos adeptos e simpatizantes de grupos de extrema direita, tais quais os fascistas. Essa exigência assume maior intensidade à proporção que o comportamento político a que o seu seguidor se comprometeu a levar adiante “se torna irreconciliável com seus próprios interesses racionais como pessoa privada, bem como com aqueles do grupo ou classe à qual ele atualmente pertence” (Adorno, 2015, p. 166).

4 PSICOLOGIA DAS MULTIDÕES E VIDAS COLONIZADAS

Nas multidões dos atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023, encontravam-se sujeitos com antecedentes criminais e autodenominados influenciadores digitais que, por meio das redes sociais, haviam intencionalmente lucrado com a difusão de *fake news* de extrema direita. Por outro lado, nelas também se encontravam empresários de pequeno porte, trabalhadores, profissionais liberais, aposentados de classe média e donas de casa que, em outros contextos, permaneceriam na sacada do seu apartamento, na varanda da sua casa, ou em frente ao televisor ou à tela do aparelho celular, indiferentes, diante de uma passeata ou outra mobilização popular que estivesse sendo noticiada ou que estivesse acontecendo na vizinhança. Nesse aspecto, assiste razão a Gustave Le Bon (1841-1931) em *A Psicologia das Multidões* (1895):

[...] Pelo simples fato de fazer parte de uma multidão, o homem desce portanto vários graus na escala da civilização. Isolado era talvez um indivíduo culto, na multidão é um instintivo, conseqüentemente um bárbaro. Possui a espontaneidade, a violência, a ferocidade e também os entusiasmos e os heroísmos dos seres primitivos. Aproxima-se deles também por sua facilidade em se deixar impressionar por palavras, imagens e conduzir a atos que lesam seus mais evidentes interesses. O indivíduo na multidão é um grão de areia no meio de outros grãos de areia que o vento agita a seu bel-prazer.⁶ (Le Bon, 2021, p. 36-37)

Ao vandalizarem a Praça dos Três Poderes, em atos gravados por câmeras de segurança, por cinegrafistas das redes de televisão e pelos aparelhos celulares dos demais presentes, aqueles que ali se reuniram graciosamente se expuseram ao risco de responderem por delitos, inclusive contra o Estado Democrático de Direito. Mesmo risco assumido pelos que passaram semanas a fio em acampamentos, incluindo os levantados no Plano Piloto e em frente a unidades das Forças Armadas, sobretudo do Exército Brasileiro, pedindo, em

6 Citação adaptada à Reforma Ortográfica brasileira de 2009.

ilusória “vigília cívica”, a imediata intervenção militar. Em tais demonstrações, manifestava-se o masoquismo de o sujeito desconsiderar o bem-estar próprio e da sua família, no longo prazo, em nome do gozo imediato, ao apelar à violência institucional e grupal. Olvidou-se o risco de destino semelhante ao de políticos brasileiros de destaque na década de 1950 e no início dos anos 1960 que viriam a chancelar o golpe de Estado de 1964 e, mais adiante, sofreriam com o arbítrio do regime ditatorial militarista que inicialmente aplaudiram⁷.

Na contextura dos atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023, os valores cristãos (em que se incluem a fraternidade, a caridade e o amor ao próximo), tão louvados pelos simpatizantes dos movimentos da extrema direita religiosa, cederam lugar à exigência de que as instituições militares federais exercitassem demonstrações de força, sobrepondo-se aos Poderes de Estado e ao Estado Democrático de Direito. Na ambiência golpista, não havia tolerância para a composição política, o diálogo entre partidos de orientação política diversa e soluções de compromisso. Nesse sentido, novamente, mostram-se lúcidas e perenes as palavras de Le Bon:

O autoritarismo e a intolerância constituem para as multidões sentimentos muito claros, que elas suportam tão facilmente quanto os praticam. Respeitam a força e são mediocramente impressionáveis pela bondade, facilmente considerada como uma forma de fraqueza. Suas simpatias jamais se voltam para os mestres indulgentes, mas sim para os tiranos que as dominaram vigorosamente. É sempre a eles que erguem as mais altas estátuas. O déspota deposto só é espezinhado com gosto porque, tendo perdido a força, entra na categoria dos fracos desprezados e não temidos. [...] (Le Bon, 2021, p. 55)

A classe média baixa, os pobres, os trabalhadores precarizados, umbandistas, candomblecistas, homens negros, mulheres negras, homens e mulheres descendentes ou integrantes de povos originários, homossexuais, teoricamente aqueles que mais seriam prejudicados por políticas públicas de extrema direita, por vezes são arrebatados pela prédica religiosa, pelo medo de uma iminente revolução socialista, bem como pela retórica da manutenção da liberdade individual e econômica e de saneamento moral do País. Em meio a essa ambivalência de matriz colonial, parcela desses grupos vulneráveis e minorias apoiou, fervorosamente, candidatos e movimentos de extrema direita e torceu, mediante o repasse de mensagens via, entre outros, o aplicativo *WhatsApp Messenger*, pelo advento de golpe de Estado ou pelo adoecimento e morte do candidato do Partido dos Trabalhadores. Paradoxalmente, no seio de grupos vulneráveis, sob o prisma socioeconômico, étnico, religioso e/ou da orientação sexual e da identidade de gênero, surgem, por vezes, aqueles que, de modo entusiástico, aderem a campanhas por intervenção militar. Apresenta-se,

7 Ilustrativa é a cassação posterior de Adhemar de Barros, Carlos Lacerda e Juscelino Kubitschek (Fraga, 2004).

nessa tessitura, o masoquismo da renúncia a direitos fundamentais e aos interesses do seu próprio grupo vulnerável, à vista do desejo de agasalhar-se sob o pretensioso manto protetor de Estado ditatorial, conservador e militarizado, imaginado como a barreira de contenção à ideologia marxista, à corrupção dos partidos de esquerda e ao caos social e econômico.

As vidas colonizadoras constituem o referencial que orienta as vidas colonizadas, de maneira que o sujeito colonizado constrói para si “um tipo de autocompreensão dotado de pouca valia, de inferioridade e subalternidade” (Cabral, 2021, p. 92) e “almeja reproduzir, onde vê alguma brecha, a vida colonizadora” (Cabral, 2021, p. 92). Consiste em um processo em que o sujeito oprimido, na conjuntura da matriz colonial do Brasil, da América Latina e do Sul Global, “naturaliza o status quo opressor” (Cabral, 2021, p. 92): mesmo “que assuma uma postura fatalista, quando pode, repete os modos de ser dos/das opressores/opressoras”, convolvendo-se em “sub-opressor/sub-opressora” (Cabral, 2021, p. 92). Trata-se de existência cindida, em que nele se reside, de forma simultânea, “ele/ela e o outro (opressor/opressora)” (Cabral, 2021, p. 92), à medida que aquele oprimido, na dinâmica da sua existência, realiza espécie de “introjeção” de quem o oprime. Na matriz da colonialidade, as vidas colonizadas se adequam “aos modos de ser, pensar, sentir, desejar, trabalhar que lhes são violentamente impostos pela colonialidade” (Cabral, 2021, p. 93), já que as existências colonizadas “não podem ser heterogêneas” (Cabral, 2021, p. 93). É o fenômeno do “sequestro da heterogeneidade (alteridade, outridade)” (Cabral, 2021, p. 93). As existências colonizadas são compelidas a se ajustar “a formas de existência, que são impostas, caso desejem sobreviver” (Cabral, 2021, p. 93), isto é, há “o cultivo de modos adaptativos de existência” (Cabral, 2021, p. 93).

O masoquismo também se exprime na escolha de aderir, sem reflexão cuidadosa, por automatismo deliberado, à plêiade de notícias falsas difundidas pelos grupos de extrema direita nas redes sociais e de preferir conferir ares de racionalidade à irracionalidade das *fake news*⁸, em detrimento da análise crítica. É o masoquismo de permitir a si mesmo ser conduzido por grupos que militam contra os seus próprios interesses, como cidadão, em fuga ilusória da angústia provocada pelos questionamentos e incertezas que florescem quando o sujeito sopesa valores e pondera argumentos em tensão dialética, compara fontes de informação e indaga da sua própria condição humana em meio aos atravessamentos dos campos sociais, econômicos, políticos, axiológicos, normativos e culturais.

O percurso existencial masoquista é contrário, portanto, ao caminho que se trilha

8 Aqui cabe a ressalva de que a propaganda levada a efeito por grupos de extrema direita ventila irracionalidade a serviço de uma racionalidade: “Sabemos muito bem que a propaganda fascista, com toda a sua lógica enviesada e distorções fantásticas, é conscientemente planejada e organizada. Se ela deve ser chamada de irracional, então é uma irracionalidade aplicada, mais do que uma espontânea, um tipo de psicotécnica remanescente do efeito calculado, conspícuo na maior parte das apresentações da cultura de massa de hoje, tal como em filmes e transmissões radiofônicas” (Adorno, 2015, p. 143-144).

quando se exerce a tutela da própria existência, ao se assenhorar da sua autonomia para escolher os rumos do seu projeto existencial, sem se vincular à chancela automática de determinados grupos, movimentos e instituições, assumindo-se como ser-no-mundo que se lança à mundanidade sem a garantia de que os valores e as crenças que hoje abraça continuarão fazendo sentido para si no devir. Com efeito, na compreensão psicanalítica de Theodor W. Adorno (1903-1969) – assim como Fromm, importante teórico da primeira geração da chamada Escola de Frankfurt⁹ –, a ideologia fascista estabelece mecanismos de controle social que expropriam o inconsciente, “em vez de tornar os sujeitos conscientes do seu inconsciente” (Adorno, 2015, p. 187), e perpetuam a dependência dos sujeitos no tocante “às leis heterônomas do inconsciente” (Adorno, 2015, p. 187), deixando de se emancipar delas, o que lhes permitiria realizarem a sua “potencial liberdade” (Adorno, 2015, p. 187).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na tessitura brasileira, os repertórios de sadismo e masoquismo imanentes às ideologias de extrema direita são mobilizados dentro da moldura de opressão às existências colonizadas. Na matriz da colonialidade (típica do Sul Global, em particular da América Latina) é que atuam os mecanismos sadistas e masoquistas empregados pelos grupos da extrema direita brasileira. Embaixo do epitélio do discurso de extrema direita à primeira vista libertário, moralista, excêntrico, popularesco ou simplório, ocultam-se estratégias racionais e sistêmicas do capitalismo, em especial o financeiro. Em ambiente propício ao autoritarismo conservador de inclinações religiosas e militaristas, implementam-se reformas neoliberais ou ultraliberais mais radicais, ao se manipularem, com maior desenvoltura, as massas, para além dos limites da democracia liberal e dos obstáculos enfrentados, no jogo democrático, pelos governos de centro-direita de inspiração neoliberal.

O componente sádico do capitalismo se observa até nas situações de pleno emprego, haja vista que, mesmo em tais conjunturas econômicas auspiciosas, as políticas públicas de centro-esquerda de inspiração social-democrata, a amainarem os efeitos do neoliberalismo, são sabotadas pelas articulações políticas, de fundo reacionário, de parcela da burguesia. Também se evidencia a presença do componente sádico quando o capitalismo, principalmente o financeiro, vale-se dessas mobilizações políticas de índole reacionária para empobrecer a classe média e rebaixar, ainda mais, a renda dos pobres. Enquanto esse processo ocorre, a classe média, dentro da matriz colonial de controle de vidas subalternizadas, ainda que passando a auferir renda mais modesta, enxerga-se em

⁹ Alusão aos renomados intelectuais adeptos da perspectiva crítica de análise sociológica e filosófica e vinculados ao Instituto para Pesquisa Social da Universidade de Frankfurt (Mascaro, 2022).

situação mais benéfica que os pobres e miseráveis. Por outro lado, o capitalismo revela-se, igualmente, masoquista, ao fulminar a lucratividade de que a própria burguesia usufrui em situações de bonança, assim procedendo como meio de sustentar ou restaurar as diferenças sociais relativas.

O desejo sádico do capitalismo, instrumentalizando os movimentos e grupos de extrema direita, para subjugar as massas, manifesta-se nestes fenômenos: (a) intensifica-se o processo de flexibilização das leis trabalhistas; (b) naturaliza-se a precariedade das relações laborais, tanto no setor público quanto no setor privado; (c) restringem-se as fontes de financiamento das entidades sindicais; (d) procede-se à desregulação e/ou desregulamentação da ordem econômica; (e) perpetua-se a desindustrialização; (f) desconstroem-se, de forma paulatina, as redes de proteção inspiradas no Estado do Bem-Estar Social (desidratando-se, no panorama brasileiro, o Sistema Único de Saúde, a Assistência Social e a Seguridade Social); (g) estabelecem-se restrições indiretas à comunidade acadêmica e científica (na conjuntura brasileira, pela atrofia dos recursos financeiros destinados às instituições de ensino superior, mormente às universidades públicas federais e às agências estatais de fomento à pesquisa); (h) e prossegue-se com a transferência ao patrimônio privado do máximo de empresas originalmente de capital estatal único ou majoritário.

Já a face masoquista do capitalismo, mediada pelos movimentos e grupos de extrema direita, é aquela que incute nos oprimidos a mentalidade dos opressores e perpetua a perspectiva colonial nas existências colonizadas. Essas existências colonizadas, por sua vez, sabotam os seus próprios direitos e interesses legítimos, tamanho o nível de passividade e alienação a que se aclimatam, a se refletir no grau de hostilidade a qualquer contraponto político, filosófico e ideológico que possa oferecer alguma proposta de educação e políticas públicas emancipatórias. Tal postura passiva e alienada, que negligencia e contraria os seus próprios direitos e interesses legítimos, é demandada dos adeptos e simpatizantes de grupos de extrema direita, tais quais os fascistas, à proporção que o comportamento político a que os seus seguidores se comprometeram a levar adiante vai se mostrando cada vez mais incompatível com os seus próprios interesses e os de sua classe.

Ao vandalizarem a Praça dos Três Poderes, em atos gravados por câmeras de segurança, por cinegrafistas das redes de televisão e pelos aparelhos celulares dos demais presentes, aqueles que ali se reuniram graciosamente se expuseram ao risco de responderem por delitos, inclusive contra o Estado Democrático de Direito. Igual risco assumiram os que passaram semanas a fio em acampamentos, incluindo os levantados no Plano Piloto e em frente a unidades das Forças Armadas, sobretudo do Exército Brasileiro, a pedirem, em ilusória “vigília cívica”, a imediata intervenção militar. Lá se manifestava o masoquismo de o sujeito desconsiderar o bem-estar próprio e da sua família, no longo prazo, em nome do gozo imediato, ao apelar à violência institucional e grupal.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. **Ensaio sobre psicologia social e psicanálise**. São Paulo: Unesp, 2015.

ALEMPARTE, Benjamin. Towards a theory of neoliberal constitutionalism: Addressing Chile's first constitution-making laboratory. **Global Constitutionalism**, Cambridge, v. 11, n. 1, p. 83-109, Mar. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S2045381721000058>. Acesso em: 22 jul. 2023.

CABRAL, Alexandre Marques. **Compaixão e revolta: sobre sofrimentos e corpos vulneráveis no mundo da iniquidade**. Rio de Janeiro: Via Verita, 2021. (Coleção Afetos)

CABRAL, Alexandre Marques. **Topologias do não-ser: discutindo (sub) ontologia e colonialidade com Nelson Maldonado-Torres**. Rio de Janeiro: Via Verita, 2023.

DEURZEN, Emmy van; ADAMS, Martin. **Skills in Existential Counseling & Psychotherapy**. 2nd. ed. London: SAGE, 2016.

FRAGA, Plínio. Líderes políticos a favor do golpe de 64 ganharam, mas não levaram. **Folha de São Paulo**, Caderno Brasil, São Paulo, 1 abr. 2004. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0104200427.htm>. Acesso em: 15 jul. 2023.

FROMM, Erich. **Anatomia da destrutividade humana**. Tradução de Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. (Biblioteca de Ciências Sociais)

FROMM, Erich. **Medo da liberdade**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Edições 70, 2023.

LE BON, Gustave. **Psicologia das multidões**. Tradução de Mariana Sérvulo da Cunha. 3. ed. 3. tirag. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica do fascismo**. São Paulo: Boitempo, 2022.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em 12.11.2023. Aceito em: 28.12.2023
--

O SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO E A NOVA PERSPECTIVA DA VALORAÇÃO DOS ELEMENTOS INVESTIGATIVOS PRÉ-PROCESSUAIS

The accusatory penal system and the new perspective of the valuation of pre-trial investigative elements

Allan Thiago Barbosa Arakaki¹

RESUMO

O presente artigo objetiva cuidar da valoração dos elementos investigativos pré-processuais, buscando identificar se, diante do sistema acusatório brasileiro, justifica-se o ajuizamento e prosseguimento de ações penais, amparadas no princípio *in dubio pro societate*, ainda que o procedimento investigativo não possuísse indícios suficientes para a condenação. Realiza-se, para tanto, uma pesquisa de revisão bibliográfica, sendo que o método empregado é o dedutivo em razão de ser o mais didático à pretensão deste trabalho. Sob tal aspecto, inicia-se a abordagem pelo sistema acusatório brasileiro, buscando diferenciá-lo do sistema inquisitorial. Após, ingressa-se na análise da valoração dos elementos investigativos pré-processuais, o que seria aplicável aos procedimentos investigativos policiais ou do próprio Ministério Público. Por derradeiro, resta enfrentada a questão proposta para análise, procurando-se demarcar se o princípio *in dubio societate* endossaria ou não o ajuizamento e prosseguimento de ações penais, quando os próprios elementos inquisitoriais não fossem, ainda que abstratamente, aptos à condenação. O referencial teórico empregado é a Análise Econômica do Direito, posto que auxilia a inserção de uma visão mais utilitarista e consequencialista no funcionamento da Justiça Criminal, atendendo à pretensão desta pesquisa.

ABSTRACT

This article aims to take care of the valuation of pre-procedural investigative elements, seeking to identify whether the filing and continuation of criminal actions, supported by the principle in dubio pro societate, is justified in the face of the Brazilian adversarial system, even if the investigative procedure did not have sufficient evidence for conviction. For this purpose, a bibliographical review research is carried out, making use of the deductive method, as it is the most didactic for the purpose of this work. In this regard, the approach begins with the Brazilian adversarial system, seeking to differentiate it from the inquisitorial system. Afterwards, the analysis of the valuation of pre-procedural investigative elements begins, an analysis which would be applicable to police investigative procedures or those of the Public Prosecutor's Office itself. Lastly, the issue proposed for analysis remains to be faced, seeking to demarcate whether or not the principle in dubio societate would endorse the filing and continuation of criminal actions, when the inquisitorial elements themselves were not, even abstractly, capable of condemnation. The theoretical reference used is Law and Economics because it helps the insertion of a more utilitarian and consequentialist vision in the functioning of Criminal Justice, meeting the intention of this research.

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Marília. Master em Fundamentos da Responsabilidade Civil pela Universitat de Girona/ES. Pós-graduado em Direito Público pela Uniderp/Anhanguera e em Ciências Criminais e Segurança Pública pelo CERS. Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. ORCID ID: 0000-0001-7105-8371. E-mail: allanarakaki@hotmail.com.

Palavras-chave: sistema acusatório, inquérito policial, procedimento investigativo criminal, Análise Econômica do Direito.

Keywords: *accusatory system, police inquiry, criminal investigative procedure, Law and Economics.*

Sumário: 1. Introdução. 2. O sistema penal acusatório brasileiro. 3. A valoração dos elementos investigativos pré-processuais. 4. A imprescindibilidade de revisão dos elementos investigativos pelo viés acusatório e constitucional. 5. Conclusão. Referências.

Summary: 1. Introduction. 2. The Brazilian accusatory penal system. 3. The valuation of pre-processual investigative elements. 4. The necessity of reviewing investigative elements from an accusatory and constitutional perspective. 5. Conclusion. References.

1 INTRODUÇÃO

A avaliação dos elementos investigativos e das provas judiciais é um assunto de fundamental importância, uma vez que é a partir desse filtro que o Poder Judiciário decide se o indivíduo será absolvido ou condenado, devendo, para tanto, haver a respectiva fundamentação. Dessa maneira, compreender a dinâmica de valoração de elementos pré-processuais, colhidos na fase policial ou ministerial, é importante e um assunto atual, eis que impacta o funcionamento da própria Justiça Criminal.

A partir dessa premissa, o presente artigo objetiva cuidar da valoração dos elementos investigativos pré-processuais, identificando se, diante do sistema acusatório brasileiro, justificar-se-ia o ajuizamento e prosseguimento de ações penais, amparadas no princípio *in dubio pro societate*, ainda que o procedimento investigativo não possuísse indícios suficientes para a condenação ao final.

Realiza-se, para tanto, uma pesquisa de revisão bibliográfica, sendo que o método empregado é o dedutivo em razão de ser o mais didático à pretensão deste trabalho. Considerando que o método dedutivo parte de uma premissa geral até se chegar a um ponto concreto e específico, aquele é adequado para atingir a finalidade desta pesquisa, motivo pelo qual se justifica o seu uso.

Sob tal aspecto, inicia-se aqui a abordagem pelo sistema acusatório brasileiro, buscando diferenciá-lo do sistema inquisitorial. Após, ingressa-se na análise da valoração dos elementos investigativos pré-processuais, o que seria aplicável aos procedimentos investigativos policiais ou do próprio Ministério Público, para avaliar o cabimento ou não da propositura da ação penal.

Por derradeiro, resta enfrentada a questão proposta para análise, procurando-se demarcar se o princípio *in dubio societate* endossaria ou não o ajuizamento e prosseguimento de ações penais, quando os próprios elementos inquisitoriais não fossem, ainda que abstratamente, aptos à condenação. O referencial teórico empregado é a Análise Econômica do Direito, utilizando-se aqui principalmente a noção de eficiência econômica de Pareto.

2 O SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO BRASILEIRO

O sistema acusatório possui raízes seculares, surgindo no contexto jurídico grego e romano, na Antiguidade (VASCONCELLOS, 2015, p. 190). Figuram como suas características nodais: a) dissociação do papel entre acusador e julgador, b) oralidade, c) publicidade, d) presunção de inocência, e) existência do contraditório, f) prisão processual como exceção (LYRA, 1975, p. 104). Gustavo Badaró (2013, p. 27) assevera que, nesse período ainda, havia os julgamentos no formato de tribunais populares, com base na valoração íntima da prova, sem motivação.

Avançando no contexto histórico, Vinícius Gomes de Vasconcellos (2015, p. 190) esclarece que o sistema inquisitorial possui como fonte histórica o período do fortalecimento do direito canônico e do Estado, diante do colapso do Império romano, ganhando mais espaço na Inquisição Católica durante a Idade Média. Embora inicialmente tenha sido previsto como exceção, as nuances inquisitoriais tiveram grande ascensão no período da Inquisição.

O sistema penal inquisitorial, nesse ponto, permite ao juiz a função de julgar e acusar, dotando-o de uma postura ativa e inquisidora, rechaça o contraditório, chancela a busca da verdade real e a própria prisão, antes mesmo de qualquer condenação penal (BADARÓ, 2013, p. 28). As características do sistema penal inquisitorial impõem uma submissão do investigado ao próprio poder punitivo estatal, dentro do qual a função dos agentes processuais, principalmente a do juiz, restaria confusa.

Na marcha histórica ainda emergiu um sistema novo a partir do Código Processual Penal francês, datado de 1808, cindindo as fases de investigação e de júizo (KHALED JÚNIOR, 2010, p. 300), ou seja, com feição mista. Pelo sistema misto, haveria uma miscelânea entre as características pertencentes ao sistema acusatório e inquisitório (BORGES, 2013, p. 149). Haveria uma fase prévia com característica inquisitorial e outra ulterior, processual e acusatória, na qual se dividiriam as funções dos agentes processuais, incidindo ainda o contraditório (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 85).

O sistema processual penal brasileiro, datado de 1941, sofreu grande influência do período fascista, na linha do Codice Rocco italiano, de 1930, tendo por norte o sistema inquisitorial, consoante rememora Jacinto Coutinho (2009, p. 110). Sucede que, embora com inegável influência inquisitorial, os processualistas penais concluem que o sistema processual penal brasileiro alinhou-se ao sistema misto, posto que previu uma fase pré-processual ou inquisitorial e outra processual penal, refratando características do sistema acusatório (KHALED JÚNIOR, 2010, p. 300).

Apesar dessa distinção de fases, uma procedimental e outra processual, o fato é que persistiu uma confusão sistêmica entre elas, havendo uma investigação preliminar

com nítidos contornos inquisitoriais e uma fase processual com feições ora acusatória, ora inquisitória (LIMA, 1989, p. 75). Essa bivalência, sem contornos definidos, deflui de diversas disposições do sistema processual penal.

Cite-se, a título meramente exemplificativo, o art. 28 do CPP, antes da alteração da Lei n. 13.964/19, ao permitir ao magistrado julgar o mérito da causa, ainda que ele tivesse remetido o inquérito policial ao Procurador-Geral de Justiça, discordando do arquivamento inicial. No mesmo contexto, pode ser mencionado o art. 385 do CPP, possibilitando ao magistrado condenar o denunciado, ainda que o Ministério Público tivesse pedido a absolvição daquele.

Apesar de a Lei n. 13.964/19 ter feito alterações de relevo no sistema processual penal, uma delas deixando expressa a feição acusatória do processo penal, acrescentando-a no art. 3º-A no CPP, mediante a vedação da iniciativa probatória do magistrado, a mudança foi aquém do necessário, criando um centauro. De fato, se, por um lado, previu-se expressamente o sistema acusatório no âmbito processual penal, incluindo o juiz de garantias e a modificação do arquivamento dos elementos investigativos, em outro vértice, deixaram-se disposições retrógradas e incompatíveis com a nova ótica desenhada.

Não faz sentido o sistema acusatório, construído e aplicado paulatinamente no Brasil, coexistir com normas como as do art. 385 do CPP, denotando que as mudanças da Lei n. 13.964/19 foram muito aquém do que era necessário. Para piorar, houve a judicialização de modificações importantes, promovidas pela Lei n. 13.964/19, por intermédio da ADI 6.928, 6.300 e 6.305, cujo julgamento encontra pendente no Supremo Tribunal Federal, inclusive, quanto à extensão do art. 3º-A, no CPP, o que tornou o quadrante mais inseguro.

Conforme apontado, embora a doutrina informasse que o sistema processual penal se alinhasse ao sistema misto, deve ele ser guinado ao sistema acusatório, porquanto essa mudança de visão decorre da própria imposição da Carta Constitucional de 1988. Em outras palavras, a feição de um processo penal acusatório decorre da própria compreensão constitucional.

O papel central dos direitos e garantias fundamentais, destacando a proteção à intimidade e privacidade, ao lar (art. 5º, X, XI), o princípio da personalidade (art. 5º, XLV), a excepcionalidade da prisão processual (art. 5º, LXVI), aponta um eixo de um sistema processual penal acusatório. O próprio princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX), enquanto principal pilar do garantismo penal (FERRAJOLI, 2010, p. 90-91), denota que o sistema processual penal, à luz da Carta Constitucional de 1988, deve ser acusatório.

A compreensão do sistema penal, divorciado de uma leitura constitucional, guardava coerência com o período autoritário em que foi formulado o Estatuto Processual Penal, o que, contudo, não pode permanecer atualmente. O universo constitucional, inaugurado pela Constituição Cidadã brasileira, de fato, não pode guardar eco com a manutenção de

uma visão maniqueísta e filha de um momento histórico ditatorial

A Carta Constitucional de 1988 e o próprio movimento de Constitucionalização do Direito, tendo por pilares da dignidade da pessoa humana, a proteção aos direitos e garantias fundamentais e a força normativa da Constituição, inauguraram uma nova dinâmica que se espalha, máxime, em relação à ótica do sistema processual penal, conforme rememora Luís Roberto Barroso (2013, p. 269-288).

O fato de ser uma imposição constitucional os contornos de um sistema penal e processual penal garantista e acusatório não significa, porém, cancelar ou incentivar a impunidade. Ao contrário disso, a feição acusatória e garantista do sistema penal e processual penal guarda relação na ideia de que o poder punitivo estatal deve sim existir e ser exercido, contudo, devem ser respeitados os caminhos para tanto. Equivale, em outras palavras, o indivíduo perante o qual se exerce o poder punitivo estatal possui direitos, os quais não podem ser solapados pelo próprio Estado.

3 A VALORAÇÃO DOS ELEMENTOS INVESTIGATIVOS PRÉ-PROCESSUAIS

Analisada a feição do sistema processual penal, mostra oportuno focar na valoração dos elementos investigativos colhidos na fase pré-processual. Estes, apesar de serem dispensáveis, na forma do art. 12 do CPP, não endossam o ajuizamento de qualquer ação penal, independentemente da existência de elementos mínimos que tragam indícios de materialidade e autoria.

Isso porque é necessária a presença de um lastro probatório mínimo para justificar o ajuizamento da ação penal, conforme impõe o art. 395, III, do CPP. Em outras palavras, é imprescindível o mínimo de existência de indicativos quanto à infração penal para justificar a deflagração da fase processual, conforme destacam Afrânio Silva Jardim (2007, p. 97) e Paulo Rangel (2013, p. 281).

A bem da verdade, a justa causa, como elemento fundamental para o ajuizamento da ação penal, refrataria uma das condições da ação, mais especificamente o interesse de agir no binômico adequação-necessidade (MOURA, 2001, p. 221). A justa causa, enfim, alberga os pressupostos da ação e a própria condição da ação (NUCCI, 2013, p. 779), o que denota a sua importância, impedindo arbitrariedades. Aliás, figura como crime o início à persecução penal sem justa causa fundamentada ou contra indivíduo sabidamente inocente (art. 30 da Lei n. 13.869/19).

Nessa circunstância, o princípio *in dubio pro societate*, cuja natureza principiológica é questionável (LIMA, 2017, p. 1154), guarda extrema intimidade com o sistema inquisitorial, originado no bojo deste, consoante destaca Catharina Fernandez (2018, p. 37). Por intermédio daquele, possibilita-se iniciar marchas processuais e prosseguimento de ações

penais, ainda que sem elementos para tanto, sob o argumento de que no processo penal as provas poderiam ser obtidas. Tal concepção foi de grande serventia principalmente para justificar o funcionamento de sistema jurídicos autoritários ao longo da história, como no fascismo e no nazismo.

No Brasil, apesar de as nuances processuais estarem alinhadas a um sistema misto, consolidou-se equivocadamente o princípio *in dubio pro societate* como uma ferramenta que, em igual sentir, legitima a deflagração da marcha processual em caso de dúvida. De forma totalmente contraditória, apesar de haver previsão expressa de que a justa causa é necessária para a ação penal, franqueou-se a flexibilização, em sentido contrário, para admitir o início da marcha processual em caso de dúvida.

Sob a égide do *in dubio pro societate*, acaso os elementos investigativos fossem deficientes ou, ainda que estes não fossem aptos a ensejar, em uma análise sumária e prospectiva, a possibilidade de condenação ulterior, seria, ainda assim, possível o processamento da ação penal. Arvora-se tal ótica equivocadamente no princípio da obrigatoriedade da ação penal e em uma possibilidade de a fase processual representar um novo marco probatório, possibilitando uma atuação livre e infinita, o que permitiria a produção de provas, a princípio, inexistentes à época dos elementos pré-processuais.

Essa dinâmica clássica e, evidentemente, dissociada do art. 5º, LVII, da CF/88, na realidade, chancela abusos, uma vez que permite a deflagração da fase processual penal, sendo que, ao final, não há chance de condenação, ainda que se repita o padrão de elementos pré-processuais hauridos na fase precedente, seja por inquérito policial, seja por procedimentos investigativos, dentre outros. Ao falso argumento de que se defende um interesse da sociedade, na dúvida, impõe-se uma espada de Dâmocles para que o investigado suporte as agruras processuais, sem sequer haver, na verdade, a própria justa causa (ARAKAKI; RIBEIRO, 2022, p. 72).

Ora, se houvesse a justa causa, isto é, o mínimo de elementos que justificasse ao Estado-acusador movimentar a máquina, não seria o caso nem de se falar do princípio *in dubio pro societate*. Embora seja teratológica e discrepante de um sistema garantista e acusatório, a perenização do absurdo tem legitimado a deflagração de inúmeras ações penais, sob a ótica equivocada de que não seria necessário para o ajuizamento da ação penal, haurir elementos pré-processuais plenamente aptos a permitir a condenação, ainda que de forma prospectiva.

Essa dinâmica canhestra vem se mostrando contraproducente, devendo ser empregado um viés mais consequencialista ao assunto, como sugere a própria Análise Econômica do Direito, ao propor uma visão conjugada entre Direito e Economia, mediante a observância das vantagens e desvantagens de determinada medida (ARAKAKI; RIBEIRO, 2022, p. 72). Não impõe ela apenas uma perspectiva de análise aritmética, mas sim de uma dinâmica

maior, sobretudo, para se chegar à ilação se determinado ponto é ou não eficiente.

Richard Posner (2010, p. 138) advertia que a eficiência não se encontraria divorciada dos “princípios éticos correntes: utilidade, liberdade e igualdade”, sendo que a “maximização da riqueza não é a única concepção do bom ou do justo que influenciou o direito”. Ronald Coase (2016, p. 115) também asseverava a imprescindibilidade de a eficiência defluir de um cenário em que os custos sejam menores do que os resultados visados. Dessa forma, a eficiência é pedra fundamental na Análise Econômica do Direito.

Sob esse signo, a eficiência pode ser compreendida na lógica de Pareto, mediante a qual a melhora da condição de um agente não prejudica os demais. A eficiência de Pareto acarreta a melhora da situação/vantagem a todos os envolvidos, consoante lecionam Antônio Porto e Nuno Garoupa (2022, p. 64). Nesse aspecto, ao se analisar os elementos pré-processuais, seria imprescindível se ter em mente que a deficiência deles (-1) geraria um inquestionável pedido de arquivamento, sendo clarividente o abuso na deflagração da fase processual.

Agora, em igual sentir, para se atingir a eficiência de Pareto, seria adequado o arquivamento também em um cenário em que a coleta de elementos pré-processuais não permita uma condenação na fase processual penal porvindoura, ainda que em uma análise prospectiva. No caso do resultado neutro (zero) do filtro dos elementos pré-processuais, inexistiria a justa causa para a ação penal. Caberia, nessa perspectiva, questionar se se repetissem os elementos pré-processuais na fase da ação penal, estes seriam o suficiente ou não para a emissão de um decreto condenatório.

Acaso a resposta seja não, obviamente, o arquivamento justificar-se-ia, exceto em casos pontuais e excepcionalíssimos. Remanesceriam, para o processamento, enfim, apenas os elementos pré-processuais que endossem, a princípio, uma condenação efetiva ao final, com resultado prospectivo positivo (+1). Não se cuida aqui de um exercício reprodutivo da fase inquisitorial, o que feriria o art. 155, caput, do CPP, mas sim de uma visão prognóstica das possibilidades factíveis a partir dos elementos pré-processuais.

Tal visão, encampando uma linha prognóstica e consequencialista, encontra alinhada aos ditames de um processo acusatório e garantista e, ao mesmo tempo, propõe uma maior otimização da máquina judicial, motivo pelo qual soa evidente a imprescindibilidade de sua adoção.

4 A IMPRESCINDIBILIDADE DE REVISÃO DOS ELEMENTOS INVESTIGATIVOS PELO VIÉS ACUSATÓRIO E CONSTITUCIONAL

O viés constitucional, ao impor um sistema acusatório e garantista, exige que os elementos investigativos pré-processuais, neles inseridos aqueles decorrentes de inquéritos

policiais, termos circunstanciados e procedimentos investigativos criminais, sejam analisados de uma maneira mais detida. A alegação da análise perfunctória e sumária dos elementos investigativos, por si só, não franqueia a deflagração de ações penais mambembes.

A propósito, ao diferenciar constitucionalização simbólica e legislação simbólica, Marcelo Neves (2013, p. 68) aponta que a primeira é mais grave do que a segunda, porquanto esta fica adstrita a domínios e temas específicos ao passo que aquela influencia uma perspectiva difusa que se dissemina a partir da deficiência constitucional. Pontua aquele autor (2013, p. 68): “[...] a Constituição apresenta-se como metalinguagem normativa em relação a todas as normas infraconstitucionais [...] Caso não seja construída normatividade constitucional suficiente durante o processo de concretização, a legislação ordinária como linguagem-objeto fica prejudicada em sua normatividade”.

Inegável, dessa maneira, que o sistema acusatório e garantista na ótica processual penal impõe, por coerência, uma análise mais prospectiva, ainda que em sede sumária. Esse filtro de valoração prospectivo deve decorrer de uma concepção acusatória e garantista que encontra guarida constitucional e, para além disso, encampa um enfoque consequencialista, coerente com a Análise Econômica do Direito. Este se propõe a conjugar uma visão conjugada entre a Economia e o Direito.

Trazem-se, dessa maneira, as premissas utilitaristas da Economia e a influência desta nas decisões jurídicas. Parte aquele referencial teórico da premissa de que o Direito não sobrevive hermeticamente em uma realidade paralela, sendo que muitos dos impulsionamentos e da ação dos agentes decorrem nitidamente de estímulos e desestímulos, geralmente situados no plexo da Economia. Essa visão plural e realista torna importante a Análise Econômica do Direito, posto que não se busca a edificação de uma doutrina apartada, porém, sim do que é real e concreto.

Ao se migrar o filtro da Análise Econômica do Direito à Justiça Criminal, é nítida a pertinência da temática, uma vez que adere visões mais práticas à Justiça Criminal e como é possível racionalizar sua eficiência. Logicamente essa racionalização da eficiência não ocorre por meio do comprometimento do próprio resultado. Assim sendo, a verificação das ferramentas existentes e o resultado último, que é a prestação da atividade jurisdicional, resguardando o sistema garantista, devem ser devidamente delimitados.

Nesse sentido, por intermédio da Análise Econômica do Direito, é nítida a necessidade de se extirpar a perspectiva retrógrada do princípio *in dubio pro societate* quanto aos elementos investigativos pré-processuais. De fato, considerando que ao órgão acusatório, ocorre a preclusão consumativa quanto ao rol testemunhal, não faz o mínimo de sentido deflagrar a fase processual penal se não existirem elementos maduros aptos a justificar eventual condenação penal ao final.

Não se ignora que a análise que se faz é sumária, quanto aos elementos pré-

processuais, e exauriente às provas processuais. Sucede, contudo, que é fato que, se desde a fase pré-processual os elementos investigativos, sejam eles decorrentes de inquérito policial, termos de ocorrência e procedimentos investigativos, não são aptos à condenação, não se justifica iniciar a fase processual penal.

O regime de preclusão a que se sujeitam corretamente às partes processuais, dentro do processo penal, não permitirá, evidentemente, um panorama probatório diverso do que já havia quando da análise dos elementos pré-processuais, exceto em casos especiais e pontuais. Assim sendo, sob o crivo até mesmo da Análise Econômica do Direito, o arquivamento desses elementos inquisitoriais é a solução jurídica mais correta, implicando igualmente uma eficiência de gestão administrativa.

Com efeito, não adianta esperar por soluções miraculosas e reclamar apenas do atual sistema processual penal, das falhas estruturais, da falta de profissionais nas instituições de justiça, dentre outros pontos. O resultado que se percebe atualmente é um número exorbitante de processos criminais em trâmite, movimentando uma estrutura altamente custosa. Além disso, o número de inquéritos policiais em trâmite nas unidades policiais também não é de se ignorar. Somem-se a isso os procedimentos investigativos criminais a cargo do Ministério Público.

Por outro lado, apenas ofertar os recursos humanos para diminuir a deficiência de profissionais, por si só, não resolverá o problema que é estrutural e complexo. Esperar o cenário perfeito para se encampar providências utilitaristas, evidentemente, nunca ocorrerá, razão pela qual, além do fundamento constitucional, é preciso adotar ferramentas que busquem equacionar o imbróglio existente.

Sob o ângulo da Análise Econômica do Direito, logicamente, atingir-se-ia a eficiência de Pareto ao se promover uma visualização constitucionalizada, ou seja, acusatória e garantista, dos elementos pré-processuais ou investigativos. Eliminar-se-iam expedientes extrajudiciais, inquéritos policiais, procedimentos investigativos, que não tenham perspectiva de condenação ao final. Para tanto, é necessário aos agentes estatais se adaptar ao seu real papel constitucional; não assumir um ônus messiânico que não possuem.

Ao Delegado de Polícia cabe depurar a ocorrência das infrações penais, inserindo, inclusive, nos procedimentos investigativos a seu cargo, elementos defensivos, desde que pertinentes à elucidação do episódio nos inquéritos policiais, entendimento este compatível ao próprio art. 54, §1º, a, in fine, do Estatuto de Roma. De igual forma, cabe ao Ministério Público não acusar deliberadamente os investigados, mas sim fazê-lo nos casos em que houver efetivamente a justa causa (art. 395, III, CPP).

Acreditar que seria possível ao órgão ministerial movimentar a máquina estatal, ao argumento do princípio *in dubio societate*, ou que miraculosamente sobreviria uma prova ao curso da instrução que serviria para corrigir a deficiência probatória anterior, implica

um divórcio ilógico de um sistema penal garantista e acusatório. Isso porque franquearia, nessas hipóteses, a utilização de processos criminais e de investigações como meio de macular a honra objetiva do investigado, causando mais uma reprimenda moral do que jurídica.

Ao final da instrução processual natimorta, com a absolvição do investigado, ainda que por insuficiência de provas, nada lhe seria reparado. Simplesmente aquele sofreria as agruras processuais e, ao fim, a honra que lhe foi maculada, inclusive, não raramente pela imprensa, ficaria lesada, sem qualquer reparação. Na linha de um sistema penal garantista e acusatório, sem prejuízo do enfoque da Análise Econômica do Direito, é necessário afastar, em definitivo, o princípio *in dubio pro societate* quando do filtro dos elementos investigativos para a oferta da ação penal.

Se não há, ainda que em uma análise sumária, elementos na fase pré-processual que, acaso refratados em prova, na fase processual, sejam suficientes para condenação, o caso é de arquivamento do caderno inquisitorial, seja ele inquérito policial, seja termo circunstanciado de ocorrência, seja procedimento investigativo criminal. Não há justa causa se os elementos inquisitoriais não permitem, ainda que convertidos em uma análise prognóstica na fase processual, condenação.

Longe de ser exercício de futurologia, a proposta trazida propõe um funcionamento racional da valoração probatória, que também se coaduna com a Análise Econômica do Direito. A lógica do sistema de preclusão a que se sujeita o órgão ministerial, ao receber os elementos inquisitoriais, devendo arrolar suas testemunhas já na denúncia e indicar as demais provas pertinentes, mostra que o arquivamento daqueles é de rigor acaso não haja espaço ou haja dúvida para sustentar eventual condenação.

O pensamento pueril de que, durante a ação penal, apareça uma prova inexistente anteriormente e que se possa utilizá-la é incompatível com o sistema acusatório e garantista, uma vez que pressuporia que o magistrado pudesse usá-la de antemão. Nesse passo, necessário destacar que cada vez mais, e com razão, a atividade do magistrado, dentro do processo penal, deve ser pontual, não podendo ele se substituir ao titular da ação penal na produção de provas e muito menos, ao argumento da busca da verdade, relativizar ou catapultar a lógica de preclusões.

O titular da ação penal, por sua vez, sujeita-se, consoante declinado, a um regime de preclusões. Ademais, a atividade probatória na fase da ação penal, ainda que para o titular da ação penal, não é livre. Ao contrário disso, é ela sujeita a regras e imposições que propiciem uma limitação, principalmente, na acusação a ser feita pelo Estado/Ministério Público, e no julgamento a ser empreendido pelo Estado/magistrado, como meio de frear o jus puniendi. Dessa maneira, a proposta aqui defendida não se confunde com um exercício de futurologia, mas traz sim uma análise garantista e acusatória do próprio sistema criminal.

Situações que inspirem dúvidas, portanto, quanto à autoria delitiva, materialidade e até mesmo dinâmica do fato devem ser arquivadas. Cite-se, a título meramente exemplificativo, uma infração penal em que haja versões opostas somente dos envolvidos (vítima e investigado) ou da própria vítima somente. Seria possível condenar acaso de mantivesse esse panorama probatório? Seria possível a condenação no dissenso entre a palavra da vítima em desfavor do investigado ou apenas da palavra da própria vítima? Óbvio, que não.

Não se ignora que, em certas infrações penais, em razão de sua especificidade, a palavra da vítima assume especial relevo, contudo, isso não significa que se autoriza a condenação penal apenas lastreada na versão da vítima, sem outros elementos. Se houver outros elementos, por seu turno, estes devem estar na fase pré-processual, como, por exemplo, o exame de corpo de delito. Veja-se, enfim, que não há qualquer justificativa para não se promover uma análise constitucional dos elementos investigativos.

A eficiência econômica, por sua vez, frise-se, não se cinge aos recursos financeiros apenas. É uma grande ilusão acreditar que movimentando uma máquina onerosa e cara, como o Estado, em procedimentos investigativos e ações penais natimortas, promover-se-ia uma pacificação social. Ao contrário disso, perde-se o tempo útil e recursos humanos e financeiros em investigações mambembes, deixando outras, mais promissoras muitas vezes, ao relento. Evidentemente que essa compreensão de eficiência e economia, entre os benefícios e desvantagens, deve ser mensurada.

O Estado nunca conseguirá investigar, processar e punir todas as infrações penais (FARIA, 2022, p. 152). A própria Análise Econômica aplicada no Direito Penal parte da premissa de uma faixa de infrações que, por diversos motivos, o ente estatal não conseguirá investigar, processar e punir, posto que não é onisciente e onipotente, consoante destaca Renato de Faria (2022, p. 152). A realidade sobre a qual o Estado atua, seja ele investigador, acusador ou juiz, é apenas formal e depende de reconstrução probatória e da interpretação desta; não é ela presumível (MITTERMAYER, 1909, p. 79).

Acreditar que apenas o preenchimento dos quadros de pessoal supriria a questão do excesso de investigações nas unidades policiais e no funcionamento do Ministério Público, do Poder Judiciário, é reverberar uma solução cândida. Nessa perspectiva, é necessário se mudar a maneira como se vem lidando com os elementos investigativos, promovendo, de antemão, uma projeção prospectiva em caso de eventual manejo de ação penal, para aí defluir se é viável arquivar o expediente extrajudicial ou deflagrar a fase processual.

Essa economicidade vai além de satisfazer o interesse do próprio investigado. Na realidade, a impressão da linha acusatória e garantista atinge o interesse social. Atende essa ideia ainda os interesses das próprias instituições, posto que possibilita que estas se dediquem a demais questões que realmente demandem uma análise mais acurada. A

imprescindibilidade de racionalizar o funcionamento das instituições perpassa pela análise dos elementos investigativos.

O caos decorrente do excesso de expedientes investigativos e de ferramentas processuais, sem o mínimo racionamento da máquina, ou seja, sem incorporar um filtro mais elaborado da análise dos elementos pré-processuais, franqueia um solapamento maior dos direitos da sociedade. O funcionamento da máquina estatal, sobretudo, dentro do sistema penal acusatório, necessita de urgente racionalização, máxime em uma sociedade altamente litigante.

Não há dúvidas de que os institutos de justiça penal consensual buscam conciliar os desafios da jurisdição nos tempos atuais, porém, é preciso não olvidar a densidade axiológica de um sistema acusatório e garantista, decorrente da própria vocação constitucional. Tal visão merece e deve ser assimilada na análise dos elementos pré-processuais, pois se trata do norte da própria Constituição Federal de 1988.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz de um sistema processual penal garantista e acusatório mister se faz catapultar o princípio do *in dubio pro societate*, mediante o qual vem chancelando a deflagração da fase da ação penal de forma deficiente e sem perspectiva de condenação ao final. Diante de um processo que funciona com regime de preclusão e de forma racional e estruturado, é falaciosa a ideia de que o cenário de dúvida, na análise dos elementos pré-processuais, justificaria a instauração de um processo penal.

Os interesses da sociedade não são satisfeitos na movimentação de uma estrutura estatal cara para, ao final, chegar-se a processos penais que poderiam – e deveriam – ter sido extirpados na fase pré-processual. A utilização das agruras do processo penal para penalizar investigados não é democrática e nem compatível ao processo penal acusatório e garantista. Não há defesa da sociedade em um cenário de movimentação da máquina estatal se, em uma perspectiva prognóstica, os elementos pré-processuais hauridos não permitem a condenação.

O cotejo dos elementos pré-processuais neutros (zero) deve implicar igualmente arquivamento em razão de ausência de justa causa, como inquestionavelmente ocorre em quadrantes em que os elementos pré-processuais refratam ausência completa de justa causa (-1). Assim sendo, apenas seria legítima a movimentação da máquina estatal, com a deflagração da fase processual, acaso os elementos pré-processuais propiciem, em um filtro prognóstico, o contexto de condenação, ou seja, promovem um quadro positivo (+1).

Essa ideia encampa nitidamente a premissa da eficiência econômica de Pareto, uma vez que todos os envolvidos, acaso se adotasse essa ótica constitucional e garantista,

ganhariam, racionalizando o funcionamento da própria máquina pública. Não faz qualquer lógica sequer falar do princípio *in dubio pro societate* em um sistema processual penal garantista e acusatório. A dúvida, ainda que no cotejo de elementos pré-processuais, jamais pode ser interpretada em desfavor do investigado.

Nenhuma sociedade é beneficiada no processamento de inocentes, os quais, independentemente do fundamento da absolvição, não podem ser constrangidos em razão da dúvida. Admitir o quadro de movimentação da marcha processual em cenários duvidosos somente pereniza abusos, seja pelo ajuizamento de ações penais mambembes, seja pela manutenção de inúmeros procedimentos investigativos sem futuro. É necessário se racionalizar o funcionamento da máquina estatal, tanto do Estado-investigador, como do Estado-acusador e do Estado-julgador.

Para tanto, uma melhor compreensão e a incorporação de filtro dos elementos pré-processuais são imprescindíveis. Identificar e realizar uma análise prognóstica dos elementos colhidos na fase investigativa implica racionalizar o funcionamento da própria máquina, permitindo otimizá-la. De nada adianta propor reformas para a gestão e funcionamento das instituições de justiça, enquanto, havendo ferramentas, houver uma negativa de se aplicá-las a pretexto de um discurso moralista. É necessário, enfim, que as instituições de justiça volvam os olhos à sua real vocação constitucional.

REFERÊNCIAS

ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa; RIBEIRO, Maria de Fátima. A Análise Econômica do Direito e seus impactos na (in)aplicação do princípio *in dubio pro societate*. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 24, n. 47, p. 65-78, jan./jun., 2022. Disponível em: https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/47/artigos/artigo04.pdf?v=47. Acesso em: 23 ago. 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 104, a. 21, p. 147-171, set./out., 2013.

CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro**. Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. vol. 1.

- COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, a. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set., 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>. Acesso em: 23 ago. 2023.
- FARIA, Renato de. **Teoria econômica do crime**. Florianópolis: Habitus, 2022.
- FERNANDEZ, Catharina Maria Tourinho. **A inaplicabilidade do in dubio pro societate na decisão de pronúncia**. Salvador, 2018. 69 p. Monografia (Curso de Direito), UFBA
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- KHALED JR., S. H. O Sistema Processual Penal brasileiro acusatório, misto ou inquisitório? **Civitas: Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293–308, 2010. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6513>. Acesso em 23 ago. 2023.
- LYRA, Roberto. **Direito penal normativo**. Rio de Janeiro: José Kofino Editor, 1975.
- LIMA, Roberto Kant de. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 10, p. 65-84, 1989.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor J. Ribeiro dos Santos, 1909.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal**. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, 2001. vol. 5.
- NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. In CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (coord.). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67-74.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12. ed. São Paulo: RT, 2013.
- PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA. **Curso de Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2022.
- POSNER, Richard A. **Economia da justiça**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. O “sistema acusatório” do processo penal brasileiro: apontamentos acerca do conteúdo da acusatoriedade a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 47, p. 181-204, jul./dez, 2015. Acesso em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo08n47.pdf>. Disponível em: 23 ago. 2023.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 30.08.2023 Aceito em: 17.11.2023
--

IMPACTOS DA ASCENSÃO DOS MOVIMENTOS DE EXTREMA-DIREITA NOS DIREITOS HUMANOS DO BRASIL

Impacts of the rise of extreme-right movements on human rights in Brazil

Weila de Castro Escobar¹

Camila Porciúncula²

RESUMO

A partir do discurso de posse do ex-presidente Jair Messias Bolsonaro, no qual ele aborda a “distorção dos direitos humanos” e a “desconstrução da família”, o presente estudo busca analisar a ascensão dos movimentos de extrema-direita no Brasil à luz da obra póstuma “Retrotopia” de Zygmunt Bauman. A ideia central é a de que a construção retórica dos direitos humanos transcende o aspecto regulamentar, manifestando-se em contextos práticos que impactam indivíduos e cenários reais. Esta análise centra-se em três áreas específicas, a saber: Direitos de Grupos Vulneráveis, Políticas Públicas e Independência de Instituições Democráticas.

Palavras-chave: Direitos humanos, retrotopia, extrema-direita, diplomacia.

ABSTRACT

Based on the inauguration speech of former President Jair Messias Bolsonaro, in which he addresses the “distortion of human rights” and the “deconstruction of the family”, this study seeks to analyze the rise of far-right movements in Brazil in the light of the posthumous work “Retrotopia” by Zygmunt Bauman. The central idea is that the rhetorical construction of human rights transcends the regulatory aspect, manifesting itself in practical contexts that impact individuals and real scenarios. This analysis focuses on three specific areas, namely: Rights of Vulnerable Groups, Public Policies and Independence of Democratic Institutions.

Keywords: Human rights, retrotopia, extreme right, diplomacy

Sumário: 1. Introdução. 2. Movimentos da extrema direita e o contraste com a democracia brasileira. 3. A “retrotopia” de Bauman e a ascensão da extrema direita no Brasil. 4. Ameaças aos direitos de grupos vulneráveis e impactos governamentais nas áreas específicas. 5. Considerações finais. Referências.

Summary: 1. Introduction. 2. Extreme right-wing movements and the contrast with Brazilian democracy. 3. Bauman’s “retrotopia” and the rise of the far right in Brazil. 4. Threats to the rights of vulnerable groups and government impacts in specific areas. 5. Final considerations. References.

1 Mestranda em Direitos Humanos na Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Graduada em Direito pela Universidade Anhanguera Uniderp, Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho. ORCID:0009-0002-6793-8119. E-mail: weila_castro@hotmail.

2 Mestranda em Direitos Humanos. Pós-Graduada em Direito Público. Graduada em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Juíza Substituta do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Orcid: 0009-0001-6172-3654. advcamilaporciuncula@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Assinala Oliveira (2007, p. 362) que a reflexão sobre os direitos humanos conduz, necessariamente, “à análise de sua relação com o próprio homem, seu destinatário” e no plano histórico, “busca-se a justificação dos valores naquilo que representam ao homem, que lhe possibilitem o desenvolvimento da personalidade, da convivência pacífica e da solidariedade social”.

Não é sem razão que o primeiro parágrafo do Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, afirma que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” e, conforme delineado no artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a implementação plena desses direitos requer uma equipe multidisciplinar comprometida em todo o processo, envolvendo, inclusive, a intervenção direta da comunidade.

Observa-se uma crescente inserção do tema dos Direitos Humanos no cotidiano coletivo, destacando-se como um conjunto de normas fundamentais que favorecem a convivência social. Essas normas, gestadas ao longo do tempo pelas sociedades humanas, estão intrinsecamente relacionadas à noção da pessoa e sua dignidade, consideradas elementos únicos e constitutivos da própria humanidade.

Além disso, é inegável que, mais do que que partidos políticos ou movimentos sociais, a defesa dos Direitos Humanos emerge como uma bandeira amplamente aceita internacionalmente, especialmente em conformidade com a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU). Trata-se diretamente dos direitos de todos os cidadãos, sem qualquer forma ou gênero de discriminação.

O objetivo central do estudo é, à luz da obra “Retrotopia” de Zygmunt Bauman (2017), examinar os impactos do governo Bolsonaro nos Direitos Humanos, contextualizando com a ascensão dos movimentos de extrema direita no país. A pesquisa propõe uma análise crítica e embasada dos efeitos dessa ascensão sobre os Direitos Humanos. Para facilitar essa análise, o estudo será dividido em seções que abordarão questões específicas, culminando em conclusões gerais que contribuam para a compreensão dos impactos e implicações na sociedade brasileira. Busca realizar uma análise concisa sobre democracia, direitos humanos e política em solo pátrio. A metodologia adotada envolveu uma abordagem dedutiva exploratória, descritiva, com análise documental e bibliográfica.

Ao longo do estudo, buscar-se-á destacar como a “Retrotopia” de Bauman se assemelha a essas pautas. A busca por soluções em um passado idealizado, por meio do saudosismo à Ditadura Militar brasileira, revela-se, assim como o retorno à violência através da exaltação da violência policial contra os pobres. O tribalismo permeia diversas questões,

desde a luta contra o “comunismo” até o “patriotismo” e os preconceitos religiosos, raciais e de orientação sexual. A defesa do capitalismo desregulamentado manifesta a volta à desigualdade, enquanto a crítica às políticas assistencialistas estatais reflete a ênfase na individualidade.

O ideal de uma cultura dos Direitos Humanos requer outras estratégias, como a educação, capaz de reforçar os valores e os elementos constitutivos da dignidade do ser humano e o meio democrático, para um melhor convívio social. Para o desenvolvimento do tema, a análise centra-se em três áreas específicas, a saber: Direitos de Grupos Vulneráveis, Políticas Públicas e Independência de Instituições Democráticas.

2 MOVIMENTOS DA EXTREMA DIREITA E O CONTRASTE COM A DEMOCRACIA BRASILEIRA

Em 2018, com maioria absoluta de votos no segundo turno, Jair Messias Bolsonaro é eleito presidente do Brasil. No início do ano seguinte (2019), assumiu o poder reafirmando as principais promessas de campanha. A vitória de Bolsonaro causou “surpresa” a diversos segmentos sociais e políticos. Entretanto, candidatos com características semelhantes, de perfil populista-autoritário e ideologia nacionalista, ganharam eleições em outras partes do globo. Nas Filipinas, Rodrigo Duterte em 2016; nos EUA, Donald Trump em 2016; na Hungria, Viktor Orbán em 2018 (reeleição); no Reino Unido, Boris Johnson em 2019; na Polónia, Andrzej Duda em 2020 (reeleição), entre outros. Isso sugere que, no mínimo, no Brasil não seria algo assim tão improvável de ocorrer.

Em alusão ao conceito de “autoritarismo populista”, utilizamos a análise de Mounk (2019) para compreender uma nova realidade em que as interações entre governo e população são caracterizadas por exclusão, em contraste com formas mais convencionais de populismo. Isso inclui a resiliência do próprio conceito de povo, que é uma categoria fundamental no populismo, como destacou Mounk (2019), ao explicar o aparente paradoxo da hostilidade do povo em relação à democracia. Além disso, visa explicar processos nos quais, apesar de o povo ser considerado uma categoria fundamental no populismo, ele, na prática, se encontra subjugado à dominação dos governos populistas, que buscam a anulação de seus direitos. Enquanto o populismo tradicional era concebido como uma integração do povo, nas formas mais recentes observamos uma espécie de “integração” destrutiva de seus direitos. A ascensão dos movimentos de extrema-direita, a partir do bolsonarismo, pode estar associada a medidas que restrinjam as liberdades individuais e os direitos civis. Isso pode incluir restrições à liberdade de expressão, manifestação e associação, com potenciais impactos negativos na participação democrática e na diversidade de opiniões. A pesquisa propõe uma reflexão sobre como a retórica dos direitos humanos

se manifesta para além do aspecto regulamentar, influenciando ações práticas e políticas no cenário brasileiro contemporâneo.

3 A “RETROTOPIA” DE BAUMAN E A ASCENSÃO DA EXTREMA DIREITA NO BRASIL

Num ponto de partida, propõe uma reflexão breve, mas comparativa, trazendo à tona os estudos do sociólogo e filósofo polonês Zygmunt Bauman, que deixou um legado marcante no Século XXI, especialmente através de sua obra final, “Retrotopia”. Neste livro, Bauman aborda a virada cultural das décadas de 1990, caracterizada pela proliferação de termos iniciados por “re” (reformulações, remisturas, reciclagens, revivalismos, regressos, recuperações, remakes, reedições, retrospectivas), evidenciando uma espécie de paralisia, na qual a opção parecia ser um retorno melancólico ao passado, mesmo que a fé no progresso persistisse (BAUMAN, 2017).

No entanto, na última década, esse otimismo declinou à medida que as dúvidas sobre um futuro melhor que o presente se instauraram. Bauman concebe a “retrotopia” como um derivado do segundo grau de negação, a negação da negação da utopia, não necessariamente um desejo de retornar a um modo de vida anterior, mas sim a um status quo imaginado por meio de “memorização seletiva, entrelaçada a esquecimentos seletivos” (BAUMAN, 2017, p. 12).

As fases da “retrotopia”, conforme delineadas por Bauman, exploram o retorno à violência, ao tribalismo, à desigualdade e à individualização. Estas fases são espelhadas na ascensão de movimentos de extrema direita no Brasil, manifestadas em pleitos como a “intervenção militar,” a exaltação da Ditadura Militar, a negação do racismo e a aversão à diversidade sexual.

A reverência à Ditadura Militar brasileira, como exemplificado na exaltação de movimentos de extrema direita, reflete a busca por soluções em um passado idealizado, destacando-se como um dos elementos característicos dessa corrente política. A glorificação da violência policial contra os pobres, por sua vez, remete ao retorno à violência, um dos pilares identificados por Bauman em sua análise retrotopista.

O tribalismo, intrinsecamente ligado à busca por identidade e pertencimento, permeia diversas questões na ascensão da extrema direita, desde a luta contra o “comunismo” até a ênfase no “patriotismo” e nos preconceitos religiosos, raciais e de orientação sexual. Esses elementos, identificados por Bauman como características da “Retrotopia,” manifestam-se claramente nos movimentos e pautas que ganharam destaque no cenário político brasileiro.

A defesa do capitalismo desregulamentado, delineada como um retorno à desigualdade, encontra eco nas narrativas propagadas pela extrema direita, que frequentemente destacam

a valorização da livre iniciativa e a minimização da intervenção estatal. Por fim, a crítica às políticas assistencialistas estatais reflete a ênfase na individualidade, conforme identificado por Bauman em sua análise.

A obra de Bauman ressoa na realidade brasileira desde os protestos de 2013, nos quais um número crescente de pessoas trouxe à tona pautas do passado ausentes nos debates políticos há anos. A figura de Jair Bolsonaro, outrora desconsiderada, emergiu como um ícone dessa ascensão, representando ideais da extrema direita.

A trajetória de Bolsonaro, desde suas origens contestadoras na década de 1980 até sua eleição em 2018, evidencia como suas ideias, inicialmente marginalizadas, ganharam simpatia nas redes sociais saturadas de propaganda da extrema direita. Seu discurso conservador, focado em temas como a família tradicional, a valorização do livre mercado e a negação de pautas progressistas, alinhou-se com as demandas do movimento de extrema direita, culminando em sua eleição presidencial. Dessa forma, a “Retrotopia” de Bauman emerge como uma lente analítica crucial para entender a conexão entre a busca nostálgica pelo passado e a ascensão da extrema direita no contexto político brasileiro.

4 AMEAÇAS AOS DIREITOS DE GRUPOS VULNERÁVEIS E IMPACTOS GOVERNAMENTAIS NAS ÁREAS ESPECÍFICAS

A ascensão dos movimentos de extrema-direita no Brasil tem gerado desafios substanciais para grupos historicamente vulneráveis, marcando uma preocupante tendência de ameaças aos seus direitos fundamentais. Este fenômeno se manifesta por meio de diversas frentes, englobando políticas governamentais, discursos públicos e ações que impactam diretamente comunidades específicas.

Movimentos de extrema-direita muitas vezes perpetuam estigmas e discriminação contra grupos étnicos minoritários, tais como, comunidade LGBTQIAPN+, comunidades marginalizadas, indígenas e mulheres. Políticas que negligenciam suas necessidades específicas, aliadas a discursos xenófobos e nacionalistas, contribuem para a marginalização dessas comunidades, comprometendo seu direito à igualdade e respeito à diversidade cultural.

Quando do encerramento do mandato de Michel Temer, estava em funcionamento o Ministério dos Direitos Humanos, sendo que o cargo de ministro era ocupado pelo jurista Gustavo do Vale Rocha. Com a posse de Jair Bolsonaro em 1/1/2019, o órgão passou a ser chamado de Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, conforme a Medida Provisória 870 (BRASIL, 2019), posteriormente convertida na Lei 13.844/2019 (BRASIL, 2019). A chefia do Ministério foi atribuída a Damare Alves, pastora conhecida por suas oposições contrárias aos direitos da população LGBTQI+.

Dentro da estrutura do órgão foi mantido o Conselho Nacional de Combate à Discriminação, conforme se verifica no artigo 44, XI, da Medida Provisória 870 (BRASIL, 2019). Este Conselho, por sua vez, tinha por finalidade formular e propor diretrizes de ação governamental, em âmbito nacional, voltadas para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT, conforme o Decreto 7.388/2010 (BRASIL, 2010). Porém, em 11/4/2019, o Governo Bolsonaro extinguiu vários órgãos colegiados do Poder Executivo Federal, dentre eles o Conselho Nacional de Combate à Discriminação. Em 28/6/2019 o órgão foi recriado para consulta, assessoramento, estudo, articulação e colaboração do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos nas questões relativas à proteção dos direitos de indivíduos e grupos sociais afetados por discriminação e intolerância, conforme Decreto 9.883/2019 (BRASIL, 2019). Como se nota, este último Decreto (BRASIL, 2019) não trouxe qualquer menção ao combate ao preconceito por orientação sexual, fazendo com que no âmbito do Poder Executivo Federal deixasse de existir um órgão colegiado especializado na temática.

Outro órgão que, durante o Governo Bolsonaro, deixou de existir, foi o Departamento de Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. O órgão existia na estrutura do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, conforme constava no artigo 2º do Decreto 10.174/2019 (BRASIL, 2019). Entretanto, em dezembro de 2021, foi editado o Decreto 10.883/2021 (BRASIL, 2021), que previu o Departamento de Proteção de Direitos de Minorias Sociais e Populações em Situações de Risco, órgão que abrangia o desenvolvimento de políticas para LGBTQI+ em conjunto com outras áreas.

Ou seja, havia um órgão específico para tratamento da temática relativa aos direitos da população LGBTQI+, o que deixou de existir. Por fim, estava prevista a realização da 4ª Conferência Nacional de Políticas Públicas de Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - LGBT, conforme Decreto 9.453/2018 (BRASIL, 2018). A realização do evento, entretanto, foi cancelada pelo Governo Bolsonaro, com a edição do Decreto 10.346/2020 (BRASIL, 2020).

A negligência de necessidades específicas, as políticas governamentais influenciadas pela extrema-direita podem negligenciar as necessidades específicas de minorias étnicas. Isso inclui a falta de programas sociais direcionados, acesso restrito a serviços essenciais e a ausência de políticas que promovam a inclusão e a igualdade para essas comunidades, aprofundando assim as disparidades existentes.

A retórica e as políticas da extrema-direita muitas vezes estão associadas a decisões que agravam as desigualdades socioeconômicas entre diferentes grupos étnicos. Cortes em investimentos em áreas como educação, saúde e emprego afetam de maneira desproporcional minorias étnicas, contribuindo para um ciclo de desvantagem e marginalização.

O enfrentamento desses desafios demanda a necessidade de conscientização e diálogo construtivo. Educação sobre diversidade, promoção da tolerância e a criação de espaços para discussões interculturais são fundamentais para combater o preconceito e construir uma sociedade mais inclusiva. (GOMES, 2023).

Portanto, a compreensão e abordagem dessas questões são cruciais para garantir que a ascensão da extrema-direita não resulte em retrocessos nos avanços conquistados em termos de igualdade e respeito às minorias étnicas no Brasil. A promoção de políticas inclusivas e o fortalecimento de mecanismos de proteção são passos essenciais para preservar os direitos fundamentais dessas comunidades diante desses desafios.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intervenção eficaz nas políticas públicas é crucial para garantir que as decisões governamentais reflitam as necessidades e aspirações da sociedade como um todo. No contexto dos direitos humanos, essa intervenção é ainda mais significativa, pois visa proteger e promover os princípios fundamentais de dignidade, igualdade e justiça. Este artigo conclui destacando a importância de fortalecer os mecanismos de participação da sociedade civil, superar desafios e criar oportunidades para uma intervenção mais eficaz e coletiva nas políticas públicas no Brasil.

O estudo sobre os impactos da ascensão dos movimentos de extrema-direita nos direitos humanos do Brasil revela uma complexidade de desafios que demandam uma reflexão profunda e ação efetiva. Ao analisar a retórica e as práticas associadas a esses movimentos, ancorados na obra póstuma de Zygmunt Bauman, torna-se evidente que a construção retórica dos direitos humanos vai além do âmbito regulamentar, manifestando-se em consequências práticas que afetam grupos vulneráveis e a sociedade como um todo.

A “retrotopia” proposta por Bauman oferece uma lente analítica valiosa para compreender a conexão entre a busca nostálgica pelo passado e a ascensão da extrema direita no Brasil. O retorno à violência, o tribalismo, a desigualdade e a ênfase na individualidade, identificados por Bauman, encontram ressonância nas políticas e discursos adotados pelos movimentos de extrema-direita, liderados pelo governo Bolsonaro.

A análise específica das ameaças aos direitos de grupos vulneráveis, como a comunidade LGBTQIAPN+, comunidades marginalizadas, indígenas e mulheres, revela uma tendência preocupante. A extinção de órgãos e políticas específicas para esses grupos, associada à retórica discriminatória, contribui para a marginalização e a violação de direitos fundamentais. A negligência das necessidades específicas dessas comunidades e as políticas governamentais influenciadas pela extrema-direita agravam as disparidades existentes, aprofundando as desigualdades socioeconômicas.

A extinção de órgãos como o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e o Departamento de Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais evidencia uma mudança no enfoque governamental, deixando lacunas na promoção e proteção dos direitos desses grupos. O cancelamento da 4ª Conferência Nacional de Políticas Públicas de Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais representa um retrocesso no diálogo e na promoção da diversidade.

Diante desses desafios, é imperativo promover a conscientização, o diálogo construtivo e a defesa de políticas inclusivas. A educação sobre diversidade, a promoção da tolerância e o estabelecimento de espaços para discussões interculturais são fundamentais para combater o preconceito e construir uma sociedade mais inclusiva. A resistência a retrocessos nos avanços conquistados em termos de igualdade e respeito às minorias étnicas exige a implementação de políticas que fortaleçam os mecanismos de proteção e promovam a equidade.

Em última análise, a compreensão aprofundada dos impactos da ascensão dos movimentos de extrema-direita nos direitos humanos no Brasil é essencial para a construção de uma sociedade justa, igualitária e respeitosa com a diversidade. O desafio está em promover mudanças que assegurem o pleno respeito aos direitos fundamentais, mesmo em um contexto político permeado por retrotopias e desafios à consolidação democrática.

REFERÊNCIAS

ANISTIA internacional lista 32 violações de direitos humanos e retrocessos nos mil dias do governo Bolsonaro. **Portal g1**, 24 set 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2021/09/24/anistia-internacional-lista-32-violacoes-de-direitos-humanos-e-retrocessos-nos-mil-dias-do-governo-bolsonaro.ghtml>. Acessado em 11/07/2023.

BRASIL se abstém em votação na ONU contra discriminação de mulheres e meninas. **Folha de São Paulo**, 17 jul. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/07/brasil-se-abstem-em-votacao-na-onu-contradiscriminacao-demulheres-e-meninas.shtml>. Acessado em 10/09/2023.

BRASIL. **Decreto 7.388/2010**. Dispõe sobre a composição, estruturação, competências e funcionamento do Conselho Nacional de Combate à Discriminação - CNCD. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7388.htm. Acessado em 10/09/2023.

BRASIL. **Decreto 9.453/2018**. Convoca a 4ª Conferência Nacional de Políticas Públicas de Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - LGBT.

Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9453.htm. Acessado em 10/09/2023.

BRASIL. **Decreto 9.883/2019**. Dispõe sobre o Conselho Nacional de Combate à Discriminação. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9883.htm. Acessado em 10/09/2023.

BRASIL. **Decreto 10.174/2019**. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, remaneja cargos em comissão e funções de confiança e transforma cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS e Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10174.htm. Acessado em 15/07/2023.

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

BAUMAN, Zygmunt. **Retrotopia**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei 5452/1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acessado em: 10/052023.

GOMES, Nilma Lino. Estudos e pesquisas sobre educação, raça, gênero, e diversidade sexual. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 44, e275110, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/ES.275110>.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

6 MOMENTOS do discurso de Bolsonaro na ONU. **BBC News Brasil**, 20 set 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-62971985>. Acessado em 10/09/2023.

OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. Norberto Bobbio: teoria política e direitos humanos. **Rev. Filos.**, v. 19, n. 25, p. 361-372, jul./dez. 2007

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 27.09.2023 Aceito em: 16.12.2023
--

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A NATUREZA DA PRISÃO: CONSIDERAÇÕES PONTUAIS NO ÂMBITO NACIONAL E ESTADUAL

Custody hearing and the types of prison: specific considerations about national and regional scenarios

Marcus Vinicius de Oliveira Elias¹

Milena Moraes Lima²

RESUMO

Trata dos textos legais internacionais, nacionais e regionais embaixadores da audiência de custódia, como forma de preservar a integridade física e psíquica dos que se encontrem cautelarmente custodiados pelo Estado. Adotou-se o método descritivo e exploratório quanto ao objetivo, qualitativo quanto à abordagem, e bibliográfico quanto ao procedimento, cuja base teórica calca-se na literatura especializada sobre o tema. Como resultado, verificou-se que o Brasil, por meio da audiência de custódia, tendo como norte os Pactos Internacionais, a Constituição Federal, o Pacote Anticrime, as Resoluções do Conselho Nacional de Justiça e os Provimentos do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, propiciou aos custodiados cautelarmente um tratamento mais próximo da dignidade da pessoa humana, pois são vistos como sujeitos de direitos. No entanto, mesmo após o reconhecimento normativo, há um longo caminho a ser percorrido pelo Estado até a efetivação da audiência de custódia, pois são diversos os obstáculos enfrentados no dia a dia para concretização dos direitos legalmente previstos. Há necessidade de adequação dos mecanismos práticos estatais, qualificação dos servidores e disponibilização dos meios materiais para tanto. Quanto à ampliação das prisões às quais é aplicada a audiência, verificou-se uma sucessiva edição de

ABSTRACT

It refers to the international, national, and regional law that underlie the custody hearing, as a way of preserving the physical and psychological integrity of those who are in custody of the State. A descriptive and exploratory method was adopted regarding the objective, qualitative regarding the approach, and bibliographic regarding the procedure, whose theoretical basis is based on the specialized literature on the subject. As a result, it was found that Brazil, through custody hearings, based on the International Covenants, the Federal Constitution, the Anti-Crime Package, the Resolutions of the National Council of Justice and of the Court of Justice of the State of Mato Grosso do Sul, provided those in custody a treatment closer to the dignity of the human person, because they are seen as subjects of rights. However, even after normative recognition, there is a long way for the State to make custody hearings a reality, as there are several obstacles on a day-to-day basis for the realization of the legally foreseen rights. There is a need to adapt state practical mechanisms, the qualification of public servants and availability of material means for this purpose. As for the expansion of the type of prisons to which the hearing is applied, there was a successive edition of superimposed normative acts, aiming to make hearings a reality, but also to adapt the legal provisions to practical day-to-day life. However, there is a need to

1 Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Estado de Mato Grosso do Sul. Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. ORCID ID: 0000-0002-8435-6551. e-mail: marcus.elias@tjms.jus.br

2 Mestra em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Servidora no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. ORCID ID: 0000-0002-2375-1398. E-mail: mi_mlima@hotmail.com

atos normativos sobrepostos, visando efetivar sua realização, mas também adequar as previsões legais à realidade prática do dia a dia. No entanto, há necessidade de atualização das normativas, alinhando a prática forense ao que foi decidido pelo STF na Reclamação 29303, bem como de investimentos no aparato estatal para viabilização da aplicabilidade de tais normas.

update regulations, aligning forensic practice with what was decided by the STF in the Complaint 29303, as well as investments in the state apparatus to enable the applicability of such standards.

Keywords: *Complaint 2903, Human Rights, State's Law, Mato Grosso do Sul.*

Palavras-chave: Reclamação 2903, Direitos Humanos, Legislação Estadual, Mato Grosso do Sul.

Sumário: 1 Introdução. 2 O embasamento normativo da audiência de custódia. 2.1 A audiência de custódia no âmbito do TJMS. 3. Questões controvertidas sobre a audiência de custódia: a natureza das prisões. 4 Considerações finais. Referências.

Summary: *1 Introduction. 2 The normative basis of the custody hearing. 2.1 The custody hearing under the TJMS. 3. Controversial issues regarding custody hearings: the nature of detentions. 4 Final considerations. References.*

1 INTRODUÇÃO

A dinamicidade das culturas transforma constantemente a sociedade mundial, com mais razão hodiernamente diante do fenômeno da globalização que permite maior entrelaçamento entre povos culturalmente e legalmente distintos, notadamente pelo advento de pactos, tratados e convenções que asseguram novos direitos com o fito de garantir a dignidade da pessoa humana em amplos aspectos. Logo, esses novos direitos não mais ficam adstritos ao espaço territorial de cada país, mas espraiam-se além das fronteiras, cujas aplicações se respaldam no pluralismo jurídico. Por isso, é premente que o direito seja ajustado às novas formas de convivência social e que o Poder Judiciário possa ter condições materiais e humanas para agasalhar tais direitos.

Ao lado dos pactos, tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, destaca-se a Constituição Federal de 1988, que traz robusta carga axiológica, permitindo extensa atividade interpretativa, visando estabelecer o diálogo entre a ordem jurídica positivada e a transmutação recorrente da sociedade.

Nesse contexto, a implementação da audiência de custódia no Brasil a partir de 2016 modificou o tratamento dispensado às pessoas presas em flagrante e por outras determinações judiciais cautelares, pois são sujeitos de direitos, encontrando-se protegidas pelos princípios da presunção da inocência, da não culpabilidade e da dignidade da pessoa humana.

Portanto, na busca pela efetividade do novo paradigma e contra a aplicação demasiada e injustificada de conversões de prisão em flagrante em preventiva ou de

outras determinações judiciais de prisões cautelares, emergem: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e o Pacto Internacional de São José da Costa Rica de 1969, que determinam a apresentação da pessoa presa sem demora à autoridade judicial ou outra autorizada por lei a exercer as funções judiciais; o inciso LXII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que determina que a prisão seja comunicada imediatamente ao juiz competente e a família da pessoa custodiada; a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que acrescentou o parágrafo 3º ao inciso LXXVIII do artigo 5º, no sentido de que tratados e convenções sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais, desde que aprovados pelo rito das emendas; a Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, em vigor desde 1º fevereiro de 2016, que tratou da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial em 24 horas; o artigo 310 do Código de Processo Penal, com a nova redação Lei 13.964/19, que instituiu na legislação infraconstitucional a audiência de custódia a ser realizada em 24h da prisão em flagrante; e, em sede Estadual, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, regulamentou o tema por meio do Provimento n. 352, de 1º de outubro de 2015, e por meio do Provimento 464, de 12 de fevereiro de 2020, instituiu a Coordenadoria de Audiência de Custódia para que sejam observados pelo juízo uma série de requisitos envolvendo o ato.

O objetivo do estudo do presente estudo é perpassar pelo conteúdo das normas nacionais e estaduais acerca dos direitos da pessoa presa em flagrante ou decorrente de outra ordem cautelar, e a forma de implementá-los por meio da audiência de custódia, utilizando-se de uma revisão bibliográfica.

Importante destacar que não se pretende exaurir o instituto, mas lançar novos enfoques sobre a importância da audiência de custódia de acordo com as diretrizes que um verdadeiro Estado de direito deve alinhar para preservar os direitos de seus custodiados em flagrante.

2 O EMBASAMENTO NORMATIVO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Sobre o conceito de audiência de custódia, Renato Brasileiro de Lima assim o apresenta: “[...] a realização de uma audiência sem demora após a prisão de alguém, de modo a permitir o contato imediato do custodiado com o juiz das garantias, com um defensor (público, dativo ou constituído) e com o Ministério Público” (LIMA, 2020, p. 302). Como se vê, é feita referência à pessoa presa de forma genérica, ou seja, sem especificar qual seria o tipo de prisão, justamente porque, apesar de sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro se dar no Código de Processo Penal, a audiência de custódia deve ocorrer não só nas prisões em flagrante, mas em todas as demais prisões cautelares, inclusive em relação à prisão civil do devedor de alimentos.

Tal regra de tratamento alicerça-se no princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, uma vez que: “*la presunción de inocencia impide la aplicación de medidas judiciales que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable y, por tanto, cualquier tipo de resolución judicial que suponga una anticipación de la pena*” (LÓPEZ, 2005, p. 123). Acerca do nome *iuris* da audiência de custódia, também pode ser intitulada como audiência de apresentação, por se tratar de instrumento de natureza pré-processual, em que inexistente ainda processo judicial formalizado por intermédio de uma denúncia recebida pelo Poder Judiciário em que a pessoa indiciada se torna ré, acusada ou imputada³.

Delineadas essas breves considerações, para a audiência de custódia ser concretizada no ordenamento jurídico interno, sucedeu um caminhar paulatino de normas internacionais e nacionais ao longo do tempo, até mesmo porque a cidadania dos tempos atuais transpassa os limites das fronteiras territoriais, pois “no Direito Internacional dos Direitos Humanos, os sistemas global e regional complementaram-se para reforçar à cidadania transnacional.” (KIBRIT, 2021, p. 575)

A preocupação verte-se não apenas ao cidadão nacional, mas ao transnacional, diante do efeito da globalização, que se caracteriza por expandir instrumentos aptos à garantia dos direitos humanos para qualquer pessoa independentemente de sua nacionalidade e do local em que esteja. Nesse sentido, “[...] *el rol de la dignidad humana se ha expandido hasta alcanzar el contenido mismo de artículos referidos a diversos derechos, tales como los derechos relacionados con las condiciones de reclusión y el tratamiento de los reclusos [...]*.” (AGUIRRE-PABÓN, 2011, p. 54)

Assim, o contexto projetado é reflexo do Estado Constitucional Cooperativo para que se promova o entrelaçamento das relações internacionais entre os Estados-povos. Busca-se a cooperação político-jurídica e o desenvolvimento de um direito internacional integrado, disseminador da paz positiva, da solidariedade e do bem-estar social. Por conseguinte, os Estados devem se restringir em favor de um bem maior: a pessoa, independentemente a que território pertença, não se esquecendo também dos apátridas. Nesse sentido:

O Estado Constitucional cooperativo trata, ativamente, da questão de outros Estados, de instituições internacionais e supranacionais e dos cidadãos ‘estrangeiros’: sua ‘abertura ao meio’ é uma ‘abertura ao mundo’ (cf. art. 4º da Constituição do Jura). A cooperação realiza-se política e juridicamente. Ela é, sobretudo, um momento de configuração. O

3 Apesar de não ser o escopo do artigo, importante destacar que a vítima passou despercebida pelo legislador, uma vez que fora tratada como alguém invisível pelo Estado, que não lhe direciona a devida proteção e respeito, pois no artigo 310 do Código de Processo Penal, mesmo com as alterações recentes, não mencionou a participação da vítima na audiência de custódia. No entanto, a prática forense demonstra, especialmente em casos de violência doméstica, que tal oitiva seria proveitosa para que o Ministério Público, a defesa, e o juízo pudessem obter melhores subsídios para aquilatar os fatos, direcionando ao caso concreto a solução mais adequada, especialmente quanto à imposição da medida de urgência compatível, em substituição à conversão do flagrante em preventiva.

Estado Constitucional Cooperativo ‘corresponde’ a desenvolvimentos de um ‘Direito Internacional cooperativo’. (HÄBERLE, 2007, p. 26-27).

Consequentemente, a audiência de custódia é fruto de cooperação internacional entre os Estados, cuja preocupação maior não se ancora na soberania absoluta dos Estados quanto ao direito interno, mas na prevalência da norma que seja mais benéfica à pessoa humana, conforme a teoria do pluralismo jurídico. Nesse norte:

[...] com o advento de uma sociedade globalizada e interdependente e a consequente formação de um sistema multinível de proteção de direitos, superam-se conceitos retrógrados de soberania absoluta do Estado e de divisão do Direito em duas ordens distintas e independentes entre si (de um lado a nacional e, de outro, a internacional), para se entender que o direito deve ser visto como um todo, de modo a prevalecer a norma mais benéfica à pessoa humana, independentemente da origem do direito invocado para sua proteção. (CALIXTO e CARVALHO, 2017, p. 4)

No âmbito internacional, sobressai o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991, cuja Carta de Adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi depositada em 24 de janeiro de 1992 e promulgada, passando-se a vigor, no Brasil, em 24 de abril de 1992. Em seu artigo 9.3, o texto normativo assim dispõe:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (BRASIL, 1992a).

Sequencialmente, advém a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), realizada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969; a Carta de adesão foi depositada pelo governo brasileiro em 25 de setembro de 1992; e a Convenção entrou em vigor, no Brasil, em 25 de setembro de 1992, assim dispondo no artigo 7.5:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (BRASIL, 1992b)

As ratificações pelo Brasil dos referidos Pactos se deram sob os ditames da Constituição Federal de 1988, de modo que obrigatórios os comandos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob pena do Brasil ser responsabilizado internacionalmente. Após tais ratificações, sucedeu a Emenda Constitucional 45, de 2004, que acrescentou o parágrafo 3º ao inciso LXXVIII do artigo 5º, nos seguintes termos: “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*” (BRASIL, 1988)

Assim, a Emenda Constitucional 45/2004 alterou a orientação quanto aos tratados internacionais, em especial sobre aqueles que, anteriores à emenda, haviam sido aprovados por maioria simples, como ocorreu com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e o Pacto Internacional de São José da Costa Rica de 1969. Sobre essa questão, houve o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP (BRASIL, 2008), oportunidade em que os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram que os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos, se não incorporados como emenda constitucional, têm natureza de normas supralegais, paralisando a eficácia de todo o ordenamento infraconstitucional em sentido contrário.

Logo, segundo a Suprema Corte, o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, ou seja, abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional conflitante, seja anterior ou posterior ao ato de ratificação. Ademais, os tratados sobre direitos humanos anteriores à Emenda 45/2004 e os posteriores que foram ou vierem a ser aprovados por maioria simples, independentemente do *quorum* de aprovação, possuem aplicação imediata no ordenamento jurídico brasileiro, por força do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), pois são normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, não necessitando de decreto presidencial, como explicita Valerio de Oliveira Mazzuoli (2014, p. 523) “Tais tratados, de forma idêntica à que se defendia antes da reforma, continuam dispensando a edição de decreto de execução presidencial para que irradiem seus efeitos, tanto no plano interno como no plano internacional, uma vez que têm aplicação imediata no ordenamento jurídico brasileiro”.

Visando aplicar tais normas e concretizar a audiência de custódia no âmbito do

Poder Judiciário nacional, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015 (CNJ, 2015), em vigor desde 1º fevereiro de 2016, que versa sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial em 24 horas. Para além dos diplomas internacionais, é certo que também legitimam a introdução da audiência de custódia no ordenamento jurídico os artigos 6º, inciso V, e 656, ambos do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941)⁴, e o artigo 5º, inciso LXII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988)⁵. Neste cenário, não há dúvidas quanto à legalidade e constitucionalidade da audiência de custódia, o que foi, inclusive, decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5240 (BRASIL, 2015).

Porém, por mais que seja prescindível a positivação dos direitos previstos nos referidos acordos internacionais em que o Brasil seja signatário, para que produzam efeitos no ordenamento jurídico interno, é certo que a ausência de legislação nacional deixa um vácuo e produz insegurança jurídica. Assim, mais recentemente, entrou em vigor a Lei Anticrime (BRASIL, 2019), que passou a prever expressamente a realização da audiência de custódia:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente (...). (BRASIL, 2019)

Assim, o ordenamento jurídico interno caminha lado a lado ao estatuído no artigo 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no artigo 7.5 do Pacto de São José da Costa Rica, pois os termos “sem demora” e “imediate” são convergentes no sentido de que a apresentação deva ocorrer rapidamente.

Vale lembrar, no âmbito internacional, o caso *Tibi x Equador*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 07 de setembro de 2004, em que *Tibi* permaneceu quase seis meses preso provisoriamente para poder se reportar à autoridade competente. Diante disso, é importante colacionar o fragmento do §114 da sentença acerca do referido caso:

4 “Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: (...) V- ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; (...) Art. 656. Recebida a petição de habeas corpus, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.”

5 “(...) a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”

El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o la ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autoriza la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, em general, que se trata al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia. (TÁVORA e ALENCAR, 2021, p. 590)

No caso brasileiro, é certo que não se admite a prorrogação do prazo de 24 horas para apresentação, sem a justificativa adequada, pois do contrário a prisão deverá ser declarada ilegal e relaxada pela autoridade competente, conforme preceitua o §4º do artigo 310 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Inclusive, sem a justificativa fundamentada para a demora na realização da audiência de custódia, o juiz estará sujeito a responder administrativamente, na forma do §3º do referido artigo. Por mais que o magistrado não possa responder por abuso de autoridade, uma vez que não há um tipo específico para a responsabilização criminal no pacote anticrime, poderá ser responsabilizado civilmente em ação de regresso, caso o Estado ou a União sejam condenados, bem como sofrer sanções administrativas.

Ainda, na Corte Europeia de Direitos Humanos, Miguel Angel Encimar del Pozo afirma que é possível estabelecer alguns aspectos sobre o prazo de apresentação do preso à autoridade competente, que pode servir de paradigma para outros casos concretos:

a) quando o prazo da detenção excede o legalmente previsto no direito interno; b) quando o prazo se prolonga por mais de quatro dias; c) a Corte não costuma aceitar a ampliação do prazo de detenção mesmo que o fato se refira a luta contra o terrorismo ou ao fato das investigações ainda não terem acabado. (DEL POZO, 2009, p. 184-185)

Sobre a autoridade responsável pela análise, vale destacar que, no âmbito brasileiro, a função cabe somente ao Juiz togado, sendo que “A CoIDH não tem admitido que esse controle de legalidade da prisão seja feito realizado por membros do Ministério Público.” (BADARÓ, 2021, p. 1213). Porém, a título exemplificativo, na Itália tem se entendido que a pessoa presa cautelarmente pode ser apresentada ao membro do Ministério Público.

Pois bem. Balizados nos regramentos apontados, os tribunais brasileiros foram instados pelo Conselho Nacional de Justiça a se adequarem à nova realidade, de maneira que a instituição da audiência de custódia trouxe notícias alvissareiras para o sistema carcerário brasileiro, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça de fevereiro de 2015 a fevereiro de 2021 (CNJ, 2021).

Segundo o relatório, no período em voga foram realizadas cerca de setecentas e cinquenta e oito mil audiências de custódia, com a atuação de mais de três mil juízes.

Constatou-se a redução da taxa de presos provisórios para 29.75%, estimando-se que a audiência de custódia contribuiu para que o sistema prisional deixasse de receber mais de duzentas e setenta e três mil pessoas, cujo volume representa quase um terço da ocupação atual. Isso gerou melhor ocupação do sistema carcerário e gerou economia potencial aos cofres públicos de R\$13,7 bilhões. Ainda foram registrados pelo menos quarenta e dois mil relatos de tortura ou maus-tratos, que motivaram a determinação de aproximadamente dezenove mil investigações (CNJ, 2021).

Por conseguinte, os números apresentados comprovam que a execução de audiência de custódia no sistema penal brasileiro foi um caminho correto e que deve ser aprimorado cada vez mais, com o fim de evitar a vulneração da dignidade da pessoa humana, independentemente da acusação que se recaia sobre a pessoa.

2.1 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ÂMBITO DO TJMS

Diante da nova sistemática advinda com a audiência de custódia, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul editou o Provimento n. 352/2015 (CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA/MS, 2015), que regulamenta a realização do ato no âmbito do TJMS, bem como instituiu a Coordenadoria de Audiência de Custódia, por meio do Provimento n. 464, de 12 de fevereiro de 2020 (CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA/MS, 2020). De acordo com este último, antes da audiência de custódia a pessoa presa será atendida pelo núcleo multidisciplinar, que emitirá relatório psicossocial pormenorizado em que será traçada a sua condição de vida a fim de que os operadores do direito possam angariar mais informações para o direcionamento da decisão a ser prolatada (art. 12, inciso II).

O médico também fará o exame de corpo de delito no local da audiência, circunstância importante para se verificar possíveis ocorrências de sevícias perpetradas pelos agentes do Estado (art. 13, inciso I). Viabilizar-se-á entrevista pessoal com a defesa, sem a presença de policiais, mantendo-se a confidencialidade do que fora tratado (art. 14, inciso IV). Às pessoas presas em flagrante que obtiverem a liberdade provisória, a equipe multidisciplinar as orientará quanto ao cumprimento das medidas cautelares substitutivas da prisão preventiva, especialmente as relacionadas ao uso da tornozeleira e a tratamentos contra a drogadição (art. 12, inciso III).

Esse projeto no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul é supervisionado pelo Conselho Nacional de Justiça e tem sido referência nacional quanto ao tratamento que a pessoa presa deva receber do Estado.

3 QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: A NATUREZA DAS PRISÕES

No trâmite da Reclamação 29303 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023), foi deferida pelo STF medida liminar determinando a realização da audiência de custódia em todas as espécies de prisão, sejam elas temporárias, preventivas, definitivas, em flagrante ou civis. Em sentido semelhante, o Conselho Nacional de Justiça já trazia as previsões do artigo 13 da Resolução 213/2015:

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução. Parágrafo único. Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local. (CNJ, 2015)

Com base em tais determinações e na liminar deferida, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, então Corregedora Nacional de Justiça, determinou aos Tribunais de Justiça a adequação dos respectivos atos normativos, para que passassem a constar:

(a) a obrigatoriedade da realização das audiências de custódia nos casos de prisão temporária, de prisão preventiva, de prisão definitiva para início de cumprimento de pena e de prisões cíveis, inclusive de alimentos; (b) que a competência nessas hipóteses seja sempre dos Juízos que determinaram a expedição da ordem de prisão e não das “centrais de custódia”, dos órgãos congêneres ou dos Juízos plantonistas. (CNJ, 2022)

Em atendimento à referida determinação, o TJMS realizou as alterações necessárias no Provimento n. 352/2015 (CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA/MS, 2015), por meio do Provimento n. 585/2022 (CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA/MS, 2022). Porém, diversas dificuldades de ordem prática foram verificadas de imediato não só no âmbito estadual, mas em nível nacional, a saber: a) a competência para custódia ser dos Juízes que determinaram a expedição da ordem implica na colocação de todos Juízes e servidores em regime de plantão, uma vez que a qualquer momento pode ser cumprida uma ordem de prisão oriunda de qualquer juízo; b) a sobrecarga de trabalho, considerando o grande número de prisões civis ocorridas no

cotidiano forense; c) a dificuldade de realização do ato aos feriados e finais de semana em comarcas que não possuem juiz titular; d) a necessidade de qualificação de servidores não habituados ao uso dos sistemas de biometria, SISTAC, e outros referentes à realização da custódia; e) as dificuldades de realização do ato nos casos de mandado de prisão cumpridos em outras comarcas; dentre outras.

Sobreveio, então, no Pedido de Providências n. 0000185-96.2022.2.00.0000, decisão do Ministro Luis Felipe Salomão, Corregedor Nacional de Justiça, suspendendo os efeitos da decisão anteriormente proferida, dadas as repercussões práticas e jurídicas da ampliação da abrangência das audiências de custódia (CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA/MS, 2023).

Diante dessa situação, foi editado o Provimento n. 597/2023 (CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA/MS, 2023), suspendendo as alterações promovidas até que haja deliberação definitiva pela Corregedoria Nacional de Justiça sobre o tema. Deste modo, até o momento, há obrigatoriedade de realização de audiência de custódia somente nos casos de prisão em flagrante.

Como se vê, mesmo após o reconhecimento normativo, há um longo caminho a ser percorrido pelo Estado até a efetivação da audiência de custódia, pois são diversos os obstáculos enfrentados no dia a dia forense para concretização dos direitos legalmente previstos. Muito além da previsão legal, há necessidade de adequação dos mecanismos práticos estatais, qualificação dos servidores e disponibilização dos meios materiais para tanto. Nesse cenário, a suspensão convém, desde que tão somente para viabilizar o preparo técnico e material do Estado para a efetivação da garantia e não para protelar a sua aplicação prática.

É certo, porém, que no dia 6 de março de 2023 a Reclamação 29303 foi julgada procedente pelo STF, ratificando a cautelar deferida, sob o argumento que a Lei 13.964/2019 estendeu a garantia da audiência de custódia para todas as espécies de prisão, “[...] inclusive prisões preventivas, temporárias, preventivas para fins de extradição, decorrentes de descumprimento de medidas cautelares diversas, de violação de monitoramento eletrônico e definitivas para fins de execução da pena” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023). Portanto, impõe-se a adaptação das normativas nacionais, pelo CNJ, e locais, pelo Conselho Superior da Magistratura, para adequar-se ao entendimento firmado pela Suprema Corte, que está em consonância com os princípios e normas de direitos humanos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo enfatizou a sequência legislativa internacional, nacional e regional para se concretizar a audiência de custódia no âmbito do Poder Judiciário nacional, a saber: o

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966; o Pacto Internacional de São José da Costa Rica de 1969; o inciso LXII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988; a Emenda Constitucional 45, de 2004, que acrescentou o parágrafo 3º ao inciso LXXVIII do artigo 5º; a Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, em vigor desde 1º fevereiro de 2016; o artigo 310 do Código de Processo Penal, com a nova redação Lei 13.964/19; o Provimento n. 352, de 1º de outubro de 2015 e o Provimento 464, de 12 de fevereiro de 2020, ambos no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Identificou-se que a audiência de custódia promoveu mudança paradigmática quanto ao tratamento que a pessoa presa deve receber do Estado. Essa preocupação advém de todo um sistema global de cooperação entre as nações, na busca pelo respeito aos direitos humanos, de modo a imperar normas que sejam mais benéficas ao segregado e preservem o direito fundamental à liberdade.

Assim, ao se observar o exíguo prazo de apresentação da pessoa presa, evitou-se a manutenção desnecessária de milhares de prisões cautelares, justamente diante do cabimento da substituição por outras medidas cautelares adequadas ao evento penal. Essa mudança jurídica-cultural acerca do enforque da prisão em flagrante pelos operadores dos direitos possibilitou a abertura de milhares de investigações contra agentes públicos por maus-tratos, as quais possuem caráter punitivo e pedagógico para o meio policial. Além disso, pode-se observar que a audiência de custódia trouxe celeridade processual e economia aos cofres públicos, pois diminuiu a taxa de encarceramento e conseqüentemente os gastos com a manutenção provisória de pessoas no sistema penal.

No tocante à ampliação das prisões às quais é aplicada a audiência de custódia, verificou-se a dificuldade prática de implementar a garantia, o que ocasionou uma sucessiva edição de atos normativos sobrepostos, visando efetivar sua realização, mas também adequar as previsões legais à realidade prática do dia a dia.

Concluiu-se, dessa forma, que a concretização da audiência de custódia foi um marco divisório no tratamento que deve receber a pessoa presa em flagrante ou por outra ordem judicial cautelar, singularmente em respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência, mas que ainda remanescem ajustes para sua melhor perfectibilização e ampliação da sua aplicabilidade às demais hipóteses de prisão.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE-PABÓN, Javier Orlando. *Dignidad, Derechos Humanos y la Filosofía Práctica de Kant*. *Vniversitas*, n. 123, v. 60, p. 45-74, 2011.

- BADARÓ, Gustavo Henrique Badaró. **Processo penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689/1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 31 de julho de 2023.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 de julho de 2023.
- BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de novembro de 1992a**. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 31 de julho de 2023.
- BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de julho de 1992b**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 31 de julho de 2023.
- BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 31 de julho de 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240 São Paulo**. Requerente: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 31 de julho de 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 29.303 Rio de Janeiro**. Reclamante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Reclamado: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 6 de março de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357865227&ext=.pdf>. Acesso em: 31 de julho de 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343-1/SP**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 31 de julho de 2023.
- BRASIL. CNJ. **Decisão de 5 de agosto de 2022**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/audiencia-custodia-feita-juizo-ordenou.pdf>. Acesso em: 31 de julho de 2023.

BRASIL. CNJ. **Relatório**: audiência de custódia – 6 anos (2021). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-6-anos-audiencia-custodia.pdf>. Acesso em: 31 de julho de 2023.

BRASIL. CNJ. **Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado16494920210921614a0d2d82eae.pdf>. Acesso em: 31 de julho de 2023.

CALIXTO, Angela Junk; e CARVALHO, Luciani Coimbra de. Pluralismo Jurídico: uma Nova Perspectiva a Respeito da Relação entre os Sistemas Jurídicos Internacional e Interno. In: FIGUEIREDO. M. CONC, L.G.A. (Org.). **Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico**. 1. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA/MS. **Provimento n. 352, de 1º de outubro de 2015**. Disciplina, no âmbito do Poder Judiciário Estadual de Mato Grosso do Sul, a realização de audiência de custódia. Disponível em: https://www5.tjms.jus.br/_estaticos_/covep/provimento-n-352-1-de-outubro-de-2015.pdf. Acesso em: 31 de julho de 2023.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA/MS. **Provimento n. 464, de 12 de fevereiro de 2020**. Institui a Coordenadoria de Audiência de Custódia e dá outras providências. Disponível em: https://www5.tjms.jus.br/_estaticos_/covep/provimento-n-464-12-de-fevereiro-de-2020.pdf. Acesso em: 31 de julho de 2023.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA/MS. **Provimento n. 585, de 19 de julho de 2022**. Altera dispositivos do Provimento n.º 352, de 1º de outubro de 2015, que disciplina, no âmbito do Poder Judiciário Estadual de Mato Grosso do Sul, a realização de audiência de custódia. Disponível em: <https://www.tjms.jus.br/legislacao/visualizar.php?lei=36895&original=1>. Acesso em: 31 de julho de 2023.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA/MS. **Provimento n. 597, de 31 de janeiro de 2023**. Suspende o Provimento n.º 585, de 19 de julho de 2022, que alterou dispositivos do Provimento n.º 352, de 1º de outubro de 2015, até deliberação definitiva da Corregedoria Nacional de Justiça. Disponível em: https://www.tjms.jus.br/legislacao/public/pdf-legislacoes/provimento_n._597-23-scsm.pdf. Acesso em: 31 de julho de 2023.

DEL POZO, Miguel Ángel Encinar. *La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la libertad*. **Estudios de derecho judicial**, Madrid, 2009, v. 155, p. 159-212.

KIBRIT, Orly. Audiência de custódia no processo penal brasileiro: uma questão de cidadania transnacional. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; e CRUZ, Rogério Schiatti

(org.). **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. vol. 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 571-586.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime**: comentários à Lei N° 13.964/19 – Artigo por Artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

LÓPEZ, Mercedes Fernández. **Prueba y presunción de inocencia**. Madrid: Iustel, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Art. 5º, §3º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2013. (Série IDP).

TÁVORA, Nestor; e ALENCAR, Felipe de. Inquietações sobre a audiência de custódia. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; e CRUZ, Rogério Schiatti (org.). **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. vol. 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 587-599.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 03.08.2023 Aceito em: 18.10.2023
--

ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

Sexual harassment in the workplace

Gabriela da Silva Gomes¹

José Carlos Parpinelli Junior²

RESUMO

À luz da doutrina e jurisprudência, o artigo busca analisar o tema assédio sexual no ambiente de trabalho, destacando características, manifestações e impactos psicológicos nas vítimas. No âmbito jurídico, assinala aspectos legais de punição e reparação.

Palavras-Chave: assédio sexual, local de trabalho, traumas.

ABSTRACT

In the light of doctrine and jurisprudence, the article seeks to analyze the theme of sexual harassment in the workplace, highlighting characteristics, manifestations and psychological impacts on victims. In the legal sphere, it points out legal aspects of punishment and reparation.

Keywords: *sexual harassment, workplace, trauma.*

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceito do assédio sexual; 3. Espécies e forma de manifestação de assédio sexual; 4. Legislação trabalhista e penal sobre o assédio sexual; 5. Mudanças com a reforma trabalhista. 5.1 Proteção internacional; 5.2 Prevenção dentro do ambiente de trabalho; 5.3 Os traumas psicológicos causados pelo assédio sexual; 5.4 A importância do acompanhamento psicológico para a vítima do assédio sexual; 6. Considerações finais. Referências.

Summary: 1. Introduction; 2. Concept of sexual harassment; 3. Types and forms of sexual harassment; 4. Workplace and penal legislation regarding sexual harassment; 5. Changes with the workplace reforms. 5.1 International protection; 5.2 Prevention within the workplace; 5.3 Psychological traumas caused by sexual harassment; 5.4 The importance of psychological support for sexual harassment victims; 6. Final considerations. References.

1 INTRODUÇÃO

O assédio sexual é caracterizado por qualquer manifestação de cunho sexual que tenha o intuito de prejudicar a atividade laboral da vítima, podendo vir de qualquer pessoa que faça parte do quadro da empresa, independentemente do tipo de organização hierárquica ou posição dentro da empresa, sendo que este tipo de manifestação pode ocorrer com a intenção de obter favores sexuais através de condutas que são consideradas reprováveis, podendo a vítima sofrer ameaças ou outras condutas que altera seu desempenho no

1 Graduada em Direito no Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN). ORCID ID: 0009-0002-4301-2637. E-mail: gabrieladasilvagomes@yahoo.com.br

2 Advogado formado em 2009 pelo Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho. Pós-Graduado em Direito Constitucional. Professor de Prática Trabalhista, Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. ORCID ID: 0009-0007-1947-8361. E-mail: Dr.parpinelli.junior@hotmail.com.

emprego.

Apesar de não ser tão tratado no dia a dia, há vários casos presentes na sociedade e quase todas as vítimas são do sexo feminino. Assim, este tema só ganhou importância com a criação da lei 14.224/2001, que trouxe com ela o art. 216-A no código penal brasileiro, onde este regulamenta o crime de assédio sexual.

Sabe-se que no código penal brasileiro, o assédio sexual foi incluído nos crimes contra a liberdade sexual através da lei já citada, com a pena estabelecida como detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, sendo assim considerada como uma infração penal de menor potencial ofensivo, podendo ser resolvida no juizado especial criminal. É notável que a lei deixou de abranger diversos pontos sensíveis relacionados ao tema, como por exemplo a falta de preparo do empregador quando ocorre uma situação constrangedora deste tipo e a sua responsabilidade nos casos.

Dito isto, o problema que norteou esta pesquisa foi: como se dá a ocorrência dos casos de assédio sexual e quais as consequências para as vítimas? Considerando os casos encontrados sobre o presente tema, o empregador na maioria das vezes não dá importância às denúncias, gerando assim uma grande dificuldade laboral para a vítima, já que esta acaba ficando constrangida, sendo que o empregador tem o dever de propiciar um ambiente seguro para os seus empregados.

Assim, o presente estudo tem como objetivo geral destacar casos de assédio sexual no ambiente de trabalho, seu modo de ocorrência e de como as vítimas são afetadas. Para atingi-lo foram delineados os seguintes objetivos específicos: analisar os assédios sexuais ocorridos no ambiente de trabalho, buscando soluções para diversas situações e de como as vítimas podem se proteger e denunciar o assediador; identificar as características do assédio, pois muitas vezes pode passar despercebido de terceiros e ser levado como brincadeira quando há reclamação; analisar a produção de provas para a comprovação do assédio sexual, pois esta é a peça chave para a punição do assediador; e mostrar as consequências negativas para as vítimas de assédio sexual.

Ademais, o tema da presente pesquisa se mostra importante devido ao grande número de casos que passam despercebidos pelo empregador e pelo medo da vítima que pode estar sofrendo ameaças pelo seu assediador diariamente, causando assim traumas psicológicos que podem interferir na vida destas e acabar gerando piores consequências.

A realização do presente trabalho ocorreu por meio do método dedutivo, partindo-se de uma análise mais geral para uma mais específica acerca do tema, para isso foram feitos levantamentos de cunho bibliográfico, dados informativos e jurisprudenciais.

A técnica de pesquisa utilizada foi a documental indireta, através do método teórico, que pressupõe a discussão e fundamentação da teoria, por meio da consulta e análise de livros e artigos científicos concernentes ao tema proposto.

2 CONCEITO DO ASSÉDIO SEXUAL

Pode-se conceituar assédio sexual como o ato de perseguir com insistência, importunar, molestar, com perguntas ou pretensões insistentes. De acordo com Diniz (1998, p. 285) o assédio sexual é “Ato de constranger alguém com gestos, palavras ou com emprego de violência, prevalecendo-se as de relações de confiança, de autoridade ou empregatícia, com um escopo de obter vantagem sexual”. Na síntese de Omar Aref Abdul Latif (2007, p 5) “Com efeito pode-se definir o assédio sexual como o ato de importunar ou perseguir alguém com pedidos ou pretensões impertinentes e insistentes, com conotação sexual explícita ou implícita”.

Deste modo, o assédio sexual vai se caracterizar quando ocorrer uma ação de cunho sexual, podendo vir de um superior hierárquico ou de algum colega que tenha como interferir na vida da vítima, sendo que o assédio ocorre de forma repetitiva gerando um mau desempenho em sua função empregatícia e sua integridade física e psicológica.

O crime de assédio sexual foi adicionado ao Código Penal através da lei n. 10.224/2001, nos crimes contra a liberdade sexual, estando tipificado no art. 216-A, verbis:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – Detenção, de 01 (um) a 02 (dois) anos.

Parágrafo único. (VETADO)

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

Conforme descrito no tipo, o assédio sexual viola a dignidade pessoal, a honra, a intimidade e a integridade física ou moral da vítima. Destacam Jocelia Neres dos Santos et al (2023, p. 14186) “No ambiente laboral, o assédio sexual envolve contatos físicos forçados com cunho sexual, convites impertinentes, é uma condição clara do assediador a chantagem para manter o emprego da vítima, influir na promoção da carreira dela, e por conseguinte prejudica o rendimento profissional, humilha, insulta e intimida a vítima”.

O assédio sexual refere-se ao constrangimento a alguém com a intenção de obter vantagem ou favorecimento sexual. “É a sugestão, insistência, pressão ou exigência inoportunas, a fim de obter troca de favores sexuais por vantagens, tais como promoções, aumentos salariais e estabilidade profissional”. (MENDES; MILAGRE JUNIOR, 2019, p 5).

Possuindo superioridade hierárquica ou dependência econômica do autor do assédio, como podemos observar no julgado a seguir:

ASSÉDIO SEXUAL. CONVENÇÃO 190, OIT. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. 1. De acordo com a Convenção 190, da OIT: “O termo” violência e assédio” no mundo do trabalho refere-se a um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou de suas ameaças, de ocorrência única ou repetida, que visem, causem, ou sejam susceptíveis de causar dano físico, psicológico, sexual ou econômico, e inclui a violência e o assédio com base no gênero”. 2. A prova dos autos é contundente quanto ao assédio sexual sofrido pela empregada, conforme prova oral transcrita. 3. Os artigos 223-B e 223-C, da CLT, dispõem que “a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física”, sendo passíveis de causar “dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”. 4. Considerando a ofensa de natureza gravíssima e a finalidade pedagógica da indenização, como também o sofrimento experimentado pela obreira, incabível falar-se em diminuição do montante fixado na origem, de R\$30.000,00, em consonância com o artigo 944, do CC e na esteira de precedente do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. 5. Recurso ordinário da ré conhecido e desprovido. (TRT-3 - ROT: 00101193120215030113 MG 0010119-31.2021.5.03.0113, Relator: Paula Oliveira Cantelli, Data de Julgamento: 04/05/2022, Quarta Turma, Data de Publicação: 05/05/2022. DEJT/TRT3/Cad.Jud. Página 787. Boletim: Sim.) (TST, 2022, online)

Os Tribunais têm decidido no sentido de que a conduta configura demissão indireta em favor da assediada ou presunção de justa causa do empregado ou demissão do empregado assediador, conforme abaixo:

DANO MORAL. ASSÉDIO SEXUAL. INTIMIDAÇÃO. CONSTRANGIMENTO E HUMILHAÇÃO POR CONDUTAS DE SUPERIOR HIERÁRQUICO. RESCISÃO INDIRETA RECONHECIDA. CONDENAÇÃO DO EMPREGADOR EM INDENIZAÇÃO. ART. 216-A DO CÓDIGO PENAL. CONVENÇÃO 190 DA OIT. O assédio sexual, como conduta que viola a dignidade da pessoa humana, é de tal gravidade que a sociedade o reprova e a Lei 10.224/2001 passou a tipificá-lo como crime, na forma do art. 216-A do Código Penal. No ambiente laboral, conduta de superior hierárquico que busca se valer de sua condição para obrigar subalternas a ceder a seus desejos sexuais, causando-lhes constrangimento e humilhação configura assédio sexual por intimidação e enseja repressão à altura da ofensa. Por ser um problema social, em nível mundial e notadamente no ambiente laboral, a Convenção 190 da OIT passou discipliná-lo. Há violação civil, criminal e laboral, está na medida em que é dever do empregador assegurar aos empregados ambiente de trabalho saudável e equilibrado. Falta grave do empregador configurada. Rescisão indireta reconhecida e condenação da empregadora em indenização por dano moral. Recurso

da ré a que se nega provimento. (TRT-9 - ROT: 00003454820215090585, Relator: MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU, Data de Publicação: 28/01/2022) (TST, 2022, online).

Sabe-se que a área do direito trabalhista atua sobre as relações do ambiente de trabalho, porém, em casos mais sérios, quando ocorre um crime, a instância penal pode ser acionada para solucionar o problema e responsabilizar o agressor.

Assim, de acordo com o Código Penal Brasileiro, podem se abordar dois pontos principais para que o assédio seja visto como um crime e não somente passível de indenização na esfera civil e trabalhista: o ato foi praticado por superior hierárquico? Teve o objetivo de obter vantagem ou favor sexual?

Ainda que não se verifiquem as denúncias, mas se confirme o padrão de assédio, a indenização pode ser pedida na esfera civil ou profissional sem processo criminal. Nesses casos, é necessária a comprovação do dano moral (como no caso do assédio moral), conforme explica o professor Amauri Mascaro Nascimento (2018, p. 423): “O dano moral é o efeito que tem três principais causas ou motivos que levam à lesão do direito de proteção à dignidade da pessoa: a agressão moral, o assédio moral e o assédio sexual [...]”.

Ao contrário do caso usual de assédio moral, a reincidência não é necessária para configurar o assédio sexual, porque um único incidente de assédio é responsável (seja trabalhista, civil ou criminal).

3 ESPÉCIES E FORMA DE MANIFESTAÇÃO DE ASSÉDIO SEXUAL

O assédio sexual é uma realidade complexa e multifacetada que permeia diversos aspectos da sociedade contemporânea. Suas manifestações assumem uma variedade de formas, desde comentários insidiosos e gestos inapropriados até coerção e agressões físicas.

Além disso, é crucial ressaltar que suas vítimas podem ser de todas as idades, gêneros e origens, enquanto os agressores podem assumir diferentes perfis, tornando o fenômeno ainda mais abrangente e desafiador de ser compreendido e combatido. Neste contexto, é imperativo explorar as diversas espécies e manifestações do assédio sexual para promover uma conscientização efetiva e desenvolver estratégias que visem erradicar esse comportamento abusivo de nossa sociedade.

Vejam alguns tipos de assédio sexual em nossa sociedade.

O assédio sexual por chantagem ocorre quando o superior hierárquico, diante do seu poder em relação à vítima, passa a buscar o seu favorecimento sexual diante de uma proposta de aumento salarial, melhorias de condições de trabalho ou até com ameaças nos casos em que a vítima se recusa a fazer a vontade do mesmo. No contexto trabalhista,

também pode ser considerado assédio sexual qualquer situação que desrespeite e a liberdade e a dignidade sexual no ambiente de trabalho, impossibilitando um bom convívio no ambiente de trabalho.

O assédio sexual por chantagem pode ocorrer dentro e fora do ambiente de trabalho com a vítima cumprindo ou não a sua jornada de trabalho, pois entende-se que o contrato de trabalho tem uma natureza continuada, isto é, mesmo que a vítima não esteja exercendo as suas funções, o contrato continua íntegro.

Outra forma de assédio sexual é o assédio por intimidação que pode ser caracterizado através de instigações de natureza sexual podendo ser verbal ou não, sendo que o objetivo desse tipo de assédio é prejudicar a atuação da vítima no seu ambiente de trabalho podendo até mesmo criar um local humilhante e ofensivo. Nesta modalidade o assediador não precisa ameaçar e nem acarretar algum prejuízo para a vítima em caso de não submissão às suas propostas.

Esse tipo de assédio pode ser considerado um tipo de violência que não decorre da posição em que o assediador ocupa na empresa, pois se caracteriza por ofensas de formas verbais ou não verbais, gestos e ofensas físicas que tem caráter sexual e que vão interferir no modo de trabalho da vítima fazendo com que esta se sinta humilhada e tornando assim um ambiente de trabalho desagradável. As formas de manifestação podem ocorrer de três formas: (I) forma física onde a vítima é tocada, encurralada em determinados espaços, apertos, tapas em locais indesejados, esbarrões propositais, apalpadinhas, entre outros, mas sempre tocada de forma indesejada; (II) forma verbal, nesta ocorre convites reiterados à vítima para sair, pressões de forma sexual, telefonemas, podendo até ter mensagens obscenas, comentários desnecessários e inoportunos de cunho sexual; (III) forma não verbal.

Para Alice Monteiro de Barros (2017, p.756) essa forma de assédio pode se manifestar como: olhares concupiscentes e sugestivos, exibição de fotos e textos pornográficos seguidos de insinuações, passeios frequentes no local de trabalho ou diante do domicílio da vítima, perseguição à pessoa assediada, exibicionismo, entre outros.

Todos esses tipos de assédio podem ficar evidentes ou nem tanto, mas ainda assim gerando situações constrangedoras e desagradáveis dentro da empresa, podendo gerar doenças relacionadas ao local de trabalho por conta do assédio sexual. No dizer de Dilmara de Souza da Luz *et al.* (2022, p.2) “As consequências do assédio sexual causam danos à vida profissional e pessoal da vítima, desencadeando psicopatologias das mais variadas, inclusive, transtornos de ansiedade”.

4 LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E PENAL SOBRE O ASSÉDIO SEXUAL

Como já dito, o Código Penal Brasileiro adicionou em sua redação o artigo 216-A que tipifica o assédio sexual, definindo-o como: “*Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou função*”. Este conta com uma pena de detenção de um a dois anos e aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

Podemos mencionar o artigo 44 do Código Penal que trata das penas privativas de liberdade que podem ser substituídas pelas penas alternativas quando não tiverem violência ou grave ameaça:

Art. 44 – As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo.

Além da tipificação penal, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) registra que constituem justa causa para a rescisão do trabalho: “*Art. 482. b) incontinência de conduta ou mau procedimento; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa*”.

Ressalte-se, ainda, que o empregador pode ser responsabilizado por ato de seus empregados, por força do art. 932, III, do CC:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

O TST entende que a responsabilidade do empregador é objetiva, ainda que se trate de ato praticado por colega de trabalho que não seja superior hierárquico da vítima:

[...] ASSÉDIO SEXUAL PRATICADO POR COLEGA DE TRABALHO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. (...) O fato de não ser o assediador superior hierárquico afasta o tipo penal, mas não descaracteriza o ilícito sob o enfoque trabalhista, haja vista a incidência do art. 932, III, do CC. No caso dos autos, a Corte local manteve a condenação em dano moral, concluindo que a ausência de negativa das tentativas de assédio, além da demissão do empregado após a ciência do fato, conduz à convicção

da ocorrência do assédio sexual. Intangível essa moldura fática (TST, Súmula n. 126), não se viabiliza a revista por violação aos arts. 7º, XXVIII, da CF, e 186, 927, ou 932, III, do CC. Agravo de instrumento desprovido (AIRR-10128-55.2012.5.04.0541, 7ª Turma, Relator Desembargador Convocado Arnaldo Boson Paes, DEJT 17/10/2014). (TST, 2014, online)

Assim, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) atribui a quem comete condutas de assédio sexual falta grave punível com demissão por justa causa.

Porém, como se prova o assédio sexual? De acordo com a CLT, o ônus da prova caberá a quem alegar, assim, caberá à vítima provar que sofreu assédio sexual, fato este que pode ser difícil pois o assediador raramente atua na presença de testemunhas.

Maria de Lourdes Leiria (2012) assim aborda a questão:

Em se tratando de espécie de crime contra a liberdade sexual, o assédio sexual normalmente não tem testemunha, não se lhe aplicando o brocardo romano testes *unus*, testes *nullus* – testemunha única, testemunha inexistente. Neste tipo de delito é valorado o depoimento da vítima, com prudência e ponderação, justamente em razão da dificuldade da prova e do interesse público na apuração, sendo considerado em conjunto com indícios e presunções, pelo que uma testemunha será elemento decisivo (LEIRIA, 2012, p. 127).

Como exposto, por ser delito contra a liberdade sexual, neste tipo de delito o depoimento da vítima é valorado, o que permite à vítima provar, através do seu depoimento, que o assediador tem comportamentos que desrespeitam a dignidade do trabalhador e que esse comportamento é algo recorrente, conseguindo assim, a presunção de que ocorreu o assédio sexual.

Quanto à prova, considerando a dificuldade de se obter uma prova cabal, a Justiça do Trabalho admite o uso de indícios, como roupas rasgadas no momento do assédio, bilhetes, presentes e entre outros:

ASSÉDIO SEXUAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. De acordo com o quadro fático delineado no acórdão regional, a prova testemunhal produzida pela autora não deixa dúvidas de que ela foi vítima do alegado assédio sexual perpetrado por seu superior hierárquico, o qual extrapolou todos os limites de convivência no ambiente de trabalho, consistente em conduta abusiva e descabida na tentativa de contato íntimo com a autora, de evidente conotação sexual, expondo-a a situação humilhante e constrangedora. Trata-se de prova difícil, pois o assédio sexual, em regra, é praticado longe da vista de terceiros, de forma a dificultar a produção de prova direta, seja ela documental ou testemunhal dos fatos, motivo pelo qual, em tais situações, o julgador se vale, na maioria das vezes, de prova indireta

e de indícios que lhe são apresentados durante a instrução processual. No caso concreto, como a prova produzida nos autos, notadamente a prova testemunhal, evidenciou a existência do assédio sexual relatado na petição inicial, é inquestionável que para se chegar à conclusão diversa daquela adotada pela Corte de origem, seria necessária nova incursão no conjunto probatório dos autos, o que foge ao alcance desta Corte, ante o óbice intransponível da Súmula 126 do TST. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR-2200-66.2009.5.09.0655, 2ª Turma, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, DEJT 31/03/2015). (TST, 2015, online)

A vítima deve anotar o comportamento do assediador para servir como prova, bem como indicar testemunhas que estavam no local ou perto, ou mesmo utilizar de gravações. Entende-se que não há sigilos que têm que ser protegidos nos casos de assédio sexual, então não há, ilegalidade ou imoralidade da prova.

O magistrado pode formar seu convencimento sobre o assédio através de indícios e presunções. Porém, se comprovado nos autos que a denúncia feita é caluniosa, caberá condenação em litigância de má-fé do denunciante, porque a justiça não deve ser usada como instrumento de vingança, devendo o magistrado ser cauteloso ao analisar as provas apresentadas, bem como os indícios e os depoimentos das testemunhas. Se improcedente a denúncia, pode-se aplicar as penalidades presentes no Código de Processo Civil.

Art. 17 – Reputa-se ao litigante de má-fé aquele que: II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal.

Art. 18 – o Juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

Devemos considerar também as ações penais, por injúria, calúnia e difamação, além da cobrança civil dos danos morais e materiais contra quem alegou falsamente o assédio.

5 MUDANÇAS COM A REFORMA TRABALHISTA

Em 13 de julho de 2017, a reforma trabalhista promovida pela Lei 13.467, trouxe algumas mudanças que afetam o entendimento tanto do assédio sexual quanto do assédio moral (embora o conceito de assédio moral ainda não tenha sido incorporado à legislação). O passo mais importante da CLT foi que a norma passou a examinar o assunto com mais clareza na regulamentação dos prejuízos extrapatrimoniais:

Art. 223-B. Causa danos de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a **sexualidade**, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física. **Grifo nosso.**
[...]

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

Os artigos destacados, que foram acrescentados à CLT pela reforma trabalhista de 2017, mostram que o dano moral e o assédio moral foram melhor definidos na legislação. Além disso, foram criados critérios que o juiz analisa ao avaliar o dano e determinar a indenização.

No entanto, a criação de parâmetros de compensação extrapatrimoniais causou polêmica, pois a reforma trabalhista passou a determinar os benefícios com base no último salário da vítima, resultando em benefícios diferenciados a serem pagos a indivíduos igualmente vitimados. Essa correção ocorre na vida profissional e se aplica tanto ao assédio moral quanto ao sexual.

5.1 PROTEÇÃO INTERNACIONAL

No âmbito internacional, prevalece essa mesma diretriz. Observe o disposto nos arts. 7º e 23º da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo 7º

Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo 23º

1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.

Caminham na mesma direção o artigo 1, item 1, o artigo 3, item 5 e o artigo 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 1

Obrigação de Respeitar os Direitos

1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 24

Igualdade Perante a Lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

Nos termos do Art. 8 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher:

Art. 8. Os Estados Partes convêm em adotar, progressivamente, medidas específicas, inclusive programas destinados a:

(...)

b. modificar os padrões sociais e culturais de conduta de homens e mulheres, inclusive a formulação de programas formais e não formais adequados a todos os níveis do processo educacional, a fim de combater preconceitos e costumes e todas as outras práticas baseadas na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimem ou exacerbem a violência contra a mulher;

Na mesma linha seguem os arts. 2, e 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

Artigo 2

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

[...]

Artigo 26

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem

nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

O legislador infraconstitucional brasileiro, com objetivo de seguir todas essas diretrizes, editou a lei de combate à discriminação no trabalho, qual seja, a Lei n. 9.029/95, que em seu artigo primeiro destaca:

Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Note que o rol é meramente exemplificativo, não apenas porque a regra utiliza a expressão “entre outros”, mas também porque o combate às diferenciações ilícitas de qualquer natureza deve ser estimulado.

5.2 PREVENÇÃO DENTRO DO AMBIENTE DE TRABALHO

Algumas medidas para evitar o assédio sexual no ambiente de trabalho podem ser tomadas, como por exemplo, criação de regras que venham poupar conflitos dentro da empresa pois evitar esse tipo de crime é uma vantagem para a empresa, não somente pela indenização que será paga a vítima, mas também pela boa convivência no ambiente de trabalho, pois assim acaba gerando uma produtividade dos empregados.

Caso uma empresa identifique, ou desconfie, de casos de assédio, há alguns mecanismos para diminuir as consequências e enfrentar o problema. É o que expõe Maria Ester de Freitas (2017, p.654):

As organizações são intrinsecamente espaços de comportamento controlado e é do seu absoluto interesse coibir atitudes que possam prejudicar o seu melhor rendimento e a sua imagem. Os departamentos de recursos humanos deveriam considerar esse tipo de situação como um problema de sua jurisdição, buscando desenvolver políticas alternativas, encaminhando-as para discussão em todos os níveis organizacionais; a própria discussão já é uma forma de prevenir. Sem cair no descrédito que os excessos provocam, uma cultura organizacional pode incorporar – sem maiores traumas – as preocupações mais recentes da sociedade. Se a questão é de momento, ela é também de futuro, pois o contingente feminino tende a aumentar em todos os setores e em todos os níveis hierárquicos, além do reflexo direto de uma sociedade mais aberta, que tende a comportar diferentes arranjos amorosos; tudo isso eleva

a possibilidade de que as organizações sejam, cada vez mais, um palco para esse tipo de ocorrência infeliz.

Quando o comportamento inadequado é permitido em um ambiente profissional, é improvável que seja efetivamente contido, pois tende a manter uma cultura institucional conciliadora que esconde e impede que as pessoas se exponham durante o processo de reclamação. É imprescindível que colaboradores, gestores, profissionais de RH e parceiros entendam que o assédio não será tolerado e que há sanções e apoio para quem tentar denunciar.

A criação de campanha dentro da empresa para conscientizar sobre este assunto também é de extrema importância, pois vai trabalhar as consequências para a vítima e para o assediante e também irá esclarecer os limites de brincadeira uns para com os outros no ambiente de trabalho. Com essas campanhas a empresa pode mostrar os limites entre o certo e o errado e mostra que tem responsabilidade por todas as condutas que ocorrem no ambiente de trabalho.

Segundo Maria de Lourdes Leiria (2012, p. 119): “A prevenção do assédio sexual depende da adoção de políticas dotadas de normas instrutivas e disciplinares, estabelecendo mecanismos de apuração que preservem a identidade das partes e das testemunhas, com o firme propósito de prevenir e coibir a prática de condutas ofensivas à dignidade e liberdade sexual dos trabalhadores”.

A prevenção é o meio mais eficaz para acabar com assédio sexual no local de trabalho, pois as empresas, os sindicatos e associações podem trabalhar de forma conjunta buscando prevenir esse tipo de atitude. O poder público vai atuar através da fiscalização e da punição de uma forma rigorosa aos que cometem esse tipo de crime.

E a autora citada esclarece:

As normas destinadas a prevenir e combater o assédio sexual podem ser de ordem heterônoma, leis, decretos e portarias do Estado ou autônomas, produzidas pelas partes, consubstanciadas em regulamentos internos, contratos de trabalho, normas coletivas ou códigos de condutas que instruam, orientem e tracem procedimentos confiáveis de apuração, preservando, apoiando e protegendo a vítima e testemunhas de represálias, prevendo medidas disciplinares aplicáveis a quem violar as normas. Podem ser utilizados meios alternativos de solução de conflitos como encontrado na Europa, por meio de acordo e protocolo de atuação para prevenção do assédio fazendo uso da conciliação e mediação (LEIRIA, 2012, p. 120).

Responsabilidade do assédio é tripartite, assim o estado é responsável pela saúde do cidadão, o empregador pelo zelo na manutenção devendo garantir um ambiente laboral

saudável e os empregados, e o sindicatos e associações trabalhar a conscientização da gravidade do assédio sexual visando combatê-lo e denunciá-lo. Para prevenir melhor, o ideal seria a legislação prever uma sanção pecuniária severa ao empregador que venha cometer a infração.

Sendo assim, as empresas têm a responsabilidade de garantir um ambiente de trabalho seguro e saudável para seus funcionários, e isso inclui protegê-los contra o assédio sexual. Quando ocorre o assédio sexual, a empresa deve tomar medidas para garantir que a vítima receba o apoio necessário para lidar com os efeitos psicológicos do trauma.

Algumas das maneiras pelas quais a empresa pode contribuir para ajudar a vítima incluem:

- Oferecer um ambiente de trabalho seguro: a empresa deve ter políticas claras e estratégias para garantir que os funcionários estejam seguros no local de trabalho e protegidos contra o assédio sexual.
- Encorajar a denúncia: é importante que a empresa tenha um sistema claro e eficaz de denúncia de assédio sexual, com garantias de confidencialidade e proteção contra retaliações.
- Fornecer apoio psicológico: a empresa pode fornecer recursos para aconselhamento ou terapia para a vítima, ajudando-a a lidar com os efeitos psicológicos do trauma. Isso pode incluir um plano de saúde com cobertura para terapia, licença médica remunerada e acesso a grupos de apoio.
- Tomar medidas para garantir a segurança da vítima: a empresa deve tomar medidas para garantir que a vítima esteja segura no ambiente de trabalho e, se necessário, pode considerar o afastamento do agressor do local de trabalho.
- Oferecer flexibilidade no trabalho: a vítima pode precisar de flexibilidade em seu horário de trabalho ou outras adaptações para lidar com os efeitos psicológicos do trauma. A empresa pode considerar oferecer horários flexíveis ou outras acomodações.
- Capacitar os gerentes e supervisores: a empresa pode fornecer treinamento para gerentes e supervisores sobre como lidar com denúncias de assédio sexual e como apoiar as vítimas.

É importante lembrar que a empresa não é responsável pelos efeitos psicológicos do trauma causado pelo assédio sexual, mas pode contribuir para ajudar a vítima a lidar com o trauma e se recuperar.

5.3 OS TRAUMAS PSICOLÓGICOS CAUSADOS PELO ASSÉDIO SEXUAL

O assédio sexual é um comportamento inapropriado que pode ter efeitos profundos e duradouros na saúde mental das vítimas. Conforme Francisco Rogério de Jesus Lacerda e Rildo Pereira Barbosa (2021) algumas das consequências psicológicas comuns do assédio sexual incluem:

Transtorno de estresse pós-traumático (TEPT): muitas vítimas de assédio sexual podem desenvolver sintomas de TEPT, como flashbacks, evitamento de gatilhos relacionados ao trauma, pesadelos e hiper vigilância.

Ansiedade e depressão: o assédio sexual pode levar a sentimentos intensos de ansiedade, tristeza e desesperança, que podem se desenvolver em transtornos de ansiedade e depressão.

Baixa autoestima e autoimagem negativa: as vítimas podem sentir-se culpadas, envergonhadas ou sujas devido ao assédio sexual, o que pode levar a uma autoimagem negativa e baixa autoestima.

Problemas de relacionamento: o assédio sexual pode prejudicar a capacidade da vítima de confiar nos outros, o que pode levar a problemas de relacionamento e isolamento social.

Problemas de sono: as vítimas de assédio sexual podem ter dificuldade em dormir, seja por causa de pesadelos ou preocupações relacionadas ao trauma.

Dificuldade em concentrar-se: o assédio sexual pode afetar a capacidade da vítima de se concentrar nas tarefas diárias, o que pode levar a problemas no trabalho e na escola.

Distúrbios alimentares e abuso de substâncias: algumas vítimas de assédio sexual podem desenvolver comportamentos alimentares desordenados ou recorrer ao abuso de substâncias como forma de lidar com o trauma. (LACERDA; BARBOSA, 2021, p. 19).

É importante que as vítimas de assédio sexual procurem ajuda profissional para lidar com os efeitos psicológicos do trauma. A terapia pode ser uma ferramenta útil para ajudar as vítimas a lidarem com o trauma, desenvolver habilidades de enfrentamento e trabalhar para superar os efeitos negativos do assédio sexual em suas vidas.

5.4 A IMPORTÂNCIA DO ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO PARA A VÍTIMA DO ASSÉDIO SEXUAL

O acompanhamento psicológico para vítimas de assédio sexual é de extrema importância, pois esse tipo de violência pode causar diversos danos emocionais e psicológicos que podem afetar a saúde mental e o bem-estar da vítima (LUZ *et. al*, 2022)

O assédio sexual é uma forma de violência de gênero (HIGA, 2016) que ocorre

quando uma pessoa é submetida a contatos físicos ou verbais de natureza sexual sem seu consentimento ou vontade expressa. As vítimas de assédio sexual podem vivenciar uma ampla gama de emoções negativas como resultados de experiências traumáticas. Alguns dos sentimentos são comuns que as vítimas podem experimentar incluem: Vergonha, Medo, Culpa, Raiva, Tristeza, Ansiedade e Depressão.

É importante destacar que o assédio sexual não é apenas um problema individual, mas também um problema social e cultural mais amplo. A educação e a conscientização sobre o assédio sexual são cruciais para prevenir e combater essa forma de violência de gênero (SILVA, 2023). Além disso, é fundamental oferecer apoio e recursos às vítimas, bem como responsabilizar os agressores por seus atos, a fim de criar uma sociedade igualitária para todos.

O acompanhamento psicológico pode ajudar a vítima a lidar com esses sentimentos, oferecendo um espaço seguro para que ela possa expressar suas emoções e compartilhar suas experiências.

O psicólogo pode fornecer apoio emocional e orientação para que a vítima possa reconstruir sua autoestima e confiança em si mesma, bem como ajudar a vítima a identificar e superar quaisquer sintomas de trauma que possam estar presentes.

Além disso, o acompanhamento psicológico também pode ajudar a vítima a lidar com o processo legal, pois o assédio sexual é considerado um crime e pode levar a processos judiciais. O psicólogo pode oferecer orientação sobre como a vítima pode lidar com a situação no tribunal, preparar-se para testemunhar e lidar com as possíveis consequências emocionais de participar de um processo legal.

Em resumo, o acompanhamento psicológico é fundamental para ajudar as vítimas de assédio sexual a superarem os danos emocionais e psicológicos causados por essa forma de violência, bem como para auxiliá-las no processo de recuperação e retomada de sua vida após o ocorrido.

Existem diversos tipos de grupos de acompanhamento psicológico para vítimas de assédio sexual, que podem oferecer suporte e auxílio no processo de recuperação. Conforme a Francisco Rogério de Jesus Lacerda e Rildo Pereira Barbosa (2021) alguns exemplos de grupos de apoio incluem:

Grupos de apoio presenciais: geralmente, esses grupos são liderados por um terapeuta ou conselheiro e reúnem um pequeno grupo de vítimas de assédio sexual. As sessões podem ocorrer semanalmente ou mensalmente e oferecem a oportunidade de compartilhar experiências, sentimentos e preocupações com outras pessoas que passaram por situações semelhantes.

Grupos de apoio online: esses grupos são semelhantes aos grupos de apoio presenciais, mas ocorrem online. Eles podem ser especialmente

úteis para vítimas que não têm acesso a grupos presenciais em sua área geográfica ou que têm dificuldade em se deslocar para as reuniões presenciais.

Grupos de apoio para sobreviventes de abuso sexual: esses grupos são projetados especificamente para vítimas de abuso sexual, incluindo o assédio sexual. Eles podem oferecer um ambiente seguro e acolhedor para compartilhar histórias de trauma, bem como fornece informações e recursos para ajudar na recuperação.

Grupos de apoio para mulheres: muitas vezes, as vítimas de assédio sexual são mulheres e, portanto, podem se beneficiar de grupos de apoio específicos para mulheres. Esses grupos podem fornecer um espaço seguro e de apoio para compartilhar experiências e aprender estratégias de enfrentamento. (LACERDA; BARBOSA, 2021, p. 30).

É importante lembrar que a participação em grupos de apoio não é para todos, e algumas vítimas podem preferir o acompanhamento individualizado com um terapeuta ou conselheiro. O importante é buscar ajuda e suporte de profissionais treinados para lidar com os efeitos do trauma do assédio sexual

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assédio sexual é o ato de perseguir ou atormentar uma pessoa com pedidos ou insistir com conotação sexual de uma maneira implícita ou explícita, crime que só foi regulamentado com a inserção do artigo 216 - A no Código Penal Brasileiro com a criação da lei nº 10.224/2001.

A prevenção e a punição são de grande importância, pois quando tratadas de maneira adequada, pode-se evitar o assédio sexual e parar o assediador, principalmente com a aplicação das penas e das medidas de prevenção que venham a desmotivar o mesmo.

É importante que as vítimas desse tipo de violência confiem em seus instintos e que acreditem em si mesmas, que não estão sozinhas e que esta tem direito a um ambiente seguro e respeitoso. A vítima deve procurar apoio de pessoas e confiança, como amigos, familiares ou colegas de trabalho. As vítimas também podem procurar linhas diretas de apoio as vítimas de assédio e as autoridades locais para identificar o assédio.

Pode-se fazer campanhas para educar as pessoas sobre os diferentes tipos de assédio, incluído verbal, físicos, psicológico e cibernéticos, destacando comportamentos inaceitáveis e porque estes comportamentos são prejudiciais. Incentivar as vítimas a manterem os registros de forma detalhada dos incidentes, incluído data, horários, locais, testemunhas e qualquer comunicação por escrito.

É de extrema importância informar as vítimas sobre os possíveis impactos físicos, emocionais e psicológicos do assédio, como ansiedade, depressão, estresse pós-traumático

e problemas de saúde física. Destacando que o assédio pode afetar o desempenho no trabalho, bem como os relacionamentos pessoais, lembrando que é fundamental respeitar a decisão da vítima em relação ao curso da ação que deseja seguir. As vezes denunciar publicamente pode não ser a melhor opção para a vítima, e é importante apoiá-la em sua escolha. Além disso, encoraje a busca por aconselhamento profissional, seja de um terapeuta, conselheiro ou advogado, para fornecer orientação e apoio especializado.

Se você ou alguém que você conhece está passando por uma situação de assédio sexual, é importante procurar ajuda o mais rápido possível.

REFERÊNCIAS

AREF ABDUL LATIF, Omar. Assédio sexual nas relações de trabalho. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 41, maio 2007.

ASSEMBLEIA Geral da ONU. “Declaração Universal dos Direitos Humanos”. “**Nações Unidas**”, 217 (III) A, 1948, Paris, art. 1. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed., São Paulo: LTr, 2017.

BRASIL. **Código Civil**, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, **Diário Oficial da União**. Disponível em: L10406compilada (planalto.gov.br)

BRASIL. **Código Penal**, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 09/12/2022.

BRASIL. Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 de novembro de 1992. Disponível em: D678 (planalto.gov.br).

BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 de agosto de 1996. Disponível em: D1973 (planalto.gov.br)

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 de julho de 1992. Disponível em: D0592 (planalto.gov.br).

BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 01 de maio de 1943. Disponível em:

DEL5452 (planalto.gov.br)

BRASIL. **Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001.** Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10224.htm

BRASIL. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de abril de 1995. Disponível em: L9029 (planalto.gov.br).

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.492, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm Acesso em 21 /04/2023.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** vol. 3, São Paulo: Saraiva,1998.

FREITAS, Maria Ester de. Assédio moral e assédio sexual: faces do poder perverso nas organizações. **Revista de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas.** Volume 41, n. 02, 2001.

HIGA, Flávio da Costa. Assédio sexual no trabalho e discriminação de gênero: duas faces da mesma moeda? **Rev. direito GV**, 12 (2), May-Aug 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201620>

LACERDA, Francisco Rogério de J; BARBOSA, Rildo Pereira. **Psicologia no trabalho.** Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2021.

LEIRIA, Maria de Lourdes. **Assédio sexual laboral, agente causador de doenças do trabalho: reflexos na saúde do trabalhador.** São Paulo: LTr, 2012.

LUZ, Dilmara de Souza da; NUNES, Júlia Nogueira; PACHECO, Adriana das Chagas Oliveira. Assédio sexual contra mulheres no ambiente de trabalho: consequências psicológicas. **Revista Arquivos Científicos (IMMES).** Macapá, AP, Ano 2022, v. 5,n. 2, p. 1-9.

MENDES, Maria Clara Maurício Tenório; MILAGRE JÚNIOR, Sérgio Luiz. Assédio sexual nas relações de trabalho: uma reflexão a partir dos elementos conceituais e jurídicos. **Revista ATHENAS de Direito, Política e Filosofia,** Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete – Ano VIII – Vol. I – 2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro **Iniciação ao direito do trabalho**. 41. ed. São Paulo : LTr, 2018.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O assédio sexual na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2001.

SANTOS, Jocélia Neres dos *et. al.* O assédio sexual nas relações verticais descendentes: abordagens conceituais, legais e teóricas. **Revista GeSec**. São Paulo, v. 14, n. 8, p.14184-14196, 2023. Disponível em: O assédio sexual nas relações verticais descendentes: abordagens conceituais, legais e teóricas (revistagesec.org.br).

SILVA, Cristiane Gonçalves da *et al.* Dimensões do assédio na escola: diálogos sobre gênero com jovens estudantes de ensino médio de São Paulo/Brasil. **Interface, Comunicação, Saúde, Educação**, Botucatu, 2023; 27: e210649. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/interface.210649>.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 30.09.2023

Aceito em: 22.11.2023

DISPENSA DE LICITAÇÃO IMPLEMENTADA PELA LEI N. 14.133/2021 NO MATO GROSSO DO SUL

Bidding Waiver implemented by Law 14.133/2021 in Mato Grosso do Sul

Maria Fernanda Ferraz Deliberaes¹

Tiago Resende Botelho²

Alisson Henrique do Prado Farinelli³

RESUMO

O objetivo deste artigo é a análise das dificuldades enfrentadas pelas Administrações Públicas na implementação da dispensa de licitação instituída pela Nova Lei de Licitações, a Lei Federal n. 14.133/21, a qual trouxe inovações que buscam a prevalência do meio eletrônico no âmbito das contratações públicas. Inicialmente supõe-se que os obstáculos podem estar relacionados a ausência de pessoal qualificado ou devidamente capacitado para aplicação dos novos procedimentos. O presente estudo analisa as diferenças entre este novo modo e os procedimentos anteriores, bem como a exposição dos pontos positivos e negativos da alteração legislativa, com enfoque na atuação de municípios de grande e pequeno porte pertencentes ao Estado de Mato Grosso do Sul. Para isso, foi realizada uma pesquisa qualitativa com representantes dos departamentos de licitação desta Unidade Federativa e das cidades de Dourados, Ivinhema, Juti e Japorã. Adotou-se na pesquisa o método hipotético-dedutivo, com utilização de livros, artigos e obras que versam a respeito do tema. A partir das análises empreendidas foi possível observar que as dificuldades estão relacionadas, principalmente, a insuficiência de governança pública.

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the difficulties faced by Public Administrations in implementing the bidding waiver established by the New Public Bidding Law, Federal Law No. 14.133/21, which introduced innovations aimed at promoting electronic means in the realm of public contracts. Initially, it is assumed that the obstacles may be related to the absence of qualified or properly trained personnel for the application of the new procedures. The present study examines the differences between this new approach and the previous procedures, as well as the presentation of the positive and negative aspects of the legislative change, with a focus on the performance of both large and small municipalities within the state of Mato Grosso do Sul. To achieve this, qualitative research was conducted with representatives from the bidding departments of this Federative Unit and from the cities of Dourados, Ivinhema, Juti, and Japorã. The hypothetical-deductive method was adopted in the research, utilizing books, articles, and works that address the subject. Based on the undertaken analyses, it was possible to observe that the difficulties are primarily related to the lack of public governance.

Keywords: *Bidding Waiver; Law 14.133/2021; Electronic Waiver; New Bidding Law*

Palavras-chave: Dispensa de Licitação; Lei 14.133/2021; Dispensa Eletrônica; Nova Lei de Licitações;

1 Bacharel em Direito -FADIR/UFMG. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público Licitatório. ORCID: 0009-0006-1151-5124. E-mail: mariaffdeliberaes@gmail.com

2 Doutor em Direito Socioambiental pela PUC. Professor do curso de Direito da UFGD. ORCID ID: 0000-0001-9416-9728. E-mail: tiagobotelho@ufgd.edu.br

3 Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR. Professor e coordenador do curso de Direito da UFGD. ORCID ID: 0000-0002-2738-0205. E-mail: alissonfarinelli@ufgd.edu.br.

Sumário: 1. Introdução. 2. Licitação: da vela à era digital. 3. Da contratação com o desconhecido - surgimento da lei n. 14.133/2021 e obrigatoriedade da utilização dos meios eletrônicos. 3.1 Do problema da postergação de implementação do PNCP aos municípios com menos de 20.000 (vinte mil) habitantes; 3.2 Da aplicação prática da lei 14.133/2021 para dispensas em municípios do Mato Grosso do Sul. 4. Da utilização da nova lei pelos municípios do Mato Grosso do Sul. 5. Considerações finais. Referências.

Summary: 1. Introduction. 2. Public Bidding: from candles to the digital age. 3. Contracting with the unknown – appearance of Law No. 14.133/2021 and the enforcement of using electronic means. 3.1 Of the issue of postponing the implementation of PNCP to municipalities with less than 20.000 (twenty thousand) inhabitants; 3.2 Of the practical applications of Law No. 14.133/2021 for dispensations in municipalities in Mato Grosso do Sul. 4. Of the usage of the new law by the municipalities of Mato Grosso do Sul. 5. Final considerations. References.

1 INTRODUÇÃO

A palavra “licitação” vem do latim “*licitatione*”, que significa “arrematar em leilão”. Logo, a licitação realizada pela Administração está relacionada com a contratação de serviços e aquisição de bens pelos órgãos públicos (MARINELA e CUNHA, 2022, p. 19).

Mesmo que utilizada no Brasil desde a época do Império, foi apenas a sétima Constituição Federal, promulgada em 1988, que trouxe pela primeira vez, em seu artigo 37, a obrigatoriedade de licitação para obras, serviços, compras e alienações. À vista disso, em 21 de junho de 1993 foi promulgada a Lei n. 8.666 que regulou o procedimento. Todavia, mesmo com a criação de inúmeras leis complementares, o texto legal não se adaptou à era digital.

Com isso, em 01 de abril de 2021, para surpresa de muitos, após idas e vindas no legislativo, foi promulgada a Lei n. 14.133, que tinha como principal objetivo unificar as legislações sobre licitação e modernizar o procedimento (art. 11, IV da lei 14.133/2021).

A nova lei trouxe um lapso de transição de 2 (dois) anos, no qual durante o período de 01 de abril de 2021 até 01 de abril de 2023 a Administração poderia escolher com qual lei contratar.

Todavia, através de uma pressão realizada durante Marcha dos Prefeitos (MARTIMON, 2023), ocorrida na Confederação Nacional de Municípios ocorrida em 30 de abril de 2023, a Ministra da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, Esther Dweck, anunciou a prorrogação para implementação da nova lei. O feito foi concretizado pela Medida Provisória 1.167/2023⁴, que estipulou o prazo final de 30 de dezembro de 2023.

A demanda dos prefeitos municipais que ensejou a prorrogação apresentou um problema já conhecido pelos bastidores da Administração Pública: a dificuldade na implementação da nova lei de licitações e contratos.

Nesse contexto, a dificuldade também se apresenta na exceção à regra: a dispensa de

4 O mencionado Decreto foi convertido na Lei Complementar n. 198, de 28 de junho de 2023.

licitação, constitucionalmente prevista.

Em caráter excepcional, a Administração pode contratar sem a utilização de licitação. Contudo, a nova lei apresentou um sistema diferenciado a ser utilizado pela Administração, com a determinação de que os procedimentos seriam realizados preferencialmente na forma eletrônica.

No presente artigo, será reconhecido o contexto histórico e legislativo que levaram às mudanças atuais, bem como é realizada a análise das principais mudanças promovidas pela Nova Lei.

Do mesmo modo, a pesquisa pondera sobre os pontos positivos e negativos das inovações, com base no posicionamento doutrinário e Consultas realizadas aos Tribunais de Contas Estaduais. Outrossim, analisa o problema do prazo de 6 (seis) anos para realização do procedimento de licitação na forma eletrônica para os municípios com menos de 20.000 (vinte mil) habitantes.

Por fim, com o intuito de sustentar a problemática e entender as dificuldades reais enfrentadas por alguns municípios do Mato Grosso do Sul, quais sejam: Dourados, Ivinhema, Juti e Japorã, assim como o departamento de licitação do Estado, foi realizada um questionário, através da ferramenta Google Forms, como base de pesquisa.

Diante do exposto, o presente trabalho buscará analisar a aplicação prática da dispensa de licitação nos municípios do Mato Grosso do Sul para que se explore soluções e meios de uma contratação mais eficiente e que atenda às necessidades da Administração de forma mais breve.

2 LICITAÇÃO: DA VELA À ERA DIGITAL

Para que seja possível uma interpretação mais aprofundada sobre as inovações da nova lei de licitações, é necessário contextualizar o surgimento de tal procedimento.

Existem controvérsias quanto ao marco inicial das licitações, tendo em vista que desde o surgimento do Estado, este tem a necessidade de contratar. Todavia, já na Bíblia conseguimos visualizar um processo de contratação direta por inexigibilidade, no processo de construção do Palácio Real de Salomão (1Reis 7.13).⁵

Marinela e Cunha (2022, p. 19) identificam que existem indícios de um instituto parecido com a licitação legislado pelo Código de Hamurabi, diante da necessidade do Estado em vender os bens adquiridos por conquistas, guerras e condenações criminais.

5 “1Reis 7

13 E enviou o rei Salomão um mensageiro e mandou trazer a Hirão de Tiro.

14 Era ele filho de uma mulher viúva, da tribo de Naftali, e fora seu pai um homem de Tiro, que trabalhava em cobre; e era cheio de sabedoria, e de entendimento, e de ciência para fazer toda a obra de cobre; este veio ao rei Salomão, e fez toda a sua obra.”

Um pouco mais adiante na história, na Europa Medieval, para decidir qual seria o benfeitor das obras desejadas, utilizava-se o sistema da “vela e prego”, no qual se acendia uma vela para abrir a fase das propostas. Quando a vela terminava, vencida o licitante que havia apresentado o melhor preço (MEIRELES, 2007, p.29)

Com isso, percebemos que a licitação é inerente ao surgimento do Estado. A partir do surgimento de uma Administração eleva-se a necessidade de adquirir bens e serviços, feito que não pode ser realizado na forma como fazem os particulares.

Para Maria Sylvia Zanella, pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato (ZANELLA, 2019, p.755).

Já Celso Antônio Bandeira de Mello define que “Licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas” (2009, p.517)

Em resumo, a licitação é o procedimento de compra da Administração Pública, que não pode contratar diretamente na forma que realizam os particulares, conforme ilustra Alexandre Mazza. O referido autor contextualiza que a licitação deve respeitar os princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade e indisponibilidade do interesse público, isto é, deve garantir que todos os licitantes possuam as mesmas condições de oferta, com o fim de garantir a prevalência do interesse da Administração, vencendo a melhor oferta (MAZZA, 2019, p. 826).

Este recorte do Direito Administrativo – licitação – deteve a primeira especificação na Constituição Federal de 1988, pois anteriormente, este assunto era abordado em leis esparsas e decretos, sem especificidade.

A renovação trouxe como competência privativa da União legislar sobre as normas gerais de licitação (art. 22, XXVIII da Constituição Federal). Ou seja, foi estipulado que a União deveria produzir uma norma geral a qual os demais entes federados deveriam aderir. Tal poder não restringe a possibilidade dos Estados e Municípios regulamentarem os procedimentos através de decretos, apenas invoca a necessidade de uma normativa basilar.

No mais, a CF/1988 trouxe, através do artigo 37, a obrigação da realização do processo de licitação para obras, serviços, compras e alienações, salvo os casos especificados em lei, garantindo a igualdade de condições a todos os concorrentes.

Alexandre de Moraes (2013, p.865) interpreta que, em razão dos princípios constitucionais, a licitação deve ser sempre adotada, sob pena de invalidade, de forma rigorosa a garantir a contratação da melhor proposta.

Inobstante, o texto constitucional estabeleceu por meio do artigo 175 a necessidade de realizar licitação para a prestação de serviços públicos, mesmo quando executados diretamente. Um exemplo que ilustra essa obrigação pode ser encontrado nas palavras do Ministro Octávio Gallotti, do STF. Em um julgamento ocorrido em 27/08/1993, no Recurso Especial 140.989, o Ministro enfatizou que o uso do advérbio “sempre” no artigo 175 da Constituição deixa claro e sem margem para dúvidas que o preceito possui uma eficácia plena, imediata e automática, impondo obrigações tanto ao legislador quanto ao poder regulamentar. Isto é, a licitação era uma palavra sequer mencionada no texto constitucional e passou a se tornar obrigação para toda a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Podemos afirmar que a Constituição de 1988 veio para democratizar o procedimento de compras da Administração, por obrigar a realização de um procedimento que assegura a todos as mesmas condições.

Dessa forma, compreendendo as inovações constitucionais, surgiu a Lei n. 8.666/1993. Mesmo não sendo a primeira a legislar sobre o assunto, é considerada por Mazza como a primeira lei nacional⁶, ou seja, aplicada em todas as esferas federativas.

Importante analisar o recorte histórico do surgimento desta lei. Em 1992 ocorreu o impeachment do então presidente Fernando Collor de Melo, diante da exposição de um escândalo de corrupção envolvendo o desvio de verbas através da contratação de empresas fantasmas.

Assim, toda a elaboração da lei foi realizada em um período em que o legislativo buscava dar à população uma resposta ao escândalo de corrupção. Isso acabou provocando a elaboração de uma lei rígida e burocrática.

Isto posto, juntamente com o surgimento da era digital, a Lei n. 8.666/93 não conseguiu acompanhar as evoluções da sociedade.

Conforme ilustram Felipe Fernandes e Rodolfo Penna (2023, p.18), a Lei n. 8.666/93 traz um formalismo exagerado que acaba por ocasionar a morosidade dos processos, assim como a realização de contratações acima do preço de mercado, por promover processos licitatórios com altos custos.

6 A Lei n. 8.666 tem, indiscutivelmente, natureza jurídica de lei nacional, estabelecendo normas gerais obrigatórias para todas as entidades federativas. (Mazza, fl. 836)

3 DA CONTRATAÇÃO COM O DESCONHECIDO - SURGIMENTO DA LEI N. 14.133/2021 E OBRIGATORIEDADE DA UTILIZAÇÃO DOS MEIOS ELETRÔNICOS

Nesse contexto, surge a Lei 14.133/2021, que altera a forma de realização de licitações e contratos administrativos, assim como as modalidades a serem utilizadas, incluindo inovações relacionadas à tecnologia.

A intenção da Lei de implementar a tecnologia no mundo das licitações já vem transcrita na estipulação dos objetivos do processo licitatório, que agora conta com o propósito de incentivar à inovação e o desenvolvimento sustentável (art. 11).

Toda essa mudança não era esperada pelos entes públicos, e mesmo com o prazo de dois anos para revogação da lei antiga - posteriormente prorrogada por mais oito meses - faz surgir uma limitação dos órgãos da Administração em contratar com o desconhecido.

Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2023, p. 26) identifica que a nova lei expressa uma preocupação com a eficiência e com a sustentabilidade dos processos de contratação pública, incluindo no rol dos objetivos da licitação itens como a inovação e o desenvolvimento sustentável.

Nesse cenário, passamos a análise das contratações diretas, que sofreram alterações significativas com a Nova Lei, identificando uma preocupação com a sustentabilidade e a prática do sobrepreço.

Conforme o texto do artigo 37, inciso XXI, a licitação é um procedimento obrigatório para aquisição de bens e serviços, ressalvados os casos especificados em legislação específica. À vista disso, temos as hipóteses de inexigibilidade e dispensa, que fornecem ao ente público a possibilidade de contratar com um procedimento mais simples.

Di Pietro (2019, p. 789) diferencia as duas oportunidades identificando que na inexigibilidade não há possibilidade de competição, enquanto na dispensa existe a viabilidade de competição, mas esta é faculdade da Administração.

A Nova Lei em pouco alterou o procedimento para contratação via inexigibilidade. Contudo, em relação à dispensa, o procedimento foi alterado e burocratizado, fugindo do propósito inicial da Lei 14.133/2021. Outro empecilho foi que a nova norma não trouxe um plano de implementação dessas inovações, deixando os entes públicos reféns de uma norma desconhecida.

Rodrigo Luís Kanayama (2021, p. 93) interpreta que tais alterações se deram em razão de uma desconfiança do legislador com o gestor público, que tentou trazer uma segurança adicional ao texto legal.

Ainda quanto a burocratização da contratação direta, Sidney Bittencourt (2021, p.95) observa que houve um aumento no rol de documentos a serem apresentados, fato

que o autor identifica como ‘perfeitamente possível’. Ou seja, ainda que a maioria dos autores entendam as modificações quanto às contratações diretas como uma burocracia exacerbada, alguns entendem que se faz necessário para a lisura do processo.

Assim, passamos a análise das principais mudanças e as formas de aplicação prática, que se dão de maneira controversa.

A primeira mudança a ser analisada é a que mais vem causando impactos nos órgãos da Administração: a realização da dispensa por meio eletrônico.

Buscando adequar as inovações tecnológicas da atualidade, a Lei 14.133/2021 prevê, no que tange a contratação direta por dispensa, que as contratações veiculadas nos incisos I e II do artigo 75 serão precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis (BRASIL, Lei 14.133 de 2021, art. 75, §3º).

Isto é, sempre que a Administração desejar realizar uma dispensa, deve publicar em meio online o descritivo do objeto, a fim de que empresas possam apresentar orçamentos e propostas para realização do serviço/entrega da aquisição.

Podemos analisar os pontos positivos e negativos desta pequena alteração. Mesmo que a legislação ordene a publicação no meio online, nenhum plano de implementação de tais sistemas foi apresentado para os servidores. Ou seja, a lei exige a realização de uma ação, mas não especifica a forma de execução.

Renato Felini ainda dispõe que 90% dos municípios não contam com estrutura de dados de contrato. Isto é, não possuem sistemas de informatização que serão necessários para aplicação da NLL (2023,1:44:27). Já Fernanda Cersósimo identifica que a utilização dos novos sistemas exige investimento em treinamento, tecnologia e contratação de pessoal, o que é um grande desafio para órgãos públicos com poucos recursos (2023, 2:58).

No mesmo paradigma conseguimos incluir os licitantes locais. Com a Lei n. 8.666/93, no que tange às prefeituras municipais, caso esta desejasse adquirir um produto de baixo valor do comércio local, a Administração buscava orçamentos e já realizava a contratação, toda pela via presencial.

Com a atualização, o licitante deve acompanhar as necessidades da Administração e competir com empresas de diversas localidades que tiveram acesso ao aviso online, além de ter que se adequar ao sistema eletrônico.

Esse prazo de espera de três dias também acaba atrasando as contratações dos municípios, que antes não precisavam esperar interesse de empresas além das que procuraram orçamentos.

Inobstante, a Lei estabelece que a publicação ocorra no PNCP (Portal Nacional de Contratações Públicas), sistema implementado pela nova lei. Todavia, a ferramenta ainda não está inteiramente disponível a todos os órgãos da Administração.

Tal empecilho já foi objeto de consulta ao Tribunal de Contas da União por meio

de TC 008.967/2021-0, que decidiu que os órgãos não vinculados ao Sistema de Serviços Gerais, do grupo chamado órgãos “não-SISG”, em caráter excepcional e transitório, podem contratar pela Nova Lei mesmo que sem acesso ao PNCP, devendo utilizar dos meios eletrônicos oficiais.

Isto é, a falta de um plano de implementação fez com que um dispositivo da Nova Lei fosse relativizado pelo próprio Tribunal de Contas logo após a sua publicação.

Por outro lado, a publicação online da pretensão de uma contratação possibilita o recebimento de outras propostas, o que aumenta a competitividade, garantindo melhores preços para a Administração.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2023, p.245) identifica que a realização da contratação na forma eletrônica diminui os custos de participação dos licitantes e aumenta a competitividade e isonomia do certame.

Já Janriê Rodrigues e Caroline Muller (2021, p. 442) aduzem que a exigência de divulgação da dispensa pelo meio eletrônico potencializa o controle social de forma uniforme em todo o território nacional. Os autores entendem que todos os cidadãos, estando estes mais próximos ou distantes do órgão licitante terão acesso ao controle social das contratações da Administração.

Importante ressaltar que além da previsão do aviso de dispensa por meio eletrônico, a Nova Lei também orienta que as licitações de modo geral sejam realizadas preferencialmente de forma eletrônica.

Sidney Bittencourt (2021, p. 371). descreve que a nova lei só admite a utilização da forma presencial se houver motivação, devendo a sessão ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo. Ou seja, não obriga, mas adota o molde eletrônico como preferência.

O mesmo já acontecia com o pregão, que poderia ser presencial caso a Administração apresentasse justificativa no Estudo Técnico Preliminar. A diferença é que agora isso acontece com todas as modalidades e com as dispensas.

3.1 DO PROBLEMA DA POSTERGAÇÃO DE IMPLEMENTAÇÃO DO PNCP AOS MUNICÍPIOS COM MENOS DE 20.000 (VINTE MIL) HABITANTES

Outro fator peculiar das inovações da nova lei, no que tange a obrigatoriedade de publicação no PNCP. foi a disposição transitória de que os municípios com menos de 20.000 (vinte mil) habitantes possuem 6 (seis) anos para adesão da obrigatoriedade de realização de licitação sob a forma eletrônica.⁷

⁷ Art. 176. Os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei, para cumprimento: I - dos requisitos estabelecidos no art. 7º e no **caput** do art. 8º desta Lei; II - da obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica a que se refere o § 2º do art. 17 desta Lei; III - das regras

Assim, ficou estabelecido que tais municípios devem publicar em diário oficial e disponibilizar a versão física em suas repartições. Isto é, os municípios com menos de 20.000 (vinte mil habitantes) têm 6(seis) anos para realizar a dispensa com os valores atualizados da nova lei, mas com o procedimento semelhante ao da Lei n. 8.666/93.

A problemática de tal dispositivo consiste na ausência de estipulação de plano de implementação. Foi identificada a vulnerabilidade dos municípios menores, mas não foi determinada uma solução para que tais possam se adaptar à nova legislação.

Um exemplo do despreparo dos pequenos municípios são as consultas públicas perante os Tribunais de Contas dos Estados de Minas Gerais (Processo n. 1104835) e Bahia (Processo n. 09031e21).

Ambas as consultas foram realizadas por municípios com menos de 20.000 (vinte mil habitantes) questionando se poderiam contratar com a nova lei antes da adesão ao Portal Nacional das Compras Públicas, mesmo que o texto da lei seja objetivo quanto à autorização.

Igor Pereira Pinheiro (2021) ainda entende que a vantagem atribuída aos pequenos municípios é inconstitucional, promovendo a violação ao princípio da proporcionalidade, na sua vertente da proibição da proteção deficiente, assim como aos princípios da moralidade administrativa, publicidade administrativa e eficiência administrativa.

Na prática, podemos prever que o período de transição vai provocar a inutilização do novo sistema, com a esquiva dos municípios por todos os meios possíveis, o mesmo que já ocorreu com o pregão eletrônico, que mesmo após mais de 5 (cinco) anos após sua implementação, ainda não é amplamente utilizado pelos pequenos municípios.

A única solução plausível para o problema é a capacitação dos agentes públicos e a disponibilização de incentivos para os municípios que aderirem ao sistema antes do prazo final. Sem a tomada de atitude pelo Governo Federal, os municípios tendem a esperar uma prorrogação do período de transição, assim como ocorreu com a revogação da Lei n. 8.666/93.

3.2 DA APLICAÇÃO PRÁTICA DA LEI 14.133/2021 PARA DISPENSAS EM MUNICÍPIOS DO MATO GROSSO DO SUL.

Diante do aumento significativo no montante permitido para as dispensas em razão do valor, mesmo que com dificuldade, alguns municípios do Mato Grosso do Sul já estão

relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial. Parágrafo único. Enquanto não adotarem o PNCP, os Municípios a que se refere o **caput** deste artigo deverão: I - publicar, em diário oficial, as informações que esta Lei exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, admitida a publicação de extrato; II - disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo o referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica.

utilizando a nova lei de licitação para as contratações diretas.

A título de exemplo, passa-se a análise de uma dispensa de licitação realizada na forma eletrônica disponibilizada pela nova lei pelo município de Ivinhema-MS.

Conforme orienta o § 3º do art. 75 da Lei 14.133, antes de realizar a contratação direta - via dispensa - de obras, serviços de engenharia, manutenção de veículos automotores e serviços e compras comuns dentro do limite de valor estipulado legalmente, a Administração deve publicar um aviso de licitação. Essa publicação deve ser divulgada em sítio eletrônico oficial pelo prazo de três dias úteis com as informações necessárias para o colhimento de outras propostas para o objeto.

Nesse formato elaborou a Prefeitura de Ivinhema para a Dispensa Eletrônica 002/2023:

Matéria publicada no Diário Oficial do Município de IVINHEMA de Mato Grosso do Sul, no dia 18/05/2023.

Número da edição: 3253

Licitação

AVISO DISPENSA ELETRÔNICA N. 002/2023

AVISO

DISPENSA ELETRÔNICA Nº 002/2023

Processo Administrativo Nº 075/23

Lei 14.133/2021

CONTRATANTE: MUNICÍPIO DE IVINHEMA-MS

OBJETO: O objeto da presente dispensa é a escolha da proposta mais vantajosa para CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM LICENÇA DE USO DE SOFTWARE - SISTEMA DE ASSINATURA DE DOCUMENTOS DE FORMA DIGITAL 100% WEB, SUPORTE TÉCNICO, MANUTENÇÃO, CUSTOMIZAÇÃO, PARAMETRIZAÇÃO E TREINAMENTO, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Aviso de Dispensa Eletrônica, Termo de Referência e na Minuta do Contrato.

VALOR TOTAL DA CONTRATAÇÃO: R\$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais).

PERÍODO DE PROPOSTAS

De: 18/05/2023 às 09h00. (Horário de Brasília-DF)

Até: 24/05/2023 às 09h00. (Horário de Brasília-DF)

PERÍODO DE LANCES

De: 24/05/2023 às 09h30. (Horário de Brasília-DF)

Até: 24/05/2023 às 15h30. (Horário de Brasília-DF)

Endereço Eletrônico: www.comprasbr.com.br

Critério de Julgamento: menor preço por LOTE .

Ivinhema-MS, 17 de Maio de 2023.

Juliano Ferro Barros Donato

Prefeito Municipal

Fonte: Site da Prefeitura Municipal de Ivinhema⁸.

Como pode ser observado, o aviso de licitação fornece as informações necessárias para que os interessados possam participar da competição. Quanto aos dias previstos pelo diploma legal, é verificado que o município publicou o aviso de dispensa no dia 17/05/2023, enquanto estaria recebendo propostas até 24/05/2023, ou seja, dentro do período legalmente estipulado.

Conforme ata da sessão disponibilizada pelo Município para a pesquisa, no dia agendado, os interessados têm um período para oferecimento de lances, até que se chega em um valor final, vejamos:

8 Disponível em https://cdn.ivinhema.ms.gov.br/uploads/file_archive/file/598/aviso-dispensa-eletronica-n-0022023.pdf



Compras BR Portal de Licitações

-
-
-

Histórico de Lances e Ordem Classificatória

Dados da Compra Direta

Nº Processo 075/2023	Nº Compra Direta 2/2023	Data/Hora de fim do envio de propostas 24/05/2023 - 09:00	
Órgão Prefeitura Municipal de Ivinhema - MS - PMI - MS	Critério Julgamento Menor Preço	Diferença Mínima entre Lances Valor (R\$) 50,00	
Objeto O OBJETO DA PRESENTE DISPENSA É A ESCOLHA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM LICENÇA DE USO DE SOFTWARE-SISTEMA DE EMPRESA DE ASSINATURA DE DOCUMENTO DE FORMA DIGITAL 100% WEB,SUPORTE TÉCNICO,MANUTENÇÃO,CUSTOMIZAÇÃO,PARAMETRIZAÇÃO E TREINAMENTO CONFORME CONDIÇÕES ,QUANTIDADES E EXIGENCIAS ESTABELECIDAS NESTE AVISO DE DISPENSA ELETRONICA, TERMO DE REFERENCIA E NA MINUTA DO CONTRATO			

1 - LICENÇA DE USO DE SOFTWARE - SISTEMA DE ASSINATURA DE DOCUMENTOS DE FORMA DIGITAL 100% WEB, SUPORTE TÉCNICO, MANUTENÇÃO, CUSTOMIZAÇÃO, PARAMETRIZAÇÃO E TREINAMENTO

Histórico de Lances

Fornecedor	Data/Hora	Lance (R\$)
RICARDO NAKASHIMA E CIA LTDA	21/05/2023 - 17:39:57	22.000,00
1DOC TECNOLOGIA S.A	23/05/2023 - 17:33:13	21.996,00
RICARDO NAKASHIMA E CIA LTDA	23/05/2023 - 19:06:54	21.995,00
1DOC TECNOLOGIA S.A	24/05/2023 - 14:27:43	21.945,00
RICARDO NAKASHIMA E CIA LTDA	24/05/2023 - 14:58:25	21.944,00
1DOC TECNOLOGIA S.A	24/05/2023 - 14:59:15	18.000,00
RICARDO NAKASHIMA E CIA LTDA	24/05/2023 - 14:59:32	21.890,00
RICARDO NAKASHIMA E CIA LTDA	24/05/2023 - 14:59:53	21.800,00
RICARDO NAKASHIMA E CIA LTDA	24/05/2023 - 15:00:00	17.432,67

Ordem Classificatória

Classificação	Fornecedor	Valor (R\$)
1	RICARDO NAKASHIMA E CIA LTDA	17.432,67
2	1DOC TECNOLOGIA S.A	18.000,00

Fonte: Documento disponibilizado pelo Município.

O processo analisado ocorreu através do Portal do Compras BR, e em muito se assemelha à realização de pregões eletrônicos que ocorrem pelo mesmo sistema virtual.

Após a finalização do processo, a ata vai para verificação do jurídico e o resultado é publicado da seguinte forma:

Matéria publicada no Diário Oficial do Município de IVINHEMA de Mato Grosso do Sul, no dia 29/05/2023.

Número da edição: 3260

Licitação

RESULTADO DISPENSA ELETRÔNICA N. 002/2023

RESULTADO DE LICITAÇÃO. DISPENSA ELETRÔNICA Nº 002/2023. PROCESSO LICITATÓRIO Nº 075/2023

O Município de Ivinhema, Estado de Mato Grosso do Sul, através da Secretaria Municipal de Administração e através de seu Agente de Contratação, **torna público**, o resultado do processo supra.

OBJETO : O objeto da presente dispensa é a escolha da proposta mais vantajosa para CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM LICENÇA DE USO DE SOFTWARE - SISTEMA DE ASSINATURA DE DOCUMENTOS DE FORMA DIGITAL 100% WEB, SUPORTE TÉCNICO, MANUTENÇÃO, CUSTOMIZAÇÃO, PARAMETRIZAÇÃO E TREINAMENTO, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Aviso de Dispensa Eletrônica, Termo de Referência e na Minuta do Contrato.

EMPRESA VENCEDORA: RICARDO NAKASHIMA & CIA LTDA, vencedora do menor preço global no valor de R\$ 17.432,67 (dezesete mil quatrocentos e trinta e dois reais e sessenta e sete centavos).

Ivinhema-MS, 26 de Maio de 2023.

Elizete Santos de Lima

“Agente da Contratação”

Homologa o Resultado Adjudicado pelo Agente de Contratação

Juliano Ferro Barros Donato

“Prefeito”

Fonte: Site da Prefeitura de Ivinhema⁹

⁹ Disponível em: https://cdn.ivinhema.ms.gov.br/uploads/file_archive/file/611/resultado-dispensa-eletronica-n-0022023.pdf

O município de Ivinhema possui cerca de 27.821 (vinte e sete mil oitocentos e vinte e um) pessoas, de acordo com o Censo de 2022¹⁰. Ou seja, não entra no prazo de 6(seis) anos estipulado pelo artigo 176 da Lei n. 14.133/2021 para obrigatoriedade de publicação no PNCP (Portal Nacional de Contratações Públicas).

Logo, a fim de que o procedimento seja realizado em conformidade com a nova lei de licitações, deve publicar todos os passos apresentados no Portal, sendo facultado a utilização do PNCP para as contratações, podendo os órgãos utilizarem ou realizar suas contratações em sítios eletrônicos próprios (CAMPOS, 2021, p. 352).

4 DA UTILIZAÇÃO DA NOVA LEI PELOS MUNICÍPIOS DO MATO GROSSO DO SUL

Com o fim de obter precisão sobre a perspectiva dos municípios do Mato Grosso do Sul quanto à contratação direta na Nova Lei de Licitações, encaminhamos aos respectivos setores de licitação um questionário sobre o assunto.¹¹ Os entrevistados autorizaram a utilização das informações prestadas.

Foi questionado aos representantes dos departamentos de licitação se os órgãos já estavam utilizando a nova lei e se seria apenas para contratações diretas; se já tiveram experiências com a realização de dispensa nos moldes da nova lei e, se sim, quais suas maiores dificuldades; qual seria a maior dificuldade e os pontos positivos na utilização das contratações diretas pela Lei 14.1333/2021; se o servidor passou por alguma capacitação para utilização da nova lei e PNCP; se o servidor se sente capaz para licitar com a nova lei e se acredita que seu município está preparado para utilização da Lei 14.133/2021.

Foram recebidas respostas dos municípios de Dourados, Juti, Japorã e Ivinhema, assim como da Secretaria Executiva de Licitação da Secretaria de Administração do Estado. Os municípios de Juti e Japorã possuem menos de 20.000 (vinte mil habitantes), ou seja, ainda possuem prazo para utilização de algumas determinações da nova lei de licitações, conforme já mencionado.

Dos entrevistados, apenas a representante do Estado do Mato Grosso do Sul alega já estar utilizando a Nova Lei tanto para contratações diretas quanto para certames em geral. Isto é, mesmo que a Lei 14.133/2021 esteja em vigor há mais de dois anos, os municípios continuam sem iniciar a sua utilização por completo, mesmo que todos afirmem ter realizado capacitações sobre o assunto.

No que tange às contratações diretas, estas são realizadas pela Nova Lei em razão do aumento do montante permitido para dispensas, todavia, todos os municípios

10 Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ms/ivinhema/panorama>

11 Disponível em: <https://forms.gle/K1AgBwyE5GKcqWeQ9>

relataram dificuldades na realização do processo ou na obtenção dos resultados desejados. A representante do município de Ivinhema relata que “a maior dificuldade será a não participação de empresas locais”, fator anteriormente debatido no presente artigo, visto que há uma resistência das empresas locais em utilizar o sistema eletrônico.

Os municípios de Dourados e Japorã informaram que a maior dificuldade para realização da dispensa eletrônica foi adequação dos licitantes ao que exige o novo procedimento. Além disso, o município de Ivinhema relatou o acontecimento de inúmeras contratações desertas, diante da pouca participação de empresas locais.

Com isso observamos que os problemas apresentados no tópico anterior são realidade no Estado do Mato Grosso do Sul.

A Lei n. 14.133/2021 traz inovações tecnológicas, mas não tem qualquer plano para capacitação dos licitantes. O legislador criou a obrigatoriedade sem pensar na funcionalidade. Dessa forma, mesmo que o Estado realize o procedimento pela norma atual, não consegue contratar pela falta de conhecimentos das empresas que participam do certame.

Uma forma de solucionar o problema enfrentado é com a disponibilização de cursos de capacitação direcionados aos licitantes, assim como uma melhor divulgação dos certames realizados.

Tal solução foi pensada pelo Governo Federal, que criou a pasta “capacite-se” em seu portal de compras. Todavia, até o momento, existem apenas vídeos acerca da antiga Lei, sem novas atualizações.

Os municípios entrevistados informaram que realizaram algumas capacitações, o que demonstra uma tentativa de solução pelos governantes, no entanto, ainda muito frágil. Fernanda Cersósimo (2023) ressalta que a melhor forma de lidar com a nova lei é capacitando os servidores e entendendo as novas mudanças.

Por conseguinte, quando questionados se os respectivos municípios estão preparados para a transição total para a Nova Lei, o representante do município de Dourados ponderou que a criação de regulamentos municipais viabilizou a realização do procedimento.

Essa tem sido uma solução comum encontrada pelos municípios, que diante da inovação e da dificuldade, passaram a elaborar legislações próprias ou, na ausência destas, a utilizar da normativa elaborada pelo Governo Federal, na forma que autoriza o artigo 187 da Nova Lei.¹²

Nesse contexto, Bittencourt (2021, p.273) expõe que a dispensa eletrônica já era utilizada e regulamentada pelo Governo Federal, desde a época do surgimento da modalidade do pregão eletrônico, com a utilização de um sistema de cotação eletrônica,

12 Art. 187. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão aplicar os regulamentos editados pela União para execução desta Lei.

que configurava uma forma de pesquisa de preços e posterior contratação por intermédio do meio eletrônico.

Ademais, o próprio Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul, através da Instrução Normativa nº 26, de 06 de setembro de 2022, instituiu a possibilidade de aplicação dos atos normativos publicados pela União no que tange à Lei n. 14.133/2021, assim como a utilização de modelos disponibilizados pelo governo federal.

À vista disso, com a Nova Lei, a União elaborou a Instrução Normativa SEGES/ME n. 67, de 8 de julho de 2021, que institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

Outrossim, a normativa prevê que quando os recursos forem oriundos da União, deve respeitar as regras do mencionado regulamento (BRASIL, IN SEGES/ME n. 67 de 2021, art. 3º).

No mais, como exemplo de criação de legislação própria, temos a do Estado de Mato Grosso do Sul, que regulamentou o sistema através do Decreto n. 16.119, de 6 de março de 2023. O município de Dourados também publicou legislação própria, caracterizando o sistema por meio do Decreto Municipal de n. 1.278, de 04 de maio de 2022.

Tais regulamentos são uma forma de auxiliar tanto o servidor que deve realizar o procedimento, quanto o licitante que deseja ser contratado, apontando a forma e os meios de execução das contratações diretas.

Nos decretos o ente pode especificar qual sistema utilizará para aviso, qual a forma de envio de propostas, quais as restrições, entre outras peculiaridades que tendem a deixar o procedimento mais fácil de ser realizado.

Por exemplo, no Decreto de regulamentação da contratação no Estado de Mato Grosso do Sul é estabelecido que a Administração pode revogar o procedimento por motivo de conveniência ou oportunidade. Isto é, em Mato Grosso do Sul, caso o Estado realize uma contratação por dispensa e depois perceba que existiriam formas mais vantajosas, pode revogar a contratação sem qualquer efeito negativo para a Administração.

Ou seja, através do legislativo municipal e estadual, vem sendo possível a complementação da Lei n. 14.133/2021, que burocratizou o processo de contratação direta sem indicar a forma de execução, deixando o procedimento mais claro e se adequando às necessidades regionais.

No que tange o processo de regulamentação municipal, recentemente foi questionada a constitucionalidade de tal artifício perante o Supremo Tribunal Federal. Através de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 971 SP), a Lei Municipal de São Paulo n. 17.731 de 2022, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação de contratos administrativos teve a constitucionalidade questionada.

O questionamento ocorreu em razão da previsão constitucional de competência

privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação (art. 22, XXVII CF). Todavia, a ação foi julgada improcedente, tendo o Ministro Gilmar Mendes orientado que já é entendimento da Corte que os Estados e Municípios têm competência para complementar as normas gerais de licitação.

Logo, a elaboração de legislações próprias para complementação da Lei n.14.133/2021, além de ser necessária, é dita como constitucional pela Corte Suprema, sendo um artifício essencial para adaptação dos municípios.

As soluções encontradas pelos municípios do Mato Grosso do Sul para implementação da Nova Lei de Licitações podem ser compreendidas como um conjunto de ações de governança pública.

O Tribunal de Contas da União define Governança Pública como o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das contratações (Acórdão 2.622/2015),

Além disso, a Lei n. 14.133/2021 traz, no parágrafo único do artigo 11, o dever da alta Administração implementar um modelo de governança, com a gestão de riscos e controles internos. Isto é, fica estabelecido a determinação de uma participação ativa do executivo como forma de auxiliar a execução das atividades de contratação pública.

Segundo Rodolfo Pena e Felipe Fernandes (2023, p. 34), a determinação tem por intuito atingir os objetivos da lei e promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações no aspecto do planejamento e das leis orçamentárias e promover a eficiência das contratações.

Assim, ações como a capacitação de servidores e a elaboração de regulamentos próprios configuram-se como medidas de governança pública, que devem ser adotadas pelos representantes do executivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso traçado desde os primórdios da contratação pública até a chegada da Era Digital nos trouxe uma visão panorâmica da evolução das licitações e das transformações que a sociedade e a Administração Pública enfrentaram ao longo dos anos.

Da “vela e prego” na Europa Medieval até as inovações trazidas pela Lei n. 14.133/2021 no contexto brasileiro, percebemos a constante busca por processos mais eficientes, transparentes e vantajosos para a Administração e para a sociedade.

A análise crítica das inovações da nova Lei de Licitações nos levou a compreender os desafios e implicações decorrentes de sua implementação. A inclusão das tecnologias digitais e eletrônicas na contratação pública representa um avanço significativo em direção à modernização e à transparência, porém, essa transição não ocorre sem obstáculos.

O debate em torno da adaptação dos municípios, especialmente os menores, à nova realidade eletrônica, revela a complexidade da implementação. A falta de um plano de capacitação adequado para os licitantes, aliada à ausência de clareza na norma quanto à execução dos procedimentos eletrônicos, contribui para a dificuldade enfrentada pelos entes públicos. A obrigatoriedade de adesão ao Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) por parte dos municípios menores levanta questões sobre a infraestrutura e o conhecimento necessário para operar o sistema de forma eficaz.

A busca por uma regulamentação mais adequada e específica por parte dos municípios, como demonstrado pelos exemplos do Mato Grosso do Sul, é uma estratégia compreensível e legítima para preencher as lacunas deixadas pela nova lei e garantir uma transição mais suave. No entanto, essa abordagem também destaca a importância de uma coordenação eficiente entre os diferentes níveis de governo para garantir a coerência das práticas adotadas.

Em última análise, a Lei n. 14.133/2021 representa um marco importante na modernização das licitações no Brasil, ao introduzir elementos digitais e inovadores. No entanto, fica evidente que a implementação bem-sucedida dessas mudanças requer não apenas a criação de normas, mas também a disponibilização de recursos adequados, capacitação e orientação para todos os envolvidos no processo, garantindo que os princípios de transparência, isonomia e eficiência sejam efetivamente alcançados. Além disso, a contínua colaboração entre os diversos entes federados é fundamental para superar os desafios e garantir a plena realização dos objetivos da nova era digital nas licitações públicas.

Tais medidas somente podem ser adotadas com uma governança pública de qualidade, isto é, demonstra-se por necessário que os governantes tenham conhecimento das dificuldades enfrentadas por seus departamentos de licitação e estejam dispostos a adotar as medidas necessárias.

No aspecto do Mato Grosso do Sul, os municípios se encontram mais despreparados que o Governo do Estado. Todavia, buscam por soluções para aplicação e adequação da Nova Lei, que até o momento se mostram compatíveis com os problemas enfrentados.

REFERÊNCIAS

BAHIA. Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia. **Processo n. 09031e21**. Disponível em: <https://www.tcm.ba.gov.br/sistemas/textos/juris/09031e21.odt.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2023.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São

Paulo: Malheiros, 2009.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

BITTENCOURT, Sidney. **Contratando sem Licitação: Contratação Direta por Dispensa ou Inexigibilidade - Lei Nº 14.133, De 1º De Abril De 2021 – Nova Lei De Licitações - Lei Nº 13.303, De 30 De Junho De 2016 – Lei Das Estatais**. Grupo Almedina (Portugal), 2021. E-book. ISBN 9786556273822. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273822/>. Acesso em: 05 ago. 2023.

BRASIL. Casa Civil. **Medida Provisória nº 1.167, de 31 de março de 2023**. Altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para prorrogar a possibilidade de uso da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos art. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 mar. 2023, Seção 1, p. 1-3. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/mpv/mpv1167.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%201.167%2C%20DE%2031%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%202023&text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%2014.133,4%20de%20agosto%20de%202011. Acesso em: 21 ago., 2023.

BRASIL. Congresso. Senado. **Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: . Acesso em: 10 de jul. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 971**. Estado de São Paulo. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359738197&ext=.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 140.989**. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Primeira Turma. Diário da Justiça de 27/08/1993, p. 17023. Ementa no volume 1714-04, p. 647.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Consulta TC 008.967/2021-**

0. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/84/92/E7/19/D3E9C710C74E7EB7E18818A8/008.967-2021-0%20-%20AN%20-%20aplicacao%20imediate%20contratacao%20direta.pdf>.

BRASIL. Secretaria de Gestão, Ministério da Economia (SEGES/ME). **Instrução Normativa nº 67, de 2021**. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-seges-me-no-67-de-8-de-julho-de-2021>.

CAMPOS, Flavia. **Comentários à Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2021.

CERSÓSIMO, Fernanda Sibeli Sotelo Teixeira. **5 Problemas para utilização da Nova Lei de Licitações**. Youtube: <https://youtu.be/Oz6aIgf3dCc>. Acesso em: 20 ago. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FENILI, Renato. Módulo 1 – **Conceitos, princípios e governança da lei 14.133/2021** – aula 1 (24/08). YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=58CFpTrB7Uc>. Acesso em: 1 jul. 2023.

FERNANDES, Felipe; PENA, Rodolfo. **Lei de Licitações e Contratos para a Advocacia Pública**. 3. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. Contratação Direta: Dispensa e Inexigibilidade na Lei 14.133/2021. IN: ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio S.; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. **A Nova Lei de Licitações**. Grupo Almedina (Portugal), 2021. E-book. ISBN 9786556273785. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273785/>. Acesso em: 15 jul. 2023.

MARINELA, Fernanda; CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

MARTIMON, Amanda. **Conquista Marcha: Governo anuncia prorrogação para implementação da nova lei de licitações**. Agência CNM de Notícias. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/conquista-marcha-governo-anuncia-prorrogacao-para-implementacao-da-nova-lei-de-licitacoes>. Acesso em: 21 ago. 2023.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul. **Instrução Normativa nº 26, de 06 de setembro de 2022**. Disponível em: <https://portal-services.tce.ms.gov.br/portal-services/files/arquivo/nome/21318/e266077d2a723c9e6887ef040ab81108.pdf>.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEIRELES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo. Malheiros. 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas de Minas Gerais. **Processo n. 1104835**. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br/noticia/Detalhe/1111625331>. Acesso em: 04 ago. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática**. Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786559647484. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647484/>. Acesso em: 05 ago. 2023.

PINHEIRO, Igor Pereira. **Carência Eficaz para Pequenos Municípios**. Editora Mizuno. Disponível em: <https://blog.editoramizuno.com.br/carencia-eficaz-para-pequenos-municipios/>. Acesso em: 04 ago.2023.

RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT, Caroline Muller. Transparência e Portal de Contratação Pública: Limites e Possibilidades para o Controle Social. IN: ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio S.; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. **A Nova Lei de Licitações**. Grupo Almedina (Portugal), 2021. *E-book*. ISBN 9786556273785. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273785/>. Acesso em: 15 jul. 2023.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 16.09.2023

Aceito em 03.11.2023

O TRABALHO INFANTIL COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL INDÍGENA E A ANTINOMIA ENTRE OS ARTIGOS 7º, XXXIII, E 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Child labor as an indigenous cultural manifestation and the antinomy between Articles 7, XXXIII, and 231 of the Constitution of the Republic

André Luis Nacer de Souza¹

RESUMO

A Constituição da República proíbe trabalho para menores de 16 anos, exceto na condição de aprendiz, desde que a partir dos 14 anos (artigo 7º, XXXIII). Da mesma forma, a Carta Constitucional reconheceu aos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (artigo 231), o que é entendido como o reconhecimento constitucional do direito consuetudinário indígena. É certo que cada povo indígena concede à infância um significado distinto, da mesma forma que a idade em que o indivíduo é reconhecido como adulto varia de acordo com a comunidade. A despeito da diversidade cultural entre os povos indígenas, os estudos antropológicos evidenciam que, em geral, a criança indígena é dotada de notável autonomia, sendo desde cedo integrada à vida dos adultos, o que faz com que suas atividades rotineiras sejam parecidas com as dos mais velhos, inclusive em relação ao trabalho. Verifica-se, nessas situações, conflito entre artigo 7º, XXXIII, e o artigo 231, ambos da Constituição da República. Neste trabalho, através de pesquisa bibliográfica, pretende-se analisar o conflito existente entre os referidos dispositivos constitucionais, objetivando-se encontrar solução que, do ponto de vista jurídico, seja adequada à solução da antinomia. Ao final, através de método dedutivo, será analisada criticamente, inclusive sob o ponto de vista antropológico, a questão do trabalho precoce fruto de manifestação cultural indígena.

ABSTRACT

The Constitution of the Republic prohibits work for minors under the age of 16, except as apprentices, as of the age of 14 (Article 7, XXXIII). Similarly, the Constitutional Charter recognized the social organization, customs, languages, beliefs, and traditions of indigenous peoples (Article 231), which is understood as the constitutional recognition of indigenous customary law. Distinct indigenous peoples indeed give childhood a different meaning, just as the age at which an individual is recognized as an adult varies from community to community. Despite the cultural diversity among indigenous peoples, anthropological studies show that, in general, indigenous children have remarkable autonomy and are integrated into adult life from an early age, which makes their routine activities similar to those of their elders, including work. In these situations, there is a conflict between Article 7, XXXIII, and Article 231, both of the Constitution of the Republic. In this paper, by means of bibliographical research, we intend to analyze the conflict between the aforementioned constitutional provisions, aiming to find a solution that, from a legal point of view, is appropriate to solve the antinomy. Ultimately, through the deductive method, the issue of early work as a result of indigenous cultural manifestation will be analysed critically, including under the anthropological point of view.

¹ Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Juiz do trabalho da 24ª Região. ORCID: 0009-0003-3597-1413. Endereço eletrônico: andrenacer@gmail.com.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; trabalho infantil indígena; pluralismo jurídico; etnocentrismo.

Keywords: *Fundamental rights; indigenous child labor; juridical pluralism; ethnocentrism.*

Sumário: 1 Introdução. 2 O tratamento jurídico do trabalho precoce no Brasil. 3 O reconhecimento jurídico da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas. 4 O indígena e a infância. 5 Antinomia entre o artigo 231 e o 7º, XXXIII, ambos da Constituição da República. 6 Considerações finais. Referências.

Summary: *1 Introduction. 2 The legal treatment of early work in Brazil. 3 The juridical recognition of indigenous social organization, customs, languages, beliefs and traditions. 4 The indigenous and childhood. 5 Antinomy between Article 231 and Article 7, XXXIII, both of the Constitution of the Republic. 6 Final considerations. References.*

1 INTRODUÇÃO

É consenso que o trabalho precoce prejudica a convivência familiar da criança e do adolescente e causa prejuízos ao seu desenvolvimento biológico, psicológico e social. Diante disso, normas internacionais foram editadas com a finalidade de impor idades mínimas para admissão no trabalho e, no Brasil, o artigo 7º, XXXIII, da Constituição da República (BRASIL, 1988), veda o trabalho aos menores de 16 anos. O Decreto 6.481/2008 (BRASIL, 2008), por sua vez, regulamenta os artigos 3º, alínea “d”, e 4º, da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (1999), estabelecendo idades mínimas para ingresso em uma série de atividades profissionais.

Por outro lado, os indígenas têm direito à preservação dos valores e práticas sociais, culturais, religiosos e espirituais, garantindo-se o respeito a esses valores, práticas e às suas instituições próprias. Nesse sentido é o artigo 5º teor da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989), promulgada pelo Decreto 5.051 de 19/04/2004 (BRASIL, 2004), e o artigo 231 da Constituição da República (BRASIL, 1988), que reconhece ao indígena a sua organização social, costumes e tradições.

O termo “infância”, tal como conhecemos, remete a um instituto particular da nossa civilização, tratando-se, portanto, de uma construção cultural e histórica do Ocidente. A forma com que uma sociedade lida com a infância e até mesmo o que se entende por infância é uma questão cultural, de modo que cada povo possui sua própria ideia sobre o instituto. Em determinados povos indígenas, as crianças participam do trabalho dos adultos por uma questão cultural sem que isso implique em prejuízo ao seu desenvolvimento perante a comunidade.

Em determinados contextos, portanto, o trabalho da criança evidenciará uma manifestação cultural indígena, razão pela qual, nestes casos, verifica-se conflito entre o artigo 7º, XXXIII, da Constituição da República (BRASIL, 1988), que veda o trabalho aos menores de 16 anos, e o artigo 231 da Constituição da República, que reconhece ao indígena a sua organização social, costumes e tradições.

Neste trabalho, através de pesquisa bibliográfica, pretende-se analisar o conflito existente entre os referidos dispositivos constitucionais, objetivando-se encontrar solução que, do ponto de vista jurídico, seja adequada à solução da antinomia. Ao final, através de método dedutivo, será analisada criticamente, inclusive sob o ponto de vista antropológico, a questão do trabalho precoce fruto de manifestação cultural indígena.

Para isso, no primeiro capítulo deste artigo, serão esposadas as normas que tratam da vedação do trabalho precoce no Brasil. Já no segundo capítulo será explorado o conteúdo do artigo 231 da Constituição da República de 1988, que reconheceu a organização social, os costumes, as línguas, as crenças e as tradições indígenas, bem como será abordado o conceito de pluralismo jurídico. No terceiro capítulo será realizada uma análise sobre a maneira com que os povos e comunidades indígenas lidam com a infância. No quarto capítulo será tratada a antinomia entre os artigos 7º, XXXIII, e 231, ambos da Constituição da República de 1988. E, por fim, serão apresentadas as conclusões sobre a temática desenvolvida.

2 O TRATAMENTO JURÍDICO DO TRABALHO PRECOCE NO BRASIL

Durante os Séculos XVIII e XIX, quando ocorreu o incremento da indústria e, por consequência, do modelo capitalista de produção, não existiam normas regulamentadoras das relações de trabalho. As condições de labor eram ruins, as jornadas extensas, os salários baixos e crianças e mulheres grávidas eram empregadas em atividades penosas, dentre outras situações indignas.

Após a criação da OIT em 1919, normas internacionais foram editadas para estabelecer parâmetros mínimos de proteção ao trabalhador e, mais especificamente no tocante às crianças e aos adolescentes, para impor idades mínimas para admissão no trabalho.

Atualmente, é consenso que o trabalho precoce prejudica a convivência familiar da criança e causa prejuízos ao seu desenvolvimento biológico, psicológico e social, sendo certo que, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), destacam-se as Convenções 138, de 1973, que objetiva a abolição do trabalho infantil, ao estipular a idade mínima de admissão ao emprego e 182, de 1999, que exorta a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo a escravidão, o trabalho forçado e o tráfico de crianças.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 proíbe trabalho para menores de 16 anos, exceto na condição de aprendiz, desde que a partir dos 14 anos (artigo 7º, XXXIII). O mesmo dispositivo também proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos.

Já o artigo 67, III e IV, da Lei 8.069/90 (BRASIL, 1990), proíbe o trabalho do menor de 18 anos em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social, bem como o labor em horários e locais que não permitam a frequência à escola.

O Decreto 6.481/2008 (BRASIL, 2008), por sua vez, regulamenta os artigos 3º, “d”, e 4º, da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (1999), estabelecendo idades mínimas para ingresso em uma série de atividades profissionais.

Ressalte-se que, segundo o artigo 2º da Lei 8.069/90, considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

3 O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL, COSTUMES, LÍNGUAS, CRENÇAS E TRADIÇÕES INDÍGENAS

A Constituição da República de 1988 reconheceu aos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (artigo 231). Para examinar o alcance dessa norma é necessário esclarecer, de início, o conceito de pluralismo jurídico.

É certo que, na sociedade ocidental, não se reconhece outras fontes de Direito que não aquelas oriundas do Estado, que detém o monopólio de produzir normas jurídicas. Nesse contexto, a acepção jurídica de pluralismo reside na ideia de “[...] negação de que o Estado seja o centro único do poder político e a fonte exclusiva de toda produção do Direito” (WOLKMER, 2001, p. 15). É por essa razão que o termo é entendido como a oposição ao monismo jurídico.

Não entraremos, aqui, em discussões antropológicas no sentido de que outras formas de Direito existem em determinadas comunidades a despeito da presença estatal. Do ponto de vista jurídico, não existem normas válidas senão aquelas oriundas do Estado. Entretanto, há casos em que o próprio Estado reconhece como válidas normas que não são estatais. A título de exemplo, a Constituição da Bolívia, em seu artigo 179, I (BOLÍVIA, 2009), reconhece expressamente a jurisdição indígena, denominada “*jurisdicción indígena originaria campesina*”, que goza da mesma hierarquia em relação à jurisdição ordinária, conforme artigo 179, II. Nessa situação, há o reconhecimento, por parte do próprio Estado, da eficácia do pluralismo jurídico.

No caso brasileiro, a Constituição da República reconheceu aos indígenas sua organização social. Segundo Marés (2013, p. 17), tal instituto reconhece a eles “[...] exatamente o direito de formar sua ordem legal interna”. Nesse mesmo sentido, Villares (2014) afirma que “organização social”, tal como consta no artigo 231 da Constituição da

República, nada mais é do que o “[...] conjunto de regras e autoridades para elaborá-las, que é a ideia mais aproximada que o Direito faz de sistema jurídico” (p. 16).

O referido artigo ainda reconhece os costumes e as tradições indígenas, que são entendidos como normas de convívio de cada povo, aí inseridas aquelas relativas, por exemplo, ao matrimônio e à solução de conflitos. Segundo Marés (2013, p. 18)

Exatamente disso se trata quando a Constituição de 1988 reconhece como legítima uma ordem que desconhece, já que fundada nos chamados usos, costumes e tradições. Esta ordem pode ser descrita por um cientista, sociólogo ou antropólogo, ou relatada por um membro da comunidade, mas está fora do alcance da lei e de seus limites, é uma ordem social própria e diferente da ordem jurídica estatal organizada pela Constituição. Isto é, a Constituição de 1988 reconheceu povos socialmente organizados fora do paradigma da modernidade e nisto foi seguida por várias constituições latinoamericanas. Aqui reside um grande diferencial, divisor de águas, ruptura com o passado [...]

Souza Filho (2012, p. 123) igualmente afirma que “[...] usos, costumes e tradições, querem dizer, na prática, direito”, ou seja, “[...] normas do direito consuetudinário indígena”.

É manifesto, portanto, que a própria Constituição da República reconhece o direito consuetudinário indígena. Ressalte-se, ainda, o teor da Convenção 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho, 1989), promulgada pelo Decreto 5.051 de 19/04/2004 (BRASIL, 2004), que no artigo 8.1 estabelece que “Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário”.

4 O INDÍGENA E A INFÂNCIA

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que a “infância”, tal como conhecemos, é um instituto particular da nossa civilização. Trata-se de uma construção cultural e histórica do Ocidente. Segundo Cohn (2005, p. 22) “Em outras culturas e sociedades, a ideia de infância pode não existir, ou ser formulada de outros modos. O que é ser criança, ou quando acaba a infância, pode ser pensado de maneira muito diversa em diferentes contextos socioculturais, e uma antropologia da criança deve ser capaz de apreender essas diferenças”.

Ou seja, a maneira com que uma sociedade lida com a infância e até mesmo o que se entende por infância é uma questão cultural, de modo que cada povo possui sua própria ideia sobre o instituto.

Cohn (2005) cita o exemplo dos Xikrin, uma etnia indígena de língua jê que mora no Pará e se autodenomina *Mebengokré*. Para o referido povo, por exemplo, tanto o homem

quanto a mulher são considerados “criança” até o momento em que gestarem outra criança. A partir desse instante, “[...] a mulher se pintará com motivos do gênero e da idade, junto às outras mulheres, e o homem passará a ser pintado por sua esposa, usando também novos motivos” (COHN, 2005, p. 25).

Note-se, portanto, que para os Xikrin não existe o que chamamos de “adolescência”. A fase da infância é sucedida diretamente pela fase adulta.

Assim como é certo que a infância se encerra em idades distintas, a depender de cada povo, o conceito e os cuidados com o que chamamos de infância é distinto em cada comunidade.

Adote-se como exemplo o povo Guarani de Mato Grosso do Sul, conforme estudo etnográfico de Schaden (1974) realizado nas comunidades de Dourados, Panambi, Amambai, Taquapiri e Jacaréi. Segundo Schaden (1974) “A criança Guarani se caracteriza por notável espírito de independência [...]”, participando da “[...] vida, das atividades e dos problemas dos adultos” (p. 59). Esse fenômeno foi verificado pelo autor durante pesquisas de campo realizadas de 1946 a 1954, quando os indígenas já estavam submetidos a intenso processo de aculturação, levando-o a concluir que se trata de um “[...] traço fundamental ou essencial da cultura Guarani que por sua vez se revela constante, enquanto esta seja capaz de subsistir” (p. 59).

Ainda segundo Schaden (1974), o Guarani acredita que a personalidade humana se desenvolve “[...] livre e independente em cada indivíduo” (p. 59) e, como consequência, descrê em métodos educativos, “[...] a não ser a título excepcional ou por via mágica” (p. 59). Por serem tratadas como adultos, as crianças “[...] são mais francas e menos retraídas que estes, quando em contacto com estranhos” (p. 59). A criança é criada, portanto, em uma atmosfera na qual se revela “[...] um sentimento de autonomia e de independência que não pode senão leva-la a um comportamento em muitos sentidos mais característico de indivíduos adultos do que de personalidades em formação”. (p. 59)

Schaden (1974) observou ser “[...] quase nula a cultura infantil Guarani”, sendo certo que eram poucos os brinquedos que não limitavam a imitar atividades dos adultos (p. 60). Como há um respeito extraordinário pela individualidade da criança, a repressão é ínfima, o que, segundo o autor, faz com que entre os Guarani “[...] não se desenvolve forte senso de disciplina e autoridade” (p. 65) e não há “disciplina de trabalho”, já que “[...] ninguém lhe ensinou em criança” (p. 65).

Ainda nesse contexto, Schaden (1974) verificou entre os Guarani Nhandeva que existe a crença da reencarnação e de que os filhos são entes queridos que faleceram e retornaram ao mundo. Logo, segundo o raciocínio predominante na comunidade, não há condições de exigir-se submissão a uma criança que até pouco tempo era um adulto que com eles convivia.

Note-se, portanto, que a infância é compreendida pelos Guarani de uma forma totalmente diferente da concepção que a civilização ocidental empregou a essa fase da vida. Esclareça-se ainda que a infância dos meninos Guarani vai até o rito da perfuração dos lábios (geralmente entre 8 e 12 anos) e a infância das meninas se encerra com a menstruação (SCHADEN, 1974, p. 85-92).

Nesse contexto de autonomia da criança Guarani, já era esperado que o trabalho fosse um traço característico na infância.

Desde cedo, as crianças de um e outro sexo ajudam os pais, quer na roça, quer nos trabalhos domésticos. As meninas, por exemplo, carregam água e cuidam dos irmãos menores, enquanto os meninos trabalham na roça ou levam para casa os produtos que se tornaram necessários (SCHADEN, 1974, p. 73-74).

Em razão dos efeitos da aculturação dos Guaranis, o autor verificou que já havia divisão do trabalho entre as crianças de acordo com o gênero, como se observa:

A mulher não trata de ganhar dinheiro, ao passo que para o homem a sua capacidade de trabalho e de produção é fonte de meios pecuniários hoje considerados indispensáveis para a existência do grupo. Já as atitudes infantis se conformam a esta distinção. Dos oito aos dez anos, mais ou menos, o menino passa por um período que se pode chamar de aprendizado; acompanha o pai nas caçadas, na coleta de mel e em outras atividades, aprendendo também, sob a orientação paterna, a técnica de trançado e a fabricação dos mais diversos artefatos. Espontaneamente – e menos por iniciativa dos pais, ao contrário do que Virginia Drew Watson observou entre os Kayová da aldeia de Taquapiri – o menino faz a sua própria roça e, não raro, vende o produto; com o dinheiro compra alguma roupa de que precise ou algum presente para a mãe – um corte de vestido, por exemplo –; nada para o pai. Em Francisco Horta acontece que meninos Kayová de seus dez anos de idade fazem changa fora da aldeia. A partir dos doze, o menino Guarani em geral começa a manifestar sua independência, trabalhando apenas parte do tempo na roça do pai, até que, pelos quinze ou dezesseis anos, passe a morar com o sogro, em cuja lavoura terá que trabalhar muito mais do que os filhos deste (SCHADEN, 1974, p. 74).

Note-se, ainda, o povo Karipuna, conforme estudo realizado por Tassinari (2007). Em tal comunidade, as crianças participam do trabalho dos adultos por uma questão cultural, podendo abandonar as atividades quando bem entenderem. Conforme narra a referida autora,

[...] observei que as crianças trabalham junto com os adultos, fazendo pequenos trabalhos “de crianças” que se intensificam em complexidade e força conforme vão crescendo. Porém, se têm vontade de fazer outra coisa, as crianças podem deixar o trabalho inconcluso, coisa que

os adultos jamais podem fazer. Num mutirão para fazer farinha, por exemplo, crianças bem pequenas podem auxiliar as mães a descascar mandioca, portando com desenvoltura um grande facão. As crianças menores auxiliam carregando água do poço. Já as crianças maiores, com 9 ou 10 anos, têm responsabilidade de auxiliar os pais a raspar mandioca, a cuidar da farinha no forno, enquanto cabe aos jovens o serviço pesado de ralar mandioca. Nesses mutirões, somente as crianças menores podem abandonar o trabalho antes de terminado (TASSINARI, 2007, p. 16-17).

É possível, portanto, extrair as seguintes conclusões: (a) o significado que cada povo indígena dá à infância é distinto; (b) o final da infância ocorre em momentos diferentes a depender da cultura de cada comunidade indígena; (c) a despeito disso, é possível concluir que, de maneira geral, em boa parte das comunidades indígenas não existe a “adolescência”, de modo que a infância é sucedida pela fase adulta; (d) em geral, a criança é dotada de notável autonomia, sendo desde cedo integrada à vida dos adultos, o que faz com que suas atividades rotineiras sejam parecidas com as dos mais velhos, inclusive em relação ao trabalho.

É manifesto, por consequência, que a nossa concepção sobre a infância é distinta daquela empregada por outros povos. Isso não surpreende pois, no decorrer de nossa História recente, presenciamos, por exemplo, trágicas experiências da exploração do trabalho infantil nas fábricas nos primórdios do capitalismo, bem como nos deparamos com a exploração sexual de crianças e a violência a que seus pais ou elas próprias foram submetidas em diversos contextos sociais indesejados. Essas situações não se verificavam nas comunidades indígenas antes do contato com a civilização europeia.

As nossas crenças sobre o que hoje consideramos essencial para o desenvolvimento saudável de uma criança são frutos dos estudos de distintas áreas da ciência, como a psicologia, a medicina e a pedagogia, sobre essas experiências traumáticas, que não ocorreram no seio dos povos indígenas, sendo compreensível, portanto, que eles tenham concepções muito distintas sobre a infância.

5 ANTINOMIA ENTRE O ARTIGO 231 E O 7º, XXXIII, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Em razão do acima esposado, pode-se perceber que, em alguns casos, o trabalho da criança ou do adolescente será algo inerente à própria cultura indígena. Isso porque (a) desde cedo as crianças participam das atividades dos adultos, podendo-se aí incluir, por exemplo, o labor na agricultura familiar e (b) na cultura indígena, a fase adulta pode ter início antes mesmo dos 16 anos, pelo que o trabalho seria algo natural a um indivíduo que, na nossa sociedade, é considerado adolescente e, portanto, é proibido de trabalhar.

Nesses casos, haverá um nítido conflito entre o artigo 7º, XXXIII, que veda o trabalho aos menores de 16 anos, com o artigo 231 da Constituição da República (BRASIL, 1988), que reconhece ao indígena a sua organização social, costumes e tradições. Em caso de conflito de regras, a solução se dá pelos critérios de solução de antinomia jurídica existentes: hierárquico, cronológico ou da especialidade.

Como ambas as regras são constitucionais, os critérios hierárquico e cronológico são inócuos. O critério da especialidade também não nos socorre já que ambas as normas possuem características semelhantes de generalidade e/ou especialidade. Para solução da antinomia, apresenta-se, neste trabalho, duas hipóteses.

A primeira delas é a adoção, com o escopo de solucionar o conflito, da Convenção 169 da OIT (1989), promulgada pelo Decreto 5.051/2004 (BRASIL, 2004), que em seu artigo 8 estabelece o seguinte:

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.
2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.
3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

A referida norma tem caráter supralegal, conforme decidido pelo STF no Recurso extraordinário 466.343 (BRASIL, 2008), e o artigo 8, parágrafo 2, estabelece que os indígenas têm o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, “[...] desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989). Note-se que o dispositivo cria uma cláusula de exceção ao artigo 231 da Constituição da República (BRASIL, 1988), estabelecendo que são reconhecidos os costumes e tradições indígenas, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais.

No caso, a proibição de qualquer trabalho para menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos, é norma de direito fundamental, inserida no Título II da Constituição da República (“DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS”), além de tratar-se de regramento de Direitos Humanos, de caráter internacional, conforme Convenção 138 da OIT (1973).

Logo, adotando-se o artigo 8, parágrafo 2, da Convenção 169 da OIT (1989), norma já vigente no ordenamento jurídico pátrio, embora os povos indígenas tenham o direito de conservar seus costumes e tradições, ainda assim seria vedado qualquer tipo de trabalho aos indígenas menores de 16 anos, mesmo que, repita-se, o labor seja desempenhado em um contexto culturalmente saudável e adequado aos padrões da sociedade indígena.

Frise-se, ainda, que a Convenção 169 da OIT (1989) tem, nesse aspecto, diretriz semelhante a outros diplomas universais. A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, a título de exemplo, garante o respeito às diferenças advindas de outras culturas, mas ressalta no artigo 4º que “[...] ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2002). No mesmo sentido está a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais de 2005 da Organização das Nações Unidas, que estabelece no artigo 2º que a “[...] diversidade cultural somente poderá ser protegida e promovida se estiverem garantidos os direitos humanos e as liberdades fundamentais” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005).

A segunda hipótese, entretanto, propõe reflexão crítica, inclusive sob o ponto de vista antropológico, sobre a questão do trabalho precoce fruto de manifestação cultural indígena.

É certo que a expressão “direitos humanos internacionalmente reconhecidos”, adotada pela Convenção 169 da OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1989) como sendo o padrão “mínimo” a ser observado pelos “costumes e tradições próprias” dos povos indígenas, refere-se ao conjunto de valores básicos da civilização ocidental.

A Antropologia nos ensina que “A cultura é um processo acumulativo, resultante de toda a experiência histórica das gerações anteriores. Este processo limita ou estimula a ação criativa do indivíduo” (LARAIA, 2001, p. 50). O mesmo autor acrescenta que “A nossa herança cultural, desenvolvida através de inúmeras gerações, sempre nos condicionou a reagir depreciativamente em relação ao comportamento daqueles que agem fora dos padrões aceitos pela maioria da comunidade. Por isto, discriminamos o comportamento desviante” (LARAIA, 2001, p. 67).

Essa tendência de o homem enxergar o mundo através de sua própria cultura é denominada etnocentrismo e tem como consequência a “[...] a propensão em considerar o seu modo de vida como o mais correto e o mais natural” (LARAIA, 2001, p. 72). Segundo Laraia (2001), é “[...] comum a crença de que a própria sociedade é o centro da humanidade, ou mesmo a sua única expressão” (p. 73) e “Comportamentos etnocêntricos resultam também em apreciações negativas dos padrões culturais de povos diferentes. Práticas de

outros sistemas culturais são catalogadas como absurdas, deprimentes e imorais” (p. 74).

Portanto, impor a idade mínima de 16 anos para todo e qualquer trabalho a uma comunidade indígena sem considerar os aspectos culturais e sociais já acima esposados caracteriza, ao menos no tocante a essa questão específica, mera adoção de uma visão etnocêntrica, marcada por valores ocidentais.

Nesse contexto, ao analisar eventual conflito entre o artigo 7º, XXXIII, que veda o trabalho aos menores de 16 anos, com o artigo 231 da Constituição da República (BRASIL, 1988), em casos nos quais o trabalho precoce decorre de mera manifestação cultural indígena, o mais acertado seria ouvir previamente a comunidade sobre a questão, procedimento, aliás, estimulado pela própria Convenção 169 da OIT (artigo 6º, 1, a), prestigiando a aplicação do artigo 231 da Constituição da República (BRASIL, 1988).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exploração do trabalho infantil é vista sob a ótica de desigualdade econômica, que tem como consequência o ingresso da criança no mercado de trabalho para complementar ou até mesmo garantir a renda familiar.

Nesse contexto, a “infância ideal” é aquela na qual a criança é submetida à educação escolar e a atividades lúdicas, características da dignidade infantil. Por outro lado, as crianças submetidas ao trabalho são desprovidas de um ou de ambos, havendo uma realidade nitidamente desigual, que deve ser combatida. É importante distinguir, portanto, casos de exploração econômica do trabalho infantil fora do âmbito cultural.

Conforme acima já analisado, o trabalho infantil como expressão cultural indígena em geral ocorre em duas situações: (a) quando a criança naturalmente permanece junto aos adultos e participa das atividades destes últimos, característica cultural própria da sociedade onde vive; ou (b) quando o indivíduo que consideramos criança ou adolescente já atingiu, na cultura indígena, a fase adulta da vida e, portanto, exerce atividades de subsistência tal como um adulto.

Acrescente-se, ainda que o trabalho, na cultura indígena, é apenas um meio de subsistência, diferentemente do que ocorre em nossa sociedade, na qual o trabalho é uma forma de acumulação de capital, prestígio social, etc. Nesse contexto, existem situações nas quais o trabalho de crianças indígenas consistirá, de fato, em mero objeto de exploração de mão-de-obra barata por indivíduos não indígenas ou por empresas, como no caso verificado em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho contra Agrisul Agrícola Ltda e Companhia Brasileira de Açúcar e Álcool/CBAA perante a Vara do Trabalho de Amambai-MS (USINA... 2011). A reclamação foi ajuizada em 2010 sob o 0000382-42.2010.5.24.0036 e na instrução processual foi constatado que menores indígenas eram

contratados para trabalhar no plantio e no corte de cana.

Também é possível que crianças ou adolescentes sejam explorados como mão de obra por seus próprios pais, familiares ou por outros indígenas, como, aliás, não é incomum constatar nas ruas de algumas cidades ou em rodovias. Esses e outros casos não estão abrangidos no contexto do trabalho infantil como expressão cultural indígena, tal como acima já delimitado, e, portanto, não suscitam dúvidas no sentido de que se inserem nas vedações impostas pelos artigos 7º, XXXIII, da Constituição da República (BRASIL, 1988); 67, III e IV, da Lei 8.069/90 (BRASIL, 1990); e pelo Decreto 6.481/2008 (BRASIL, 2008), sendo o caso, portanto, de serem adotadas políticas públicas estatais.

A dúvida surge quando se trata de trabalho infantil como expressão cultural indígena, como, por exemplo, o trabalho realizado em aldeias, no seio da família e da comunidade, sem exploração econômica e sem qualquer prejuízo à saúde e ao desenvolvimento físico e mental da criança ou do adolescente dentro da comunidade.

Nesse contexto, duas hipóteses foram tratadas para solucionar a antinomia verificada entre os dispositivos constitucionais mencionados. A primeira delas é a adoção do artigo 8, parágrafo 2, da Convenção 169 da OIT (1989), norma já vigente no ordenamento jurídico pátrio. Nesse caso, embora seja garantido aos povos indígenas o direito de conservar seus costumes e tradições, ainda assim seria vedado qualquer tipo de trabalho aos indígenas menores de 16 anos, mesmo que, repita-se, o labor seja desempenhado em um contexto culturalmente saudável e adequado aos padrões da sociedade indígena.

A segunda hipótese seria ouvir previamente as comunidades indígenas sobre a questão quando deparar-se com trabalho infantil como expressão cultural indígena, procedimento, aliás, estimulado pela própria Convenção 169 da OIT (artigo 6º, 1, a), prestigiando a aplicação do artigo 231 da Constituição da República ao caso concreto (BRASIL, 1988). Essa segunda hipótese se mostra mais adequada do ponto de vista antropológico ao afastar qualquer visão etnocentrista sobre a questão.

REFERÊNCIAS

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado 2009**. Disponível em: https://www.minedu.gob.bo/index.php?option=com_content&view=article&id=1525:constitucion-politica-del-estado&catid=233&Itemid=933. Acesso em 13 abr. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto 5.051 de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da

Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em 22 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto 6.481 de 12 de junho de 2008**. Regulamenta os artigos 3º, alínea “d”, e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo no 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto no 3.597, de 12 de setembro de 2000, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 466.343**, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2022.

COHN, Clarice. **Antropologia da criança**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**, 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

NASCIMENTO, Adir Casaro *et al.* A Cosmovisão e as representações das crianças Kaiowá e guarani: o antes e o depois da escolarização. In. NASCIMENTO, Adir Casaro (Org.). **Criança indígena: diversidade cultural, educação e representações sociais**. Brasília: Liber Livro, 2011.

OIT, Brasil. Combatendo o trabalho infantil: Guia para educadores V1 / **IPEC**. Brasília: OIT, 2001. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/--ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_233633.pdf. Acesso em: 22 jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 138 sobre idade mínima de admissão ao emprego**. Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho: Genebra (Suíça), 1973.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Conferência Geral da Organização Internacional do

Trabalho: Genebra (Suíça), 1989.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 182 da OIT sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação.** Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho: Genebra (Suíça), 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural.** Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura. Paris (França): 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais.** Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura. Paris (França): 2005.

SCHADEN, Egon. **Aspectos fundamentais da cultura guarani.** São Paulo: E.P.U./EDUSP, 1974.

TASSINARI, Antonella. Concepções indígenas de infância no Brasil. **Tellus**, ano 7, n. 13, p. 11-25, out. 2007 Campo Grande – MS. Disponível em: <http://www.gpec.ucdb.br/projetos/tellus/index.php/tellus/article/view/138/144>. Acesso em: 22 jun. 2022.

MARÉS, Carlos. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar (Org.) **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI.** Curitiba, Ed: Letra da Lei, 2013.

SOUZA Filho, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito.** Curitiba: Juruá Editora, 2012.

USINA é condenada em R\$ 5 mi por trabalho infantil indígena. **Migalhas**, 19 set 2011. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/141509/usina-e-condenada-em-r-5-mi-por-trabalho-infantil-indigena>. Acesso em: 27 jun. 2022.

VILLARES, Luiz Fernando. **Estado pluralista?: o reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil.** 2013. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-10012014-163451/pt-br.php>. Acesso em: 22 jun. 2022.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Síntese de uma nova cultura no Direito**, 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 30.11.2023

Aceito em: 22.12.2023

“CUIDADO, BURACO REPORTADO NA VIA”: WAZE DATA FOR CITIES COMO INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA DIGITAL NAS CIDADES INTELIGENTES BRASILEIRAS?

*“Caution, pothole reported on the road”:
Waze data for cities as an instrument of digital democracy
in Brazilian smart cities?*

Débora Maria Martins¹

Lara Cruz de Almeida²

Pedro Marcelo Clares³

RESUMO

Com a introdução da tecnologia na vida diária, surgiram diversos instrumentos para a gestão da cidade, com destaque para o aplicativo Waze, reconhecido por ser um mapa colaborativo que oferece as melhores rotas para deslocamento, além de permitir a participação ativa dos usuários para aprimorar a confiabilidade das informações relacionadas ao trânsito. Pela grande quantidade de usuários e a participação deles nessa rede social, várias cidades do mundo passaram a realizar parceria com a Google, empresa que comanda o aplicativo, a fim de que as informações fornecidas pelos usuários fossem repassadas para a Administração Pública, permitindo uma gestão mais participativa e assertiva nas políticas públicas a serem implantadas. Neste sentido, o artigo questiona se o Waze Data for Cities se torna suficiente instrumento de construção de um modelo de cidade baseada na participação popular por meio da tecnologia. Diante disso, possui como objetivo geral a análise do programa de compartilhamento como possível instrumento de construção de cidadania na gestão pública responsável pelo planejamento urbano. De forma específica, busca entender o conceito de Cidade Inteligente; refletir se a utilização do aplicativo em

ABSTRACT

With the integration of technology into daily life, various tools for city management have emerged, with a notable example being the Waze application. Recognized for its collaborative mapping feature that provides optimal travel routes, Waze allows active user participation to enhance the reliability of traffic-related information. Due to the large user base and their involvement in this social network, many cities worldwide have entered into partnerships with Google, the company behind the application. This collaboration aims to transmit user-provided information to Public Administration, enabling a more participatory and effective management of public policies. The study questions whether Waze Data for Cities is a sufficient tool for constructing a city model based on popular participation through technology. The overarching objective was to analyze the sharing program as a potential tool for building citizenship in public management responsible for urban planning. Specifically, the research aimed to understand the concept of a Smart City and consider whether the use of the application could serve as a sufficient tool for a dialogical public administration. Methodologically, this research was qualitative and descriptive,

1 Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogada. E-mail: deboramariamartins123@gmail.com. ORCID ID: 0000-0002-3449-7188

2 Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Advogada. E-mail: lara_cda@hotmail.com. Orcid ID: 0009-0009-0977-2852

3 Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Advogado. E-mail: claresandrade@gmail.com. ORCID ID: 0009-0004-8088-4826

questão pode se mostrar instrumento suficiente de uma administração pública dialógica. Em termos metodológicos, a pesquisa aqui realizada se mostrou como qualitativa e descritiva, prevalecendo-se a utilização da pesquisa bibliográfica, que se caracteriza pela busca de informações material impresso ou digital. Conclui, em suma, que o Estado deve não apenas estar preparado para receber informações provenientes das interações dos usuários, mas também ser proativo ao oferecer novas oportunidades e compartilhar seu poder de planejamento.

Palavras-chave: Cidades inteligentes, gestão democrática da cidade, administração dialógica.

Sumário: 1 Introdução; 2 A formação de uma cidade inteligente de acordo com a nova ordem constitucional; 3 Breve conceito de democracia digital; 4 Waze Data for Cities como instrumento da Democracia Digital; 4.1 Estudo de caso: Joinville, Santa Catarina; 4.2 Estudo de caso: Rio de Janeiro, RJ; 5 Considerações finais; Referências.

Summary: 1 Introduction; 2 The formation of a smart city in accordance with the new constitutional order; 3 Brief concept of digital democracy; 4 Waze Data for Cities as an instrument of Digital Democracy; 4.1 Case study: Joinville, Santa Catarina; 4.2 Case study: Rio de Janeiro, RJ; 5 Final considerations; References.

1 INTRODUÇÃO

A expansão da população gerou demandas para o planejamento urbano, como a mobilidade, de maneira que é cada vez mais comum que o cidadão busque gastar o menor tempo possível para o seu deslocamento.

Com o advento da tecnologia no cotidiano humano, uma série de oportunidades foram criadas para este fim, destacando-se o aplicativo *Waze*, o qual se caracteriza por ser um mapa colaborativo que traça melhores rotas para deslocamento e permite a participação de usuários para melhorar a confiabilidade nas informações prestadas sobre o trânsito, podendo ele apontar engarrafamento, acidentes, *blitz* ou buraco presente em determinada via pela qual passou.⁴ São Paulo é a cidade que mais usa o referido aplicativo no mundo, possuindo cerca de 4,5 milhões de usuários ativos por mês, quantidade essa que representa mais que um terço de todos os motoristas da cidade.⁵

4 GOOGLE. Como o Waze Funciona? Suporte Google, 2023. Disponível em: <https://support.google.com/waze/answer/6078702?hl=pt-BR#:~:text=O%20mecanismo%20de%20navega%C3%A7%C3%A3o%20do,tr%C3%A2nsito%20e%20estrutura%20de%20vias>. Acesso em 30 jul. 2023.

5 CLIFT, Erin. Como o Waze trabalha com pessoas e cidades para ajudar o Brasil a se locomover melhor. Think with Google, jul. 2019. Disponível em: <https://www.thinkwithgoogle.com/intl/pt-br/futuro-do-marketing/novas-tecnologias/como-o-waze-trabalha-com-pessoas-e-cidades-para-ajudar-o-brasil-se-locomover-melhor/>. Acesso em 30

Tendo em vista a massiva presença e interação dos usuários para a construção da confiabilidade das informações do aplicativo, várias cidades do mundo passaram a realizar parceria com a Google, empresa que comanda o aplicativo, a fim de que as informações fornecidas pelos usuários fossem repassadas para a Administração Pública, permitindo uma gestão mais participativa e assertiva nas políticas públicas a serem implantadas. Na cidade de Joinville, em Santa Catarina, uma das participantes dessa parceria, elenca-se que, com os dados fornecidos pelo aplicativo, o Departamento de Transporte estuda sobre velocidade, engarrafamentos e vias para encontrar congestionamentos, construindo soluções e prevenções para as condições expostas.⁶

No Brasil, até 2019, as cidades participantes eram Juiz de Fora (MG), Petrópolis (RJ), Rio de Janeiro (RJ), São Paulo (SP), Vitória (ES) e Joinville (SC).⁷ No Rio de Janeiro, foi pactuada a parceria entre a Administração Pública e o aplicativo quando a cidade sediou os Jogos Olímpicos, havendo esforço em conjunto para atualizar os mapas disponíveis, tendo em vista o fechamento ou redirecionamento de diversas ruas ou avenidas para receber o evento esportivo.⁸

A iniciativa da parceria entre a empresa e os Municípios brasileiros se coaduna com o objetivo trazido pela Organização das Nações Unidas (ONU), qual seja: o desenvolvimento de parceria dos governos com a sociedade civil, utilizando tecnologias da informação, comunicação e soluções de dados acessíveis, na realização do planejamento urbano.⁹ A tecnologia passou a fazer parte do cotidiano humano e do planejamento da cidade, sendo adotada até mesmo pela Organização das Nações Unidas nos objetivos de uma Nova Agenda Urbana.

Diante dos fatos expostos, questionou-se se o *Waze Data for Cities* é um instrumento suficiente de construção de um modelo de cidade inteligente baseada na participação popular por meio da tecnologia.

O estudo possui como objetivo geral a análise do *Waze Data for Cities* como possível instrumento de construção de cidadania na gestão pública responsável pelo planejamento urbano. De forma específica, buscou-se analisar o conceito de Cidade Inteligente na nova ordem constitucional e refletir se a utilização do aplicativo em questão pode se mostrar instrumento suficiente de uma administração pública dialógica. Para o desenvolvimento do estudo foram analisados dados referentes às cidades do Rio de Janeiro e Joinville

jul. 2023.

6 WAZE for Cities: usar dados para melhorar vias. Waze, 2023. Disponível em: <https://www.waze.com/pt-BR/wazeforcities/casestudies/using-data-for-roadway-upgrades>. Acesso em 30 jul. 2023.

7 HIROKI, Stella Marina Yuri. Mobilidade, participação e dados: o caso da aplicação do Waze for Cities Data na cidade de Joinville (SC). *Urbe Revista Brasileira de Gestão Urbana*, v.13, Curitiba, 2021, p. 6.

8 WAZE for Cities: usar dados para melhorar vias. Op. Cit.

9 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Nova Agenda Urbana. 2019, p. 23-24. Disponível em: <https://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese-Brazil.pdf>. Acesso em: 05 set. 2023.

disponibilizados pelo próprio programa referente às cidades em questão.

O método de abordagem foi o hipotético-dedutivo, caracterizado pelo teste de teorias, por meio de hipóteses alternativas e provisórias que poderão ou não serem confirmadas. A hipótese principal trabalhada é que o Waze contribui com a Democracia Digital, mas ainda há lacunas a preencher. A dedução é construída a partir de pesquisa bibliográfica, em que são estudados os conceitos de cidade inteligente e democracia digital.

Por fim, a pesquisa aqui realizada se mostra como qualitativa e descritiva, prevalecendo-se a utilização da pesquisa bibliográfica, que se caracteriza pela busca de informações material impresso ou digital, como livros, revistas, jornais, teses, dissertações e anais de eventos científicos.

2 A FORMAÇÃO DE UMA CIDADE INTELIGENTE DE ACORDO COM A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

A urbanização é marcada pela complexidade das interações socioeconômicas, culturais e políticas. Com isso, gerou-se uma série de desafios que afetaram negativamente os recursos naturais e o ambiente urbano, amplificando a dificuldade de acesso à cidadania devido à falta de disponibilidade ou restrição de bens e serviços urbanos essenciais, como moradia adequada, transporte eficiente e cuidados de saúde adequados.¹⁰

No contexto jurídico, a cidade frequentemente é abordada de várias perspectivas, incluindo design arquitetônico, projeto de organização territorial e ameaça ao meio-ambienta. Abordagens estas que refletem a complexidade das questões urbanas no contexto jurídico, abrangendo aspectos estéticos, funcionais e ambientais da cidade.¹¹ Não se exclui do conceito em questão características baseadas nos estilos de vida, nas questões sociais, tendo como relevante resultado do conceito de cidade, entre outros, conjunto de interações entre as pessoas que formam o ambiente urbano.¹²

Com a amplificação das necessidades humanas causada pela urbanização, criou-se o conceito de cidades inteligentes, com grande utilização das chamadas TICs (Tecnologias da Informação e Comunicação). Permitiu-se, com isto, a instalação de um modelo de vida diferente, pautado na revolução digital e no aumento da participação dos cidadãos nos temas públicos.¹³

10 CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de. A participação social no planejamento das políticas públicas urbanas. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, vol. 4, núm. 1, ene.-jun., 2017, p. 8.

11 GOMES, Ana Maria Isar dos Santos. O direito à cidade sob uma perspectiva jurídico-sociológica. Revista Direito GV, São Paulo, V. 14 N. 2, p. 492-512, maio-ago. 2018, p. 494.

12 HARVEY, David. O direito à cidade. Lutas Sociais, [S. l.], n. 29, 2012, p. 74. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/lis/article/view/18497>. Acesso em: 4 jul. 2023.

13 GERMANO, Fabrício; MEDEIROS, Bruna Agra de. Cidadania e Desenvolvimento Urbano Sustentável sob a Perspectiva do Direito à Locomoção nas Cidades Brasileiras. Revista de Direito da Cidade, Rio de Janeiro, vol. 13, no 4,

Para isso, mostrou-se relevante a discussão sobre as políticas públicas referentes à gestão da cidade que se mostrassem como subsidiárias da formação das cidades inteligentes, buscando-se analisar, nesse capítulo, se o conceito de que forma a Constituição Federal contribui para o conceito dessa nova faceta da cidade.

A informação sobre Smart Cities no sistema jurídico brasileiro é limitada, o que torna significativamente desafiadora a construção de comunicação e a análise com base em conceitos jurídicos estabelecidos.¹⁴ As discussões sobre Smart Cities frequentemente destacam que se trata de um conceito em constante evolução. No entanto, já se percebe um certo consenso que o uso da tecnologia no contexto do planejamento urbano deve ser feito priorizando o bem-estar das pessoas e visando melhorias socioambientais e econômicas nas comunidades locais. Essas ações abrangem uma variedade de soluções que transcendem os diversos setores de serviços públicos. Além disso, as Cidades Inteligentes são vistas como desdobramento claro da chamada indústria 4.0, da era da informação e de outros conceitos, representando um fenômeno em ascensão que resulta em mudanças significativas em diversas áreas com o uso da tecnologia.¹⁵

O propósito do planejamento urbano, conforme estabelecido no art. 182 da Constituição Federal, é “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. A iniciativa de adoção de tecnologia aplicada à cidade, sob a perspectiva da política urbana, deve alinhar-se a esse objetivo, sob o risco de não ser reconhecida pelo ordenamento jurídico.¹⁶

De fato, o Brasil ainda não tem plano específico para Cidades Inteligentes no seu ordenamento jurídico. Contudo, Vanin e Reck¹⁷ elencam que a Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação traz alguns apontamentos sobre o assunto, prezando, principalmente, a busca pelo desenvolvimento dessa indústria.

A Constituição Federal, como a lei suprema que orienta o direito e serve como instrumento político para a modificação de decisões e situações na política, estabelece as bases para o exercício das atividades urbanísticas pelo Estado no Brasil. Isso ocorre tanto nas disposições do capítulo específico, art. 182 e 183¹⁸, que aborda detalhadamente a Política Urbana, quanto em outros momentos, como aqueles que tratam das regras de

2021, p. 1963.

14 VANIN, Fábio Scopel; RECK, Janriê Rodrigues. Observação do direito e das cidades inteligentes: contribuições para formação de diretrizes jurídicas para políticas públicas no Brasil. *Prisma jur.*, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 57-80, jan./jun. 2021, p. 60-61.

15 RECK, Janriê Rodrigues; VANIN, Fábio Scopel. O direito e as cidades inteligentes: desafios e possibilidades na construção de políticas públicas de planejamento, gestão e disciplina urbanística. *Revista de Direito da Cidade*, [S. l.], v. 12, n. 1, p. 464-492, 2020, p. 466.

16 VANIN, Fábio Scopel; RECK, Janriê Rodrigues. *Op. cit.*, p. 63.

17 RECK, Janriê Rodrigues; VANIN, Fábio Scopel. *Op. cit.*, p. 475.

18 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, 1988.

competência e das responsabilidades dos Municípios.¹⁹ Por isso, o estudo, no presente trabalhado, do conceito de cidade inteligente se faz com base na Constituição Federal.

A busca pela administração gerencial iniciou nos anos 1980, com o objetivo de revitalizar o serviço público, permitir a descentralização da autoridade e a simplificação, além da agilidade dos processos administrativos, gerando maior satisfação e participação do cidadão²⁰. A Constituição Federal de 1988 se mostrou como importante marco na busca pela mudança dos meios de atuação estatal, sendo “ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito”, gerando grandes linhas programáticas e dirigentes, buscando-se mostrar novos caminhos que deveriam ser percorridos pelo legislador e pelos gestores.²¹

Outro instrumento jurídico relevante para essa mudança de paradigma foi o Estatuto da Cidade, pois trouxe diretrizes específicas para a formação do melhor espaço urbano.²² Embora a análise desse trabalho não tenha foco na análise deste instrumento jurídico, deve-se destacar que o inciso X do seu art. 2º²³ traz a adequação de vários instrumentos para o desenvolvimento urbano de maneira a privilegiar o bem-estar daqueles que habitam o espaço.

A forma de gerir a coisa pública mudou com a concepção trazida pela nova ordem constitucional, pois o planejamento se torna ferramenta central administrativa, retirando-se o caráter autoritário como era em meados do século XX. Entende-se que as políticas públicas, com planejamento adequado com bases em novas perspectivas, passam a ser a principal forma de alteração da realidade espacial e socioeconômica, devendo ser geridas de forma integrada.²⁴

O conceito de direito à cidade, com base na formação de planejamento urbano que busca garantir o bem-estar dos seus habitantes, permite o questionamento sobre os espaços, as formas de gestão destes e a inclusão da população.²⁵

Ao colocar as pessoas e seus direitos no centro do planejamento urbano, o urbanismo

19 RECK, Janriê Rodrigues; VANIN, Fábio Scopel. Op. Cit., p. 468.

20 KLERING, Luís Roque; PORSSE, Melody de Campos Soares; GUADAGNIN, Luis Alberto. Novos caminhos da Administração Pública brasileira. Revista Análise, Porto Alegre, v. 21, n. 1, jan./jun. 2010, p. 7.

21 BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?) In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 196.

22 REZENDE, Denis Alcides; ULTRAMARI, Clovis. Plano diretor e planejamento estratégico municipal: introdução teórico-conceitual. Revista de Administração Pública, [S.L.], v. 41, n. 2, abr. 2007, p. 261.

23 BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001: regulamentação os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2001.

24 CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de; MELO, José Patrício Pereira. Administração Pública no século XXI: planejamento, mobilidade urbana e desenvolvimento socioeconômico. Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 3, n. 2, 2016, p. 285-286.

25 MANSANO, Sonia Regina Vargas. Espaço urbano, natureza e relações sociais: por uma sustentabilidade afetiva. Revista Psicologia: Teoria e Prática, São Paulo, v. 18, n. 1, jan. / abr. 2016, p. 56-57.

com essas novas diretrizes passa a ser caracterizado pela participação e pelo objetivo de criar cidades mais justas, sustentáveis e humanas, onde o bem-estar e a qualidade de vida das comunidades são a principal preocupação, em vez dos interesses financeiros das grandes corporações.²⁶

A possibilidade de maior participação do cidadão na formação de políticas públicas da cidade, pode gerar sentimento de pertencimento, este considerado uma relação intrínseca entre a cidadania e a cultura nacional. Isso ocorre à medida que o cidadão se insere em um processo comunitário que envolve a constante validação e construção de uma memória compartilhada.²⁷

O ambiente urbano é, de fato, o produto da interação constante entre seres humanos e o espaço ao seu redor. Com a nova ordem constitucional, os cidadãos passam a ser agentes de mudança no espaço, em colaboração com o Poder Público.

Busca-se o ambiente ideal em que a cidade tenha sua centralidade, permitindo o encontro, a troca e a formação da experiência em diversos âmbitos, inclusive na forma de gerir e participar.²⁸ Assim, a cidade inteligente, com base na nova ordem constitucional, passa a ser mais do que somente a adoção de tecnologia na cidade, mas esta passa a ser associada com ao bem-estar e ao desenvolvimento, “não tendo respaldo no Direito o mero uso da tecnologia pela tecnologia ou em prejuízo para a coletividade”.²⁹

3 BREVE CONCEITO DE DEMOCRACIA DIGITAL

Inicialmente, é relevante trazer o conceito de democracia digital, definida não como uma forma de regime político, mas como a busca pelo aperfeiçoamento da Democracia mediante a utilização da internet e diversas outras tecnologias da Informações e da Comunicação.³⁰

O que se elenca de forma principal na democracia digital é que a comunicação advinda dos gestores públicos deixe de ter caráter majoritariamente hierárquico, podendo tomar caráter multidirecional na gestão estatal.

26 FONSECA, Débora de Barros Cavalcanti. Participação, insurgência e decolonização do planejamento urbano e a universidade. *Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento*. Curitiba, v. 11, n. 01, jan./abr. 2022, p. 115.

27 SALADINO, Alejandra. Identidades partidas: uma reflexão sobre o sentimento de pertencimento. *Revista Morpheus - Estudos Interdisciplinares em Memória Social*, [S. l.], v. 6, n. 11, 2015, p. 5. Disponível em: <http://seer.unirio.br/morpheus/article/view/4794>. Acesso em: 31 maio. 2023.

28 TONUCCI FILHO, João Bosco Moura. Do direito à cidade ao comum urbano: contribuições para uma abordagem lefebvriana. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, Vol. 11, N. 01, 2020, p. 392.

29 VANIN, Fábio Scopel; RECK, Janriê Rodrigues. *Op. Cit.*, 1, p. 65.

30 CASTANHO, Valéria. Da opinião à cooperação: uma reflexão sobre a participação do cidadão na democracia digital. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 227, jul./set. 2020, p. 194.

A concepção agrega, especificamente, três componentes que não podem ser marginalizados em discussões constitucionais atuais e futuras: (i) proteção e acesso a direitos fundamentais por plataformas tecnológicas; (ii) a regulação de grandes atores privados de tecnologia; e, por último, (iii) a garantia do desenvolvimento democrático e sustentável.³¹

A adoção de meios digitais com o fito de gerar maior interação da coletividade permite a criação de comunidades, prezando-se pela autonomia individual, liberdade de expressão e proposição de ideias e debates.³²

É com base na inclusão proposta que a Democracia Digital pode se mostrar solução eficiente na resolução de algumas problemáticas do planejamento de Políticas Públicas, permitindo com a atuação, no planejamento de serviços, legítima dos indivíduos que utilizam o serviço e que suportarão as consequências de eventual escolha em política pública.³³

Todavia, a mera disponibilização de conteúdo na internet pelo Poder Público não permite o perfeito funcionamento da Democracia Digital, embora esse ato possa ser considerado como uma maneira de governar respeitando o princípio da publicidade.³⁴

O Estado deve estar pronto não apenas para receber as informações fornecidas pela atividade do usuário, mas fornecer outras oportunidades e dividir o seu poder de planejamento. Tão somente fornecer a velocidade com que trafega no veículo não é suficiente, sendo essencial que o cidadão participe ativamente e esteja disposto a se educar civicamente, garantindo que sua participação contribua para um Estado mais aprimorado, eficiente e eficaz.³⁵

Os instrumentos para participação digital requerem, além das competências técnicas de saber utilizar dispositivo móvel, também ter conhecimento que permite a compreensão de suas capacidades transformadoras. Isso envolve familiaridade com os direitos políticos, a prática do discurso democrático, o respeito à clareza no diálogo e à diversidade de perspectivas.³⁶

31 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; SOUSA, Thanderson Pereira de. Constitucionalismo e Administração Pública digitais: inovação tecnológica e políticas públicas para o desenvolvimento no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 2, 2022, p. 183.

32 MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; RIVERA, Laura Nathalie Hernandez. Democratização na era digital: desafios para um diálogo consciente e igualitário. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n° 3, 2017, p. 604.

33 LORENZETTO, Andrei Meneses; BRASIL, Bárbara Dayana. A inovação digital aplicada na formulação das políticas públicas: mecanismo de participação popular e concretização da cidadania. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1, jan. / abr. 2022, p. 65.

34 MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; RIVERA, Laura Nathalie Hernandez. *Op.cit.*, p. 611.

35 CASTANHO, Valéria. *Op. Cit.*, p. 206-207.

36 MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; RIVERA, Laura Nathalie Hernandez. Democratização na era digital: desafios para um diálogo consciente e igualitário. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, n° 3, p. 2017, p. 607.

4 WAZE CITIES FOR DATA COMO INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA DIGITAL NAS CIDADES INTELIGENTES BRASILEIRAS

Como possibilidade de ser instrumento útil para a efetivação da Democracia Digital, o presente trabalho traz a ferramenta do *Waze Data for Cities* baseado pelas informações recebidas no aplicativo de trânsito de mesmo nome, formando-se um mapa colaborativo que traça melhores rotas para deslocamento e permite a participação de usuários para melhorar a confiabilidade nas informações prestadas sobre o trânsito.³⁷

O aplicativo funciona com base no chamado *crowdsourcing*, o qual o cidadão exhibe seus conhecimentos, experiências e sugestões para solucionar um problema.³⁸ Muitas vezes, as informações prestadas pelo usuário podem ser obtidas pela observação e registro de um acidente ao circular por determinada rua, por exemplo.

A contribuição do usuário se mostra como relevante parte na plataforma, de maneira que todas as modificações da plataforma descritas em patentes registradas pela *Waze Mobile Ltd.* de novembro de 2009 a setembro de 2010, foram referentes ao fornecimento de dados pelo usuário, ainda que de forma involuntária, como a transmissão de informações da sua velocidade de deslocamento, permitindo que o aplicativo deduza se, naquela via, o trânsito está fluindo de forma normal ou não.³⁹

Os dados recebidos na colaboração em questão, na experiência do Rio de Janeiro, são capazes de metrificar a qualidade de trânsito em tempo real. Isso permite que o Poder Público, se disposto, altere a dinâmica da mobilidade, com fechamento ou abertura de novas vias, disponibilização de agentes para controle do trânsito em determinada local, por exemplo.⁴⁰

Para demonstrar o potencial de mudança da colaboração dos dados fornecidos, a Waze, em sua página oficial, traz breves estudos de caso, pontuando diversas experiências ao redor do mundo, sendo, até o momento, essas as disponibilizadas⁴¹:

37 GOOGLE. Como o Waze Funciona? Suporte Google, 2023. Disponível em: <https://support.google.com/waze/answer/6078702?hl=pt-BR#:~:text=O%20mecanismo%20de%20navega%C3%A7%C3%A3o%20do,transito%20e%20estrutura%20de%20vias>. Acesso em 30 jul. 2023.

38 CASTANHO, Valéria. Op. Cit., p. 201.

39 SILVEIRA, Márcio; MARCOLIN, Carla Bonato; FREITAS, Henrique Mello Rodrigues de. Análise Da Interação Do Waze Nas Condições Do Trânsito Na Cidade De São Paulo. Anais do IV Simpósio Internacional de Gestão de Projetos, Inovação e Sustentabilidade. São Paulo, 2015, p. 5-6.

40 VICENTE, Victor Freitas. Dados da multidão: análise da parceria entre Waze e prefeitura do Rio De Janeiro. 5o Simpósio Internacional LAVITS. Vigilancia, Democracia y Privacidad en América Latina: Vulnerabilidades y resistencias, v. 5, Santiago: LAVITS, 2017, p. 495.

41 WAZE for cities: usar dados para melhorar vias. Waze, 2023. Disponível em: <https://www.waze.com/pt-BR/wazeforcities/casestudies/using-data-for-roadway-upgrades>. Acesso em 30 jul. 2023.

QUADRO 1 – MUDANÇAS RESULTADOS DA COLABORAÇÃO WAZE DATA FOR CITIES

Localização	Resultado da colaboração
Principado de Mônaco	Facilitou o trânsito e lançou mensagens em tempo real para motoristas
Tennessee, EUA	Usou dados para evitar acidentes
Joinville, Brasil	Usou dados para melhorar as vias
Chicago, EUA	Gerou alertas do Waze facilitam a desobstrução das vias para o trabalho dos voluntários de emergências e dos auxiliares de manutenção
Filipinas	Após a erupção do vulcão Taal, forneceu mapa dinâmica para a população local conferir as vias interditadas, encontrar rotas de evacuação e achar abrigos e centros de doações.
Rio de Janeiro, Brasil	Gerou melhorias nas vias para recebimento dos Jogos Olímpicos
Gante, Bélgica	Implementou novo plano de circulação no centro da cidade, alterar todas as vias principais para reduzir o tráfego de automóveis em 40%. Tornou fisicamente impossível dirigir de uma parte do centro para outra, forçando os motoristas a pegar o anel viário.

Fonte: Elaborado pelos autores com base nos dados disponibilizados como estudo de casos no Waze for Cities Data

Como forma de delimitar melhor o estudo do presente trabalho, a análise documental foi feita tão somente pelo estudo de casos das cidades do Brasil, quais sejam: Joinville e Rio de Janeiro, com base, em maior parte, nas informações disponibilizadas no próprio site do programa.

4.1 ESTUDO DE CASO: JOINVILLE, SANTA CATARINA

No estudo de caso de Joinville, traz-se que a parceria estabelecida com o Waze possibilita à equipe do Departamento de Transporte realizar análises mais eficientes e elaborar planos aprimorados, resultando em atualizações mais rápidas nos serviços da cidade, sem custos adicionais. Contribuiu-se para a vida da população de diversas formas, como a redução do tempo de viagem no transporte público.

Um dos impactos trazidos pela parceria foi a economia significativa, atingindo a marca de US\$ 1 bilhão. Além disso, os principais corredores de Joinville experimentaram uma redução de 18 minutos no tempo de viagem, proporcionando não apenas eficiência,

mas também impactando positivamente a qualidade de vida. Em média, os motoristas e passageiros habituais ganharam três dias extras a cada ano, destacando os benefícios tangíveis dessa parceria para a comunidade.

Hiroki destaca, em dados não fornecidos pela empresa, que a cidade de Joinville, em Santa Catarina, desenvolve um projeto para potencialização das tecnologias no trânsito intitulado de Smart Mobility, que, além de interagir com os dados fornecidos pelas instituições que coletam dados sobre a mobilidade na cidade, utiliza metodologia que permite maior transparência e melhor análise dos dados recebidos⁴²:

A partir dos dados fornecidos pelo Waze, a metodologia criada pela Sepud é aplicada em cinco etapas, como mostra a Figura 1, e elas são denominadas: 1) Diagnóstico e priorização; 2) Estimativa de demanda; 3) Simulação; 4) Análise de cenários; e 5) Medição de resultados. E o principal objetivo de cada etapa é: 1) Quais ruas deverão sofrer intervenção primeiro?; 2) Qual o volume de tráfego nessas vias?; 3) Como o trânsito vai responder a possíveis intervenções?; 4) Qual a melhor proposta de intervenção?; 5) Como o trânsito realmente respondeu à intervenção.⁴³

Vê-se de forma favorável o fornecimento de dados que mostram a mudança da realidade depois da parceria, pois é com as comparações que é possível elencar os problemas e buscar alternativas na resolução das políticas públicas, por meio de análises das consequências do problema, bem como dos possíveis custos e benefícios associados a cada alternativa disponível.⁴⁴

Também se vê com bons olhos a criação projeto para potencialização das tecnologias que garante melhor transparência dos dados e análise mais técnica dos potenciais de melhorias, diminuindo espaço para métodos menos sujeitos a conjecturas ou dependentes da sorte.⁴⁵ Contudo, a informação foi disponibilizada em estudo a parte das informações do estudo de caso a parte do programa, de maneira que se entende como relevante a divulgação da técnica em comento no sítio eletrônico da parceria, a fim de deixar claro que a Política Pública que a parceria permite a formulação não é avaliada por métodos meramente adivinhatórios, mas sim técnicos.

42 HIROKI, Stella Marina Yuri. Op. Cit., p. 6.

43 Ibidem, p. 8.

44 SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 37.

45 Ibidem, p. 39.

4.2 ESTUDO DE CASO: RIO DE JANEIRO, RJ

Na cidade do Rio de Janeiro, os dados fornecidos apontam para alteração de panoramas no trânsito para o recebimento dos Jogos Olímpicos⁴⁶, conforme tabela:

**QUADRO 2 – MUDANÇAS RESULTADOS DA COLABORAÇÃO WAZE
DATA FOR CITIES**

Antes dos jogos	Depois dos jogos
A implementação de três novas estradas foi baseada nas percepções obtidas através do recurso “Waze <i>slow-down</i> ” e dos alertas de engarrafamento. Essas informações foram essenciais para identificar áreas críticas de tráfego, possibilitando a tomada de decisões estratégicas. O redirecionamento das principais estradas, orientado por dados relacionados aos jogos, visou otimizar o fluxo de tráfego, melhorar a eficiência do sistema viário e proporcionar uma experiência de deslocamento mais fluida para os usuários.	A integração da nova API com o Waze possibilitou a atualização automática do mapa, incluindo informações sobre o fechamento de estradas. Essa implementação permitiu uma resposta mais ágil e precisa às mudanças nas condições viárias, garantindo que os usuários do Waze tenham acesso em tempo real a dados relevantes sobre o status das estradas.
Inserção de sistema de “Alerta de Tráfego Incomum” para atualizar os mapas Waze ao vivo e com informação sobre encerramento de estradas	Durante os Jogos, foram relatados mais de 430 encerramentos, totalizando aproximadamente 342 quilômetros de estradas afetadas em 41 bairros distintos da cidade.
Os editores de mapas realizaram uma atualização abrangente, aprimorando 1.000 segmentos de estradas no mapa. Além disso, incorporaram 44.000 novos locais de interesse, enriquecendo significativamente a base de dados cartográficos. Essas atualizações refletem o compromisso contínuo em fornecer informações precisas e detalhadas aos usuários, contribuindo para uma experiência de navegação mais completa e eficaz.	Foi observada uma notável redução de 24 a 27% no congestionamento durante o trajeto matinal.

Fonte: Quadro elaborado pelos autores com base nos dados fornecidos pelo site.

A análise documental feita no presente trabalho concluiu pela inadequação das categorias fornecidas (antes e depois), pois não há verdadeira comparação entre situações do trânsito na cidade antes e depois dos jogos, e sim ações implementadas na primeira categoria e resultados da parceria.

Embora não seja caracterizada como verdadeira comparação, entende-se como

46 WAZE for Cities: usar dados para melhorar vias. Waze, 2023. Disponível em: <https://www.waze.com/pt-BR/wazeforcities/casestudies/using-data-for-roadway-upgrades>. Acesso em 30 jul. 2023.

relevante o fornecimento dela. Isso porque a política de comparação entre paradigmas temporais e espaciais de determinada política pública permite diminuir as chances de reprodução de casos não exitosos. A discriminação de ambas as situações a aprofundada análise do que falhou e do que funcionou, para que não se repita os erros eventualmente cometidos.⁴⁷

A presença da comparação é relevante na tomada de decisão no ciclo de políticas públicas, pois “estudar a fase de implementação também significa visualizar erros anteriores à tomada de decisão, a fim de detectar problemas mal formulados, objetivos mal traçados, otimismo exagerados”.⁴⁸

Por fim, os dados apresentados, tanto pela escassez de informações, quanto pela errada categorização para o ciclo de políticas públicas, mostraram-se insuficientes para estudar se foi efetivo instrumento de efetivação da democracia digital.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crescimento populacional deu origem às necessidades no campo da mobilidade urbana, de maneira que, nas inúmeras ferramentas das cidades inteligentes, destacou-se um mapa colaborativo que identifica as rotas mais eficientes para deslocamentos, permitindo a participação ativa dos usuários, denominado de *Waze*.

Sabe-se que o aplicativo aqui estudado forma um mapa colaborativo que traça as possíveis melhores rotas para o deslocamento permitindo a participação dos usuários para melhorar a confiabilidade nas informações prestadas sobre o trânsito, funcionando com base no que se chama de *crowdsourcing*, uma abordagem na qual os cidadãos compartilham seus conhecimentos, experiências e sugestões para resolver um problema.

A aceitação dos usuários com o referido instrumento permitiu o compartilhamento de informações com o Poder Público, permitindo uma gestão mais participativa e assertiva nas políticas públicas a serem implantadas, formando o que se chama de programa *Waze Data for Cities*.

Nesse sentido, o objetivo principal da cidade inteligente na nova ordem constitucional é gerar, com base na tecnologia, no qual a cidade possua uma centralidade propícia ao encontro, à troca e à formação de experiências em diversos domínios, incluindo a gestão e a participação. Com isso, o Estado deve não apenas estar preparado para receber informações provenientes das interações dos usuários, mas também ser proativo ao oferecer novas oportunidades e compartilhar seu poder de planejamento.

47 GUZMAN-LEON, Alicia. Comparar para construir política pública en tiempos de globalización. Rev. iberoam. educ. super, Ciudad de México, v. 7, n. 20, p. 135-156, sept. 2016, p. 155.

48 SECCHI, Leonardo. Op. Cit., p. 45.

A análise documental proposta concluiu que, referente à Joinville, é a criação de metodologia para análise dos dados é vista de forma favorável para análise mais técnica dos dados, reduzindo a margem para métodos sujeitos a conjecturas ou dependentes da sorte. No entanto, é importante destacar que essa informação foi disponibilizada como uma parte separada do estudo de caso no programa.

No que tange ao Rio de Janeiro, concluiu-se pela inadequação das categorias fornecidas (antes e depois), uma vez que não há uma comparação direta entre as condições do trânsito na cidade antes e depois dos jogos. Em vez disso, são apresentadas ações implementadas na primeira categoria e os resultados da parceria. Todavia, a política de comparação entre paradigmas temporais e espaciais de uma determinada política pública é essencial para reduzir as chances de reprodução de casos não bem-sucedidos. A presença da comparação é crucial na tomada de decisão no ciclo de políticas públicas, pois estudar a fase de implementação significa visualizar erros anteriores à tomada de decisão, como problemas mal formulados e objetivos mal traçados. Isso ajuda a evitar otimismo exagerados.

A análise detalhada de ambas as situações permite identificar o que falhou e o que funcionou, evitando a repetição de eventuais erros.

Por fim, os dados apresentados, tanto pela escassez de informações quanto pela categorização inadequada para o ciclo de políticas públicas, revelaram-se insuficientes para avaliar se o instrumento foi efetivo na promoção da democracia digital.

Sugere-se que, tanto o programa *Waze Data for Cities*, quanto o Poder Público parceiro, estimule não apenas a participação do usuário por meio do mapa colaborativo, mas também que ele seja informado de que participa daquela cadeia de informações e planejamento de políticas urbanas. Isso pode ser feito pela maior disponibilização de dados referente às parcerias realizadas, pela prestação de informação sobre a metodologia de análise de dados utilizadas e pelo poder de mudança da participação do cidadão no fornecimento de dados. O conhecimento que viabiliza a compreensão de suas capacidades transformadoras inclui a familiaridade com os direitos políticos, a prática do discurso democrático, o respeito à clareza no diálogo e à diversidade de perspectivas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Rafael de Paula Aguiar; PENTEADO, Cláudio Luis Camargo; SANTOS, Marcelo Burgos Pimentel dos. Democracia digital e experiências de e-participação: webativismo e políticas públicas. **História, Ciências, Saúde**, Manguinhos, Rio de Janeiro, v.22, supl., p.1597-1619, dez. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?) In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**: regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2001.

CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de. A participação social no planejamento das políticas públicas urbanas. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, vol. 4, núm. 1, ene.-jun., 2017.

CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de; MELO, José Patrício Pereira. Administração Pública no século XXI: planejamento, mobilidade urbana e desenvolvimento socioeconômico. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol. 3, n. 2, p. 284-295, 2016.

CASTANHO, Valéria. Da opinião à cooperação: uma reflexão sobre a participação do cidadão na democracia digital. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 57, n. 227, p. 193-210, jul./set. 2020.

CLIFT, Erin. Como o Waze trabalha com pessoas e cidades para ajudar o Brasil a se locomover melhor. **Think with Google**, jul. 2019. Disponível em: <https://www.thinkwithgoogle.com/intl/pt-br/futuro-do-marketing/novas-tecnologias/como-o-waze-trabalha-com-pessoas-e-cidades-para-ajudar-o-brasil-se-locomover-melhor/>. Acesso em 30 jul. 2023.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; SOUSA, Thanderson Pereira de. Constitucionalismo e Administração Pública digitais: inovação tecnológica e políticas públicas para o desenvolvimento no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 12, n. 2. p. 178-196, 2022.

FONSECA, Débora de Barros Cavalcanti. Participação, insurgência e decolonização do planejamento urbano e a universidade. **Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento**, Curitiba, v. 11, n. 01, p. 111-127, jan./abr. 2022.

GERMANO, Fabrício; MEDEIROS, Bruna Agra de. Cidadania e Desenvolvimento Urbano Sustentável sob a Perspectiva do Direito à Locomoção nas Cidades Brasileiras. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, vol. 13, nº 4, 2021.

GOMES, Ana Maria Isar dos Santos. O direito à cidade sob uma perspectiva jurídico-

sociológica. **Revista Direito GV**, São Paulo, V. 14 N. 2, p. 492-512, maio-ago. 2018.

GOOGLE. Como o Waze Funciona? **Suporte Google**, 2023. Disponível em: <https://support.google.com/waze/answer/6078702?hl=pt-BR#:~:text=O%20mecanismo%20de%20navega%C3%A7%C3%A3o%20do,tr%C3%A2nsito%20e%20estrutura%20de%20vias>. Acesso em 30 jul. 2023.

GUZMAN-LEON, Alicia. Comparar para construir política pública en tiempos de globalización. **Ver. Iberoam. Educ. super**, Ciudad de México, v. 7, n. 20, p. 135-156, sept. 2016.

HARVEY, David. O direito à cidade. **Lutas Sociais**, [S. l.], n. 29, p. 73–89, 2012. em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/lis/article/view/18497>. Acesso em: 4 jul. 2023.

HIROKI, Stella Marina Yuri. Mobilidade, participação e dados: o caso da aplicação do Waze for Cities Data na cidade de Joinville (SC). **Urbe Revista Brasileira de Gestão Urbana**, v.13, Curitiba, p. 1-17, 2021.

KLERING, Luís Roque; PORSSE, Melody de Campos Soares; GUADAGNIN, Luis Alberto. Novos caminhos da Administração Pública brasileira. **Revista Análise**, Porto Alegre, v. 21, n. 1, p. 4-17, jan./jun. 2010.

LORENZETTO, Andrei Meneses; BRASIL, Bárbara Dayana. A inovação digital aplicada na formulação das políticas públicas: mecanismo de participação popular e concretização da cidadania. **International Journal of Digital Law**, Belo Horizonte, vol. 3, n. 1, p. 51-68, jan./abr. 2022.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; RIVERA, Laura Nathalie Hernandez. Democratização na era digital: desafios para um diálogo consciente e igualitário. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 7, n° 3, p. 601-616, p. 2017.

MANSANO, Sonia Regina Vargas. Espaço urbano, natureza e relações sociais: por uma sustentabilidade afetiva. **Revista Psicologia: Teoria e Prática**, São Paulo, v. 18, n. 1, p 49 59, jan./abr. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Nova Agenda Urbana**. 2019. Disponível em: <https://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese-Brazil.pdf>. Acesso em: 05 set. 2023.

RECK, Janriê Rodrigues; VANIN, Fábio Scopel. O direito e as cidades inteligentes: desafios e possibilidades na construção de políticas públicas de planejamento, gestão e disciplina urbanística. **Revista de Direito da Cidade**, [S. l.], v. 12, n. 1, p. 464–492, 2020.

REZENDE, Denis Alcides; ULTRAMARI, Clovis. Plano diretor e planejamento estratégico

municipal: introdução teórico-conceitual. **Revista de Administração Pública**, [S.L.], v. 41, n. 2, p. 255-271, abr. 2007.

SALADINO, Alejandra. Identidades partidas: uma reflexão sobre o sentimento de pertencimento. **Revista Morpheus - Estudos Interdisciplinares em Memória Social**, [S.L.], v. 6, n. 11, 2015. Disponível em: <http://seer.unirio.br/morpheus/article/view/4794>. Acesso em: 31 maio. 2023.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SILVEIRA, Márcio; MARCOLIN, Carla Bonato; FREITAS, Henrique Mello Rodrigues de. Análise Da Interação Do Waze Nas Condições Do Trânsito Na Cidade De São Paulo. **Anais do IV Simpósio Internacional de Gestão de Projetos, Inovação e Sustentabilidade**. São Paulo, 2015.

TONUCCI FILHO, João Bosco Moura. Do direito à cidade ao comum urbano: contribuições para uma abordagem lefebvriana. **Revista Direito E Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 11, N. 01, p. 370-404, 2020.

VANIN, Fábio Scopel; RECK, Janriê Rodrigues. Observação do direito e das cidades inteligentes: contribuições para formação de diretrizes jurídicas para políticas públicas no Brasil. *Prisma jur.*, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 57-80, jan./jun. 2021

VICENTE, Victor Freitas. Dados da multidão: análise da parceria entre Waze e prefeitura do Rio De Janeiro. **5o Simpósio Internacional LAVITS**. Vigilancia, Democracia y Privacidad en América Latina: Vulnerabilidades y resistencias, v. 5, Santiago: LAVITS, 2017.

WAZE for Cities: usar dados para melhorar vias. **Waze**, 2023. Disponível em: <https://www.waze.com/pt-BR/wazeforcities/casestudies/using-data-for-roadway-upgrades>. Acesso em 30 jul. 2023.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 12.11.2023

Aceito em: 28.12.2023

O DIREITO À DESCONEXÃO AOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE EM TEMPOS PÓS- PANDÊMICO

The right to disconnect for health professionals in post-pandemic times

Ruan Pablo Martins dos Santos¹

Manuella de Oliveira Soares²

RESUMO

O presente trabalho é fruto de um projeto de pesquisa realizado na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul que teve por objetivo analisar as normas de direito do trabalho que envolvem os profissionais de saúde, sua jornada de trabalho, garantias previstas na Constituição Federal de 1988, bem como a saúde física e mental desses trabalhadores após a pandemia do Covid-19. Considerando a falta de estrutura e obediência aos ditames trabalhistas, foi possível concluir, através da análise e investigação bibliográfica, que a normativa atual ainda não é suficiente para garantir saúde e segurança a esses trabalhadores por não trazer previsão expressa do direito à desconexão e de jornadas de trabalho menores, em desrespeito às garantias constitucionais e direitos trabalhistas existentes, sendo necessário norma específica para garantir proteção à saúde mental e física da categoria dos profissionais de saúde.

Palavra-chave: Direito à desconexão, Direitos Fundamentais trabalhistas, menores jornadas de trabalho, profissionais da saúde.

Sumário: 1. Introdução. 2. Profissionais de saúde e jornada de trabalho. 3. Saúde física e mental dos trabalhadores de saúde na pandemia e pós-pandemia. 4. Direito à desconexão como direito fundamental do profissional de saúde. 5. Impactos da pandemia entre profissionais da saúde. 6. Considerações finais. 7. Referências.

Summary: 1. Introduction. 2. Health professionals and working hours. 3. The physical and mental health of health professionals during the pandemic and post-pandemic. 4. The right to disconnection as a fundamental right of

ABSTRACT

The present work is the result of a research project carried out at the State University of Mato Grosso do Sul that aimed to analyze the labor law rules that involve health professionals, their working hours, guarantees provided for in the Federal Constitution of 1988, as well as the physical and mental health of these workers after the Covid-19 pandemic. Considering the lack of structure and obedience to labor dictates, it was possible to conclude, through analysis and bibliographic research, that the current regulation is still not sufficient to guarantee the health and safety of these workers because it does not expressly provide for the right to disconnect and shorter working hours, in disregard for constitutional guarantees and existing labor rights, and a specific rule is needed to guarantee protection for the mental and physical health of the category of health professionals.

Keywords: Right to disconnect, Fundamental Labor Rights, shorter working hours, health professionals.

1 Graduando do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS. Unidade Universitária de Naviraí. ORCID: 0009-0006-8422-3042. E-mail: pabloomartins0@gmail.com

2 Doutora em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ITE/Bauru; Professora e orientadora do curso de Direito da UEMS; Advogada. ORCID: 0000-0002-5425-6867. E-mail:manuella@uems.br

1 INTRODUÇÃO

Na mitologia grega, Sísifo foi condenado por Zeus a rolar uma enorme pedra morro acima eternamente. Todos os dias Sísifo atingia o topo do rochedo, contudo era vencido pela exaustão, assim a pedra retornava à base³. Hodiernamente, esse mito assemelha-se a luta dos profissionais da saúde e o Direito do Trabalho, no qual esses profissionais buscam, diariamente e semelhante a Sísifo, rolar a pedra morro acima, contudo, são vencidos pela exaustão, visto que estão condenados por um sistema que deveria protegê-los, mas acaba tornando-os vítimas, profissionais extremamente sobrecarregados em razão da luta diária, que esbarra na falta de profissionais, de equipamentos, excesso de jornada, entre outros problemas.

Nesses termos, o presente trabalho busca realizar, por meio de uma pesquisa bibliográfica, uma análise das normas de direito do trabalho que envolvem os profissionais de saúde a partir das seguintes questões: os direitos fundamentais trabalhista desses profissionais estão sendo respeitados? Há algo que pode ser alterado para que os profissionais da saúde possam efetivamente ser respeitados em seus direitos trabalhistas?

Para responder estas questões, o estudo foi dividido em tópicos. Inicialmente o artigo discorre acerca dos profissionais da saúde, identificando-os e categorizando-os; na sequência, buscou-se discutir acerca da jornada de trabalho destes profissionais e sobre a saúde física e mental dos trabalhadores da saúde na pandemia e pós-pandemia. Por fim, foi abordado o respeito do direito à desconexão enquanto direito e garantia constitucional, um novo olhar a partir de uma perspectiva do direito do trabalhador da saúde na Consolidação das Leis do Trabalho.

2 PROFISSIONAIS DE SAÚDE E JORNADA DE TRABALHO

No Brasil, o profissional da saúde, de acordo com a Lei nº 8.00/90 de 19 de setembro de 1990, é toda pessoa que trabalha em uma profissão relacionada às ciências da saúde, que lida diretamente com vida, que tem a prática das habilidades necessárias a recuperação e manutenção da saúde, como por exemplo o profissional de educação física, enfermeiros(a), farmacêuticos(a), fonoaudiólogos(a), médico(a), nutricionistas, odontólogos(a), psicólogos(a), os(as) profissionais dedicados a quiropraxia, fisioterapeutas,

3 AIDAR, Laura. O mito de Sísifo com resumo e significado. Cultura Genial, 2019. Disponível em: <https://www.culturagenial.com/sisifo-resumo-e-significado-do-mito/>. Acesso em: 02 mar. 2023.

terapeutas ocupacionais, Nutrólogos, Biomédicos.

Normalmente a jornada de trabalho desses profissionais é bastante exaustiva, em especial para alguns deles, como os médicos e enfermeiros que trabalham em hospitais e clínicas de pronto atendimento⁴.

No Brasil, considera-se jornada de trabalho apenas quando o empregado estiver à disposição do empregador na empresa (artigo 58 da CLT). O referido artigo menciona que o tempo gasto pelo empregado ao sair de sua residência até o trabalho, conhecido como trajeto, não será computado para sua jornada de trabalho, salvo no caso de acidente de trabalho. Em regra geral, é permitida uma jornada diária de 8 horas e 44 horas semanais.

Em relação aos profissionais de saúde, a Constituição Federal preleciona em seu artigo. 37, XVI, “c”, a possibilidade de uma jornada de trabalho semanal de até 60 horas. Nesse diapasão, também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), determinando que o limite máximo são 60 horas de jornada semanal de trabalho para os profissionais, nos casos de acumulação de cargo⁵.

Existe na Câmara dos Deputados o projeto nº 2.433/20⁶, que propõe que os profissionais da saúde de hospitais, sejam públicos ou privados, ou unidades de Pronto Atendimento e similares, deverão ter uma jornada de trabalho de no máximo 24 horas, com intervalo interjornada de no mínimo 60 horas.

Portanto, a jornada de trabalho do trabalhador da saúde é algo que precisa ser repensada com certa urgência, já que laboram em ambientes cheios de agentes estressores, como turno de trabalho, carga horária, contribuições no pagamento, viagens de transferências, riscos de contágio, uso de novas tecnologias e alta quantidade de trabalho⁷.

A Constituição Federal de 1988, artigo 7º, inciso XIII, alude que a jornada de

4 Bezerra de Lima, Marlímir, et al. Agentes estressores em trabalhadores de enfermagem com dupla ou mais jornada de trabalho Revista de Pesquisa Cuidado é Fundamental Online, vol. 5, núm. 1, enero-marzo, 2013, pp. 3259-3266 Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, Brasil

5 STJ. Informativo nº 576, Período: 5 a 19 de fevereiro de 2016. Segunda Turma.

DIREITO ADMINISTRATIVO. INADMISSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS CUJAS JORNADAS SOMEM MAIS DE SESENTA HORAS SEMANAIS.

É vedada a acumulação de um cargo de professor com outro técnico ou científico quando a jornada de trabalho semanal ultrapassar o limite máximo de sessenta horas semanais. A Primeira Seção do STJ reconheceu a impossibilidade de cumulação de cargos de profissionais da área de saúde quando a jornada de trabalho superar sessenta horas semanais. Isso porque, apesar de a CF permitir a acumulação de dois cargos públicos privativos de profissionais de saúde, deve haver, além da compatibilidade de horários, observância ao princípio constitucional da eficiência, o que significa que o servidor deve gozar de boas condições físicas e mentais para exercer suas atribuições (MS 19.300-DF, DJe 18/12/2014). Nessa ordem de ideias, não é possível a acumulação de dois cargos públicos quando a jornada de trabalho semanal ultrapassar o limite máximo de sessenta horas. REsp 1.565.429-SE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 24/11/2015, DJe 4/2/2016

6 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.433/20. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2251850>. Acesso em: 10 dez 2022.

7 Stacciarini JM, Tróccoli BT. O estresse na atividade ocupacional do enfermeiro. Rev Latino-am Enfermagem 2001 março; 9(2): 17-25. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rlae/v9n2/11510>. Acesso em: 12 jun 2023.

trabalho não deve exceder as 44 horas semanais. A jornada de trabalho tem uma razão de não ser muito extensa, em razão da saúde e segurança do trabalhador. Os profissionais da saúde no campo prático exercem atividades laborais com jornada de trabalho que extrapolam o permitido. Ocorre que essa prática é prejudicial ao profissional, ao passo que pode causar doenças ocupacionais⁸.

Diante disso, as longas horas trabalhadas podem gerar o desenvolvimento de fadiga ou estresse e fadiga ocupacional, onde a exposição constante a essas vertentes gera doenças mentais e até problemas cardiovasculares⁹.

Com a finalidade de garantir uma remuneração maior, muitos enfermeiros assumem uma jornada de trabalho dupla, executando carga horária ininterrupta por períodos superiores a 24 horas. Segundo Costa¹⁰, essa extensa carga horária se faz necessária em decorrência da desvalorização salarial do enfermeiro ainda nos dias de hoje que se torna insuficiente para o sustento pessoal interligado com o familiar.

A Organização Internacional do Trabalho ressalta que “trabalhar muitas horas pode provocar numerosos efeitos mentais, físicos e sociais, e que os governos deveriam levar este assunto a sério.” Nesse contexto, está na hora do governo implementar uma série de medidas que evite a jornada de trabalho em excesso aos profissionais de saúde¹¹.

3 SAÚDE FÍSICA E MENTAL DOS TRABALHADORES DE SAÚDE NA PANDEMIA E PÓS-PANDEMIA

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o conceito de saúde se depreende-se a partir de um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a mera ausência de doença ou enfermidade¹². Saúde é o bem precioso de todo ser vivo no planeta

8 SILVA, José Antonio Ribeiro de Oliveira. A flexibilização da jornada de trabalho e seus reflexos na saúde do trabalhador. “Trabalho Seguro”, do Programa Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho, do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: http://www.csjt.jus.br/astic?p_p_state=maximized&p_p_mode=view&savelastPath=false&_com_liferay_login_web_portlet_LoginPortlet_mvcRenderCommandName=%2Flogin%2Flogin&p_p_id=com_liferay_login_web_portlet_LoginPortlet&p_p_lifecycle=0&_com_liferay_login_web_portlet_LoginPortlet_redirect=%2Fdocument_library%2Fget_file%3Fuuid%3Dc983128d-e9fc-42dc-8501-0b25d52f1d68%26groupId%3D955023. Acesso em 02 jun 2023.

9 *ibidem*

10 COSTA, Ester Conceição; DOS SANTOS SANT'ANA, Fagner Rodrigues. Jornada de trabalho do profissional de Enfermagem e fatores relacionados à insatisfação laboral. Revista Eletrônica Acervo Saúde/Electronic Journal Collection Health, v. 2178, p. 2091, 2017. Disponível em: https://www.acervosaude.com.br/doc/31_2017.pdf. Acesso em: 13 jun 2023.

11 SENA, Ana Flávia de Jesus; LEMES, Alisséia Guimarães; NASCIMENTO, Vagner Ferreira do; ROCHA, Elias Marcelino da. Estresse e ansiedade em trabalhadores de enfermagem no âmbito hospitalar. Journal of nursing and health. Faculdade de Enfermagem UFPel, 2015; 5(1):27-37. Disponível em: <https://docs.bvsalud.org/biblioref/bdenf/2015/bde-31697/bde-31697-538.pdf>, p.31-32

12 BRASIL. Pesquisa analisa impacto psicológico da Covid-19 em profissionais da saúde. Brasília: Ministério da Saúde; 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2020/julho/saude-mental-pesquisa>

terra. Saúde não significa não estar doente, tanto que a OMS além de conceituar buscou lecionar acerca do tema. Segundo a OMS, saúde não se trata apenas do físico, mas também engloba o campo psicológico do indivíduo, caráter esse importantíssimo a ser discutido¹³.

A somatização é uma tendência que o indivíduo tem de vivenciar se comunicar com suas angústias de forma somática, ou seja, através de sintomas físicos que não se tem uma evidência, os quais se atribui a doenças orgânicas que ocorrem quando o corpo do ser passa a sentir os efeitos das doenças da mente¹⁴.

A saúde é determinada por diversos fatores biológicos, ambientais e socioeconômicos, estando alinhavados uns aos outros. Nesse território, pudemos observar que durante a pandemia os profissionais de saúde sofreram durante a pandemia, pois tiveram uma sobrecarga de preocupação, trabalho, ansiedade e depressão diante de tantas mortes e longos turnos de trabalho.¹⁵

Com foco na investigação dos fatores ocupacionais que podem ter comprometido a saúde mental dos profissionais durante o período de pandemia, alguns estudos relataram que os riscos laborais devido a quantidade reduzida de insumos e Equipamentos de Proteção Individual (EPI), treinamento insuficiente em relação ao enfrentamento da doença em questão, assim como, o prolongamento da carga horária e o contato direto com pacientes com COVID-19, foram as causas mais citadas pelos trabalhistas, como agravantes psicológicos. O estresse no ambiente de trabalho é um fator que pode contribuir para a exaustão psíquica dos profissionais, já que ocorre um desgaste emocional e cansaço físico e mental^{16, 17, 18}.

Um estudo realizado pela FIOCRUZ em Mato Grosso do Sul, junto com a

analisa-impacto-psicologico-do-enfrentamento-a-covid-19-em-profissionais-da-saude. Acesso em: 07 fev. 2023

13 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial de Saúde. Nova York, 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAdede/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omsho.html>. Acesso em: 10 fev. 2023.

14 COELHO, Cassiano Lara de Souza. AVILA, Lazslo Antonio. Controvérsias sobre a somatização. Revista de Psiquiatria Clínica. n. 34, v. 6; p. 278-284, 2007. Disponível em : [https://www.scielo.br/j/rpc/a/MYS6hhLw3nthm9mVJbGyxdc/?format=pdf&lang=pt#:~:text=Lipowski%20\(1988\)%20prop%C3%B5e%20que%20a,o%20a%20procurar%20ajuda%20m%C3%A9dica%E2%80%9D](https://www.scielo.br/j/rpc/a/MYS6hhLw3nthm9mVJbGyxdc/?format=pdf&lang=pt#:~:text=Lipowski%20(1988)%20prop%C3%B5e%20que%20a,o%20a%20procurar%20ajuda%20m%C3%A9dica%E2%80%9D). Acesso em: 16 out 2022.

15 BEZERRA, Gabriela Duarte et all. O impacto da pandemia por Covid-19 na saúde mental dos profissionais da saúde: revisão integrativa. Revista enfermagem atual in derme, edição especial covid19 – 2020 e-200012.

16 Dal-Bosco EB, Floriano LSM, Skupien SV, Acaro G, Martins AR, Anselmo ACC. A saúde mental da enfermagem no enfrentamento da COVID-19 em um hospital universitário regional. Paraná: Rev Brasileira de Enfermagem [Internet] 2020 [acesso em 4 de Agosto 2020];73(2);e20200434. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S003471672020001400153&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em 10 mar 2023.

17 Zerbinì G, Egigbo A, Reicherts P, Kunz M, Messman H. Psychosocial burden of healthcare professionals in times of COVID-19 – a survey conducted at the University Hospital Augsburg. Alemanha: German Medical Science [Internet] 2020. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/reso/urce/es/mdl-32595421>. Acesso em: 12 dez 2022.

18 Anmella G, Fico G, Roca A, Gómez-Ramiro M, Vázquez M, Murru A, et al. Unravelling potential severe psychiatric repercussions on healthcare professionals during the COVID-19 crisis. Journal of Affective Disorders. Disponível em: <https://covid19.elsevierpure.com/de/publications/unravelling-potential-severe-psychiatric-repercussions-on-healthc>. Acesso em: 4 fev 2023.

FIOCRUZ de Brasília, mostrou os impactos da pandemia na saúde mental dos profissionais da saúde. De tal estudo, foi gerado um relatório parcial com dados que revelam que 65% dos profissionais da saúde apresentaram sintomas de transtornos de estresse, outros 61,6% demonstram ansiedade e cerca 61,5% apresentaram depressão. O estudo revelou também que foram relatados sintomas de ansiedade classificadas como muito severos por 33,8% dos participantes. Esse percentual foi de 21,4% e 19,5% para os sintomas considerados muitos severos de depressão e estresse de todos os participantes do estudo^{19, 20}.

Antes da pandemia, segundo FIOCRUZ BRASÍLIA²¹, 24,1% dos profissionais da saúde estavam em acompanhamento ou tratamento psicológico ou psiquiátrico, contudo, esse percentual aumentou cerca de 13,9% durante a pandemia. Esses dados comprovam que atuar no ramo da Saúde exige muito do profissional, por conta da falta de condições adequadas no ambiente de trabalho, o que acabou piorando durante a pandemia. Diante disso, relatou a FIOCRUZ que os participantes em sua maioria eram mulheres e mais de 50% trabalhavam em hospitais ou unidades de pronto atendimento; os demais participantes atuavam na Atenção Primária à saúde 15,3% e em outros locais.

No Brasil, existem pesquisas em andamento após a crise pandêmica, para que seja possível entender os impactos na Saúde Mental dos profissionais da Saúde, gerada pela Covid-19²². Um estudo que avaliou médicos residentes em atuação profissional entre os meses de abril e junho de 2020 resultou em dados que mostram que devido a ansiedade desses profissionais (25%) afirmaram ter cogitado trocar de especialidade. Entre os sintomas de ansiedade relatados, os piores foram incapacidade de relaxar, medo e nervosismo contados de forma moderada em 41,7 % dos casos. Além disso, o estudo mostrou outros diversos fatores que atingiram esses profissionais: 83,3 % afirmaram que a qualidade geral do sono estava prejudicada, e 75% apresentam sonolência diurna²³.

Outro estudo realizado com participação de 21.840 trabalhadores de 2.395 municípios de todas as cinco regiões do Brasil, pelo Conselho Federal de Enfermagem (COFEN) em fevereiro de 2022, apontou que 80% dos profissionais de nível técnico e auxiliar que realizam atividades de apoio na assistência, no cuidado e no enfrentamento a Covid-19, vivem em situação de desgaste laboral relacionado ao estresse psicológico e à

19 SOUZA, Fabrícia Barros de, et all. Cuidando-se: cartilha dos serviços psicológicos ofertados aos trabalhadores da saúde do Distrito Federal. FIOCRUZ BRASÍLIA, Dez 2022. Disponível em: <https://www.fiocruzbrasil.br/fiocruz.br/pesquisa-mostra-impacto-da-pandemia-na-saude-mental-de-profissionais-da-saude/>. Acesso em 30 mar 2023.

20 Rego S, Palácios M. Saúde mental dos trabalhadores de saúde em tempos de coronavírus. 2020. Disponível em <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icic/t/40659>. Acesso em 25 maio 2023

21 Op. cit.

22 LEONEL, Filipe. Pesquisa analisa impacto psicológico da Covid-19 em profissionais da saúde. Brasília: Ministério da Saúde; 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2020/julho/saude-mental-pesquisa-analisa-impacto-psicologico-do-enfrentamento-a-covid-19-em-profissionais-da-saude>. Acesso em: 07 fev 2023.

23 Op. cit.

sensação de ansiedade e esgotamento mental²⁴.

A pesquisa também mostrou que o medo generalizado de ser contaminado chegou a 23,1% dos participantes e a ausência de estruturas necessárias para efetuar o trabalho foram o principal motivo para a sensação de insegurança. A pesquisa apontou que 70% dos profissionais citaram a falta de apoio institucional no ambiente de trabalho²⁵.

Em conclusão, os profissionais da saúde, em especial os que trabalham em hospitais e em unidades de pronto socorro, continuam enfrentado situação precária no ambiente de trabalho pós-pandemia, principalmente com problemas advindos da falta infraestrutura adequada e falta de apoio institucional^{26 27}.

4 DIREITO À DESCONEXÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO PROFISSIONAL DE SAÚDE

A Constituição Federal de 1988, norma de direito basilar, garantiu o direito ao descanso ao trabalhador para que este possa se recuperar física e psicologicamente do cansaço que é consequência do exercício das atividades laborais.

Nesse diapasão, a Constituição evidencia que o trabalhador precisa dessa desconexão com o trabalho, sendo imprescindível para a sua saúde e o seu bem-estar. Na lição de Christiana D'Arc Damasceno Oliveira²⁸:

O direito à desconexão pode ser definido como aquele direito que assiste ao trabalhador de não permanecer sujeito a ingerências, solicitações ou contatos emanados do respectivo empregador, pessoa física ou do empreendimento empresarial para o qual o obreiro trabalha, em seu período de descanso diário (intervalos intra e interjornada), semanal (descanso semanal remunerado) ou anual (férias), e ainda em situações similares (licenças), em especial diante da existência das novas tecnologias.

Nesse contexto, o direito à desconexão é um dos direitos do profissional da

24 CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM, CONFEN. Pesquisa inédita revela condições precárias para profissionais de saúde. CONFEN. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/pesquisa-inedita-revela-condicoes-precarias-para-profissionais-de-saude_96038.html. Acesso em: 10 fev 2023.

25 Op. cit.

26 Bezerra de Lima, Marlíni; Sales da Silva, Lucilane Maria; Monteiro Almeida, Francisca Cláudia; Martins Torres, Raimundo Augusto; Matos Dourado, Hanna Helen. Agentes estressores em trabalhadores de enfermagem com dupla ou mais jornada de trabalho. Revista de Pesquisa Cuidado é Fundamental Online, vol. 5, núm. 1, enero-marzo, 2013, pp. 3259-3266 Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, Brasil Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=505750897010>. Acesso em: 25 maio 2023.

27 Ornell F, Halpern SC, Kessler FHP, Narvaez JCM. The impact of the COVID-19 pandemic on the mental health of healthcare professionals. Porto Alegre: Cad. de Saúde Pública; 36(4) ,1-6, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311x0006352>. Acesso em 5 maio 2023.

28 OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. Direito à desconexão do trabalhador: repercussões no atual contexto trabalhista. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 22, n. 253, jul. 2010, p. 62.

saúde, que deve ser respeitado e seguido nos termos do ordenamento jurídico brasileiro. Trata de um direito que versa acerca da dignidade do trabalhador da saúde. É direito do trabalhador (teletrabalho ou não) de permanecer desligado ou “desconectado” do polo patronal e da exigência de serviços em seus períodos de repouso, notadamente em virtude da possibilidade de interferência do tomador de serviços nesse lapso de tempo diante da existência das novas tecnologias ²⁹.

Diante disso, é necessário dar ênfase para as garantias constitucionais acerca do direito à desconexão. É possível notar que na Constituição Federal há diversos dispositivos de normas que asseguram o direito à desconexão do trabalhador, a partir de uma leitura e interpretação desses dispositivos. O artigo 6º da CF, que leciona acerca dos direitos sociais da pessoa, vem a garantir o direito à saúde a ao lazer que todos os brasileiros devem ter.

O entendimento a partir da interpretação dessa norma constitucional é que o trabalhador, sendo ele da área da saúde ou não, precisa desse tipo de desconexão, para que possa ter seu lazer, para cuidar da saúde e afazeres da vida social e particular. Assim, precisa que essa norma constitucional seja respeitada, vez que ela assegura esses direitos sociais aos trabalhadores.

Os períodos de repouso são tipicamente a expressão do direito à desconexão do trabalho. Importante frisar que o horário que o trabalhador está em período de repouso para o almoço, também configura direito à desconexão com suas atividades laborais, o mesmo se entende no caso dos finais de semana³⁰.

A melhor descrição colhida é de que o direito à desconexão pode ser explicado como um direito que o empregado tem de, durante alguns intervalos de tempo, não estar mentalmente e materialmente ligado ao trabalho, para que em tese possa de maneira particular desenvolver outras atividades, sendo estas de cunho, social, saúde, cultural³¹.

Consonante a isso, não há dúvida de que os profissionais de saúde precisam dessa desconexão com o trabalho. Vólia Bomfim Cassar³² ensina que:

Todo período de descanso, seja ele entre um dia e outro de trabalho, dentro da jornada, semanal ou anual, tem a finalidade de proporcionar ao empregado uma folga para repor as energias gastas pela execução dos serviços (fator fisiológico), a de permitir a convivência do trabalhador

29 Op. cit.

30 BUBOLZ, Lucia. Direito à desconexão. JusBrasil. 2019 Disponível em: <https://gimenabubolz.jusbrasil.com.br/artigos/597190432/direito-a-desconexao#:~:text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20atribuiu%20ao,ocasionada%20pelo%20exerc%C3%ADcio%20do%20labor>. Acesso em: 09 mar 2022.

31 GAURIAU, Rosane. Direito à desconexão e teletrabalho: contribuição do direito do trabalho francês. Estudo comparado franco-brasileiro. Revista Tribunal Regional do Trabalho 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 66, n. 102, p. 189-205, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://sistemas.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/70646/Revista%20TRT-3%2C%20v.%2066%2C%20n.%20102-189-205.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 nov 2022.

32 CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. São Paulo: Método, 2020.

com a sua família e com a sociedade (fator social) e a de aumentar o rendimento, pois empregado descansado produz mais (fator econômico).

O direito à desconexão trata-se de uma garantia prevista em norma constitucional, que precisa ser respeitada e garantida aos profissionais da saúde, pois quando se trata de pessoas, a integridade física e psicológica precisa ser vista com mais atenção. Os trabalhadores da saúde devem ter seus direitos respeitados, e precisam se desconectar das atividades laborais, para que isso venha de fato trazer a esse profissional os direitos de lazer, saúde e direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

5 IMPACTOS DA PANDEMIA ENTRE PROFISSIONAIS DA SAÚDE

A Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) lançou em outubro de 2021 uma campanha para a conscientização sobre os impactos da Covid-19 na saúde mental dos profissionais da saúde que atuaram na linha de frente durante a pandemia. A referida campanha teve como objetivo demonstrar através das mídias sociais a conscientização acerca da sobrecarga que a pandemia Covid-19 gerou na saúde mental dos trabalhadores da saúde que estavam na linha de frente no atendimento às vítimas da pandemia. A campanha lançada buscou convidar os profissionais da saúde a compartilhar suas histórias e estratégias usadas para gerenciar o desafio enfrentado por essa categoria. Conhecida como “Saúde mental agora – compartilhe sua história”, segundo a OPAS³³, teve como objetivo reunir histórias escritas e em vídeos de trabalhadores da saúde nas Américas, por meios das diversas redes sociais.

Para Renato Oliveira³⁴, chefe da unidade de saúde mental e uso de substâncias da OPAS, os profissionais da saúde se sacrificaram muito para cuidar das pessoas durante a pandemia da Covid-19, e devido esse sacrifício foi afetado a saúde mental dos trabalhadores da saúde em muitos casos.

O estudo dirigido pela Organização Pan-Americana da Saúde³⁵ teve como foco o impacto que a pandemia causou na mente dos profissionais da saúde em 11 países nas américas: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Guatemala, México, Peru, Porto Rico, Uruguai e Venezuela.

Para Filipe Leonel³⁶, os profissionais da área da saúde estão esgotados. Leonel

33 OPAS. Conscientização sobre impactos da Covid-19 na saúde mental dos profissionais da saúde da linha de frente. Organização Pan-Americana da Saúde. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/noticias/8-10-2021-opas-lanca-campanha-para-criar-conscientizacao-sobre-impactos-da-covid-19-na>. Acesso em: 17 jul 2022.

34 Op. cit.

35 Op. Cit.

36 LEONEL, Filipe. Idem.

defende que essa exaustão não advém só da proximidade com o elevado número de casos e morte que ocorreu durante a pandemia da Covid-19 que levou a vida de familiares, colegas de profissão, e que trouxe alterações significativas ocorrem na vida e no bem-estar dos profissionais da saúde, mas advém do excesso de trabalho no transcorrer da crise mundial de saúde, com carga horária laboral de que ultrapassavam as 40 horas semanais. Muitos desses profissionais precisavam do emprego e pelas devidas circunstâncias, se submetiam às desgastantes horas de serviço.

Nesse contexto, o trabalho exercido pelos profissionais da saúde em ambientes de forma extenuante no qual a sobrecarga era vivida e clara. Esses profissionais viviam o medo da contaminação, o temor da morte iminente acompanhava o seu dia a dia, em gestões marcadas pelo risco de confisco da cidadania do trabalhador (perdas dos direitos trabalhistas, terceirizações, desemprego, perda de renda, salários baixos, gastos extras com compras de EPIs, transporte alternativo e alimentação).

Dito isso, embora o direito à desconexão não tenha uma previsão legal específica, hoje é visto na forma de um direito social e fundamental de todo trabalhador. “A pandemia impactou sobremaneira na vida dos empregados, na medida que se passou a exigir uma maior fiscalização e monitoramento de labor prestado à distância”³⁷.

Nesse cenário, já há um projeto de lei para regulamentar essa questão que tramita no Senado Federal, sob nº 4.044/2020, de autoria do Senador Fabiano Contarato (Rede-ES), que visa a regulamentar a matéria, instituindo disposições que em nosso entender, são pouco razoáveis quando tratam do tema. O PL nº 4.044/2020 busca determinar que o empregador não poderá solicitar normalmente a atenção de um empregado em regime de teletrabalho, por telefone ou qualquer meio de comunicação eletrônica, como e-mail e WhatsApp, fora do horário de trabalho³⁸.

Diante de tantas especificidades da categoria dos profissionais da saúde que trabalham em hospitais e unidades de pronto atendimento, a Consolidação das Leis do Trabalho deveria ter um capítulo apenas para tratar desses trabalhadores. Há necessidade de regulamentar todo o labor dos profissionais da saúde, tanto no aspecto geral de direitos e garantias, como o próprio direito à desconexão, que hoje não está expresso em nenhuma lei. A iniciativa de criar um regulamento próprio para tratar do exercício dessa classe de profissionais seria importante para garantir-lhes a saúde física e mental, bem como a segurança desses profissionais.

37 SANTOS, Rafa. Sem previsão legal, direito à desconexão foi pouco invocado na crise da Covid-19. Consultor Jurídico. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-10/previsao-legal-direito-desconexao-sido-evocado>. Acesso em: 21 nov 2022.

38 SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 4.044/2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/143754>. Acesso em: 20 fev 2023.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Isto posto, conclui-se que o profissional da saúde foi o trabalhador mais afetado durante o período de pandemia da Covid-19, e que por essa razão é a classe que teve mais traumas dos efeitos gerados nesse período. Diante desse contexto, é notório destacar que as leis vigentes não foram capazes de proteger os trabalhadores da saúde frente aos danos em relação a sua saúde e segurança no trabalho. Os trabalhadores do setor da saúde demonstraram exaustão, transtornos psíquicos, e até somatização, o que demonstra a necessidade de um olhar mais cauteloso para essa classe.

A Consolidação das Leis do Trabalho não possui norma específica que regulamente a atividade dos profissionais da saúde. Diante disso, a presente pesquisa, após ter desenvolvido diversas linhas de raciocínio acerca das relações do profissional da saúde na pandemia e as sequelas ocorridas após a pandemia, bem como o posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro, concluiu que há uma necessidade premente de que o legislativo tenha um olhar especial para a classe, garantindo-lhes mais direitos trabalhistas, para que não sejam tão prejudicados no exercício do labor. Há necessidade de diminuição da jornada, do direito expresso à desconexão e regras específicas num capítulo próprio da CLT.

Os desafios enfrentados pelos profissionais de saúde são grandes e urgentes, de modo que devem ser afastados do dia a dia desses trabalhadores o mais rápido possível, com mais investimento no setor, mais legislação protetiva trabalhista específica e, principalmente, com mais respeito de toda a sociedade, pelo bem que fazem a todos.

REFERÊNCIAS

AIDAR, Laura. **O mito de Sísifo com resumo e significado**. Cultura Genial, 2019. Disponível em: <https://www.culturagenial.com/sisifo-resumo-e-significado-do-mito/>. Acesso em: 02 mar. 2023.

ANMELLA, G; FICO, G; ROCA, A, GÓMEZ-RAMIRO, M; VÁZQUEZ, M; MURRU, A et al. *Unravelling potential severe psychiatric repercussions on healthcare professionals during the COVID-19 crisis*. **Journal of Affective Disorders**. Disponível em: <https://covid19.elsevierpure.com/de/publications/unravelling-potential-severe-psychiatric-repercussions-on-healthc>. Acesso em: 4 fev. 2023.

BEZERRA DE LIMA, Marlinir; et al. Agentes estressores em trabalhadores de enfermagem com dupla ou mais jornada de trabalho. **Revista de Pesquisa Cuidado é Fundamental Online**, vol. 5, núm. 1, enero-marzo, 2013, pp. 3259-3266. Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro Rio de Janeiro, Brasil Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo>.

oa?id=505750897010. Acesso em: 25 maio 2023.

BEZERRA, Gabriela Duarte *et al.* O impacto da pandemia por Covid-19 na saúde mental dos profissionais da saúde: revisão integrativa. **Revista enfermagem atual in derme**, edição especial covid19 – 2020 e-020012. Disponível em: <https://teste.revistaenfermagematual.com/index.php/revista/article/view/758>.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.433/20**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2251850>. Acesso em : 10 dez 2022.

BRASIL. **Pesquisa analisa impacto psicológico da Covid-19 em profissionais da saúde**. Brasília: Ministério da Saúde; 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2020/julho/saude-mental-pesquisa-analisa-impacto-psicologico-do-enfrentamento-a-covid-19-em-profissionais-da-saude>. Acesso em: 07 fev. 2023

BUBOLZ, Lucia. Direito à desconexão. **JusBrasil**. 2019 .Disponível em: <https://gimenabubolz.jusbrasil.com.br/artigos/597190432/direito-a-desconexao#:~:text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20atribuiu%20ao,ocasionada%20pelo%20exerc%C3%ADcio%20do%20labor>. Acesso em: 09 mar 2022.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2020.

COELHO, Cassiano Lara de Souza. AVILA, Lazslo Antonio. Controvérsias sobre a somatização. **Revista de Psiquiatria Clínica**, n. 34, v. 6; p. 278-284, 2007. Disponível em : [https://www.scielo.br/j/rpc/a/MYS6hhLw3nthm9mVJbGyxdc/?format=pdf&lang=pt#:~:text=Lipowski%20\(1988\)%20prop%C3%B5e%20que%20a,o%20a%20procurar%20ajuda%20m%C3%A9dica%E2%80%9D](https://www.scielo.br/j/rpc/a/MYS6hhLw3nthm9mVJbGyxdc/?format=pdf&lang=pt#:~:text=Lipowski%20(1988)%20prop%C3%B5e%20que%20a,o%20a%20procurar%20ajuda%20m%C3%A9dica%E2%80%9D). Acesso em: 16 out 2022.

CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM, CONFEN. **Pesquisa inédita revela condições precárias para profissionais de saúde**. CONFEN. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/pesquisa-inedita-revela-condicoes-precarias-para-profissionais-de-saude_96038.html. Acesso em: 10 fev. 2023.

COSTA, Ester Conceição; DOS SANTOS SANT'ANA, Fagner Rodrigues. Jornada de trabalho do profissional de Enfermagem e fatores relacionados à insatisfação laboral. **Revista Eletrônica Acervo Saúde/Electronic Journal Collection Health**, v. 2178, p. 2091, 2017. Disponível em: https://www.acervosaude.com.br/doc/31_2017.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.

DAL-BOSCO, EB; FLORIANO, LSM; SKUPIEN, SV; ACARO, G; MARTINS, AR; ANSELMO, ACC. A saúde mental da enfermagem no enfrentamento da COVID-19 em um

hospital universitário regional. **Rev Brasileira de Enfermagem**, 2020;73(2);e20200434. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S00347167202001400153&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em 10 mar 2023.

GAURIAU, Rosane. Direito à desconexão e teletrabalho: contribuição do direito do trabalho francês. Estudo comparado franco-brasileiro. **Revista Tribunal Regional do Trabalho 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 66, n. 102, p. 189-205, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://sistemas.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/70646/Revista%20TRT-3%2C%20v.%2066%2C%20n.%20102-189-205.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 nov. 2022.

LEONEL, Filipe. **Pesquisa analisa impacto psicológico da Covid-19 em profissionais da saúde**. Brasília: Ministério da Saúde; 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2020/julho/saude-mental-pesquisa-analisa-impacto-psicologico-do-enfrentamento-a-covid-19-em-profissionais-da-saude>. Acesso em: 07 fev. 2023.

OLIVEIRA, Christiana D’Arc Damasceno. Direito à desconexão do trabalhador: repercussões no atual contexto trabalhista. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 22, n. 253, jul. 2010, p. 65.

OPAS. **Conscientização sobre impactos da Covid-19 na saúde mental dos profissionais da saúde da linha de frente**. Organização Pan-Americana da Saúde. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/noticias/8-10-2021-opas-lanca-campanha-para-criar-conscientizacao-sobre-impactos-da-covid-19-na>. Acesso em: 17 jul. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. Nova York, 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 10 fev. 2023.

ORNELL, F; HALPERN, SC; KESSLER, FHP; NARVAEZ, JCM. The impact of the COVID-19 pandemic on the mental health of healthcare professionals. **Cad. de Saúde Pública**, 36(4), 1-6, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311x0006352>. Acesso em 5 maio 2023.

REGO S, Palácios M. **Saúde mental dos trabalhadores de saúde em tempos de coronavírus**. 2020. Disponível em <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/40659>. Acesso em 25 maio 2023.

SANTOS, Rafa. Sem previsão legal, direito à desconexão foi pouco invocado na crise da Covid-19. **Consultor Jurídico**, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022->

jan-10/previsao-legal-direito-desconexao-sido-evocado. Acesso em: 21 nov. 2022.

SENA, Ana Flávia de Jesus; LEMES, Alisséia Guimarães; NASCIMENTO, Vagner Ferreira do; ROCHA, Elias Marcelino da. Estresse e ansiedade em trabalhadores de enfermagem no âmbito hospitalar. **Journal of nursing and health**. Faculdade de Enfermagem UFPel, 2015; 5(1):27-37. Disponível em: <https://docs.bvsalud.org/biblioref/bdenf/2015/bde-31697/bde-31697-538.pdf>, p.31-32

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 4.044/2020**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/143754>. Acesso em: 20 fev. 2023.

SILVA, José Antonio Ribeiro de Oliveira. **A flexibilização da jornada de trabalho e seus reflexos na saúde do trabalhador**. “Trabalho Seguro”, do Programa Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho, do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: http://www.csjt.jus.br/astic?p_p_state=maximized&p_p_mode=view&saveLastPath=false&_com_liferay_login_web_portlet_LoginPortlet_mvcRenderCommandName=%2Flogin%2Flogin&p_p_id=com_liferay_login_web_portlet_LoginPortlet&p_p_lifecycle=0&_com_liferay_login_web_portlet_LoginPortlet_redirect=%2F%2Fdocument_library%2FgetFile%3Fuuid%3Dc983128d-e9fc-42dc-8501-0b25d52f1d68%26groupId%3D955023. Acesso em 02 jun. 2023.

SOUZA, Fabrícia Barros de, *et al.* **Cuidando-se: cartilha dos serviços psicológicos ofertados aos trabalhadores da saúde do Distrito Federal**. FIOCRUZ BRASILIA, Dez 2022. Disponível em: <https://www.fiocruzbrasil.com.br/pesquisa-mostra-impacto-da-pandemia-na-saude-mental-de-profissionais-da-saude/>. Acesso em 30 mar 2023.

STACCIARINI JM, Tróccoli BT. O estresse na atividade ocupacional do enfermeiro. **Rev Latino-am Enfermagem**, 2001 março; 9(2): 17-25. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rlae/v9n2/11510>. Acesso em: 12 jun. 2023.

STJ. **Informativo nº 576**, Período: 5 a 19 de fevereiro de 2016. Segunda Turma.

ZERBINI, G; EGIGBO, A; REICHERTS, P; KUNZ, M; MESSMAN, H. Psychosocial burden of healthcare professionals in times of COVID-19 – a survey conducted at the University Hospital Augsburg. **German Medical Science** [Internet] 2020. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/es/mdl-32595421>. Acesso em: 12 dez 2022.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 12.07.2023

Aceito em: 24.10.2023

DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS.

Exigência da presença do marco temporal (art. 4º da lei 14.701/2023): inconstitucionalidade e inconvenção. Violação aos arts. 60 e 231 da Constituição da República. Agressão do núcleo essencial do direito garantido pelo Poder Constituinte Originário e ao princípio proibitivo do retrocesso social

Demarcation of indigenous lands. Requirement for the presence of the time frame (Article 4 of law 14,701/2023): unconstitutionality and unconventionality. Violation of arts. 60 and 231 of the Constitution of the Republic. Aggression against the essential core of the right guaranteed by the Original Constituent Power and the prohibitive principle of social regression

Francisco das C. Lima Filho¹

“Quando os povos indígenas lutam pela demarcação do seu território, na verdade eles estão lutando pelo direito de existir, não de sobreviver. Porque para sobreviver basta um pedacinho de terra. O indígena vê a terra como um conjunto. O que seria para as pessoas ter muita terra, é dar sentido para o estar no mundo. Terra para a gente é parte da gente. O indígena olha para a terra não como um objeto a ser negociado, mas algo que faz parte da sua própria existência”. (Daniel Munduruku, 2018).

RESUMO

O artigo faz uma análise da exigência do “marco temporal” como condição ou exigência para demarcação das terras indígenas, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do **RE 1017365**, com repercussão geral

ABSTRACT

The article analyzes the requirement of the “time frame” as a condition or requirement for the demarcation of indigenous lands, declared unconstitutional by the Federal Supreme Court in the judgment of RE 1017365, with general

1 Desembargado do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Diretor Executivo da Escola Judicial – EDJUD24. Mestre e doutor em Direito Social pela Universidad Catilla-la Mancha – Espanha. ORID: 0009-0005-6262-311X. E-mail: ffilho@trt24.jus.br.

(Tema 1.031), e que foi criado pela Lei 14.701/2023 (art. 4º), em violação à Carta Suprema (arts. 60 e 231), à Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas e Tribais da Organização das Nações Unidas - ONU, além do contido na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Palavras-chave: marco temporal, inconstitucionalidade, violação, Direitos dos Povos Indígenas e Tribais.

repercussions (Theme 1,031), and which was created by Law 14,701/2023 (art. 4), in violation of the Supreme Charter (arts. 60 and 231), the Universal Declaration of the Rights of Indigenous and Tribal Peoples of the United Nations - ONU, in addition to what is contained in Convention 169 of the International Organization of Work – ILO.

Kwywords: *time frame, unconstitutionality, violation, Rights of Indigenous and Tribal Peoples.*

Sumário: 1. Introdução; 2. Inconstitucionalidade da exigência do “marco temporal” por violação ao previsto nos arts. 60 e 231 da Carta Suprema; 3. Exigência do “marco temporal”: Agressão ao Princípio Vedatório do Retrocesso Social; 4. Considerações finais; Referências.

Summary: 1. Introduction; 2. Unconstitutionality of the “time frame” requirement due to violation of the provisions of arts. 60 and 231 of the Supreme Charter; 3. Requirement of the “time frame”: Aggression to the Prohibitory Principle of Social Retrocess; 4. Final considerations; References.

1 INTRODUÇÃO

O Congresso Nacional derrubou, na última semana de 2023, parcialmente, o veto do Presidente da República ao art. 4º da Lei 14.701/2023, recentemente aprovada prevendo a exigência do chamado “marco temporal”, para demarcação das terras indígenas, mesmo depois de o Excelso Supremo Tribunal Federal – STF ter, interpretando o previsto no art. 231 da Carta Suprema, declarado a inconstitucionalidade da aludida exigência, deixando assentado no julgamento do **RE 1017365, com repercussão geral (Tema 1.031)**, que:

III- A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam **independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho**, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição. (destaquei).

Entretanto, a exigência foi mantida com a derrubada do veto presidencial ao “marco temporal” como exigência para demarcação das terras indígenas e, portanto, encontra-se em pleno vigor.

O presente artigo pretende demonstrar que referida exigência contida na nova Lei não passa pelo teste de constitucionalidade e convencionalidade, porque atentatória contra a Carta de 1988 (arts. 60 e 231), a par de atentar contra a garantia de preservação do núcleo essencial do direito social garantido pelo Poder Constituinte originário, viola ainda o princípio vedatório do retrocesso social, como se tentará demonstrar a seguir.

2 INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DO “MARCO TEMPORAL” POR VIOLAÇÃO AO PREVISTO NOS ARTS. 60 E 231 DA CARTA SUPREMA

Não há dúvida que pode o Congresso Nacional legislar sobre a matéria alusiva as terras indígenas (art. 22, inciso XIV da Carta de 1988). Todavia, e com todo respeito, tendo sido reconhecido pela Corte Suprema que “A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas, nas utilizadas para suas atividades produtivas, nas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e nas necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do § 1º do artigo 231 do texto constitucional”, referido direito que tem assento na Carta Suprema, é provido de dignidade constitucional, não pode ser retirado nem restringido por força de lei infraconstitucional, como defendido pela Nota Técnica do Ministério Público Federal.

De fato, a aludida lei, a pretexto de regulamentar a norma constitucional (art. 231, § 1º da Carta de 1988), termina violando o mencionado preceito maior, à medida que garantido pelo Poder Constituinte originário, não pode ter o seu núcleo essencial esvaziado - demarcação das terras indígenas – porque se criaram severas restrições ao seu exercício que termina anulando o próprio direito garantido pelo Poder Constituinte originário e, portanto, imune a alterações *in pejus* pelo poder legislativo derivado.

Esse princípio – de proteção do núcleo essencial dos direitos constitucionalmente garantidos – tem por finalidade estabelecer, em especial para o legislador, balizas para a limitação dos direitos fundamentais, limitando a forma de atuação do Parlamento em caso de restrição de um determinado direito fundamental, apenas admissível para salvaguardar outro de igual dignidade constitucional, ponderados os bens ou valores em aparente colisão. Para tanto, deve o legislador e também o julgador, lançar mão do princípio da concordância prática, que tem o sentido de que, na solução de problemas jurídicos, os bens de igual dignidade constitucionalmente tutelados, devem ser coordenados uns com os outros de tal forma que todos ganhem realidade. Impõe-se, com esse critério, uma determinação de limites a esses bens jurídicos em aparente colisão, de modo que, em consonância com o princípio da proporcionalidade, ambos ganhem uma realização ótima, podendo, em caso concreto, um preferir ao outro, porém, sem anulá-lo, pois continua válido em outros casos², e, portanto, se evita que o núcleo essencial do próprio direito seja esvaziado pela restrição total inviabilizando o seu próprio exercício³.

2 ALEXÝ, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81 e seguintes.

3 SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Trotta, 2003, p. 123-158.

Para Luciano Martinez⁴: “[...] entende-se por conteúdo essencial de um direito fundamental o seu núcleo substancial, em certa medida irrestringível, com a perda do qual se desnatura ou fenece [...] Violar o conteúdo essencial de um direito [...] implica torná-lo vazio, com pouca ou nenhuma efetividade”.

Assim entendido, não poderia o poder constituído restringir de forma desproporcional o direito à demarcação das terras indígenas, criando uma condição não prevista pela norma produzida pelo Poder Constituinte originário; apenas por meio de emenda constitucional, se poderia, em tese, cogitar de alteração ou da restrição do aludido direito (art. 60), mas ainda assim, preservando-se, em qualquer caso, o seu núcleo ou conteúdo essencial⁵, além dos direitos adquiridos pelos indígenas de acordo com ordem jurídica vigente, nos termos do previsto no inciso XXXVI do art. 5º do Texto Maior.

Não concordo, todavia, e com todas as vênias, com a tese de que referido preceito constitucional teria natureza de cláusula pétrea, porque não se insere em nenhuma das hipóteses previstas no art. 60, inciso IV do § 4º da Carta de 1988, o que pelo menos teoricamente, pode ser alterado, mas, e apenas, por meio de Emenda Constitucional e não de lei ordinária, infraconstitucional, como a **Lei 14.701/2023**, que, após a promulgação, passou integrar o ordenamento jurídico nacional, mas, vale repetir, sempre se preservando o conteúdo essencial do direito.

3 EXIGÊNCIA DO “MARCO TEMPORAL”. AGRESSÃO AO PRINCÍPIO VEDATÓRIO DO RETROCESSO SOCIAL

Além de inconstitucional, entendo, com o devido respeito, que a nova Lei, quanto ao estabelecimento do “marco temporal” como condição para aquisição do direito dos indígenas à demarcação das terras tradicionais, viola também o princípio vedatório do retrocesso social, retirando desses povos direito que, além de garantido pela Carta Suprema, foi reconhecido pelo Estado e, portanto, não poderia mais ser retirado, menos ainda, por norma infraconstitucional posterior sem qualquer compensação, sob pena de inconstitucionalidade.

A esse propósito, averba Gomes Canotilho⁶, que a vedação de retrocesso

4 MARTINEZ, Luciano. *Condutas Antissindicaais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 148 – 149. Vide também praticamente nesse mesmo sentido SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 196.

5 Esse entendimento foi acolhido pelo Excelso Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.747, deixando assentado que: “O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar”.

6 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 336.

estabelece que é inconstitucional qualquer medida tomada para revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios. Vale dizer com Cristina Queiroz⁷: “[...] uma vez que o Estado ou o particular, por força da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tenha concedido (ainda que parcialmente) determinados direitos ou vantagens para realizar um direito social, passa-se não apenas a ter uma obrigação de fazer, por parte do Estado ou do particular, mas também uma **negativa**, que passa a ser a obrigação de não fazer qualquer ato que contrarie, reduza ou cesse a realização feita anteriormente”.

Vale lembrar que o aludido princípio encontra-se expresso no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do qual o Brasil é signatário e que foi ratificado em 24.1.1992, sendo incorporado ao Ordenamento Jurídico nacional por força do Decreto 591, de 6 de julho de 1992 integrando, portanto, o bloco de constitucionalidade de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Desse modo, a nova Lei exigindo o “*marco temporal*” como requisito ou condição para o reconhecimento do direito à demarcação das terras indígenas, a par de atentar contra o previsto nos arts. 60 e 231 do Texto Maior, também agride, no particular - marco temporal - a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, cujos arts. 13 a 19 exigem que os direitos de propriedade e a posse das terras tradicionais por ocupadas pelos povos indígenas e tribais, sejam reconhecidos, incumbindo aos Estados signatários da aludida Normativa Internacional o dever de garantir que esses direitos possam ser protegidos e respeitados (art. 14, n.º 3).

Ora, sendo o Brasil um dos signatários da aludida Norma, incorporada ao ordenamento jurídico interno porque aprovada pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, passando a vigorar a partir de 25 de julho de 2003 quando o país enviou o instrumento de ratificação ao Diretor Executivo da OIT, não poderia, por lei infraconstitucional restringir o aludido direito que faz parte do bloco de constitucionalidade de proteção dos povos indígenas e tribais, pois promulgada pelo Brasil em 19 de abril de 2004, por meio do Decreto 5.051/2004, e atualmente, em vigência no território nacional pelo Decreto no 10.088 de 05 de novembro de 2009, recomendando que deve “*ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém*”.

De outro lado, a aludida Lei não passa pelo crivo do controle de convencionalidade, por violar ainda a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, adotada com o apoio do Brasil, reconhecendo que esses povos têm direito às terras, territórios e recursos que tradicionalmente possuem e ocupam ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido.

7 QUEIROZ, Cristina. O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Coimbra: Editora Coimbra, 2006, p. 71.

Assim, os Estados são obrigados a dar reconhecimento legal e proteção às terras tradicionais, “*incluindo aquelas que os povos indígenas foram forçados a deixar ou perderam de outra forma*” (art. 10), lembrando que vários Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) que reconheceram a competência contenciosa do tribunal, entre os quais se encontra o Brasil, “*incorporaram, de alguma forma, as obrigações de delimitar, demarcar e titular as terras indígenas em seu âmbito normativo interno*”, desde os anos 1970, evidenciando, assim, a obrigação do Brasil demarcar e titularizar as terras dos povos indígenas, como previsto na mencionada Declaração das Nações Unidas, de 2007, estabelecendo e prevendo que “*os Estados assegurarão o reconhecimento e a proteção jurídica das terras, territórios e recursos dos povos indígenas*”, enquanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos também reconhece esse direito dos povos indígenas a suas terras tradicionais persistindo enquanto existir “a conexão material, cultural ou espiritual” com a terra.

Registro, ademais, por importante, que a Corte reconhece a natureza cogente dessa espécie normativa internacional⁸.

Referidas normativas internacionais, no integram o ordenamento jurídico brasileiro e têm natureza de norma supra legal, na visão do Excelso Supremo Tribunal Federal – STF (**RE 349.703-1 – STF, 2008**), em que pese entender este articulista, e assim vem defendendo reitadamente, que se tratando de norma internacional sobre direitos fundamentais dos povos originários e tribais, gozam de dignidade de norma constitucional – como as emendas emenda constitucionais (art. 5º, §§ 1º e 2º do Texto de 1988, na redação dada pela Emenda 45/2004)⁹.

Nessa linha de entendimento, a instituição do chamado “*marco temporal*” como requisito para demarcação das terras indígenas não passa pelo teste de de convencionalidade que, embora seja mais identificado com as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi acolhido no Brasil pela Emenda Constitucional 45/2004. Por conseguinte, incumbe ao juiz do Brasil ou de qualquer país que tenha aderido a algum Tratado de Direitos Humanos, fazer esse controle, mas também constitui uma baliza de verificação da norma, quando de sua produção pelo Parlamento ou pelo Executivo, de modo a se controlar, previamente, a convencionalidade na produção normativa, devendo serem rejeitados projetos que, mesmo guardando compatibilidade com a Constituição, eventualmente contrarie algum Tratado Internacional de proteção de Direitos Humanos do qual o País seja signatário ou que tenha sido integrado ao Ordenamento Jurídico Interno.

8 MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme el control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, a.9, n. 2, p. 394, 531-622, 2011.

9 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (Volume I)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, 486 p.; PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2021, 133 p.

Para Valério Oliveira Mazuolli¹⁰, a partir da vigência da Emenda Constitucional 45/2004:

[...] todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade como sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a Constituição e os tratados de direitos humanos (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor no país. No primeiro caso, tem-se o controle de convencionalidade das leis; e no segundo, o seu controle de legalidade.

Assim entendido, tem-se a exigência de “*marco temporal*”, prevista no art. 4º da Lei 14.701/2023 afronta pelo menos três Normativas Internacionais de Direitos Humanos: a Declaração Universal de Proteção dos Direitos dos Povos Indígenas e Tribais da ONU, de 2007, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, daquela Organização Internacional e ainda a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Por conseguinte, desobriga o juiz de aplica-la no particular, máxime quando anteriormente referida exigência foi declarada inconstitucional pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, cuja decisão é vinculativa (art. 102, § 2º da Carta Suprema), valendo lembrar ter sido arguida a inconstitucionalidade daquela norma pelo PT, PCdoB e PV, ainda pendente de apreciação o pedido de suspensão da aludida norma até o julgamento da ação.

Se tudo isso não bastasse, vele lembrar com Daniel Munduruku¹¹, que:

Quando os povos indígenas lutam pela demarcação do seu território, na verdade eles estão lutando pelo direito de existir, não de sobreviver. Porque para sobreviver basta um pedacinho de terra. O indígena vê a terra como um conjunto. O que seria para as pessoas ter muita terra, é dar sentido para o estar no mundo. Terra para a gente é parte da gente. O indígena olha para a terra não como um objeto a ser negociado, mas algo que faz parte da sua própria existência.

Parece ter sido esse o entendimento acolhido pela Excela Corte, a afirmar que a posse das terras indígenas previstas no art. 231 do Texto Maior, não se confunde com

10 OLIVEIRA MAZUOLLI, Valerio de. “Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 181, jan./mar. 2009, 113-139 p. Vide também MAZUOLI, Valério de Oliveira. Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. São Paulo: RT, 2018; AZEVEDO NETO, Platon de. Controle De Convencionalidade Em Matéria Trabalhista. Brasília: Editora Venturoli, 2021.

11 MUNDURUKU, D. Entrevista concedida ao documentário Muita terra para pouco índio. VILLELA, Bruno e LOBATO, Sergio. Amazon Picture, 2018.

aquele albergada pelo Código Civil¹².

Deveras, para os indígenas, a terra tem um sentido sagrado onde celebram a vida, a ancestralidade e a memória de seus antepassados.

Desse modo, o termo território para os povos indígenas tem um significado diverso de terra ou de propriedade com valor econômico, albergado pelo Direito Civil, pois significa o espaço da sobrevivência e da reprodução de um povo, onde se realiza a cultura e se celebra a vida, onde se criou o mundo e descansam os antepassados, mas é também um local no qual se apropriam dos recursos naturais que garantem sua subsistência física digna. É, sobretudo, um espaço simbólico em que as pessoas travam relações entre si e com seus deuses¹³. Por isso parecem acertadas as palavras da antropóloga Alcida Rita Ramos¹⁴, ao afirmar que “para as sociedades indígenas, a terra é muito mais que simples meio de subsistência. Ela representa o suporte da vida social e está diretamente ligada ao sistema de crenças e conhecimento. Não é apenas um recurso natural, mas – e tão importante quanto este – um recurso sociocultural” e está também revestida de uma linguagem mítico-religiosa”.

É esse, com o devido respeito, o sentido e o significado do termo “*território*” empregado no art. 10 da Declaração Universal dos Povos Indígenas e que parece ter sido acolhido no recente julgamento do Excelso Supremo Tribunal Federal no **RE 1017365**, que deixou assentado:

A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas, das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do § 1º do artigo 231 do texto constitucional. (item II da Tese aprovada).

Assim, e como lembram Marco Antonio Delfino de Almeida e Laíze Rodrigues do Nascimento¹⁵:

12 É essa a tese que venho defendendo desde 2004 (LIMA FILHO, Francisco das C. “DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. COMPLEXIDADE E DIMENSÃO”. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/1046>. Acesso em 5.1.2023) e recentemente reiterado em artigo doutrinário sob o título “Tragédia do Etnocídio dos Povos Indígenas no Brasil”. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. N. 8, 2023, 101 p.

13 KOLLING, Patricia et al. “REFLEXÕES SOBRE TERRITÓRIO E TERRA INDÍGENA: ASPECTOS CULTURAIS, SOCIAIS E JURÍDICOS”. Disponível em: Revista ParaOnde!?. Porto Alegre, v.12, n.1, p.211-226, 2019. Acesso em 4.1.2024.

14 RAMOS, A. R. Sociedades Indígenas. São Paulo: Ática, 1988, p. 13 e seguintes.

15 DELFINO DE ALMEIDA, Marco Antonio et al. CEM ANOS SEM SOLUÇÃO: A INDENIZAÇÃO DOS TÍTULOS DOS OCUPANTES DE BOA-FÉ COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS INDÍGENAS NO SUL DO MATO GROSSO DO SUL. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 24ª Região. N. 8, 2023, 78-100 p.

É certo que as terras indígenas despertam grande interesse econômico, seja por sua capacidade para a produção agropecuária, seja para fins de exploração de recursos naturais. Por outro lado, para os povos originários o território está intimamente relacionado a sua forma de ser, ou melhor, a sua própria existência.

Esse entendimento foi completamente ignorado pelo legislador do art. 4º da Lei 14.701/2023, o que levou o Presidente da República vetá-lo parcialmente quanto à exigência do “marco temporal”, veto que foi derrubado pelo Congresso Nacional no final de 2023, no mais completo desrespeito à decisão da Suprema Corte, última e autorizada intérprete da Carta Maior.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que anteriormente exposto, parece não existir dúvida quanto à inconstitucionalidade e inconveniência da exigência do “*marco temporal*”, que surgiu no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, criado agora legislativamente pelo art. 4º da Lei 14.701/2023, por além de poder o direito à demarcação ter sido garantido aos povos indígenas sem essa exigência pelo Poder Constituinte originário, não pode o legislador derivado, por meio de lei ordinária, infraconstitucional fazer exigência que o constituinte não o fez, pois isso, além de esvaziar o núcleo ou conteúdo essencial do direito inviabilizando seu exercício, viola também o princípio vedatório do retrocesso dos direitos sociais albergado pelo Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966 da Organização das Nações Unidas - ONU, e também a Declaração Universal de Proteção dos Direitos dos Povos Indígenas e Tribais e ainda Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, Normativas Internacionais das quais o Brasil é signatário e foram incorporadas à ordem jurídica interna, fazendo parte do bloco de constitucionalidade da proteção dos direitos sociais, entre os quais se encontra o direito à demarcação das terras indígenas, que o legislador da Lei 14.701/2023, simplesmente ignorou com a redação do art. 4º do mencionado Diploma Legal e que, anteriormente fora declarado inconstitucional pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, cuja decisão é vinculativa (art. 102, § 2º da Carta Suprema).

Espera-se que esse impasse criado com a derrubada do veto presidencial que piora e muito, a situação dos conflitos pela posse e demarcação dessas terras, seja solucionado o quanto antes para cessar a violência que, infelizmente, reina no âmbito da afirmação dos direitos dos povos indígenas a respeito da demarcação das terras tradicionais, dando-se, assim, cumprimento ao mandamento constitucional e ao que previsto na Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas das Nações Unidas - ONU e na Convenção

169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, violadas pela Lei 14.701/2023 com a instituição do “marco temporal”.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AZEVEDO NETO, Platon de. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Editora Venturoli, 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos** (Volume I). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

DELFINO DE ALMEIDA, Marco Antonio et al. Cem anos sem solução: a indenização dos títulos dos ocupantes de boa-fé como instrumento de pacificação dos conflitos fundiários indígenas no sul do Mato Grosso do Sul. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 24ª Região**. N. 8, 2023.

KOLLING, Patricia et al. Reflexões sobre território e terra indígena: aspectos culturais, sociais e jurídicos. Disponível em: **Revista ParaOnde!?**. Porto Alegre, v.12, n.1, 2019.

LIMA FILHO, Francisco das C. A Tragédia do Etnocídio dos Povos Indígenas no Brasil. **Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região**. N. 8, 2023

LIMA FILHO, Francisco das C. A Demarcação das terras indígenas. complexidade e dimensão. Disponível. em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/1046>.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme el control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios Constitucionales**, a.9, n. 2, 2011.

MARTINEZ, Luciano. **Condutas Antissindicais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. “Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *In*: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 46 n. 181, jan./mar. 2009

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: RT, 2018.

MUNDURUKU, D. Entrevista concedida ao documentário “Muita terra para pouco índio”. VILLELA, Bruno; LOBATO, Sergio. **Amazon Picture**, 2018.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2021.

QUEIRÓZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

RAMOS, A. R. **Sociedades Indígenas**. São Paulo: Ática, 1988.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Trotta, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 28.12.2023 Aceito em: 30.01.2024
--

REVISTA JURÍDICA UNIGRAN

Normas de Submissão

A Revista Jurídica UNIGRAN é um periódico científico, na versão impressa e digital até o ano de 2021, e atualmente somente na versão digital, com periodicidade semestral, aberto à colaboração e participação da comunidade acadêmica interna e externa. Publica artigos científicos inéditos, resenhas críticas, jurisprudências comentadas e informações referentes à Ciência do Direito, além de uma seção com artigos de autores convidados.

Seus autores deverão:

1. concordar com o prazo de avaliação e com a cedência dos direitos autorais a essa Revista;
2. enviar o identificador ORCID;
3. atender à política de ética e boas práticas de publicação e contribuir para a efetividade do direito;
4. atender as normas da ABNT (ABNT 10520:2023- citações em documentos; ABNT 6023:2018- referências – elaboração).

Os textos encaminhados serão avaliados (anonimamente) por membros do Conselho Editorial da Revista Jurídica e por pareceristas ad hoc, e **deverão respeitar as seguintes normas:**

1. **Endereço para envio dos artigos:** exclusivamente via eletrônica para o e-mail: **revistajuridica@unigran.br**.
2. **Originais:** os originais devem ser encaminhados completos, definitivamente revistos, com um mínimo de 12 e um máximo de 15 páginas, digitadas em espaço 1,5 entre as linhas. Recomenda-se o uso de caracteres Times New Roman, tamanho 12. Somente em casos especiais serão aceitos trabalhos com maior número de laudas. Os títulos das seções devem ser em maiúsculas, numerados sequencialmente, destacados com negrito. Não se recomenda subdivisões excessivas dos títulos das Seções.
3. **Estrutura:** a estrutura dos trabalhos deve obedecer à seguinte ordem:
 - Título (e subtítulo, se houver). Deve estar de acordo com o conteúdo do trabalho.

- Autor(es). Logo abaixo do título, apresentar nome(s) do(s) autor(es) por extenso, sem abreviaturas. Com numeração, colocado logo após o nome completo do autor ou autores, remeter a uma nota de rodapé, relativa às informações referentes: (1) às instituições a que pertence(m); (2) às qualificações, títulos, cargos ou outros atributos do(s) autor(es); (3) e-mail para contato público com o autor; (4) **indicação do registro ORCID** (para o registro acessar o site: <https://orcid.org>). O Orientador, co-orientador de Trabalhos de Graduação, Dissertações e Teses passam a ser coautores em textos originados destes trabalhos.
- Resumo. Com o máximo de 250 palavras, o resumo deve apresentar o objeto estudado, seu objetivo e a metodologia adotada, apresentando os resultados, conclusões ou reflexões sobre o tema, de modo que o leitor possa avaliar o conteúdo do texto.
- *Abstract*. Versão do resumo para a língua Inglesa. Caso o trabalho seja escrito em inglês, o *Abstract* deverá ser traduzido para o português (Resumo).
- Palavras-chave e *Keywords*. Apresentar duas a cinco palavras-chave sobre o tema, separadas por vírgula.
- Sumário. Deve conter as principais divisões do trabalho.
- Texto. Deve ser distribuído de acordo com as características próprias de cada trabalho. De um modo geral, contém: **1 INTRODUÇÃO; 2 DESENVOLVIMENTO; 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.**

4. Citações, referências e figuras: devem obedecer a **ABNT NBR 10520:2023**

4.1 **Citações.** As citações textuais até três linhas devem ser colocadas entre aspas. As citações textuais longas (mais de três linhas) devem constituir um parágrafo independente, apresentadas em bloco. Recomenda-se o recuo de 4 cm.

As menções a autores no decorrer do texto podem subordinar-se a um dos dois sistemas de referência:

a) sistema autor-data.

Exemplo:

Na citação:

“Poucos estudos têm sido realizados em países de renda baixa e média [...]” (Silva, 2019, p. 1).

Na referência:

SILVA, Antônio Augusto Moura da. Intervenções precoces a redução de

vulnerabilidades em melhora do desenvolvimento infantil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 3, p. 1-3, mar. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00030519>. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/csp/2019.v35n3/e00030519/>. Acesso em: 27 jun. 2019

b) Sistema numérico (no rodapé)

Exemplo:

Na citação:

Segundo a World Health Organization (WHO), o tratamento da tuberculose tem uma abordagem mais eficaz e menor probabilidade de provocar efeitos colaterais adversos¹.

Na nota:

¹WORLD HEALTH ORGANIZATION. New WHO recommendations to accelerate progress on TB. Geneva: World Health Organization, 20 Mar. 2019. Disponível em: <http://www.who.int>. Acesso em: 21 mar. 2019.

A adoção de um sistema exclui o outro sistema, isto é, o texto deverá respeitar, em todas as referências, o esquema adotado (autor-data ou numérico). A inconsistência nas referências implica em devolução do artigo submetido. **De preferência adotar o sistema autor-data.**

4.2 Referências. Devem ser apresentadas ao final do trabalho, em ordem alfabética de sobrenome do(s) autor(es), em acordo com as normas da ABNT -NBR 6023 – Informação e Documentação – Referências -Elaboração.

4.3 Figuras. As Figuras (desenhos, gráficos, ilustrações, fotos) e tabelas devem apresentar boa qualidade e serem acompanhados de legendas breves e claras. As figuras devem ser numeradas sequencialmente com números arábicos e iniciadas pelo termo Figura, devendo ficar na parte inferior da figura.

Exemplo:

Figura 4 - Gráfico de controle de custo. No caso das tabelas, elas também devem ser numeradas sequencialmente, com números arábicos, e colocadas na parte superior da tabela. Exemplo: Tabela 5 - Cronograma da Pesquisa. No caso de fotografias, desenho artístico, mapas, etc., estes devem ser de boa qualidade e em preto e branco.

5. Cessão de Direitos Autorais e Endereços. Juntamente com o trabalho, deverá ser enviado, devidamente assinado, o Termo de Autorização

de Publicação e Declaração de Cessão Gratuita de Direitos autorais (modelo anexo) bem como o endereço completo de um dos autores para correspondência. Os trabalhos deverão ser enviados exclusivamente para o endereço eletrônico: **revistajuridica@unigran.br**.

A cada edição, o Conselho Editorial selecionará, dentre os trabalhos considerados favoráveis para publicação, aqueles que serão publicados imediatamente. Os não selecionados serão novamente apreciados na ocasião das edições seguintes.

Os conteúdos e os pontos de vista expressos nos textos são de responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente as posições do Corpo Editorial da Revista de Direito da Faculdade de Direito- UNIGRAN.

O Conselho Editorial se reserva o direito de introduzir alterações nos originais, com o objetivo de manter a homogeneidade e a qualidade da publicação, respeitando, porém, o estilo e a opinião dos autores. Os textos que não apresentarem as normas estipuladas para publicação, notadamente as de redação e formatação das referências, e o Termo de Autorização de Publicação e Declaração de Cessão Gratuita de Direitos Autorais **NÃO** serão avaliados.

UNIGRAN - Centro Universitário de Dourados.

Rua Balbina de Matos, 2121

79.824-900 - Dourados - Mato Grosso do Sul - MS.

ANEXO

CARTA DE SUBMISSÃO

TERMO DE AUTORIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO E DECLARAÇÃO DE CESSÃO GRATUITA DE DIREITOS AUTORAIS

Pelo presente instrumento, eu (nós) nome, RG.... e CPF..., com endereço residencial e eletrônico... na qualidade de titular(es) dos direitos de autor do artigo denominado título..., o qual submetemos à apreciação da Comissão Editorial da Revista Jurídica Unigran, autorizo(amos) a publicação desse artigo na Revista Jurídica Unigran, ISSN 2178-4396 (On line) e cedo(emos), gratuitamente, os direitos autorais sobre o mesmo à Revista Jurídica Unigran.

Declaro(amos) expressamente que o artigo é original, não contém plágio e as opiniões emitidas no trabalho são de minha(nossa) exclusiva responsabilidade, ficando a Revista Jurídica Unigran isenta de quaisquer responsabilidades.

Autorizo(amos), a Revista Jurídica Unigran a proceder a modificações e correções para a adequação do texto às normas da publicação e informo(amos) também que li(emos) e estou(amos) ciente(s) e de acordo com as Normas de Publicação impressas nas últimas páginas das publicações da Revista Jurídica Unigran e das Políticas Editoriais disponível no site http://www.unigran.br/revista_juridica/normas.php e http://www.unigran.br/revista_juridica/politicaeditorial.php, particularmente no que se refere à originalidade do texto (o artigo não publicado anteriormente em outro periódico impresso ou digital) e à política de ética e boas práticas de publicação (não incorrer em transcrições indevidas ou plágios ou estar pendente de avaliação ou publicação em outro periódico).

Declaro(amos) que tenho(emos) ciência de que a Revista Jurídica Unigran tem caráter pro bono público enquanto veículo de divulgação científica e, portanto, a presente cessão é totalmente gratuita e não implicará em qualquer pagamento presente ou no futuro pela publicação deste artigo por mim (nós) cedido(s).

Por estar de acordo com as condições definidas pelos referidos editores da Revista Jurídica Unigran, assino(amos) a presente declaração para que surta os efeitos legais necessários.

Local _____ de _____ de _____

Autor 1 _____

Autor 2 _____

Autor 3 _____

