Ingo Wolfgang Sarlet
(Org.)

Temas Atuais & Polêmicos de Direitos Fundamentais

Contribuições do XIV Seminário Internacional de Direitos Fundamentais

60

A obra que tenho a honra e o privilégio de coordenar e prefaciar destaca-se por várias razões dentre a constelação de coletâneas por mim prefaciadas. Cuida-se da reunião e sistematização de trabalhos resultantes das comunicações científicas realizadas por discentes de Mestrado e Doutorado, assim como alunos bolsistas de Iniciação Científica, por ocasião do XIV Seminário Internacional de Direitos Fundamentais, realizado de 30 de outubro a 1º de novembro de 2017, com promoção do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS. O que aqui se sublinha, é que a obra não inclui os textos das conferências ministradas pelos conferencistas convidados, mas, sim, dedica-se a acolher e dar voz e espaço para os discentes que participaram das sessões destinadas às comunicações científicas. Já a riqueza do temário (que se evidencia mediante simples leitura do sumário da obra) e a aderência aos temas da programação do Seminário, ademais de terem sido todos os trabalhos defendidos perante banca de avaliação integrada por docentes da PUCRS e convidados externos (maioria) revela a seriedade da proposta. A qualidade, considerando tratar-se de produção discente, também surpreende positivamente, revelando uma capacidade efetiva de contribuir para o diálogo acadêmico sobre os temas versados.

9 788556 964571

CC BY SA

editora fi
www.editorafi.org

Temas Atuais e Polêmicos de Direitos Fundamentais

Série
Ciências Jurídicas & Sociais

Comitê Editorial da Série

Prof.ª Dr.ª Liane Tabarelli
PUCRS, Brasil

Prof.ª Dr.ª Marcia Andrea Bühring
PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira
Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes
PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber
PUCRS, Brasil

Prof.ª Dr.ª Fernanda Medeiros
PUCRS, Brasil

Comitê Específico da Obra

Coordenador Científico
Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Comissão Organizadora
Profa. Dra. Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros
Profa. Dra. Gabrielle Bezerra Sales Sarlet
Profa. Dra. Selma Rodrigues Petterle
Profa. Dra. Vanêsca Buzelato Prestes

Coordenação Executiva
Profa. Dra. Marcia Santana Fernandes
Graduanda Andressa de Bittencourt Siqueira da Silva
Graduanda Caroline Mocellin
Mestranda Manuela Ithamar Lima
Doutoranda Gabriela Cruz Amato Teixeira

Temas Atuais e Polêmicos de Direitos Fundamentais

Contribuições do
XIV Seminário Internacional
de Direitos Fundamentais

Organizador:
Ingo Wolfgang Sarlet

editora fi

Diagramação: Marcelo A. S. Alves
Capa: Carole Kümmecke - https://www.behance.net/CaroleKummecke

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Todos os livros publicados pela Editora Fi
estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

http://www.abecbrasil.org.br

Série Ciências Jurídicas & Sociais – 60

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.)

Temas Atuais e Polêmicos de Direitos Fundamentais: contribuições do XIV Seminário Internacional de Direitos Fundamentais [recurso eletrônico] / Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

434 p.

ISBN - 978-85-5696-457-1

Disponível em: http://www.editorafi.org

1. Direito; 2. Direitos fundamentais; 3. Ensaios; 4. Seminário Internacional; 5. PUCRS; I. Título II. Série

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito 340

Sumário

Prefácio **11**
Ingo Wolfgang Sarlet

Eixo 1
Direito, ciência, tecnologia e inovação

1 ..... **17**
Terapia gênica em células germinativas embrionárias e o direito de autodeterminação do embrião
Caroline Janaina Mendes; Jussara Maria Leal de Meirelles

2 ..... **35**
O anonimato no cybercrime e o direito à privacidade: um paradoxo
Maria Carolina Santini Pereira da Cunha

3 ..... **53**
Uma Breve Crítica ao *Privacy by Design* e seus "princípios basilares"
Bruno Schimitt Morassutti

4 ..... **69**
O princípio da limitação de propósito: a coleta de dados na era do big data
Paulo Marcelo Pinheiro Pasetti

Eixo 2
Direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais

5 ..... **91**
Análise dos princípios de Stuart Mill em face da censura prévia na reforma política no Brasil
Lenon Oliveira Horbach

6 ..... **111**
Direito ao voto dos condenados criminais: (re)pensando a suspensão automática do voto por condenação criminal
Alexandre Weihrauch Pedro

7 ..... **139**
Investigação da existência de lacunas legais na lei de agrotóxico à luz do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado
Larissa Milkiewicz

8 157
A educação para o consumo consciente à luz das diretrizes do art. 9.º da lei n. 12.305/2010 – uma contribuição à proteção do direito fundamental ao ambiente saudável
Adrielly Pinho dos Santos; Antônio Carlos Efing

9 187
Sustentabilidade como um direito fundamental
Alexandra Mattos Silva

Eixo 3
Direitos fundamentais e tributação

10 201
Perspectivas para hipótese de incidência tributária na economia digital: estudo de caso dos aplicativos de transportes
Alexander Pibernat Cunha Cardoso

11 225
Tributação e equidade: as teorias da justiça de Rawls, Nozick e Sen
Laura de Oliveira Mello Figueiredo

12..... 245
O desenvolvimento e a extrafiscalidade: uma análise do Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS
Lilian Ramos Jacob; Marciano Buffon

Eixo 4
Direitos fundamentais, jurisdição e processo

13..... 267
O limite do livre acesso ao poder judiciário a partir do uso racional da lide e o CPC/2015
Camila Victorazzi Martta; Mariana Bisol Grangeiro

Eixo 5
Direitos fundamentais, criminologia e direito penal

14 287
O direito fundamental social à segurança pública frente à criminalidade organizada
Sabrina Cunha Kesikowski; Vladimir Passos de Freitas

15..... 311
Movimentos sociais e parâmetros de controle: alternativas ao direito penal criminalizador
Aline Pires de Souza Machado de Castilhos; Roberta Eggert Poll

Eixo 6
Direitos fundamentais e a autodeterminação do indivíduo

16..... 333
Os direitos da personalidade e a possibilidade de renúncia aos direitos à integridade física
Danielle Antpack Bettim

17..... 359
A dignidade da pessoa humana: contradições da eutanásia
Maria Carolina Santini Pereira da Cunha

Eixo 7
Direitos fundamentais no direito estrangeiro e internacional

18 381
Engenharia constitucional e desafios interculturais: possibilidades a partir da experiência boliviana
Ricardo Silveira Castro

19..... 397
A proteção de gênero e o empoderamento feminino segundo a ONU: uma breve análise sobre a evolução dos objetivos de desenvolvimento sustentável em relação aos objetivos de desenvolvimento do milênio
Gabriela Ferreira Dutra; Liziane da Silva Rodríguez

Eixo 8
Fundamentos teórico-filosóficos dos direitos fundamentais

20.....419
Direitos fundamentais e sua abordagem constitucional como regras ou princípios
Cíntia Schurmann; Patrícia Pasqualini Philippi

Prefácio

Ingo Wolfgang Sarlet[1]

A obra que tenho a honra e o privilégio de coordenar e prefaciar destaca-se por várias razões dentre a constelação de coletâneas por mim prefaciadas. Com efeito, cuida-se da reunião e sistematização de trabalhos resultantes das comunicações científicas realizadas por discentes de Mestrado e Doutorado, assim como alunos bolsistas de Iniciação Científica, por ocasião do XIV Seminário Internacional de Direitos Fundamentais realizado de 30 de outubro a 1º de novembro de 2017, evento do qual tive, mais uma vez, a oportunidade de coordenar cientificamente, contando com uma equipe de ponta de colegas professores e discentes nas comissões científica, organizadora e executiva, cujos nomes se encontram devidamente consignados no Comitê Específico da Obra.

Na edição de 2017, à qual corresponde o presente livro, o Seminário Internacional de Direitos Fundamentais, cujos painéis e conferências ministradas novamente se destacaram pela riqueza e qualidade dos temas e do conteúdo das falas, ademais da incontestável qualidade acadêmica dos convidados nacionais e estrangeiros.

Assim, nada melhor – para que o nosso leitor tenha uma noção fidedigna da magnitude do evento – do que listar os temas das conferências e os nomes dos palestrantes.

---

[1] Professor Titular e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da PUCRS

A proteção dos Direitos Fundamentais pela Justiça Constitucional na Franca	*O fenômeno do Tribunal Constitucional da Alemanha*	*Justiça, liberdade e Moralidade na Era da Biotecnociência*
Prof. Dr. Alexandre Viala (Montpellier)	Prof. Dr. Matthias Jestaedt (Freiburg)	Profª. Drª. Elda Bussinger (FDV)
A proteção dos direitos das minorias: entre o controle de convencionalidade e a margem de apreciação	*Os desafios dos direitos fundamentais do constitucionalismo brasileiro contemporâneo*	*Direitos Humanos e Bioética – algumas aproximações e desafios*
Profª. Drª. Ana Maria D'Ávila Lopes (UNIFOR)	Prof. Dr. Ingo Sarlet (PUCRS)	Profª. Drª. Gabrielle Bezerra Sales (UNIRITTER)
A proteção dos Direitos Constitucionais no Peru	*Constituição e Ciência*	*A liberdade acadêmica em disputa*
Prof. Dr. Cesar Landa (PUC/LIMA – PERU)	Prof. Dr. Wilson Steinmetz (UCS e UNOESC)	Profª. Drª. Maria Fernanda Salcedo Repolês (UFMG)

Tal nominata e temário, dão sequencia à tradição de excelência do Seminário ao longo de sua trajetória desde a primeira edição. Apenas para ilustrar com os convidados estrangeiros dos seminários anteriores, seguem alguns nomes – a lista não é completa – que deixaram sua marca indelével para o histórico do evento: Peter Häberle (Bayreuth, Alemanha), Dieter Grimm (Berlim, Alemanha/Yale, EUA), Winfried Brugger (Heidelberg, Alemanha), Stephan Kirste (Salzburg, Àustria), Miguel Carbonell (México), Rodrigo Uprimny (Colômbia), Rodolfo Arango (Colômbia), Jónatas Machado (Coimbra, Portugal), Paulo Mota Pinto (Coimbra, Portugal), José Joaquim Gomes Canotilho (Coimbra, Portugal), José Carlos Vieira de Andrade (Coimbra,

Portugal), Mark Tushnet (Harvard, EUA), Frank Michelman (Harvard, EUA), James Salzman (Duke University, EUA), Daniel Farber (Berkeley, EUA), Ockert Dupper (Stellenbosh-África do Sul e OIT, Genebra), Marius Olivier (Austrália e África do Sul), Avinash Govinda (Cidade do Cabo, África do Sul), Miguel Linera (Oviedo, Espanha), Francisco Balaguer Callejón (Granada, Espanha), Jose Maria Porras Ramirez (Granada, Espanha), Miguel Azpitarte (Granada, Espanha), Paolo Ridola (La Sapienza, Roma), Ângelo Schilacci (La Sapienza, Roma), Jörg Luther (Piemonte, Itália), Ulrich Becker (Instituto Max-Planck de Direito Social, Alemanha), Bernd Baron von Maydell (Instituto Max-Planck de Direito Social, Alemanha), Bernd Schulte (Instituto Max-Planck de Direito Social, Alemanha), Alexander Graser (Regensburg, Alemanha), Jeff van Langendonk (Leuwen, Bélgica), Christian Starck (Göttingen, Alemanha).

Voltando-nos agora novamente para a presente obra coletiva, o que aqui se sublinha que ela não inclui os textos das conferências ministradas pelos conferencistas convidados, mas sim, dedica-se a acolher e dar voz e espaço para os discentes de Mestrado e Doutorado, assim como bolsistas de Iniciação Científica, que participaram das sessões destinadas às comunicações científicas.

Já a riqueza do temário (que se evidencia mediante simples leitura do sumário da obra) e a aderência aos temas da programação do Seminário, ademais de terem sido todos os trabalhos defendidos perante banca de avaliação integrada por docentes da PUCRS e convidados externos (maioria) revela a seriedade da proposta. A qualidade, considerando tratar-se de produção discente, também surpreende positivamente, revelando uma capacidade efetiva de contribuir para o diálogo acadêmico sobre os temas versados.

Assim, reitero a minha alegria em poder agora prefaciar esta obra, com a esperança de que seja bem acolhida e difundida, bem como aproveito para manifestar publicamente minha gratidão a todos os que deram o seu contributo para o sucesso do XIV Seminário Internacional de Direitos Fundamentais.

Porto Alegre, 07.09.18

Eixo 1

Direito, ciência, tecnologia e inovação

1

Terapia gênica em células germinativas embrionárias e o direito de autodeterminação do embrião

Caroline Janaina Mendes[1]
Jussara Maria Leal de Meirelles[2]

1 Introdução

O iminente desenvolvimento da Medicina e da Biologia trouxeram avanços inimagináveis à saúde humana e ao desenvolvimento da espécie humana sobre a terra, principalmente no que tange ao desenvolvimento das chamadas biotecnologias. Estas revolucionaram e ainda revolucionam o modo como ocorrem os avanços na Engenharia Genética Humana e na Reprodução Humana Assistida.

[1] Aluna do programa de Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) na cidade de Curitiba, Estado do Paraná, Brasil. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito das Relações de Consumo e Sociedades Tecnológicas da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) em 2014; Advogada; Endereço eletrônico: caroline.jmendes@hotmail.com. Trabalho desenvolvido sob a orientação da Professora Doutora Jussara Maria Leal de Meirelles

[2] Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1983), com Mestrado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (1993), Doutorado em direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (1999) e Pós-Doutorado no Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra (2008). Professora Titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, integrante dos Programas de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental (Mestrado e Doutorado) e em Bioética (Mestrado), da mesma instituição.

Diante deste cenário, muitos questionamentos surgem frente ao Direito, visto os diversos efeitos e possibilidades que as técnicas desenvolvidas pela Biotecnologia podem gerar para as futuras gerações, visto que algumas destas técnicas, se liberadas para aplicação, podem gerar repercussões irreversíveis ao futuro do homem, pois, se de um lado trazem consigo diversos benefícios, do outro, são técnicas que não se detêm apenas a pessoa que se submete ao tratamento, mas sim a toda sua descendência.

Como exemplo destas técnicas é possível citar a Terapia Gênica de Células Germinativas Embrionárias, qual seja uma técnica de manipulação genética em embriões, desenvolvida pela Genética Médica e que poderá ser aplicada nos casos de Reprodução Assistida (RA), por meio da qual será possível proceder com a terapia de doenças genéticas hereditárias em células embrionárias, antes da implantação do embrião no útero materno, no intuito de tratar estas doenças para que aquele embrião se torne um "embrião saudável" (AZEVÊDO, 1997).

O desenvolvimento desta técnica permitirá ainda, não somente a cura de doenças genéticas, mas também a manipulação genética para o melhoramento de outras características, como a capacidade física ou cognitiva de um embrião, podendo haver assim, o desenvolvimento das chamadas "crianças projetadas" (SANDEL; MESQUITA, 2013, p.19-21).

Trata-se, portanto, o presente trabalho, da análise do direito de autodeterminação do embrião, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e início da personalidade jurídica da pessoa humana, no sentido de verificar se os genitores deste embrião teriam o direito de decidir por ele as qualidades físicas, psicológicas e/ou emocionais que o mesmo possuirá em sua fase adulta, bem como seus descendentes.

Para tanto, o trabalho foi organizado em dois itens, tendo início com a análise das possibilidades de utilização da técnica de Terapia Gênica e na sequência, é abordada as principais discussões acerca do

início da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, bem como é realizada uma análise da proteção constitucional da vida humana e do direito de autodeterminação do embrião.

Para isso, foi utilizado o método de abordagem científica dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, com a análise de livros, artigos científicos, teses e dissertações sobre o assunto.

Feitas tais considerações, passa-se a discorrer sobre o tema proposto.

2 A terapia gênica

As primeiras especulações acerca da possibilidade de cura de doenças genéticas a partir da transferência de genes ocorreram em 1960 (LINDEN, 2010, p.32), possuindo como objetivo primordial o tratamento de doenças por meio da manipulação genética de células humanas.

A Terapia Gênica consiste na transferência de genes funcionais em células que possuem algum gene com defeito, ou seja, é um processo no qual se retira o gene responsável por alguma doença e se coloca em seu lugar um gene saudável (AZEVÊDO, 1997). A possibilidade de cura de determinada doença se dá visto a capacidade que cada gene possui de carregar em si uma sequência específica de DNA (ácido desoxirribonucleico) que contém um código, uma instrução para produzir uma proteína que desempenha uma função específica no corpo humano (INSTITUTO ONCOGUIA, 2017). Conforme expõe Eliane S. Azevêdo (1997), a "terapia gênica é o uso de genes ao invés de drogas para o tratamento de doenças".

Esta técnica de terapia genética apresenta-se em duas modalidades, quais sejam a Terapia Gênica em Células Somáticas e a Terapia Gênica em Células Germinativas. A primeira trata de intervenções em células somáticas do corpo humano, ou seja, em qualquer célula do organismo, com exceção das células germinais (PAULA, 2007, p.124) que originam os gametas masculinos e

femininos. Conforme explica Mara Regina Trippo Kimura (2016, p.60) "as células somáticas humanas são formadas por 23 (vinte e três) pares de cromossomos haplóides (46 [quarenta e seis] cromossomos diplóides). São diferenciadas para uma função, por exemplo, cardíaca, hepática, muscular ou nervosa, mas não têm potencialidade natural para gerarem outro ser".

A Terapia Gênica em Células Somáticas busca a cura ou a prevenção de alguma disfunção genética hereditária ou adquirida (PAULA, 2007, p.124) e por este tratamento não interferir nas células germinais, os seus efeitos se detêm apenas a pessoa que se submeteu ao tratamento, não sendo transmitidos a sua descendência.

A segunda modalidade de terapia genética, diz respeito à Terapia Gênica em Células Germinativas, esta possui como objetivo a manipulação de células germinais, aquelas que originam os gametas femininos e masculinos (espermatozoide e óvulos) (PAULA, 2007, p.124) e algumas células das primeiras fases do desenvolvimento embrionário, antes de qualquer diferenciação (KIMURA, 2016, p. 61).

No que concerne a Terapia Gênica em Células Germinativas nas primeiras fases do desenvolvimento embrionário, antes de qualquer diferenciação, explica Elias Figueroa Berneira e Guilherme Soares Schulz de Carvalho (2009):

> a TGCG se baseia na alteração genética de um embrião, seja na fase de pré-implantação, quando o zigoto apresenta uma quantidade reduzida de células, ou antes da fertilização, nos próprios gametas ou linhagens celulares que os originam. Assim, percebe-se que a técnica muda, em definitivo, o genoma do indivíduo e seus possíveis descendentes antes mesmo do seu nascimento.

Diferentemente da Terapia Gênica em Células Somáticas, a Terapia Gênica em Células Germinativas é reconhecida como uma terapia em que seus efeitos não se detêm apenas a pessoa que se submeteu ao tratamento, se concebe como uma terapia de grande grau de transmissibilidade de alterações para as futuras gerações (KIMURA, 2016, p. 62) e é nesta seara que ocorrem as grandes

discussões éticas, bioéticas e jurídicas acerca deste tratamento, conforme expõe Eliane S. Azevêdo (1997):

> do ponto de vista ético, não existem diferenças entre a terapia gênica de células germinativas (TGCG) realizada na fase de pré-implantação, quando o zigoto apresenta apenas algumas células, ou antes da fertilização, isto é, nos próprios gametas ou nas células que lhes dão origem. Qualquer dessas técnicas tem o objetivo de mudar, em definitivo, o genoma da pessoa e descendentes, antes do nascimento. Esta mudança definitiva do genoma não é apenas um ato de experimentação científica para avanço do conhecimento da biologia humana, mas também um ato de manipulação da constituição biológica da humanidade.

Importante se faz ressaltar que apesar de a Terapia Gênica em Células Germinativas vislumbrar oportunidades incomparáveis e revolucionárias à ciência e a sociedade, esta é uma técnica em fase de desenvolvimento e de experimentação, não sendo ainda permitida a sua aplicação no Brasil e em grade parte do mundo, tendo em vista a inexatidão na aplicação da técnica, conforme ressalta Rafael Linden (2010, p.39-40):

> as terapias gênicas são procedimentos novos que ainda se encontram em fase experimental. O conhecimento básico vem sendo adquirido em laboratórios de pesquisa fundamental por meio de testes em modelos experimentais e ensaios pré-clínicos. Esses estudos validam o potencial de eficácia de uma estratégia terapêutica, bem como permitem detectar potenciais riscos a seres humanos, antecipando modificações dos vetores e outros componentes da estratégia terapêutica que aumentem a segurança para uso humano.

Contudo, o alcance e o aprimoramento desta técnica é a grande tendência da Biotecnologia e da Genética Humana, visto que o seu desenvolvimento permitirá não somente a cura de doenças genéticas, mas também a manipulação genética para o melhoramento de outras características, como as características físicas ou cognitivas de um embrião.

Conforme expõe William Gardner (1995, p.65-84) o desenvolvimento da Engenharia Genética pode fornecer não somente o tratamento ou a prevenção de uma doença, mas meios para que um pai escolha as características que deseja em uma criança, expõe ainda que a possibilidade de melhoramento genético possuirá grande demanda, pois, pais competem para terem crianças mais capazes e nações competem para acumular capital humano que se reflete em trabalhadores qualificados.

A partir desta mesma reflexão, Michael J. Sandel (2013, p.19) explica que as descobertas genéticas apresentam promessas e dilemas. Promessas no sentido de que com o desenvolvimento da Terapia Gênica será possível o tratamento e a prevenção de doenças e dilemas no sentido de que o conhecimento genético permitirá a "manipulação da nossa própria natureza – para melhorar nossos músculos, nossa memória e nosso humor; para escolher o sexo, a altura e outras características genéticas de nossos filhos; para melhorar nossas capacidades físicas e cognitivas; para nos tornar "melhores que encomenda".

E neste mesmo sentido, Sandel (2013, p.20) expõe que ao escolher as características genéticas de uma criança, os pais estariam confinando seus filhos a um futuro pré-determinado por eles, Sandel (2013, p.20) afirma, assim, que "crianças projetadas" não são inteiramente livres, até mesmo os melhoramentos genéticos desejáveis (talento musical ou aptidão para esportes) conduziriam a criança a essa ou àquela escolha de vida, ferindo sua autonomia e violando seu direito à escolha de um projeto de vida".

3 Direito de autodeterminação do embrião frente a técnica de terapia gênica em células germinativas embrionárias

O desenvolvimento de novas biotecnologias aplicadas à Engenharia Genética e à Reprodução Assistida revolucionam cada vez mais o modo de nascimento, de vida e de morte do ser humano sobre a terra. E a busca pela aplicação com exatidão técnica da

Terapia Gênica em Células Germinativas Embrionárias se torna neste contexto, uma corrida contra o tempo. Países e pesquisadores se debruçam sobre estes estudos e pesquisas, tentando entender e adquirir confiabilidade na aplicação desta técnica.

Diante deste cenário, muitos questionamentos surgem e se colocam frente ao Direito, visto que o aprimoramento desta técnica não possibilitará apenas a cura de doenças hereditárias ou adquiridas, mas também o melhoramento genético da espécie humana, podendo haver o desenvolvimento das chamadas "crianças projetadas" (SANDEL; MESQUITA, 2013, p.20).

Neste contexto, a principal discussão que é posta, concerne ao direito de autodeterminação do embrião que será submetido à técnica de Terapia Gênica em Células Germinativas Embrionárias, no sentido de verificar se os genitores deste embrião teriam o direito de decidir por ele as qualidades físicas, psicológicas e/ou emocionais que o mesmo possuirá em sua fase adulta.

Neste sentido, Charles Feldhaus (2005, p.310) ao comentar a obra "O Futuro da Natureza Humana" de Jurgen Habermas expõe que a programação genética interfere na autocompreensão do individuo programado, de tal modo que este não consegue se ver como autor do seu próprio projeto de vida, mas sim como um protagonista de um projeto de vida limitado por preferência subjetivas de terceiros, no caso da Terapia Gênica em Células Germinativas Embrionárias, um projeto de vida limitado por preferência subjetivas de seus pais.

3.1 Análise das teorias acerca do início da personalidade jurídica

Para que se torne possível à análise acerca do direito de autodeterminação do embrião, necessário se faz entender quando se dá o início da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, personalidade jurídica se consubstancia como sendo a aptidão de titularizar direitos e contrair obrigações, sendo atributo necessário e indispensável para que uma pessoa possa se tornar sujeito de direito (GAGLIANO; FILHO, 2011, p.124).

Diferentes doutrinas debatem acerca do momento em que se inicia a personalidade jurídica do nascituro (embrião que está sendo gerado no ventre materno), ou seja, em qual momento é possível atribuir a esse a categoria de sujeito de direito, categoria esta que lhe atribui proteção quanto aos seus direitos de personalidade como o direito a nascer, a preservação da sua integridade física, de não ser manipulado geneticamente e a receber os cuidados próprios da sua condição (MADALENO, 2008, p.5-21). Importante se faz ressaltar que o nascituro possui apenas a capacidade de direito, mas não de exercício de direito, ou seja, uma personalidade jurídica formal (MADALENO, 2008, p.5-21).

Dentre as várias teorias existentes, as principais delas são a Teoria Natalista, a Teoria da Personalidade Condicional e a Teoria Concepcionista. A primeira teoria se consubstancia como sendo a teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro de 2002, que expõe que a personalidade jurídica somente é adquirida a partir do nascimento com vida, neste sentido, o nascituro possui apenas uma expectativa de direito desde a sua concepção, sendo, o nascer com vida, condição indispensável para que haja a obtenção plena da personalidade jurídica. Fato este que não exclui desta vida intrauterina a proteção aos direitos inerentes da sua personalidade, como o direito de nascer com vida, de não ser manipulado geneticamente e entre outros (MADALENO, 2008, p.5-21).

Deste modo, a Teoria Natalista entende que o embrião não possui proteção jurídica até a sua implantação no corpo de uma mulher, visto que o embrião não poderia ser considerado nascituro, pois não é dotado de vida intrauterina (GAGLIANO; FILHO, 2011).

Em contrapartida, para a Teoria da Personalidade Condicional o nascituro é considerado pessoa, possuindo personalidade jurídica ressalvada desde o momento da sua

concepção (GAGLIANO; FILHO, 2011, p.124). Personalidade esta condicionada a um acontecimento futuro e certo que é o nascer com vida (GAGLIANO; FILHO, 2011, p.124).

Por fim, a Teoria Concepcionista defende que a personalidade jurídica do embrião começa desde a sua concepção, independente do nascimento com vida (CHINELLATO, 2007, p. 79-129). Defende-se neste sentido, que é no momento da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, no momento da concepção, que se inicia a vida. Para esta teoria não poderá haver submissão de embriões a pesquisa ou a técnicas de manipulação genética ainda que estes se encontrem *"in vitro"*, em laboratório, pois, ali já se encontra vida, já existe uma pessoa em potencial, visto que já ocorreu o momento da concepção (SILVA, 2013).

Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p.138) expõe acerca do assunto:

> [...] o que a teoria assegura é que, desde o momento da concepção, encontram-se no genoma do ser que se forma as condições necessárias para o seu completo desenvolvimento biológico. Ainda que insuficientes tais condições são necessárias, o que vem a significar que desde a concepção existe a potencialidade e a virtualidade de uma pessoa.

Jussara Meirelles (2003, p. 83-95) expõe ainda, que não há como negar a natureza humana do embrião, sendo esta constatação por si só suficiente, visto a grande semelhança existente entre ele, o nascituro e a pessoa humana, explica ainda:

> o juízo de existência e de valor do ser humano e de sua necessária proteção não se limita ao estatuto jurídico da pessoa. E sob o enfoque da valoração do ser humano em qualquer fase de seu ciclo vital, o que informa a semelhança entre os seres nascidos e aqueles concebidos e mantidos em laboratório é a sua natureza comum e o que representam axiologicamente, e não a maior ou menor possibilidade de se adequarem à categoria abstrata da personalidade jurídica (MEIRELLES 2003, p.92).

Neste mesmo sentido, Jussara Meirelles (2003, p.92) comenta acerca da importância de pôr-se em relevo a semelhança entre o embrião e a pessoa humana nascida, quando se discute acerca da personalidade jurídica desse, vez que não há como negar a natureza humana do mesmo. Pois, conforme afirma a autora, é inegável a similitude originária dos seres humanos nascidos, sendo possível afirmar que todos os seres humanos já foram embriões no início do seu desenvolvimento. Seguindo este raciocínio, portanto, todos os embriões em laboratório poderão ser os seres humanos que nascerão no futuro.

3.2 Proteção constitucional da vida humana

Muito se discute acerca da titularidade dos direitos fundamentais pelos embriões humanos, aqueles, portanto, com vida extrauterina, visto as inúmeras discussões acerca de qual o momento exato em que a vida se inicia e a falta de uma doutrina conclusiva acerca do tema (SARLET, 2012, p.220). Pietro de Jesús Lora Alarcon (2004, p. 203) expõe acerca do assunto:

> o tema comporta controvérsia, mas nos parece que a sistematicidade do texto constitucional resolve o problema das opções, ajudando a desvendar uma escolha pela proteção da vida humana a partir da concepção do ser.

Pietro Alarcón (2004, p.181) ressalta ainda, que o direito à vida consagrado no artigo 5º da Constituição Federal do Brasil, deve sempre ser entendido em toda sua plenitude e magnitude, expõe que as descobertas biomédicas, as manipulações genéticas, não degradam o sistema imposto pela Constituição.

Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p.221) explica acerca do debate do início da proteção da vida humana, que "resulta evidente que não se pode reconhecer, simultaneamente, o direito à vida como algo

intrínseco ao ser humano e não dispensar a todos os seres humanos igual proteção, numa nítida menção à humanidade do embrião (...)".

Nesta mesma perspectiva, expõe Jussara Maria Leal de Meirelles (2003, p.93) que o texto constitucional em seu artigo 5º da Constituição Federal do Brasil, garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil a inviolabilidade ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, consagrando-se deste modo, no texto constitucional "os valores fundamentais a legitimar a ordem jurídica, da qual a pessoa humana é referencial basilar" (MEIRELLES, 2003, p.93). A autora explica, portanto, que levando-se em consideração que os embriões com vida extrauterina podem representar as gerações futuras, e que sob a ótica oposta os seres humanos já nascidos também já foram embriões na sua etapa inicial de desenvolvimento, ambos podem ser considerados como pertencentes a mesma natureza das pessoas humanas nascidas, sendo pela via da similitude, perfeitamente cabível a aplicação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e a proteção ao direito à vida. Afirma a autora, que é inadmissível dissociá-los desses direitos "que são os fundamentos basilares de amparo aos indivíduos nascidos, seus semelhantes"(MEIRELLES, 2003, p.93).

A partir deste mesmo entendimento, com fundamento no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana consagrado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal do Brasil, Selma Rodrigues Petterle (2007,p.109) afirma ser possível o reconhecimento ao embrião humano de sua dignidade, tendo em vista a posição adotada pela doutrina concepcionista, visto que no que se refere ao direito à vida, o Estado tem o dever de proteção da dignidade da pessoa humana, direito esse, protegido pelo ordenamento jurídico desde a concepção.

3.3 Direito de autodeterminação do embrião

A autodeterminação pode ser conceituada conforme explica Luís Roberto Barroso (2012.p.81) como sendo aquela em que uma

pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida, sendo a autonomia elemento ético da dignidade humana, estando subjacente a um conjunto de direitos fundamentais. Pois, explica o autor, que a autonomia é o fundamento do livre arbítrio, o que permite cada pessoa buscar da sua maneira o melhor modo de se viver, de acordo com o seu livre exercício de vontade, segundo seus próprios valores, interesses e desejos.

Deste modo, importante se faz a análise de que a autodeterminação se constitui como elemento ético da dignidade humana (BARROSO, 2012, p.81), princípio constitucional que consagra em seu bojo a proteção aos embriões humanos, visto que a possibilidade de aplicação da Terapia Gênica em Células Germinativas Embrionárias para além da cura de doenças hereditárias, com a intenção da escolha de qualidades físicas, psicológicas e/ou emocionais do embrião, vai além da perspectiva de um possível melhoramento humano, promoveria um afronto ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e um consequente enfraquecimento da autonomia do embrião que será submetido a esta técnica, conforme expõe Agnor Sganzerla, Fernanda Schaefer Rivabem e Jussara Maria Leal de Meirelles (2017.p.123):

> embora muitos afirmem que projetar os filhos para o sucesso por meio da bioengenharia corresponde a um exercício de liberdade, visto que se vive em uma sociedade competitiva, o que justificaria a corrida dos clientes no supermercado genético, pretender modificar a natureza humana para melhor adaptação no mundo, é na verdade uma forma de enfraquecimento da autonomia.

Roberto Barroso (2012, p. 82) expõe que a autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida nem por interferência estatal, nem por interferência social, visto que esta abrange decisões pessoais básicas, como escolhas relacionadas à religião, relacionamentos pessoais, profissão e concepções políticas.

Portanto, a autodeterminação corresponde à capacidade, a autonomia de uma pessoa em tomar decisões e de fazer escolhas

pessoais ao longo da vida baseadas na sua própria concepção (BARROSO, 2012, p.82), no seu objetivo de projeto de vida, sem influência de terceiros, sem a influência e predeterminação de um projeto de vida pessoal e/ou profissional limitado a preferências subjetivas de seus pais no momento da sua concepção.

Expõe Pietro de Jesús Lora Alarcon (2004,p.296) que o maior problema constitucional ocorre quando experimentações disfarçadas de benefício para humanidade ocorrem, pois, conforme explica o autor:

> [...] o genoma humano não é propriedade de cada membro da espécie, que pode modifica-lo segundo a sua vontade; tampouco pertence aos doadores de gametas, nem ao embrião que os mesmos argumentam representar; o genoma humano, como diz a Dra. Stella Mariz Matínez, é patrimônio de toda a humanidade, e é ela a quem se põe em risco quando se altera, ainda que com declarados fins terapêuticos.

E Jussara Meirelles (2004) acerca do assunto expõe:

> sem dúvida, o progresso da ciência busca um homem novo, sempre acima dos limites de ontem e, bem se sabe, hoje já obsoleto ao que se pretende para amanhã. Mas, as novidades cientificas, cada vez mais audaciosas, devem atender aos apelos de valor que a vida humana representa, para que não venham em detrimento da própria humanidade.

Tratar, portanto, do direito de autodeterminação de um embrião deve ser tratar de um direito existente, que é conforme Anor Sganzerla, Fernanda Schaefer Rivabem e Jussara Maria Leal de Meirelles (2017, p.119) ao citar Hans Jonas "o direito desses homens no futuro existirem de um modo valioso", o direito "de trazer ao mundo seres como nós, sem que estes tenham solicitado", com sua dignidade humana e sua autonomia plenamente respeitada.

4 Considerações finais

Nota-se que a técnica de Terapia Gênica em Células Germinativas Embrionárias se constituirá em uma revolução para a espécie humana, trazendo consigo possibilidades antes inimagináveis.

Ocorre que se por um lado esta técnica vislumbra inúmeras vantagens, por outro traz consigo diversas preocupações quanto a sua aplicação prática e as suas possibilidades de uso. A manipulação genética em embriões para o desenvolvimento das chamadas "crianças projetadas" (SANDEL; MESQUITA, 2013, p.19-21) causa grandes discussões no mundo jurídico e traz consigo a inevitável discussão acerca do direito da autoderminação deste embrião que passará pela técnica de manipulação genética.

Diversas são as teorias acerca do início da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro (MADALENO,2008, p.9), não havendo uma resposta pronta para a análise realizada no presente estudo. No entanto, a Constituição Federal, ao estabelecer a pessoa humana como seu referencial basilar, consagrando como fundamentais o direito à vida (MEIRELLES, 2004, p. 75) e a dignidade humana (JUNIOR; BRUGNARA,2017) demonstra ser admissível que os embriões humanos também sejam amparados pelos princípios e direitos constitucionais que resguardam a pessoa humana em sua vida e dignidade, visto que podem representar aqueles seres humanos que nascerão no futuro.

O direito de autodeterminação do embrião deve constituir-se em um direito que consagre a dignidade da pessoa humana. Necessário lembrar, nesse sentido, que a aplicação da Terapia Gênica em Células Germinativas Embrionárias, para além da cura de doenças hereditárias, se usada com a intenção de escolha de qualidades físicas, psicológicas e/ou emocionais do embrião, promove uma afronta à dignidade humana por consubstanciar um consequente enfraquecimento da autonomia do embrião submetido à técnica.

Referências

AZEVÊDO, Eliane S. Terapia Gênica. **Revista Bioética**, v.5, n.2. 1997. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/379>. Acesso em: 05 dez. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional brasileiro:** a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BERNEIRA, Elias Figueroa Rodrigues; CARVALHO, Guilherme Soares Schulz. A Terapia Gênica de Células Germinativas (tgcg) Frente ao Princípio da Dignidade Humana e os preceitos da Bioética. **Anais do Salão Internacional de Ensino, Pesquisa e Extensão**, 2009, v.1,n.1. Disponível em: <http://seer.unipampa.edu.br/index.php/siepe/article/view/5432>. Acesso em: 05 dez. 2017.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. A pessoa natural na quarta era dos direitos: o nascituro e o embrião pré-implantatório. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n. 32, p. 79-129, jan. 2007.

FELDHAUS, Charles. O futuro da natureza humana de Jurgen Habermas: um comentário. **Ethic@ Revista Internacional de Filosofia da Moral**. Santa Catarina, Florianópolis v.4, n. 3, p.309-319, Dez 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/viewFile/20241/18613>. Acesso em: 05 dez. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, Parte Geral. 13. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, v. I., 2011.

GARDNER, William. Can human genetic enhancement be prohibited? .**The Journal of Medicine and Philosophy**.1995, 65-84. Disponível em:<https://itp.nyu.edu/classes/germline-spring2013/files/2013/01/CAN-HUMAN-GENETIC-ENHANCEMENT-BE-PROHIBITED.pdf>.Acesso em: 05 dez. 2017.

INSTITUTO ONCOGUIA. **O que são genes?**. Disponível em: < http://www.oncoguia.org.br/conteudo/o-que-sao-genes/8159/73/ >. Acesso em: 05 dez. 2017.

JUNIOR, Eloy Pereira Lemos; BRUGNARA, Ana Flávia. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. n. 31. 2017. Disponível em: < http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/26639>. Acesso em: 03 out. 2017.

KIMURA, Mara Regina. **As técnicas biomédicas – a vida embrionária e o patrimônio genético humano – à luz da regra da proporcionalidade penal.** São Paulo, 2016.Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011586.pdf >. Acesso em: 05 dez. 2017.

LINDEN, Rafael. Terapia gênica: o que é, o que não é e o que será. **Estudos Avançados**. Universidade de São Paulo – Brasil. 2010, v.24, n.70, 2010. Disponível em:<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10492>. Acesso em: 05 dez. 2017.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição federal de 1988. São Paulo: Método, 2004.

MADALENO, Rolf. Da posse em nome do nascituro. Revista Brasileira de Direito Comparado, v. 10, n. 7, p. 5-21, dez. 2008.

MEIRELLES, Jussara Leal de. A vida humana embrionária e sua proteção jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Jussara Maria Leal. Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o novo código civil brasileiro e o texto constitucional. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal; BARRETTO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Novos temas de biodireito e bioética.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. Reprodução assistida e o novo código civil brasileiro. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal (Coord). **Estudos de Biodireito**. Curitiba: Genesis, 2004.

PAULA, Felipe de. Terapia gênica humana: o desafio do direito frente a parâmetros de tempo e risco. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, v.8, n.83, 2007. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/39/showToc**>. Acesso em: 05 dez. 2017.**

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental a identidade genética na Constituição brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANDEL, Michael J.; MESQUITA, Ana Carolina de Carvalho. **Contra a perfeição:** ética na era da engenharia genética. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SGANZERLA, Anor; RIVABEM, Fernanda Schaefer; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Direito à liberdade, à finitude e avanços biotecnológicos: vida humana autêntica ameaçada?. **Revista NUPEM.** Campo Mourão, v. 9, n. 18, p. 109-124, set./dez. 2017. Disponível em: <http://revistanupem.unespar.edu.br/index.php/nupem/issue/view/19>. Acesso em: 05 dez. 2017.

SILVA, Danúbia Cantier. A tutela jurídica do embrião implantado à luz da dignidade da pessoa humana. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. XVI, n. 111, abr. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13108>. Acesso em: 05 dez. 2017.

2

O anonimato no cybercrime e o direito à privacidade: um paradoxo

Maria Carolina Santini Pereira da Cunha[1]

1 Introdução

> As três grandes figuras do excesso pelas quais tentamos caracterizar a situação de supermodernidade (a superabundância factual, a superabundância espacial e a individualização das referências) permitem apreendê-la sem ignorar suas complexidades e contradições (...) (AUGÉ, 1994, p.41).

O ordenamento jurídico resguarda diversos direitos, entre eles o direito à privacidade, direito à intimidade. Deveria haver limitação do anonimato na rede, com o intuito de rastreamento de hackers, a fim de coibir os crimes virtuais? Sendo essa limitação da privacidade

[1] Laureada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Mestranda em Filosofia na PUC-RS, bolsista integral da CAPES. Orientador: Professor Doutor Nythamar de Oliveira. Pós-Graduanda em Direito Público na Universidade Cândido Mendes (UCAM-RJ). Advogada. Foi bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), orientanda do Professor Doutor Fabio Roberto D'Avila. Investigadora atuante nas áreas de: Direito Penal, Criminologia e Filosofia do Direito. Participante de diversos grupos de pesquisa. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Criminologia (GEPCrim), sob coordenação do Professor Doutor Álvaro Filipe Oxley da Rocha, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Criminologia (PPGCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Possui Curso de Argumentação Jurídica (2015); Curso Superior de Complementação de Estudos em Linguagem e Comunicação para a Área Jurídica (2013); Extensão Universitária em Filosofia e Direito (2013); Grupo de Estudos de Teoria Geral do Processo Civil (2013); Extensão Universitária em Violência: Aspectos Psicológicos, Biológicos e Sociais (2012). E-mail: maria.cunha.001@acad.pucrs.br

generalizada, até que ponto prejudicaria os direitos individuais? Nesse sentido, não sendo possível discriminar hackers de cidadãos comuns, a legislação do Estado de São Paulo optou por não manter o anonimato de todos usuários da internet. A segurança da informação, importante artefato na efetivação do direito à privacidade, foi posta em xeque em detrimento da quebra do sigilo para internautas.

O objetivo é verificar o impacto causado pelos *cybercrimes* no ordenamento jurídico, abordar os obstáculos decorrentes do anonimato de hackers, ou usuários ilícitos, causa facilitadora da ocorrência dos crimes cibernéticos. Para contê-los, exigem-se novos instrumentos legais, mais flexíveis e adaptados a essas tecnologias em constante avanço. Visa-se aprofundar a interação dos bem jurídicos protegidos constitucionalmente com essas novas tecnologias.

Outro importante aspecto a ser observado consiste na inovação tecnológica de a internet possibilitar ampla exposição dos indivíduos que desejam, simultaneamente, proteger dados pessoais e exibir-se, a fim de expandir a sua integração social, acarretando a mitigação de direitos à privacidade e à intimidade. Assim, os direitos de personalidade se renovam na discussão sobre a sociedade da informação. Analisa-se o direito à privacidade com o surgimento das tecnologias de informação e comunicação (TICs) – recursos criados por meio de computação para a produção, o armazenamento, a transmissão, o acesso, a segurança e o uso das informações – e o impacto sobre esses direitos. Como fundamento empírico, apresentam-se jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça com os temas: interesse público, privacidade e imagem de membros do Poder Judiciário que são investigados em procedimento disciplinar.

2 Privacidade: noções e âmbito de proteção

> Só que esse indivíduo não é qualquer um: ele se identifica com a sociedade da qual ele não passa de uma expressão (...) sob certos aspectos e em certos contextos, cultura e individualidade possam definir-se como expressões recíprocas (...) (Marc Augé, 1994, p.25).

A palavra privacidade deriva do latim *privates,* cujo significado é aquilo que está separado do resto, representa um isolamento em relação aos demais (GRISOTO; SANT'ANA; SEGUNDO, 2015, p.168). O emprego desse termo se origina na esfera privada e doméstica do indivíduo, como direito utilizado por celebridades; posteriormente, assumiu caráter coletivo (DONEDA, 2010, p.188). Desse modo, a privacidade está atrelada ao direito de o indivíduo manter-se afastado do mundo exterior, sendo um direito de obstar a intromissão de terceiros (VIEIRA, 2007, p.23). Assim, classificado como um direito de primeira dimensão, privacidade é o direito de estar só. Com a evolução da sociedade, criam-se legislações para garantir direitos de acesso às informações e, ao mesmo tempo, proteção a informações de cunho pessoal.

A Declaração dos Direitos do Homem, em 1948, reconheceu a privacidade como direito autônomo (BOGOTÁ, 1948): Art. 5º: "toda pessoa tem direito à proteção da lei contra-ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar". O Código Civil brasileiro, na parte geral, estabelece em seu Livro I os Direitos da Pessoa Natural, entre eles, nos Direitos de Personalidade, o direito à privacidade. Disciplina o artigo 21 do CC sobre a vida privada: "Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma."

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê, em seu art.5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da imagem das pessoas; dispõe, no art.5º, inciso XII, sobre a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas; garante a todos o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse geral. O Direito à privacidade contrapõe-se a outros, principalmente aos de informação, liberdade de expressão, liberdade de pensamento e de cultura. Ao mesmo tempo em que privacidade se associa ao direito de imagem, interliga-se

com a intimidade. Expostos na Declaração de Direitos Humanos e na Constituição Federal, a privacidade e a intimidade são direitos fundamentais, observados o sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, conforme estabelecido no art.5º, inciso XXXIII. A privacidade, caracterizada como informacional ou autodeterminação informativa – a proteção de dados –, depende de ação positiva estatal, como a implementação de medidas legislativas para caracterizar esse direito fundamental (VIEIRA, 2007, p.274-276).

Observa Westin (1970, p.7 apud GRISOTO et al, 2015) que a discussão em relação a privacidade sobreveio intensificada nas redes sociais, que o anseio do indivíduo por privacidade nunca é pleno, porque a atuação em grupo é outrossim importante. Então, o ser humano está continuamente envolvido em um sistema pessoal de compensação entre os desejos de privacidade e de exposição e comunicação, devido a "condições do ambiente e de normas sociais na sociedade em que vive. O indivíduo o faz em face das pressões da curiosidade dos outros e dos processos de vigilância que toda sociedade necessita para a implementação de suas normas sociais." As tecnologias desenvolvidas para comunicação para a construção de conhecimento geram um número crescente de informações (GRISOTO; SANT'ANA; GONÇALVES; SEGUNDO, 2015, p.172).

Doneda (2010, p.184) considera que o homem "delimita seu universo a partir das informações que recebe. Suas ações podem ser determinadas pelas informações que obtém, bem como pelo uso que delas faz." Em contrapartida, também produz informações, as quais podem influenciar os outros, "modelando a impressão e a concepção que outras pessoas tenham sobre cada um de nós".

Sarlet (2015) questiona o limite para uma possibilidade de "intervenção no ambiente virtual, especialmente para efeito de se excluir acessos dos motores de busca ou mesmo chancelar a exclusão de dados de páginas on-line, mas também a veiculação de informações por outros meios", o que demandaria "extrema cautela e criteriosa avaliação, devendo, pelo menos como regra, prevalecer a liberdade de informação e o direito de acesso à informação".

A seguir, traz-se a orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior de Justiça a respeito da privacidade, direito de imagem em confronto com o direito à informação, e cabimento de indenização por dano moral ao divulgar a investigação de Membros do Poder Judiciário, se a exposição caracterizaria excesso pela Lei da Magistratura.

Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial[2] é compatível com os princípios da

[2] CIVIL E PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MAGISTRADO EM FACE DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO ESTADO FEDERADO. ENTREVISTA. INVESTIGAÇÃO POR SUPOSTA VENDA DE SENTENÇAS. JOGOS DO BICHO E CAÇA-NÍQUEIS. VIOLAÇÃO DO ART. 535. ALEGAÇÃO GENÉRICA. CERCEAMENTO DE DEFESA. SÚMULA 7/STJ. MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. NÃO-INCIDÊNCIA. ILICITUDE DA CONDUTA. AUSÊNCIA. DIREITO À INFORMAÇÃO. INTERESSE PÚBLICO PRESENTE. INEXISTÊNCIA DE EXCESSO. DANO MORAL DESCARACTERIZADO.

1. De acordo com a nova redação do art. 530 do CPC, os embargos infringentes não são admissíveis quando há dupla sucumbência. Nesse contexto, o fato de o voto vencido ter se manifestado pela improcedência da demanda não autoriza o manejo dos embargos infringentes, porquanto o juízo de procedência foi duplamente confirmado em primeiro e segundo graus, alterando-se apenas o quantitativo da indenização. Logo, é inaplicável o óbice da Súmula 207/STJ. Precedentes.

2. Havendo litisconsortes com procuradores diferentes, tendo ambos interesse recursal, aplica-se a regra do art. 191 do CPC, conferindo-se prazo em dobro para o apelo. Assim, como a publicação do acórdão ocorreu em 25.08.11, é tempestivo o recurso do particular que foi protocolizado em 22.09.11.

3. Admite-se, no âmbito do recurso especial, o prequestionamento implícito da matéria, não sendo necessário que o Tribunal a quo faça menção expressa aos dispositivos de lei indicados pelo recorrente, bastando que realize juízo de valor sobre o conteúdo normativo dos preceitos legais suscitados no apelo, como ocorreu in casu.

4. A falta de comprovação do dissídio pretoriano não impede o conhecimento do recurso manejado pela alínea "a" do permissivo constitucional, já que se trata de hipótese de cabimento autônoma e, portanto, independente das demais contidas no art. 105, III, da CF/88.

5. Não se conhece da suscitada contrariedade ao art. 535, II, do CPC, quando o recorrente vale-se de alegações genéricas de que não foram examinados todos os pontos necessários à solução da lide.

Incidência da Súmula 284/STF.

6. De acordo com a jurisprudência do STJ, é cabível o indeferimento da produção de prova testemunhal em hipótese na qual a demanda já se encontra suficientemente instruída - como consignou o aresto recorrido -, de sorte que a alteração desse entendimento esbarra no óbice contido na Súmula 7/STJ.

7. Não são protelatórios os primeiros embargos de declaração opostos com o objetivo de prequestionar a matéria para submetê-la à instância extraordinária, o que afasta a incidência da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC.

8. Não se aplica a vedação contida na Súmula 7/STJ quando a análise das razões recursais é realizada com base nas premissas fáticas descritas pela Corte de origem, assim como nos fatos incontroversos mencionados na inicial. Precedentes.

publicidade e da transparência dos atos públicos, garantir a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações, considerando o artigo 3º da Lei 12.527/2011, que regulou os artigos 5º, XXXIII, 37, § 3º, II, e 216, § 2º, estabelecendo a publicidade. Assim, o STJ considera incabível indenização por dano moral por menção de nome de magistrado em entrevista dada por membro do Ministério Público relatando *notitia criminis* acerca de suposto ato criminoso cometido por juiz, sob argumento de que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), a qual garantiria ao magistrado o processamento sigiloso das acusações. Por outro lado, em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança[3], o Tribunal

9. Dentre os direitos inerentes à personalidade, encontra-se a proteção ao patrimônio imaterial do indivíduo, o que gera para o transgressor, dentre outras cominações, o dever de indenizar a vítima, a fim de compensá-la pelo sofrimento desnecessariamente causado. Todavia, esse direito não possui caráter absoluto, devendo ser compatibilizado com outros valores igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico, a exemplo do direito à informação. Tratando-se de suposto ato de corrupção praticado por autoridade pública, essa intangibilidade da esfera individual ainda sofre temperamentos em face do interesse coletivo existente e da repercussão da conduta praticada sobre o patrimônio público.

10. A mera concessão de entrevista por membro do Ministério Público relatando a existência de acusações contra magistrado supostamente envolvido em esquema de venda de sentenças e informando a população acerca das providências a serem tomadas pelo Parquet, ainda que a manifestação contenha preliminar juízo de valor acerca dos fatos, não configura ato ilícito capaz de ensejar indenização por danos morais, quando ausente manifesto excesso ou inequívoco animus de desmoralizar a pessoa investigada, mormente nos casos em que a suposta vítima já está sendo alvo de denúncias sérias de natureza congênere.

11. Recursos especiais providos. (REsp 1314163/GO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 04/02/2013)

[3] PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INSTAURAÇÃO. NULIDADE. PRECLUSÃO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. INTIMAÇÃO. OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADA. SESSÃO RESERVADA. FUNDAMENTAÇÃO DOS VOTOS. JULGAMENTO VÁLIDO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Em sede de mandado de segurança que impugna fatos apurados em processo administrativo, a competência do Poder Judiciário cinge-se ao exame da "legalidade do ato coator, dos possíveis vícios de caráter formal ou dos que atentem contra os postulados constitucionais da ampla defesa e do due process of law" (MS 24803/DF - STF).

2. É vedada a nova apreciação sobre a nulidade da sessão de instauração do Processo Administrativo Disciplinar - PAD, em virtude do reconhecimento da decadência do mandamus por esta egrégia Turma em 19.2.2002. Ocorrência da preclusão (473, CPC).

3. Constitui pressuposto do direito à ampla defesa do acusado a possibilidade de comparecer à sessão de julgamento, pessoalmente ou por meio de procurador habilitado, bem como o de proceder à defesa,

opta por sentido diverso, apontando que a preservação da imagem do acusado, e do próprio Poder Judiciário, justificaria a prerrogativa de julgamento reservado "nos procedimentos administrativos disciplinares que envolvem magistrados, especialmente se levada em consideração a natureza das infrações, a teor do disposto nos artigos 5º, XXXIII, e 93, X, da Constituição Federal", em vigor ao tempo do julgamento.

Atualmente, a privacidade tem sofrido restrições pelos próprios indivíduos por ela tutelados. A seguir, trata-se de um novo conceito da sociedade contemporânea: a sociedade da informação e como nela se insere o direito à privacidade.

3 A privacidade na sociedade da informação: conceito e características

> Simplesmente, aprendemos paralelamente a duvidar das identidades absolutas, simples e substanciais, tanto no plano coletivo quanto no individual. As culturas "comportam-se" como a madeira verde e jamais constituem totalidades acabadas (por

não somente por escrito, mas, também, oralmente. Com efeito, na assentada que culminou com a aposentadoria compulsória da magistrada, esse direito foi observado pela Corte de origem.

4. A jurisprudência desta Casa e do STF prestigiam a compreensão de que o mero adiamento do julgamento do feito para a primeira oportunidade não acarreta uma nova intimação. Precedentes.

5. Descabe falar em prejuízo pela circunstância de que a intimação enviada para o endereço que a recorrente declinou na exordial tenha sido assinada por terceiro, haja vista que todas as intimações anteriores, dirigidas ao mesmo local, foram recebidas por terceiros e, ainda assim, não foram impedimento a que a recorrente acompanhasse o andamento do feito. Aplicação do princípio pas de nulitté sans grief.

6. O mandado de segurança pressupõe prova pré-constituída, devendo o direito invocado ser demonstrado de forma inquestionável.

7. A preservação da imagem do acusado, e do próprio Poder Judiciário, justifica a prerrogativa de julgamento reservado nos procedimentos administrativos disciplinares que envolvem magistrados, especialmente se levada em consideração a natureza das infrações, a teor do disposto nos artigos 5º, XXXIII, e 93, X, da Constituição Federal, com a redação original, em vigor ao tempo do julgamento.

8. O acolhimento dos fundamentos do voto do relator por seus pares não torna o julgamento nulo por falta de publicidade das opiniões de cada magistrado participante, porquanto se trata de mera técnica de julgamento, com vistas à agilização da apuração do escrutínio no colegiado.

9. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS 17.464/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 03/08/2009)

> razões extrínsecas e intrínsecas); e os indivíduos, tão simples quanto os imaginamos, nunca o são o suficiente para não se situar em relação à ordem que lhes atribui um lugar: só exprimem sua totalidade de um certo ângulo (AUGÉ, 1994, p.26).

A sociedade pós-industrial, também chamada de sociedade da informação, caracteriza-se pela complexidade, dinamismo e competitividade crescente (GRISOTO; SANT'ANA; GONÇALVES; SEGUNDO, 2015, p.174). Em tarefas do cotidiano, do trabalho ou lazer, abdica-se da liberdade e da privacidade, em prol de pseudo-segurança e reconhecimento pessoal e social, tais como: transações bancárias e redes sociais, o que remonta ao uso indevido de dados e informações. Vieira (2007. 297) afirma que a privacidade está interligada à liberdade, e o direito à privacidade seria o direito de controlar informações pessoais. Os autores (GRISOTO et al., 2015, v. 8, n. 2, p.178) informam que "o uso massivo de informações e dados dos indivíduos fere o direito à privacidade individual e coletiva, quando obtida de forma indevida e não consensual, gerando conflitos muito abrangentes."

Há um intensivo uso da tecnologia da informação – enquanto mecanismo facilitador da coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento – acarretando avassaladoras mudanças no mundo (VIEIRA, 2007, p.166). "Com o advento das novas tecnologias e das novas formas de comunicação, o Estado assume características, em que se evidencia o rompimento de seus elementos tradicionais, constantes desde o Estado-Nação: povo, território e poder (soberano)" (LIMBERGER, 2016, p.198). Na sociedade da informação não se estabelecem fronteiras físicas traçadas em nível jurídico, político e territorial; o fluxo de informações é intenso e transnacional. Diante da dificuldade de se traçarem limites geográficos no mundo virtual, enfraquece-se até mesmo a soberania dos Estados, que não conseguem mais regulamentar nem controlar de forma individualizada os serviços de comunicação (VIEIRA, 2007, p.166).

A autora (VIEIRA, 2007, p.182) ressalta um inconveniente da utilização da net, na qual esconde-se a falsa sensação de privacidade, e afirma que "embora se apresente como um ambiente

eminentemente público, a intangibilidade do mundo virtual induz os internautas a uma exposição incauta em relação às próprias comunicações." Cita (VIEIRA, 2007, p.182) exemplos como perfis de redes de relacionamento como Orkut e Par Perfeito. Além disso, existe a venda de informações por parte de redes sociais. Se a rede mundial de internet é um sistema interligado não é possível o usuário apenas fazer parte de um sistema, mas ao entrar interliga-se por toda a rede, tornando-se potencialmente uma vítima de atentado contra sua privacidade (PEREIRA, 2011, p.165 apud LIMA; JUNIOR, 2016, p.244). A internet, de escala global, é desprovida de proprietário. O marco civil da internet estabelece direitos, deveres e garantias do usuário. O comércio na internet ameaça a privacidade mais que o governo (PAESANI, 2014, p. 37 apud LIMA; JUNIOR, 2016, p.245).

A sociedade da informação tem sua liberdade e privacidade retraídas em prol de outros direitos, devido a ampla rede de internet ser de difícil controle. Surge uma necessidade de proteger dados pessoais. É o tema abordado na seção seguinte.

4 Proteção de dados pessoais na sociedade de informação: privacidade na internet e anonimato

> As coletividades (ou aqueles que as dirigem), como os indivíduos que a elas se ligam, necessitam simultaneamente pensar a identidade e a relação, e, para fazerem isso, simbolizar os constituintes da identidade partilhada (pelo conjunto de um grupo), da identidade particular (de determinado grupo ou determinado indivíduo em relação aos outros) e da identidade singular (do indivíduo ou do grupo de indivíduos como não semelhantes a nenhum outro) (AUGÉ, 1994, p.41).

Do mesmo modo como trouxe benefícios, a internet também trouxe novos crimes, os denominados *cybercrimes*. Nota-se a necessidade de tipificação de crimes no ciberespaço para que sejam alcançados pelo poder público. Souza e Pereira (2017) sugerem o

ingresso na Convenção de Budapeste[4], a qual trata do *cybercrime*. Ao tornar-se membro, o Brasil inserir-se-ia num combate internacional ao crime cibernético, em cooperação com outros países. Há maior incidência de crimes cometidos em meio eletrônico, com ataques às infra-estruturas e aos sistemas informatizados.

Nesse sentido, Vieira (2007, p.163) comenta que banalizam-se os ilícitos "praticados em meio digital materializados no acesso indevido a informações armazenadas em banco de dados ou transmitidas por meio de sistemas informatizados (violação da *confidencialidade*)"; bem como alterações em bancos de dados ou por transmissão envolvendo "sistemas de comunicação eletrônica (violação da *integridade*)"; além da falsificação ideológica e de dados "(violação da *autenticidade*); estelionatos eletrônicos (*phishing scams*); na pornografia infantil; no racismo e na xenofobia; no atentado à propriedade intelectual e aos direitos conexos; nos dados por difusão de vírus; na invasão de privacidade; e na violação de sigilo industrial" (VIEIRA, 2007, p.164).[5]

O Brasil não adere à Convenção, o que não o impede de criar legislação específica sobre o tema[6]. Há inconstitucionalidade em conceder a profissionais, possivelmente de empresas privadas, invadir dados alheios, instituindo assim poder de polícia não

[4] Tal convenção engloba mais de vinte países por crimes cometidos na internet, tendo sido elaborada na Hungria pelo Conselho da Europa. Abrange crimes de infrações contra sistemas e dados informáticos; contra computadores; pornografia infantil; violação de direitos autorais, em matéria penal. No campo processual, inclui conservação de dados informáticos armazenados; busca e apreensão desses dados; levantamento em tempo real de dados informáticos; e interceptação de dados relativos ao conteúdo.

[5] Segundo Bruce Schneier (2001, pp.27-33), as ameaças do mundo virtual espelham as ameaças do mundo real ... tudo o que ocorre no mundo analógico pode ocorrer no mundo digital. [...] o rastreamento, a captura e a condenação desses criminosos revelam-se muito mais complexos, destacando-se este traço como o grande diferencial que distingue os crimes cometidos no mundo real daqueles cometidos no mundo virtual. Os atacantes dispensam a proximidade física de suas presas – o criminoso pode situar-se tanto em um recinto contíguo ao ocupado pela vítima quanto em um país milhares de milhas distante e atacar computadores onde quer que estejam – o que complica sobremaneira a investigação e também a punição.

[6] Há tramitação no Legislativo Nacional de projetos de lei bastante polêmicos, dentre eles o do Senador Eduardo Azeredo, que visa combater cibercrimes e substitui os antecessores projetos 89/2003, 76/2000 e 137/2000. Tal projeto é discutível ao não discernir crimes dolosos ou não, possibilitando que qualquer usuário, não apenas os mal intencionados, possa ser punido. Uma clara violação a direitos fundamentais e à liberdades civis.

somente ao Estado, espécie de grampo privado independentemente de ordem judicial (SOUZA; PEREIRA, 2017, p.8-9). Por sua vez, a privacidade, direito intrínseco aos indivíduos, apesar de realmente dever ser protegida para não ferir as liberdades individuais, pode servir tanto para assegurar o ato honesto dos bons cidadãos quanto para esconder as atitudes abusivas dos criminosos. Há duas espécies de anonimato: o completo – que não permite obter a identificação sobre a pessoa – e o pseudo-anonimato – no qual o indivíduo pode ser conhecido, ainda que sem revelar seu nome ou outra forma de "autenticação direta". Vieira (2007, p.281-2) defende a necessidade de preservação do anonimato na internet, na modalidade do pseudo-anonimato[7]. Com a disseminação, surge o Marco Civil da internet, a Lei 12.965/14 (BRASIL, 2014), cujo artigo 3º dessa lei elenca princípios como a intimidade e a liberdade de expressão, entre outros.[8]

O PLC 21/2014, aprovado em 22 de abril de 2014, foi redigido para dar maior peso à questão da privacidade, e foi uma das prioridades do governo brasileiro no ano de 2013. As legislações para

[7] Conforme a autora, permitindo-se tão-somente a identificação dos usuários responsáveis pela prática de atividades ilícitas por intermédio desse meio de comunicação, o que pode ser feito mediante rastreamento do IP e cruzamento dessa informação com os dados armazenados pelos prestadores de serviços de telefonia e conexão à internet, ou outra forma de identificação do protocolo, e desde que exista prévia autorização judicial para a realização de perícia forense computacional. Ressalte-se a importância do anonimato *on-line*, enquanto medida indispensável ao exercício da liberdade de expressão e de comunicação, à coibição da censura pelo Estado e à consolidação de um autêntico regime democrático.

[8] Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;

V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;

VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

VII - preservação da natureza participativa da rede;

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

regular a rede e as discussões que prenderam o projeto na Câmara, giraram em torno de duas correntes: os defensores da neutralidade como uma garantia à liberdade de expressão, e os "desreguladores", que apregoam que qualquer tipo de intervenção no setor poderia desincentivar investimentos e inovações dos provedores de serviços na rede. Tudo isso possibilita invasão de privacidade de indivíduos, e de segredos empresariais (BEZERRA; WALTZ, 2014, p.161).

O marco civil da internet estabelece diferença entre privacidade e intimidade. Privacidade compreende dados não sensíveis – os quais não dizem respeito ao público em geral, ainda que não sejam secretos, tais como: estado civil, idade e profissão – enquanto que a intimidade abarca dados sensíveis da pessoa. Dados sensíveis são os de caráter íntimo, voltados a convicções individuais, que dizem respeito somente a pessoa, ligados a pensamentos como crenças, convicções religiosas e filosóficas (LIMA; JUNIOR, 2016, p.248). Intimidade é espécie contida no gênero privacidade. É questionável saber qual o limite de interesse dos governos em proteger a privacidade de seus cidadãos e, se o comprometimento com a questão da transparência superasse interesses próprios, como coibir abusos do próprio Estado democrático, que legislaria em nome dos cidadãos (BEZERRA; WALTZ, 2014, p.164). De qualquer modo, é preciso combater os males advindos do uso abusivo da rede mundial de computadores. Freitas e Veronese (2007, p.14) alertam para a vulnerabilidade dos dados, e informam que o direito de proteção de segurança contrapõe-se ao direito à privacidade.

A fim de resolver o desafio da impossibilidade de identificação dos autores de delitos cibernéticos praticados em *cybercafés, lan-houses, cyber offices* – estabelecimentos comerciais em que as pessoas podem acessar a internet para atividades de estudo ou trabalho – e símiles, o Estado de São Paulo publicou uma lei para forçar tais estabelecimentos locais, a elaborarem e conservarem cadastro atualizado de "todos os seus usuários, contendo as seguintes informações: nome completo, data de nascimento, endereço completo, telefone e número de identidade" (BRASIL. Art.1º Lei 12.228/2006).

Vieira (2007, p.201) informa que a "questão ainda não foi resolvida nos outros estados e nem no plano federal. Quanto ao acesso à internet por meio de servidores proxy e sistemas de transmissão sem fio (wireless ou wi-fi), a dificuldade de identificação dos usuários é tanto técnica quanto jurídica". Inexiste, qualquer regulamentação até o presente momento no ordenamento jurídico nacional. Vieira (2007, p.207) aborda a intromissão estatal na esfera privada, cuja coleta de informações seria imprescindível, mas desproporcional se comparada aos fins. Os dados coletados deveriam receber tratamento adequado e seguro para garantir sua integridade, autenticidade e sigilo. Levando em conta a legislação vigente, a autora (VIEIRA, 2007, p.213) nota que os dados sensíveis, por se "relacionarem à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem dos indivíduos, são sempre sigilosos".

José Afonso da Silva (SILVA, 1998, p.213 apud VIEIRA, 2007, p.226) comenta, com propriedade: "O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento".

Vieira (2007, p.243) ressalta a "necessidade de edição de lei específica sobre a tutela dos dados pessoais que considere o modelo de proteção adotado na Europa – o mais avançado atualmente – bem como o caráter transnacional da rede". A internet mostrou-se um espaço próspero para invadir a privacidade: trocar informações pessoais entre os diferentes "prestadores de serviço da sociedade da informação sem a prévia autorização dos titulares dos dados;" possibilitar monitoramento eletrônico dos internautas por meio do IP; propagar a cultura auto-expositiva em ambientes virtuais, reunir informações sobre navegação dos usuários. Com a análise dessas ameaças, pretende-se "alertar os usuários da rede para que esses indivíduos passem a desfrutar desse extraordinário meio de comunicação de forma mais consciente quanto à própria intimidade e vida privada no mundo virtual" (VIEIRA, 2007, p.281-2).

A partir da comunicação via internet ocorreram protestos em espaços públicos como exercício de cidadania, a fim de demonstrar sua insatisfação com os rumos da política (LIMBERGER, 2016, p.199). Os avanços da internet trouxeram crimes cibernéticos, ainda não tipificados. Como o Brasil não adota a Convenção de Budapeste, que estabelece o combate internacional desses crimes, busca-se alternativas como a coleta de informações em um banco de dados, contraposta ao direito de intimidade. Por isso argumenta-se a importância da edição de legislação específica sobre a tutela desses dados, como forma de proteção estatal, a qual já é feita em diversos países.

5 Conclusão

O surgimento de smartphones, televisões interativas, webcams, redes sociais, videogames, e principalmente a Internet causou tensão ao mesmo tempo em que moldou o comportamento humano. A sociedade da informação tem sua liberdade e privacidade retraídas em prol de outros direitos, devido a ampla rede de internet ser de difícil controle. Surge uma necessidade de proteger dados pessoais.

Com as redes sociais, o tratamento da privacidade continua disciplinado e resguardado pela Lei do Marco Civil da internet. Na sociedade da informação, abdica-se da privacidade, tida como controle do uso de dados de informações pessoais, e da liberdade, para controlar o uso de dados de informações pessoais, em prol de segurança e reconhecimento. A falsa sensação de privacidade ocasionada pela internet, em perfis de redes sociais, pode incluir venda de informações pessoais. Com isso, envolvidos em um sistema de rede interligadas mundialmente, os indivíduos tornam-se vítimas potenciais de terem sua privacidade devassada, mais pelo comércio do que pelo governo.

Um exemplo ilustrativo sobre privacidade em confronto com direito à informação foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca de informações de interesse público, em sede de

Recurso Especial, diverso do encontrado em Mandado de Segurança, com relação a direito de imagem, de acusado membro do Poder Judiciário, tratado em procedimento administrativo disciplinar.

A vulnerabilidade dos dados fez com que em São Paulo fossem tomadas medidas para identificar usuários de internet anônimos, com objetivo de mitigar crimes cibernéticos, como a implementação de legislação própria, a fim de identificar usuários de internet anônimos. A coleta de informações se mostra uma violação a direitos de intimidade e à vida privada, como a criação de um banco de dados para segurança na internet. Relevante é a implementação de lei específica que tutele dados informáticos para a proteção individual e coletiva, já adotada em outros países.

Os avanços tecnológicos da internet trouxeram os crimes cibernéticos, ainda não tipificados, dada inovação no ramo criminoso. Uma solução no combate a esses crimes seria o Brasil tornar-se signatário da Convenção de Budapeste, adotada internacionalmente. Os ilícitos digitais são banalizados, ainda que envolvendo o mesmo tipo de crimes em ambiente real, embora na rede. Foram criados projetos de lei no intuito de resolver esses entraves, mas surgiram dúvidas em relação à falta de especificação no dolo, possibilitando uma responsabilização geral, até mesmo de indivíduos que fizeram uso lícito.

Referências

AUGÉ, Marc. *Não lugares: introdução a uma antropologia da supermodernidade*; tradução Maria Lúcia Pereira. Campinas, SP: Papirus, 1994, p.41.

BEZERRA, Arthur Coelho; WALTZ, Igor. Privacidade, neutralidade e inimputabilidade da internet no Brasil: avanços e deficiências no projeto do marco civil. *Revista de Eletrônica Internacional de Economia Política da Informação da Comunicação e da Cultura*. Florianópolis, v.16, n.2, p.157-171, maio/ago. 2014. Disponível em: http://repositorio.ibict.br/handle/123456789/858. Acesso em: 05 fev. 2017.

BOGOTÁ. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)*. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_dev_homem.pdf. Acesso em 05 fev. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 jul. 2017.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002* (*Código Civil*). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 04 fev. 2017.

BRASIL. *Lei 12.965/2014*. *Dispõe o marco civil da internet*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 16 fev. 2017

BRASIL. *Lei 12.228/2006*. *Legislação paulista sobre dados pessoais de internautas*. Disponível em: http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>. Acesso em 30 jan. 2007.

FREITAS, Christina Soares de; VERONESE, Alexandre. *Segredo e democracia: certificação digital e software livre*. Disponível em: http://www.ip.pbh.gov.br/ANO8_N2_PDF/artigos%20anteriores/artigo-segredo-e-democracia.pdf. Acesso em: 06 nov. 2016.

GRISOTO, Ana Paula; SANT'ANA; Ricardo Cesar Gonçalves; SEGUNDO, José Eduardo Santarem. A questão da privacidade no contexto da Ciência da Informação: uma análise das Teses e Dissertações do Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação da UNESP campus de Marília. *Revista Ibero-Americana de Ciência da Informação*, 2015, v. 8, n. 2, p.1-17.

LIMA, Marco Antonio; JUNIOR, Irineu Francisco Barreto. Marco civil da internet: limites da previsão legal de consentimento expresso e inequívoco como proteção jurídica dos dados pessoais na internet. *Revista de direito, governança e novas tecnologias*. Brasília. v.1. n.2. p.241-260. Jan-jun/2016.

LIMBERGER, Têmis. Cibertransparência: informação pública em rede e a cidade em tempos de globalização. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Mestrado e Doutorado nº12. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2016, p.197-213.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil.* 7ª Ed., São Paulo: Atlas, 2014.

PILATI, José Isaac; VIEIRA CANCELIER DE OLIVO, Mikhail. Um novo olhar sobre o Direito à privacidade: Caso Snowden e Pós-modernidade jurídica. *Sequência: estudos jurídicos e políticos,* 2014, Vol.35 (69), pp.281-300.

SARLET, I. W.. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo/SP, p. 01 - 01, 05 jun. 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez. Acesso em: 03 ago. 2017.

SOUZA, Gills Lopes Macêdo; PEREIRA, Dalliana Vilar. *A convenção de Budapeste e as leis brasileiras.* Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228361752. Acesso em: 06 fev. 2017.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação.* 2007. 297 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

3

Uma Breve Crítica ao *Privacy by Design* e seus "princípios basilares"

Bruno Schimitt Morassutti[1]

Introdução

A evolução das tecnologias de informação e comunicação e os avanços da ciência da computação têm modificado tremendamente a sociedade atual, tornando-se praticamente onipresente no cotidiano de parcela significativa da população mundial. Neste contexto, em virtude da incessante busca pela eficiência, o mercado internacional cada vez mais atribui aos "dados" valor econômico significativo, porquanto permitem traçar melhores estratégias de ação e investimento. Em particular, dados pessoais adquirem especial importância já que possibilitam aos agentes econômicos determinar com melhor precisão aspectos de demanda que, de outra forma, passariam despercebidos.

Contudo, a despeito desse aspecto positivo, o fluxo transfronteiriço sem controle de dados pessoais também leva a uma contínua diminuição na esfera de privacidade e, por consequência, autonomia dos indivíduos. Dentre as diversas propostas elaboradas para atenuar ou corrigir este problema, o *privacy by design* recentemente ganhou força após a promulgação pela União

[1] Mestrando em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Público pela mesma instituição. Advogado em Porto Alegre/RS. E-mail: bruno.morassutti@acad.pucrs.br

Europeia do *General Data Protection Regulation*. Editado com a finalidade harmonizar e fortalecer as legislações existentes na comunidade europeia sobre proteção de dados, o *GDPR* adotou expressamente o *privacy by design* como um de seus mecanismos.

Entretanto, sendo sob perspectiva legislativa uma novidade, faz-se necessário estudar tal instituto e seu conceito sob uma perspectiva crítica, especialmente se levarmos em conta que o próprio Brasil possui projetos de lei sobre o tema tramitando no Congresso Nacional. Portanto, este trabalho terá como objeto realizar uma breve análise crítica a respeito do *privacy by design* e dos seus princípios basilares, conforme propagados por uma das principais defensoras do instituto. Para este fim, será utilizado o método indutivo de abordagem, de modo a identificar, por intermédio dos elementos coletados no procedimento monográfico, seu conceito respectivos princípios basilares, para então apresentar breves críticas a seu respeito. De objeto bibliográfico-documental, a pesquisa cujo resultado será aqui apresentado será dividida num roteiro de três partes: a primeira, de carácter preponderantemente descritivo, fará uma aproximação ao debate sobre regulação de tecnologias de informação e comunicação; a segunda, também descritiva, apresentará o *privacy by design* e os "princípios basilares" defendidos por Ann Cavoukian; a terceira e última, de índole prescritiva, tecerá breves críticas a respeito dos elementos trazidos no capítulo anterior.

Uma rápida aproximação ao debate sobre regulação de tecnologias informação e comunicação

No início da segunda metade do Século XX, Gordon Moore, observando os avanços da eletrônica até então, projetou que os computadores passariam a ser sucessivamente mais poderosos em virtude a taxa de complexidade de circuitos por custo mínimo de produção praticamente dobrar a cada ano (MOORE, 1965, p. 2). Tendo em vista que essa projeção, posteriormente conhecida como "Lei de Moore", se demonstrou correta, a ciência da computação

passou a observar uma evolução até então sem precedentes e, por consequência, acarretar uma profunda modificação nas tecnologias de informação e comunicação. De fato, neste cenário de rápida modificação, a internet, concebida originalmente como uma solução para necessidades militares de comunicação segura, passou a ser utilizada por um número cada vez maior de pessoas.

Embora a regulação de tecnologias de informação e comunicação já fosse debatida pelas comunidades técnica e jurídica estrangeiras – principalmente nos EUA – antes da década de 90, a expansão comercial da internet ocasionada pelo desenvolvimento do primeiro software de navegação (BERNERS-LEE, 1990, não paginado) tornou a discussão ainda mais intensa. Com efeito, num primeiro momento posicionamentos acerca do tema refletiam o sentimento da comunidade técnica segundo o qual a intervenção estatal não seria bem-vinda ou mesmo possível[2]. Nesse sentido, David Post, ao estudar o assunto, concluiu que a facilidade com que usuários podem trocar de rederes tornaria a internet efetivamente "irregulável", porquanto estes sempre migrariam para aqueles sistemas onde as regras lhes fossem mais favoráveis (POST, 1995, não paginado). Além disso, indagava-se também se seria efetivamente relevante e útil estudar e conceber essas novas tecnologias como algo merecedor de uma nova abordagem por parte das ciências jurídicas e sociais, especialmente devido ao fato de que essas novas matérias ainda seriam pouco compreendidas pelos juristas (EASTERBROOK, 1996. p. 208-210).

Entretanto, a defesa da não intervenção estatal nesta seara passou a ser paulatinamente superada por uma segunda geração de

[2] Exemplos marcantes desse entendimento podem ser encontrados em Jon Postel e John Perry Barlow. Postel, um dos principais pioneiros da internet, escreveu na RFC 1591 – um dos mais importantes documentos sobre o funcionamento do *Domain Name System* – que "preocupações sobre 'direitos' e 'propriedade' de domínios são inapropriadas. É apropriado preocupar-se com 'responsabilidades' e 'serviços' para a comunidade" (POSTEL, 1994. p. 4). Barlow, por sua vez, chegou a simbolicamente emitir uma "Declaração de Independência do Ciberespaço", na qual afirmou que "os "conceitos legais de propriedade, expressão, identidade e movimento não seriam aplicáveis" aos usuários da internet (BARLOW, 1996, não paginado).

estudiosos os quais, debruçando-se sobre o tema, constataram que as novas tecnologias que estavam sendo desenvolvidas não apenas impactavam significativamente o funcionamento sociedade contemporânea, mas também eram, elas mesmas, uma nova forma de regulação. Deste modo, autores como Joel Reidenberg (1998, p. 573) e Lawrence Lessig (1999, p. 548) observaram que, dentre outras questões, essas novas tecnologias conformam a conduta dos agentes regulados ao impor restrições e limites ao agir em virtude da arquitetura escolhida para o funcionamento dos sistemas. Assim sendo, embora possam ser fundamentadas por motivos "técnicos", as escolhas relacionadas ao *desenho* – ou *design* – desta ou daquela arquitetura de sistema passaram a se tornar, na realidade, decisões políticas capazes de afetar os profundamente os usuários destas tecnologias. Portanto, como os desenvolvedores desses sistemas se transformaram em efetivos formuladores de políticas públicas, passou a ser necessário aos agentes reguladores "tradicionais" interagir com esses novos atores, sob pena de correrem o risco de ver valores fundamentais da sociedade serem corroídos e ignorados.

Levando em consideração essas novas reflexões a respeito do relacionamento entre o direito e as tecnologias de informação e comunicação, diversas novas abordagens regulatórias passaram a ser propostas como forma de atender às especificidades deste novo paradigma. Dentre elas, a percepção de que o *design* desempenha um papel fundamental neste cenário de constantes mudanças tecnológicas acarretou o surgimento de diversas experiências voltadas a interagir durante o desenvolvimento de sistemas e programas de computador.

Privacy by design e seus "princípios basilares"

A preocupação de que o desenvolvimento de novas tecnologias de informação e comunicação impactaria na esfera de privacidade de indivíduos não é recente. De fato, no longínquo ano de 1890, Samuel Warren e Louis Brandeis, então preocupados com as violações à privacidade trazidas pelo advento de fotografias

"instantâneas", defendiam o reconhecimento de medidas judiciais aptas a proteger um *right to be let alone* (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 195). Não obstante, se naquela época a preocupação já era existe, atualmente o panorama é inegavelmente mais preocupante.

Conforme dados consolidados em maio de 2017 pela *International Telecommunications Union* – ITU, 43,75% da população mundial utilizava a internet (ITU, 2017, não paginado), o que significa que mais de três bilhões de pessoas usam a rede mundial de computadores para se comunicar e trocar informações pessoais ou comerciais. Somado a isto, vivemos numa economia crescentemente informatizada, na qual dados pessoais possuem tanta importância que chegaram a ser denominados de o "novo petróleo" pela Comissária Europeia de Direitos do Consumidor (KUNEVA, 2009, não paginado).

Assim, marcando uma consagração do postulado de utilização do *design* enquanto mecanismo regulatório, o *General Data Protection Regulation* (*GDPR*) (EU, 2016, não paginado) , editado pela União Europeia para substituir e harmonizar as legislações nacionais de proteção de dados, possui previsão expressa quanto ao tema. De fato, o artigo 25, intitulado *data protection by design and by default*, assevera em seu inciso 1 que (EU, 2016, não paginado):

> Taking into account the state of the art, the cost of implementation and the nature, scope, context and purposes of processing as well as the risks of varying likelihood and severity for rights and freedoms of natural persons posed by the processing, the controller shall**, both at the time of the determination of the means for processing and at the time of the processing itself, implement appropriate technical and organisational measures**, such as pseudonymisation, **which are designed to implement data-protection principles**, such as data minimisation, in an effective manner and to integrate the necessary safeguards into the processing in order to meet the

> requirements of this Regulation and protect the rights of data subjects[3] [4](**grifou-se**).

Entretanto, embora o *GDPR* tenha trazido o conceito de *privacy by design* para o centro das atenções, a ideia de imbuir políticas de proteção à privacidade durante o desenvolvimento de TIC's não é recente. Com efeito, em 1995, num dos primeiros estudos sobre o assunto, um relatório produzido pelo *Information and Privacy Commissioner of Ontario* e pelo *Registratiekamer*[5] analisou diversas técnicas e metodologias de desenvolvimentos de sistemas aptos a proteger a privacidade de seus usuários. Na ocasião, embora não utilizassem a expressão "*privacy by design*", os órgãos patrocinadores do estudo cunharam a expressão *Privacy-Enhacing Technologies (PET's)*, a qual descreveria a aplicação prática destas técnicas e metodologias (IPCC; 1995, p. 5).

Considerada como sendo a "ideia por trás das PET's" (KOOPS; LEENES, 2014, p. 2), a expressão *"privacy by design"* tem a sua criação geralmente atribuída a Ann Cavoukian, ex-chefe do *Information and Privacy Commissioner of Ontario* entre 1997 e 2014 (CAVOUKIAN, 2011, p. 1). Para Cavoukian, *privacy by design* consistiria na "filosofia e abordagem de introduzir a privacidade dentre os requisitos de desenvolvimento de várias tecnologias"[6]. Igualmente, de acordo com a autora, o conceito seria composto de sete "princípios basilares", cuja prática seria fundamental para assegurar a privacidade e o controle das informações pessoais, a

---

[3] Embora exista tradução oficial para a Língua Portuguesa, optou-se por citar o texto em Inglês em virtude desta ser a *lingua franca* da ciência no Século XXI, bem como, de forma esmagadora, ser a língua dominante na área de TIC's.

[4] Da mesma maneira, possui redação semelhante o art. 45, *caput* e §2º do Projeto de Lei 5276/2016, de autoria do Poder Executivo, o qual estabelece um regime para proteção de dados pessoais no Brasil (BRASIL, 2016, não paginado).

[5] Trata-se da Autoridade Holandesa de Proteção de Dados.

[6] Tradução livre. No original: "the philosophy and approach of embedding privacy into the design specifications of various technologies" (CAVOUKIAN, 2009, p. 3).

saber[7]: 1) proatividade e preventividade; 2) privacidade como padrão; 3) privacidade imbuída no *design*; 4) funcionalidade completa; 5) proteção completa; 6) transparência; 7) foco no usuário.

Nesse sentido, buscando explicar o conteúdo desses "princípios basilares", Ann Cavoukian traz a seguinte explicação quanto ao seus significados: 1) *proatividade e preventividade* leva em consideração que uma vez perdidos o controle sobre os dados do indivíduo, torna-se difícil ou praticamente impossível recuperá-los. Assim, uma estratégia de proteção de dados deve ser voltada a *evitar* que os danos ocorram e não remediá-los; 2) *privacidade como padrão* leva em conta que toda TIC, ao ser implementada, possui uma determinada arquitetura inicial que será mantida como padrão. Deste modo, incluir a privacidade neste padrão fará com que o usuário, salvo se este quiser modificar a arquitetura, tenha as suas informações pessoas protegidas; 3) toda tecnologia desenvolvida leva consigo os valores de seus desenvolvedores. Assim, *introduzir privacidade no design* significa fazer com que esta faça parte da arquitetura do sistema; 4) a *funcionalidade completa* está vinculada à noção de o conflito entre privacidade e outros requisitos de sistemas deve ser apenas aparente, sendo necessário que se visualize a privacidade enquanto um valor positivo a ser implementado; 5) para proteger adequadamente a privacidade dos indivíduos, é necessário que seus dados sejam salvaguardados durante todo seu ciclo de vida. Assim, o princípio da *proteção completa* visa garantir que em nenhum momento os dados pessoais estejam desprotegidos; 6) dados pessoais apenas podem ser coletados e processados de forma legítima se forem utilizados de forma *transparente* e *aberta*,

[7] Embora se considere que a tradução para a Língua Portuguesa acarrete perda no significado, optou-se por traduzir livremente os conceitos para fins de facilitar a compreensão. No original: "*1. proactive not reactive; preventive not remedial; 2. Privacy as the default setting; 3. Privacy embedded into Design; 4. Full functionality – Positive-sum, not zero-sum; 5. End-to-end security – Full lifecycle protection; 6. Visibility and transparency – Keep it open; 7. Respect for user privacy – Keep it user-centric*" (CAVOUKIAN, 2011, p. 2).

sendo necessário poder verificar que a finalidade originalmente alegada foi efetivamente cumprida; 7) o princípio do *foco no usuário* almeja incentivar que os desenvolvedores de sistemas busquem levar em conta os interesses e necessidades dos usuários durante o desenvolvimento do sistema, de modo a tornar a tomada de decisão sobre o uso de dados pessoais simples e compreensível ao usuário.

Breve análise crítica dos "princípios basilares"

Evidentemente, o estudo do *privacy by design* e seus "princípios basilares" se tornou um imperativo para os desenvolvedores de tecnologias de inovação e comunicação desde a edição do *GDPR* em 2016[8]. Porém, isto não significa que esta nova obrigação legal de amplitude internacional[9] não esteja isenta de críticas importantes, principalmente devido à ausência de maiores esclarecimentos sobre o quê consistiria, na prática, o *privacy by design* (GÜRSES; TRONCOSO; DIAZ, 2011, p. 2).

Conforme se depreende do texto do art. 25, inciso I, do *GDPR*, o *privacy by design* consistiria na implementação de "medidas técnicas e organizacionais adequadas" que sejam desenvolvidas para implementar "princípios de proteção de dados [...] de uma forma efetiva". Todavia, o legislador deixou em aberto qual seria o significado dessas "medidas técnicas e organizacionais". Essa indefinição se torna ainda mais complexa quando se verifica que, ao contrário do texto que

[8] Não obstante, deve-se referir que já em 2010 a 32ª Conferência Internacional de Comissários de Proteção de Dados e Privacidade aprovou resolução recomendando a realização de estudos e a incorporação do *privacy by design* nas políticas públicas e legislação relacionada à proteção da privacidade (INTERNATIONAL CONFERENCE OF DATA PROTECTION AND PRIVACY COMMISSIONERS, 2010, p. 2).

[9] Conforme o artigo 3º do diploma referido, as obrigações nele consignadas se aplicam, sob a perspectiva territorial, quando: a) o processamento de dados pessoais envolver as atividades de um controlador ou processador de dados com sede na União Europeia, mesmo se o processamento em si ocorrer no território desta; b) quando envolver dados de pessoas que estiverem na UE, ainda que o processamento de dados não ocorra na EU, para a oferta de produtos ou serviços ou para o monitoramento do comportamento de pessoas; c) quando legislação de um estado membro for aplicável em algum lugar em virtude do direito internacional público.

serviu de anteprojeto para o *GDPR*[10], a redação final do regulamento não atribuiu a nenhum órgão ou entidade a responsabilidade de esclarecer o conteúdo destas medidas.

Realmente, embora à primeira vista seja evidente que "medidas técnicas" se relacione ao processo de desenvolvimento e concepção das TIC's e "medidas organizacionais" se vincule à metodologias de trabalho e estruturação empresarial, não é claro qual é o alcance dessas obrigações. Assim, no que diz respeito às "medidas técnicas", é possível interpretar esse dispositivo como implicando que as exigências de proteção à privacidade deverão ser codificadas nos próprios *softwares* e *hardwares* TIC's (KOOPS; LEENES, 2014, p. 4). Isso, no entanto, traz desafios significativos, tais como: 1) a tradução de linguagem jurídica para linguagem em código; 2) a adaptar linguagens jurídicas de jurisdições distintas para linguagem em código; 3) o gerenciamento de conflitos normativos entre princípios com finalidade distinta no âmbito do código da TIC (Idem, p. 5-7).

Para ilustrar um problema relacionado ao terceiro desafio, deve-se considerar que, em certas ocasiões, incluir nos sistemas *compliance* com requisitos de proteção de dados pode exigir a introdução de meta-dados sobre os indivíduos que, de outra forma, não seriam necessários. Exemplificativamente, se o ordenamento jurídico exige o consentimento dos responsáveis legais para a utilização por menores de dezesseis anos, o sistema deverá obrigatoriamente incluir dados pertinentes à idade do usuário e a identidade de seus responsáveis. Igualmente, se as normas aplicáveis exigirem que o consentimento seja obtido do próprio usuário quando este atingir uma determinada idade, será necessário armazenar sua data de aniversário (Idem, p. 7). Portanto, embora a minimização de dados seja um princípio citado inclusive no próprio texto do *GDPR*, a prática demonstra que nem sempre ele estará em

[10] De fato, o artigo 23, inciso 4 da proposta inicial conferia poderes à Comissão Europeia para a definição destes aspectos técnicos (EC, 2012. p. 56).

harmonia com o *design* de uma TIC que precise garantir o consentimento do usuário como prioridade.

Nesse contexto de incerteza, os materiais produzidos por Ann Cavoukian, mesmo quando era chefe do *Information and Privacy Commissioner*[11], são, aparentemente, de pouca utilidade. Embora considere que a implementação do *privacy by design* não seja possível sem a observância de seus "princípios basilares", os documentos nos quais eles são descritos, como o "*The 7 Foundational Principles*" são de pouca substância. Exemplificativamente, ao descrever o princípio da "proatividade e preventividade", a autora refere que:

> A abordagem do *privacy by design* é caracterizada por medidas proativas ao invés de reativas. Ela antecipa e previne eventos invasivos antes deles ocorrerem. [Ela] não espera que riscos à privacidade se materializem nem oferece remédios para resolver infrações à privacidade quando elas ocorrerem: ela almeja prevenir que eles ocorram. Em resumo, *privacy by design* vem antes do fato e não depois[12].

Verdadeiramente, a "explicação" feita pela autora em nada esclarece ou facilita a compreensão do tema já que apenas apresenta uma frase de lógica circular, que utiliza os próprios significados semânticos dos termos "prevenção" e "proatividade" em sua descrição. Em outras palavras, seria o mesmo que dizer que o "*privacy by design* é preventivo porque previne".

Claro, a crítica aqui apresentada não significa que discordamos da existência e da importância do *privacy by design* no atual estágio da economia mundial, na qual o trânsito intercontinental de dados é uma característica fundamental. Além

[11] Ou seja, quando teriam alguma força legal, ainda que não vinculante.

[12] Tradução livre. No original: "The Privacy by Design approach is characterized by proactive rather than reactive measures. It anticipates and prevents privacy invasive events before they happen. PbD does not wait for privacy risks to materialize, nor does it offer remedies for resolving privacy infractions once they have occurred — it aims to prevent them from occurring. In short, Privacy by Design comes before-the-fact, not after" (CAVOUKIAN, 2011, p. 2).

disso, não se desconhece que Ann Cavoukian também defende que medidas organizacionais, envolvendo a adequada organização e racionalização do fluxo de dados no âmbito das instituições igualmente componha o *privacy by design* (CAVOUKIAN, 2010, p. 2). Entretanto, é importante que a "euforia" ocasionada pela disseminação de tal instituto não acarrete a adoção apressada de medidas regulatórias cuja implementação seja demasiadamente complexa e custosa.

Por diversos motivos, o processo de regulação de tecnologias de inovação e comunicação não é uma tarefa simples, sendo uma área que, na maior parte das vezes, não é devidamente compreendida pelo legislador e demais agentes responsáveis pela formulação e execução de políticas públicas, tais como administradores públicos e juízes. Por certo, um fato que serve para reforçar esta hipótese é que até hoje em nosso país existe um reduzido número de leis em sentido estrito em nível federal que tratem sobre aspectos técnicos de tecnologias de informação e comunicação. Portanto, num momento em que o Brasil se encaminha para a edição de leis voltadas à proteção de dados pessoais, torna-se imperioso que o tema seja discutido e regulamento de forma séria e aprofundada, de maneira a evitar a criação de um mero simulacro de proteção a direitos fundamentais.

Conclusões

No atual contexto da economia mundial, a importância do intercâmbio de dados e informações é inestimável. Entretanto, em virtude desse mesmo contexto, o direito fundamental à privacidade dos indivíduos se encontra cada vez mais ameaçado, porquanto o controle que possuíam a respeito de suas próprias informações já não opera da mesma maneira.

Sendo uma dentre diversas medidas propostas com a finalidade de reestabelecer o domínio das pessoas sobre as suas

próprias informações, o *privacy by design* passou a ganhar especial destaque após a propositura e posterior promulgação do *General Data Protection Regulation* pela União Europeia. De maneira deliberada e buscando incentivar o fortalecimento da proteção de dados pessoais em âmbito internacional, este novo regulamento europeu possui previsão expressa sobre o *privacy by design* em seu artigo 25, impondo aos processadores e desenvolvedores de TIC's que adotem medidas técnicas e organizacionais necessárias para a implementação do instituto. Todavia, acredita-se que a adoção deste instituto não pode ser feita sem uma devida análise crítica do texto legal em que foi previsto, bem como de seus "princípios basilares".

Assim sendo, o presente trabalho teve como realizar uma breve crítica a respeito do instituto do *privacy by design*, bem como de seus "princípios basilares", os quais são propalados por Ann Cavoukian, ex-chefe do *Information and Privacy Commissioner* da província de Ontario, Canada. Nesse sentido, em primeiro lugar se buscou introduzir o leitor ao assunto, fazendo uma rápida aproximação do leitor ao debate relacionado à regulação de tecnologias de informação e comunicação. Desta maneira, relatou-se que a discussão sobre o tema, embora inicialmente marcada por uma forte oposição e ceticismo frente à intervenção estatal, gradativamente foi sendo direcionada a um posicionamento contrário, em prol de uma maior interação entre os agentes estatais e os desenvolvedores de novas tecnologias. Conforme os autores estudados, esta mudança de posicionamento se deveu à constatação da importância das TIC's como mecanismos regulatórios, em especial no que diz respeito ao papel fundamental desempenhado por seu respectivo *design* na implementação de políticas públicas.

Numa segunda etapa, procurou-se efetivamente aproximar o leitor ao *privacy by design*. Com efeito, constatou-se que este instituto consagrado pelo *GDPR* advém de uma evolução das políticas públicas de proteção à privacidade diante do avanço tecnológico da atualidade. Nesse sentido, com a propagação de diversas propostas regulatória voltadas à utilização do *design* de sistemas para a efetivação de

políticas públicas, o *privacy by design* foi concebido como sendo a "filosofia" por trás das *privacy-enhacing technologies*. Em síntese, é descrito, tanto pela doutrina quanto pelo *GDPR* como o conjunto de medidas técnicas e organizacionais voltadas à implementação dos princípios de proteção de dados pessoais no âmbito do desenvolvimento de tecnologias de processamento de dados.

Finalmente, a última etapa deste trabalho buscou traçar uma breve crítica a respeito do *privacy by design* e seus "princípios basilares". Desta maneira, foi possível constatar que, a despeito de sua crescente importância, não há atualmente uma definição razoável sobre o seu significado. De fato, embora o artigo 25 do *GDPR* assevere a necessidade de implementar medidas técnicas e organizacionais, ele não especifica em momento algum em quê consistiriam. Esta situação se torna ainda mais complexa quando se constata que a versão final do diploma referido eliminou a previsão normativa que atribuía à Comissão Europeia competência para esclarecer a matéria. Da mesma forma, o material produzido e divulgado por Ann Cavoukian – a qual se intitula criadora do conceito – é extremamente vago, contendo conceitos de lógica circular que não permitem a compreensão adequada de como cumprir este novo dever legal de amplitude internacional. Nesta senda, demonstrou-se que, em certas situações, princípios de proteção de dados podem entrar em conflito quando de sua implementação em sistemas, sendo necessária uma maior clareza regulatória para que sua prática se torne efetiva.

Em tempos em que a autonomia dos indivíduos é progressivamente colocada em xeque em virtude da redução de sua esfera de privacidade pelo avanço de novas tecnologias de informação e comunicação, a proposta trazida pelo *privacy by design* é extremamente interessante. De fato, fazer com que a preocupação para com a proteção de dados pessoais esteja presente desde o início do processo de desenvolvimento de sistemas é essencial para prevenir a materialização de riscos e danos contra a

privacidade. Todavia, se a regulação não for capaz de produzir uma nitidez adequada sobre significado deste instituto, corre-se o risco de criar um indesejável cenário de proteção aparente de direitos fundamentais.

Referências

BARLOW, John Perry. **A Declaration of the Independence of Cyberspace.** Davos: [s.n.], 1996. Não paginado. Disponível em: <https://www.eff.org/cyberspace-independence>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BERNERS-LEE, Tim. **Information Management:** a proposal. [s.l.]: Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire, 1990. Não paginado. Disponível em: <https://www.w3.org/History/1989/proposal.html>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5276, de 2016.** Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378>. Acesso em: 19 fev. 2018.

CAVOUKIAN, Ann. **Privacy by Design:** Take the Challenge. Toronto: Information and Privacy Commissioner of Ontario, 2009. Disponível em: <https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/Resources/PrivacybyDesignBook.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2018.

CAVOUKIAN, Ann. **Privacy by Design:** The 7 foundational principles. Toronto: Information and Privacy Commissioner of Ontario, 2011. Disponível em: <https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/Resources/7foundationalprinciples.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2018.

CAVOUKIAN, Ann. **Privacy By Design:** The 7 foundational principles – Implementation and Mapping of Fair Information Practices. Ontario: Information and Privacy Commissioner, 2010. Disponível em: <http://www.ontla.on.ca/library/repository/mon/24005/301946.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2018.

EASTERBROOK, Frank H. Cyberspace and the Law of the Horse. **The University of Chicago Legal Forum**, p. 207-216, 1996. Disponível em: <http://chicagounbou nd.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2147 &context=journal_articles>. Acesso em: 16 fev. 2018.

EUROPEAN COMMISSION. **Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation).** Brussels: European Commission, 2012. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/ registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2012/0011 /COM_COM(2012)0011_EN.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

EUROPEAN UNION. **Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC. Brussels: European Union, 2016. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>. Acesso em: 16 fev. 2018.**

GÜRSES, Seda; TRONCOSO, Carmela; DIAZ, Claudia. **Engineering Privacy By Design.** Leuven: Ku Leuven Departement Elektrotechniek, 2011. Disponível em: < https://www.esat.kuleuven.be/cosic/publications/article-1542.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2018.

INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER OF CADANA; REGISTRATIEKAMER. **Privacy-Enhancing Technologies**: the path to anonymity. Hague: Registratiekamer, 1995. Disponível em: <http://www.ontla.on.ca/library/repository/mon/10000/184530.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2018.

INTERNATIONAL CONFERENCE OF DATA PROTECTION AND PRIVACY COMMISSIONERS. **Resolution on Privacy by Design**. Jerusalem: [s.n.], 2010. Disponível em: <https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/ 10-10-27_jerusalem_resolutionon_privacybydesign_en.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2018.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATIONS UNION. **Percentage of Individuals using the Internet.** May. 2017 Disponível em:

<https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx#tab3>. Acesso em: 16 fev. 2018.

KOOPS, Bert-Jaap; LEENES, Ronald. Privacy Regulation Cannot Be Harcoded: a critical comment on the 'privacy by design' provision in data protection law. **International Review of Law, Computers & Technology**, n. 28, v.2, p. 159-171, mar. 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2564791>. Acesso em: 19 fev. 2018.

KUNEVA, Meglena. **Keynote Speech of the European Consumer Commissioner**. Brussels: European Commission, 2009. Não paginado. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-156_en.htm>. Acesso em 16 fev. 2018.

LESSIG, Lawrence. The Law of The Horse: What Cyberlaw might Teach. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 2, p. 501-549, dez. 1999. Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/works/lessig/finalhls.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2018.

MOORE, Gordon E. Cramming More Components onto Integrated Circuits. **Electronics**, p. 114-117, april. 1965. Disponível em: <http://www.cs.utexas.edu/~fussell/courses/cs352h/papers/moore.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018.

POST, David G. Anarchy, State, and the Internet: an Essay on Law-Making in Cyberspace. **Journal of Online Law**, 1995. Não paginado. Disponível em: <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Anarchy.html>. Acesso em: 15 fev. 2018.

POSTEL, Jon. **Request for Comments 1591**: Domain Name System Structure and Delegation. Marina Del Rey: Network Working Group, 1994. Disponível em: <https://www.ietf.org/rfc/rfc1591.txt>. Acesso em: 15 fev. 2018.

REIDENBERG, Joel R. Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology. **Texas Law Review**, v. 76, n. 3, p. 553-593, fev. 1998. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/42/>. Acesso em: 16 fev. 2018.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890. Disponível em: <http://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2018.

4

O princípio da limitação de propósito: a coleta de dados na era do big data

Paulo Marcelo Pinheiro Pasetti[*]

Introdução

Com o advento da internet, muitos assuntos vieram à tona, dentre eles, está a coleta oculta de dados, bem como o tratamento de informações em decorrência do avanço tecnológico de todos os processos de navegação que se dão na rede mundial de computadores. Frente ao aceleramento do campo tecnológico, a concepção de Internet das Coisas (IoT) está implicada nessa discussão.

O conceito de IoT refere-se ao conectar dos diversos objetos utilizados no dia a dia à rede global de computadores, com o intuito de facilitar e agilizar a vida cotidiana do homem moderno. Além disso, essa tecnologia busca interligar todos esses aparelhos, resultando em uma integração total entre eles de modo a beneficiar ainda mais a vida das pessoas.

Diante da escassez do conhecimento desse processo, em relação aos seus malefícios, destacam-se a coleta oculta de dados, bem como o tratamento de informações em decorrência do avanço tecnológico de todos os processos de navegação que se dão na rede. Em decorrência

[*] Mestrando em Direito pela PUCRS, na Área de Concentração em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado. Especialista em Direito do Estado pela UFRGS e em Direito Processual Civil pela PUCRS. MBAs em Direito Tributário e em Direito Empresarial pela FGV. Ex-Assessor da Procuradoria de Justiça Cível do Rio Grande do Sul. E-mail: marcelo.pas@hotmail.com

do aceleramento no campo tecnológico, há um descompasso entre as ferramentas de captura e armazenamento de dados e as políticas de proteção às informações, no que diz respeito à garantia da privacidade do usuário. Essa pauta ganha contornos maiores em razão da falta de ética nas técnicas de filtragem desenvolvidas por empresas. Diante desse cenário, então, cabe destacar a necessidade de projeção do futuro e a devida proteção em relação a tais fatos.

Essa temática da privacidade dos dados dispostos na rede relaciona-se com a nomenclatura Big Data (megadados em português). Com ela, tem-se o paradoxo de uma discussão complexa e necessária: liberdade versus insegurança. Isso implica pensar que, por um lado, a tecnologia cada vez mais minimiza espaços, viabilizando a mobilidade do sujeito, seja no sentido de que ele pode estudar, comprar, interagir, tudo a partir de seu movimentar-se pela rede. A parte negativa está no fato de que, quanto mais essa sensação de liberdade e poder aumenta, mais o risco de exposição fica elevado. Existem muitas tecnologias que capturam uma série de dados, sem conhecimento por parte de quem utiliza a internet, o que leva a uma deliberada insegurança – tanto em relação aos dados coletados quanto ao que com eles é feito.

Nesse ponto, um questionamento oportuno seria saber se há elementos para identificar se existe segurança na coleta de dados pessoais na era do Big Data, bem como se há ética nessa estratégia de adquirir informações pessoais, haja vista a submissão do homem à máquina na vida moderna. Quem sabe isso seja possível a partir do momento em que sejam conhecidas as medidas que visam a assegurar a proteção dos sujeitos para os quais elas foram pensadas. Nesses termos, este texto objetiva a apresentar informações sobre as implicações do processamento de dados, no que diz respeito à segurança daqueles que usam a internet. Em especial, no âmbito da situação do Regulamento Europeu de Proteção de Dados Gerais (GDPR da UE). O objetivo proposto está edificado a partir de uma revisão bibliográfica que conta com profissionais da área do direito e da tecnologia da informação.

Entende-se que a validade em problematizar essa temática é relevante na medida em que a cada dia cresce o número de usuários na internet, em razão da popularização do acesso às tecnologias da comunicação e da informação. Pode-se pensar que, quanto mais se acessa a internet, mais vulnerável se apresenta a privacidade de dados pessoais, daí a urgência desse tema. Ao se propor essa reflexão, espera-se sublinhar a importância de pensar soluções que cotejem tanto o manejo dos dados quanto o direito à privacidade e à proteção das informações dos usuários.

I – Compartilhamento de dados

Hoje com o desenvolvimento de tecnologias exponenciais – período chamado de "Indústria 4.0"[1] ou "Quarta Revolução Industrial" – vive-se a era da customização em massa, possibilitada pela comunicação instantânea dos diversos elos da cadeia produtiva, pelo movimento de digitalização do processo desde o desenvolvimento até o pós-venda de produtos. A Confederação Nacional da Indústria descreve esse fenômeno como tecnologias habilitadoras, explicando que são elas que farão a nova revolução industrial. Em seu entendimento, "a internet das coisas, o *big data*, a computação em nuvem, a robótica avançada, a inteligência artificial, os novos materiais e as novas tecnologias de manufatura aditiva (impressão 3D) e a manufatura híbrida (funções aditivas e de usinagem em uma mesma máquina)" (AIRES; MOREIRA; FREIRE, 2017, p. 05) promovem desde já a nova revolução.

Para facilitar o entendimento, Forgó, Hänold e Schütze explicam que a Indústria 4.0 corresponde a Big Data, como condição prévia para o bom gerenciamento do processo de tomada de decisão,

[1] Indústria 4.0 é um projeto no âmbito da estratégia de alta tecnologia do governo alemão que promove a informatização da manufatura. O objetivo é chegar à fábrica inteligente (Smart Manufacturing) que se caracteriza pela capacidade de adaptação, a eficiência dos recursos, e ergonomia , bem como a integração de clientes e parceiros de negócios em processos de negócios e de valor. Sua base tecnológica é composta por sistemas físicos cibernéticos e da Internet das Coisas (IoT – Internet of Things).

ou seja, para analisar enormes quantidades de dados (em tempo real). Um exemplo prático disso seria o carro autodirigido ou outros veículos autônomos, os quais precisam ser capazes de detectar o meio ambiente e navegar sem a entrada humana, o que somente é possível através de um número adequado de sensores com os quais o carro pode detectar o seu entorno e receber dados de trânsito em tempo real sobre congestionamento e condições de estrada, etc., para calcular a rota ideal ou a velocidade de viagem (FORGÓ; HÄNOLD; SCHÜETZE, 2017).

Historicamente, a Internet das Coisas teve seu surgimento em 1999, quando o pesquisador do MIT (Massachusetts Institute of Technology), o britânico Kevin Ashton, fez uso dela pela primeira vez em uma apresentação direcionada à empresa Procter & Gamble (SERAFIM, 2017). A apresentação consistia na possibilidade de se etiquetar eletronicamente os produtos da linha de produção de uma empresa, para facilitar a logística, utilizando identificadores de radiofrequência.

A esse respeito, Sônego, Marcelino e Gruber descrevem como se deu a evolução do termo:

> O significado do termo, explana Ferreira (2014), ampliou-se e passou a abranger a área de sensores e atuadores sem fio, de objetos conectáveis às redes que utilizam o protocolo TCP/IP (*Transmission Control Protocol / Internet Protocol*), assim como as tecnologias de semântica de dados, concebendo desta maneira, uma visão orientada às coisas, uma visão orientada à internet e uma visão orientada à semântica [...]. Ao referirem-se às diferentes visões, Atzori et al. (2010) detalham que a visão orientada às coisas objetiva demonstrar propostas que assegurem o melhor aproveitamento dos recursos dos dispositivos e sua comunicação; a visão orientada à semântica foca na representação, armazenamento, pesquisa e organização da informação gerada, procurando soluções para a modelagem das descrições que permitam um tratamento adequado para os dados produzidos pelos objetos; enquanto que a visão orientada à internet tem o intuito de conceber modelos e técnicas destinadas a

> interoperabilidade dos dispositivos em rede (SÔNEGO; MARCELINO; GRUBER, 2017, p. 82).

Efetivamente, a Internet das Coisas (IoT - Internet of Things) corresponde a um paradigma que, através de novas tecnologias, imputa os objetos à capacidade de disponibilizar informações a respeito de seu funcionamento. Conectados à rede global de computadores, são considerados inteligentes porque possuem tecnologia embarcada, o que lhes confere autonomia para autogestão, controle e notificação de alterações em seu estado.

Tendo em vista esse contexto, consoante a Confederação Nacional da Indústria, haverá um avanço significativo da digitalização nas áreas de energia, mobilidade urbana, agricultura, indústria, bens de consumo e saúde. De fato, entre as tecnologias habilitadoras dessa revolução industrial, enquadra-se a internet das coisas, uma vez que as máquinas e insumos irão interagir trocando informações ao longo do processo produtivo, de forma autônoma e integrada, com inúmeras possibilidades de conexão de diversos dispositivos móveis acrescidos à capacidade de armazenamento de informações, bem como o seu compartilhamento (AIRES; MOREIRA; FREIRE, 2017).

Essa temática relaciona-se com a nomenclatura *Big Data* (megadados em português), que pode ser definida como um grande processo de coleta e armazenamento de dados. Sua finalidade seria a constante interpretação, de modo que o montante recolhido oportunize uma forma de antecipar tendências e direcionar a tomada de decisões estratégicas. Assim, o valor do Big Data está nos insights deduzidos dele.

Sem dúvida, trata-se de dados estatísticos que visam ao mapeamento de informações para uso específico, profissional ou pessoal, em prol de prevenção de produtividade nos negócios, dentre outras finalidades. Os dados coletados podem ser estruturados, isto é, podem estar sob a forma de informações criptografadas; ou não estruturados, quer dizer, informações públicas tais como fotos, dados de navegação, mensagens de texto e geolocalização.

Nessa linha, para Don Tapscott (2016), a Internet das Coisas relaciona o compartilhamento de informações de forma segura, detectando e automatizando ações e transações por meio da internet. Em seu entender, por meio da tecnologia do Blockchain, é possível identificar dispositivos inteligentes com informações relevantes, tais como a forma de facilitar o processamento de transações e coordenação entre dispositivos que interagem. Assim sendo, restará alcançado o *status* de democratização do mundo digital.

Nesse sentido, a Internet das Coisas precisa de um livro-razão que oriente seu funcionamento, que explicite sua arquitetura, para que seja mais confiável. Assim, via tecnologias que estivessem compartilhando informações de forma segura, detectando e automatizando ações e transações por meio da internet, seria possível ter um pouco mais de segurança. Isso já ocorre concretamente "graças à tecnologia do Blockchain" (TAPSCOTT, 2016). O protocolo da confiança, como é conhecido, aumenta a sensação de segurança porque decentraliza as informações, gerando bases de dados distribuídas na rede e compartilhadas por meio dela.

Aumentar o estatuto de credibilidade de navegação na rede é urgente porque a Internet das Coisas permite diversos benefícios, tanto tecnológicos como em termos de eficiência e agilidade em relação aos processos em diversas áreas que envolvem sua aplicação. Isso significa uma ruptura total para os mercados existentes, operadores e modelos de negócios.

Essas afirmações estão baseadas no exemplo do

> [...] trabalho de Hancke, de Carvalho e Silva, e Hancke Junior (2012), citado 46 vezes e denominado *The role of advanced sensing in smart cities*, que apresenta aspectos de como a Internet das Coisas, juntamente com as redes de sensores sem fio podem contribuir para a sustentabilidade e o uso eficiente de recursos energéticos nas cidades, em áreas como: saúde, transportes, distribuição de água e energia, monitoramento ambiental e serviços públicos. Na percepção dos autores, a infraestrutura necessária para a concepção de um projeto deste porte, caracteriza-se por custos financeiros elevados e extrema

> complexidade, indicando a existência de consideráveis desafios a serem superados (SÔNEGO; MARCELINO; GRUBER, 2016, p. 87).

No entanto, é urgentemente necessário discutir a forma e o tratamento quanto à proteção de dados pessoais originados na utilização de todos os processos na rede de computadores (internet). Em face da tutela da privacidade e da proteção aos direitos da personalidade dos usuários, impende destacar que a reunião de tais informações "representa alto valor comercial, em que os dados coletados se tornam bens econômicos" (MORELI, 2016, p. 97).

II – Privacidade

Tendo em vista que, em um futuro próximo, não haverá limites quanto aos tipos de dispositivos que estarão conectados na internet, cabe, desde já, colocar em pauta a tensão existente entre as estratégias de coleta de dados e a privacidade em relação às informações dispostas na internet. Isso porque, sem dúvida, não serão apenas computadores, *smartphones* ou celulares que irão monitorar e gerar dados[2].

Assim, é latente a necessidade de verificar quais os mecanismos legais para a construção de garantias de privacidade com relação ao uso de *Big Data* para captação de informações na internet. Especificamente, debater como impedir, condicionar ou monitorar a utilização da internet das coisas de maneira permanente. Ademais, pensar a questão de como relacionar segurança e mobilidade de uso, sem requerer a exclusão do cidadão no que diz respeito ao âmbito virtual e tecnológico.

---

[2] O Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações tem a expectativa de que os novos produtos e serviços viabilizados pela internet das coisas devam injetar, no mínimo, US$ 5 bilhões na economia brasileira, até 2025, segundo o site de tecnologia IDG Now. Disponível em: http://www.dgabc.com.br/Noticia/2774897/governo-projeta-futuro-de-internet-das-coisas. Acesso em 28 set. 2017.

Nesse cenário, há necessidade de uma visão realista para a construção de garantias de privacidade no que diz respeito ao uso e à captação de informações dispostas na internet. Isso em razão de que está nesse meio ausente o consentimento expresso de autorização para determinado comportamento – pois a internet vulgarizou os termos de uso (aceite). É sabido que as pessoas clicam no quadro concordando com a leitura dos termos sem que tenham lido quaisquer de suas cláusulas, o que aumenta mais ainda sua vulnerabilidade no virtual.

Um fato é que, em termos concretos, a internet das coisas fez desaparecer o termo de aceite, contrariando o artigo 7º da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), em especial o inciso IX, que determina o consentimento prévio e expresso do titular dos dados pessoais. De modo geral, ao se ingressar em um ambiente virtual, os dados pessoais são jogados na rede e podem, potencialmente, ser identificados e tratados. A questão do não respeito ao consentimento do usuário vai também de encontro com o novo Regulamento Europeu de Proteção de Dados Gerais, que, em seu Art. 7º, aponta que o tratamento de dados pessoais pode se dar somente mediante autorização do titular.

O papel do consentimento desaparecerá, mas seu objetivo será automatizado. Isso porque a coleta e a proteção de dados na forma em que ocorre em modelo *Big Data* dá-se em quadro de riqueza de informação, sem que encontre respaldo em instrumentos normativos. À medida que vem sendo fomentada a construção de vários bancos de dados, urge que haja uma regulação na coleta e na difusão dessas informações. Medidas estão sendo tomadas por muitos países, mas ainda é algo incipiente. Além disso, a dinâmica dos novos tempos requer que sejam constantemente atualizadas as normativas, a fim de que seja possível legislar de acordo com as demandas de cada tempo.

Conforme salientam Corrales, Fenwick e Forgó (2017), o *Big Data* trouxe novas e complexas formas de processamento e análise de informações em escala maior, que excedem a capacidade de

processamento de sistemas convencionais de banco de dados, não apenas porque geram enormes volumes de dados, mas também porque englobam todos os métodos e processos que resultam em informações que apoiem as análises da tomada de decisões científicas e empresariais.

Como colocado por Pagliusi, em evento no qual palestrou, em 03 de outubro de 2017, intitulado Futurecom, em São Paulo, foi lançado pelo BNDES e o MCTIC o estudo *Internet das Coisas:* um plano de ação para o Brasil (Produto 8: Relatório do plano de ação – Iniciativas e Projetos Mobilizadores), que subsidiará a elaboração do Plano Nacional de IoT (Internet of Things). Esse estudo reuniu mais de 70 proposições para guiar as políticas públicas e ações para IoT entre 2018 e 2022 (PAGLIUSI, 2018). Um dos principais pontos relevantes para o adequado desenvolvimento da Internet das Coisas está relacionado com a disponibilidade de conectividade, remetendo, portanto, a uma revisão do quadro regulatório de telecomunicações.

Pagliusi destaca que o referido estudo traz uma lista de objetivos específicos no campo Regulatório, Segurança e Privacidade, como garantia da segurança das conexões. Nele foi identificada a necessidade de criação de um marco regulatório de proteção de dados pessoais, adequado para fomentar a inovação e a proteção aos direitos individuais. Da mesma forma, foi possível determinar um desenho institucional adequado para enfrentar os desafios no que diz respeito à privacidade e à segurança para o uso deliberado da IoT.

Nesse sentido, é relevante trazer à tona três elementos da análise naquela oportunidade, a saber:

> **- Regulação de Telecomunicações (6.4.1)** – um dos requisitos essenciais de aplicações Internet das Coisas é a existência de conectividade, conceito este diretamente relacionado à infraestrutura de suporte à prestação de serviço de telecomunicações, o que traz para o debate de Internet das Coisas a necessidade de uma análise aprofundada da regulamentação setorial para identificar potenciais obstáculos ao desenvolvimento de IoT no país.

- Privacidade e Proteção de Dados Pessoais (6.4.2) – com a proliferação de novos dispositivos conectados à Internet aptos a armazenar, coletar e tratar uma significativa quantidade de dados tem sido recorrente a discussão sobre usos legítimos dos dados e sobre as vulnerabilidades das bases de dados gerados. Em adição, a formulação de políticas públicas, a gestão eficiente e transparente dos órgãos governamentais e a criação de novos modelos de negócios são influenciados pelo crescimento exponencial de análises baseadas em grandes volumes de dados. Assim, o desenvolvimento de soluções de IoT demanda edição de norma sobre proteção de dados pessoais que lide com a complexidade deste contexto tecnológico. É preciso existir instância regulatória para lidar com estes desafios, com uma autoridade capaz de apresentar opiniões técnicas específicas com controle unificado e homogêneo do cumprimento das disposições sobre proteção de dados pessoais.

- Segurança da Informação (6.4.3) – diante do desenvolvimento da IoT no Brasil, da expansão de vulnerabilidades em redes e da natureza "sem fronteiras" de incidentes em segurança da informação, a discussão sobre medidas relacionadas à cibersegurança nos âmbitos do Poder Público e da iniciativa privada ganha destaque. Discutem-se modelos de governança tanto para a cooperação internacional, quanto em relação ao arranjo institucional interno brasileiro. No âmbito local, faz-se necessário, ainda, encontrar alternativas para incentivar a adoção de medidas protetivas à segurança da informação pela iniciativa privada, seja pela adoção de mecanismos voluntários de certificação de dispositivos ou pelo respeito a critérios mínimos de segurança em infraestruturas críticas. Uma alternativa prevista no estudo seria a certificação voluntária sobre a segurança de dispositivos ligados à IoT. A estruturação de sistema de certificação baseado na autoavaliação voluntária, sem imposição de obrigações legais, tem potencial de criar cultura de transparência na prestação de informações ao usuário e incentivar a adoção de alto padrão de segurança pela iniciativa privada. Para viabilizá-lo, uma alternativa seria a criação de aliança por representantes da iniciativa privada, responsável pela organização estrutural e elaboração de diretrizes (PAGLIUSI, 2018, on-line).

Diante desse contexto, mostra-se oportuno examinar, ainda que com brevidade, o Regulamento Europeu de Proteção de Dados

Gerais (GDPR da UE)[3], que entrará em vigor em maio de 2018. Trata-se de um novo marco regulatório aplicável à proteção de dados pessoais na Europa. Essa legislação atualiza o já estipulado na Diretiva Europeia de Proteção de Dados, de 1995, oferecendo parâmetros para a proteção de dados pessoais. O novo marco regulatório apresenta uma definição de dados pessoais ampla – como é possível constatar no Art. 5º –, entendendo nesse âmbito toda a informação que revele de modo direto ou indireto o indivíduo, comportando, portanto, endereço de IP, dados pessoais e de localização, por exemplo. A preocupação com o sigilo desses corpora está no entendimento de que, na contemporaneidade, eles constituem valor de mercado porque viabilizam uma série de desenhos de perfil, que favorecem de distintas maneiras o mercado de consumo.

Conforme os artigos 1º, 2º e 3º, o Regulamento Europeu de Proteção de Dados Gerais aplica-se àqueles que, independentemente de nacionalidade ou de seu local de residência, encontram-se no contexto das atividades da União Europeia. Assim, seja de maneira automática ou não, todos que de alguma forma lidam com dados sensíveis – empresa ou organização, tanto em nível pessoal como em caso de um subcontratante submetidos à legislação da União Europeia – devem adequar-se à nova proposta. Caso isso não ocorra, podem sofrer sanções por incumprimento. Isso significa que os responsáveis, além de pagarem multas, têm de indenizar por danos materiais ou imateriais as pessoas que sofreram violação.

Nesses termos, o regulamento novo prevê que as organizações são responsáveis pelos dados que por elas são coletados e tratados. Além disso, requer que haja por parte de quem os maneja uma maior catalogação, bem como uma maior disponibilidade do porquê da permanência e registro dessas informações, o que gerará um mapeamento daquilo que a empresa

[3] O Regulamento (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 27 de abril de 2016, é relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Ele revoga a Diretiva 95/46/CE (REGULAMENTO GERAL SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS).

dispõe. Esse inventário deverá ser de fácil acesso, a fim de que sejam garantidas a proteção, confiabilidade, integridade e disponibilidade, para que seja possível a portabilidade, assegurada via regulamento. Assim sendo, diversos setores têm de estar integrados para que haja a qualidade do gerenciamento de dados: recursos humanos, suporte presencial ou remoto, informática, vendas, atendimento ao cliente, tudo deve estar em diálogo.

Uma outra questão levantada pelo Regulamento Europeu de Proteção de Dados Gerais é em relação à privacidade. Nesse entendimento, as organizações e empresas deverão administrar seus dados: saber o que têm, por que têm, para que têm, e, em seguida, criar uma estratégia para proteger desse montante. No contraste com a legislação até então vigente na Europa, o que se percebe é uma maior responsabilização e uma maior transparência na gestão do fluxo de dados. É necessário, pois, que, frente ao proposto, as empresas estejam preparadas para a gestão de possíveis incidentes, o que custará aos envolvidos certa minúcia no lidar de seus bancos de informações.

Pensando no cliente, em seu direito de mobilidade, o GDPR da UE prevê que seja possível migrar de prestadora de serviços com a garantia de, por exemplo, ter a totalidade de seus dados transladados ao novo provedor. Esse princípio atualiza o anterior, que permitia ao cliente ter suas informações deletadas. Assim, com o novo regulamento há o alargamento do contexto de aplicação da norma, pois tanto será possível solicitar o apagamento quanto a transferência das informações pessoais. Especificamente o Art. 18º, estipula que o titular, em razão do fácil acesso a ele concedido, pode solicitar informações a respeito de seus dados; requerer correções; pedir anonimato, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários ou em desconformidade com a lei. Pode ainda invocar judicialmente seus direitos de consumidor.

Nomeadamente, Cecilia Magnusson Sjöberg explicita que, até 25 de maio de 2018, a Diretiva Europeia de Proteção de Dados (95/46/CE) estará em vigor, quando a partir dessa data, portanto,

haverá um regime jurídico diferente, baseado no novo Regulamento Geral de Protecção de Dados (GDPR) (SJÖBERG, 2017). É importante destacar que se trata de um documento inteiramente pensado para a nova realidade tecnológica e as demandas específicas delas advindas.

Nesse tocante, é pertinente o questionamento levantado por Forgó, Hänold e Schütze sobre qual seria a especificação de requisição para o regulamento. Eles apontam que, caso os conjuntos de dados processados sejam qualificados como dados pessoais – justo a situação que será alvo de modificações –, estarão, portanto, amparados pelo Regulamento Geral de Proteção Geral de Dados (GDPR) (FORGÓ; HÄNOLD; SCHÜETZE, 2017).

Com efeito, Forgó, Hänold e Schütze enfatizam que um dos princípios sólidos da base da legislação europeia, em matéria de proteção de dados, é o princípio da limitação da finalidade. Em suas palavras:

> This means in general that processing of personal data in the European Union requires a clearly defined purpose at the time of data collection, and that such data cannot be reused for another purpose that is incompatible with the original purpose. This principle may constrain Big Data applications in Europe because one of the methods to leverage value from Big Data is to use data and further processed datasets for different purposes; and to analyze the data in a way that may not have been envisaged at the time the data was first collected (FORGÓ; HÄNOLD; SCHÜETZE, 2017, p. 20).

Consoante o Princípio de Limitação de Propósito sob a Diretiva de Proteção de Dados (DPD), datado do ano de 1995, o Regulamento Europeu de Proteção de Dados Gerais procura harmonizar as regras de proteção de dados dentro da União Europeia, com a finalidade de eliminar os obstáculos a um fluxo livre de dados pessoais, bem como, ao mesmo tempo, aperfeiçoar o nível de proteção dos direitos e liberdades das pessoas no que diz respeito ao tratamento de seus dados. Assim, a nova legislação irá atualizar as definições de 1995, oferecendo novos princípios de atuação.

Esses princípios têm dois objetivos, proteger as expectativas razoáveis das pessoas em causa, em relação a quem e como seus dados devem ser processados. Além disso, por outro lado, permitir aos controladores processar dados para um novo objetivo dentro de limites cuidadosamente balanceados (FORGÓ; HÄNOLD; SCHÜETZE, 2017).

Nesse contexto, Forgó, Hänold e Schütze esclarecem que há uma conexão entre a transparência e a especificação da finalidade, como forma de aumentar a previsibilidade para os sujeitos de dados, que sabem o que esperar sobre o processamento de suas informações pessoais pelo controlador de dados. Eles citam o seguinte caso:

> This means in effect that, for example, large retail companies selling goods throughout Europe using complex analytic applications to tailor advertisements and offers to their customers will need to specify the purposes in more detail than a local shop, which is collecting only limited information about their customers. If a data controller provides a number of services (e.g., e-mail, photograph upload, social networking functions) it must ensure users are informed about all the different purposes of the envisaged processing activities. Additionally, if a gaming website service is aimed at teenagers, the age of the respective customer must be taken into account. The same is true for website services targeted at elderly people.35 In this context, it is also relevant to mention the limitation of purpose by the data subject by giving her informed consent (FORGÓ; HÄNOLD; SCHÜETZE, 2017, p. 26).

Isso significa que o consentimento informado do sujeito é uma das razões legais na Comunidade Europeia. Nesse contexto, permite-se o processamento de dados pessoais, cujo objetivo deve ser explicito, com transparência e previsibilidade. O intuito dessa permissão é restringir as possibilidades do controlador de dados de processar os dados pessoais para outras finalidades. Há previsão de processamento adicional desde que não seja incompatível com a finalidade inicial.

Além disso, o princípio de limitação da finalidade pode ordenar outra restrição sobre as aplicações *Big Data*: quando o processamento adicional dos dados pessoais não seja compatível com a finalidade original para a qual foi coletado, ou seja, uma vez coletados os dados, estes não devem ser mantidos para utilização futura, somente em casos para uso histórico, estatístico ou científico. Assim, harmoniza-se essa medida com outros princípios fundamentais da proteção de dados, como o princípio da minimização de dado (FORGÓ; HÄNOLD; SCHÜETZE, 2017).

No entanto, deve haver um equilíbrio entre os interesses do responsável pelo tratamento de dados para processamento e os interesses da pessoa em questão em casos em que for necessária uma abertura para o interesse legítimo do controlador ou de um terceiro, exceto quando esses interesses forem anulados pelos direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa, que exige proteção de dados pessoais (FORGÓ; HÄNOLD; SCHÜETZE, 2017).

De fato, o novo regulamento que irá vigorar na Comunidade Europeia mantém o princípio da limitação da finalidade como um dos seus elementos básicos, não obstante, em alguns campos, como o da pesquisa científica e médica, há ressalvas. Entende-se, frente ao exposto, que o legislador europeu reagiu na questão da necessidade de reutilizar dados pessoais e as dificuldades para especificar todas as questões de pesquisa no momento da coleta dos dados. É possível aos sujeitos dos dados darem o seu consentimento em certas áreas de pesquisa científica se forem cumpridas as normas éticas (FORGÓ; HÄNOLD; SCHÜETZE, 2017).

Em cenários do *Big Data*, não se deve visar à obtenção de informações sobre indivíduos específicos ou tomar decisões que os afetem. Isso porque se estaria no campo da violação ao princípio da limitação da finalidade. Essa visão contraria àqueles que acreditavam que a internet era um espaço sem normativas válidas. As estratégias que vêm sendo pensadas por diferentes países justamente querem afastar esse folclore.

Com efeito, os propósitos gerais da reforma da proteção de dados na União Europeia têm por finalidade fortalecer a privacidade, aumentar a harmonização entre os Estados-Membros, reduzir a burocratização e realizar melhores ajustes técnicos. Tudo para fortalecer o mercado único digital. Isto posto, impende colocar que, referido um regulamento, é aplicado diretamente nos Estados-Membros, ao passo que uma diretiva deve ser implementada na legislação nacional (SJÖBERG, 2017).

Para ampliar a visão do que se apresentou, recorre-se à obra *Vigilância Líquida* – Diálogos com David Lyon, de Zygmunt Bauman, sociólogo polonês, que oferece uma base teórica para ver o contexto que tenciona a modernização tecnológica e a segurança (ou a falsa sensação de segurança), a partir de um diálogo entre Bauman e David Lyon, no qual eles discutiram sobre redes sociais, privacidade, exposição, consumo, vigilância, benefícios ou prejuízos da evolução tecnológica, aspectos contraditórios entre liberdade e segurança, dentre outras questões (BAUMAN, 2013). Essa problematização advém da ampliação do conceito de *modernidade líquida*, no qual Bauman refere-se à constante mudança sobre a qual vive a sociedade moderna.

Partindo da noção de liquidez, o autor discorre sobre a rápida movimentação das tecnologias e como essa dinâmica afeta tópicos dos novos tempos, tais como redes sociais, interações virtuais, consumo, privacidade e exposição na rede. Seus argumentos conduzem o leitor à observação de prejuízos e benefícios trazidos pelas tecnologias. Ademais, faz com que se perceba o paradoxo existente, uma vez que elas trouxeram a tensão entre liberdade e controle, segurança e insegurança.

Para o autor, quanto mais a tecnologia evolui, mais cuidadoso deve ser o perambular por ela, já que o homem passa a ser limitado em seu agir, no sentido de que pode ser vigiado de diferentes formas – como em distopias já escritas. O marco europeu do qual se fez menção é um começo para se pensar sobre como salvaguardar os direitos pessoais daqueles que usam a rede. Como ela é, pelo visto,

parte integrante da sociedade, caberá a outras localidades colocar em questão certas garantias para os seus usuários.

No Brasil, pensar a segurança na rede está em processo inicial, embora muito já tenha sido construído. Discussões foram lançadas com a proposição do Marco Civil da Internet, a partir da promulgação da Lei nº 12.965/14, que regula o uso da Internet no país – ademais de propostas anteriores que pensaram juridicamente o espaço virtual, a fim de comportar as demandas dos novos tempos.

O Marco Civil (LEI nº 12.965), em seus artigos, assegurou princípios de privacidade, legislando sobre a proteção de dados pessoais e casos de indenização moral ou material quando haja violação. Versou também sobre a necessidade de as empresas informarem o processo de coleta, bem como justificarem por que dessa atitude. Ademais, referiu-se sobre a preservação e garantia da neutralidade na rede, bem como abordou a responsabilidade dos provedores.

Nessa medida, há previsão de princípios, garantias, direitos e deveres para quem usa a rede, bem como há determinação de diretrizes para a atuação do Estado. De todas as formas, muito ainda se tem para discutir sobre a validade do que foi proposto e sobre as reais formas de atuação nos casos concretos.

Considerações finais

Ao longo deste artigo foram arroladas informações sobre as implicações do processamento de dados, no que diz respeito à segurança daqueles que usam a internet. Em especial, abordou-se a situação do Regulamento Europeu de Proteção de Dados Gerais (GDPR da UE).

Para contemplar a tutela de direitos trazidas ao longo do texto, entende-se que é imprescindível uma mudança de paradigma do Brasil. O fato é que essa demanda requer ao menos uma atualização/adaptação das noções vigentes, sendo relevante o

conhecimento do paradigma europeu, a fim de que seja aplicado no Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais (Brasil, PL 5.276/2016). Essas medidas não só atenderão ao sujeito comum ou às empresas privadas, mas também irão salvaguardar o planejamento de atividades estatais, já que é inegável que a especulação e o armazenamento de dados se tratem de um capital valioso.

Nesses termos, é importante que haja uma definição de riscos, bem como uma matriz de riscos potenciais, sempre levando em consideração a privacidade das pessoas, em ralação ao uso dos dados em si. Por isso, mostra-se relevante o novo regulamento europeu por ratificar a proteção de dados, em especial pelo princípio de limitação de finalidade e, assim, garantir que a tecnologia deva ser utilizada como suporte para satisfazer as necessidades individuais.

Referências

AIRES, Regina Wundrack do Amaral; MOREIRA, Fernanda Kempner; FREIRE, Patrícia de Sá. **INDÚSTRIA 4.0:** COMPETÊNCIAS REQUERIDAS AOS PROFISSIONAIS DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL. VII Congresso Internacional de Conhecimento e Inovação 11 e 12 de setembro de 2017 – Foz do Iguaçu/PR.

BAUMAN, Zygmunt. LYON, David. **Vigilância Líquida** – Diálogos com David Lyon de Zygmunt Bauman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2017.

_____. Palácio do Planalto. **Lei nº 12.965,** de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm>. Acesso em 28 set. 2017.

_____. Palácio do Planalto. **Lei nº 12.527,** de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em 28 set. 2017.

BRASIL, Ministério da Ciência e Tecnologia e Governo Federal. **Livro verde da Sociedade da Informação no Brasil.** Tadao Takahashi (Org.), Brasília: Grupo da Implantação do Programa Sociedade da Informação (SocInfo), set. 2000.

CORRALES, Marcelo; FENWICK, Mark; FORGÓ, Nikolaus. Disruptive Technologies Shaping the Law of the Future. In: **Perspectives in Law, Business and Innovation** - New Technology, Big Data and the Law. Marcelo Corrales, Mark Fenwick e Nikolaus Forgó Editors, Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2017. Disponível em: <http://www.dgabc.com.br/Noticia/2774897/governo-projeta-futuro-de-internet-das-coisas>. Acesso em 28 set. 2017.

FORGÓ, Nikolaus; HÄNOLD, Stefanie; SCHÜETZE, Benjamin. The Principle of Purpose Limitation and Big Data. In: **Perspectives in Law, Business and Innovation** - New Technology, Big Data and the Law. Marcelo Corrales, Mark Fenwick e Nikolaus Forgó Editors, Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2017.

PL 5.276/2016 – Dispõe sobre tratamento de dados pessoais para garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4FEB7FCA5BC01C49284EF2AFEDAC0F39.proposicoesWebExterno1?codteor=1457459&filename=PL+5276/2016>. Acesso em 25 de fev. 2018

MORELI, Luiz Fernando Villa. A proteção de dados pessoais e seus efeitos nas *startups* de tecnologia. In: **Direito das *startups***. Lucas Pimenta Júdice, Erik Fontenele Nybo. Curitiba: Juruá, 2016.

PAGLIUSI, Paulo. **Internet das Coisas:** um plano de ação para o Brasil – aspectos de segurança. Disponível em: <http://www.lexmachinae.com/2018/01/02/internet-das-coisas-um-plano-de-acao-para-o-brasil-aspectos-de-seguranca/http://www.dgabc.com.br/Noticia/2774897/governo-projeta-futuro-de-internet-das-coisas>. Acesso em 28 fev. 2018.

REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses

dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) – Disponível em: <https://www.cncs.gov.pt/content/files/regulamento_ue_2016-679_-_protecao_de_dados.pdf>. Acesso em 25 de fev. 2018.

REVISTA FERRAMENTAL. Disponível em: <http://www.revistaferramental.com.br/pt/artigos/industria-40-sistemas-inteligentes-para-manufatura-do-futuro/8>. Acesso em 03 dez. 2017.

SERAFIM, Edivaldo. **Uma estrutura de rede baseada em tecnologia IoT para atendimento médico a pacientes remotos** (Dissertação de Mestrado em Ciência da Computação, Faculdade Campo Limpo Paulista, Campo Limpo Paulista). Disponível em: <http://www.cc.faccamp.br/Dissertacoes/Edivaldo>. Acesso em 04 dez. 2017.

SJÖBERG, Cecilia Magnusson. Scientific Research and Academic e-Learning. **In: Light of the EU's Legal Framework for Data Protection.** In: Perspectives in Law, Business and Innovation - New Technology, Big Data and the Law. Marcelo Corrales, Mark Fenwick e Nikolaus Forgó Editors, Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2017, p. 46.

SÔNEGO, A. A.; MARCELINO, R.; GRUBER, V. **A Internet das Coisas aplicada ao conceito de eficiência energética:** uma análise quantitativo-qualitativa do estado da arte da literatura. AtoZ: novas práticas em informação e conhecimento, 5(2), 80 – 90. Disponível em:<http://dx.doi.org/10.5380/atoz.v5i2.47860>. Acesso em 04 dez. 2017.

TAPSCOTT, Don. **Blockchain revolution:** como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo/Don Tapscott, Alex Tapscott. – São Paulo: SENAI-SP, 2016.

Eixo 2

Direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais

5

Análise dos princípios de Stuart Mill em face da censura prévia na reforma política no Brasil

Lenon Oliveira Horbach[1]

1. Introdução

Nos últimos meses tem-se vivenciado tentativas reiteradas, por parte do poder legislativo, de pautar legislações que influenciam em censura. Exemplo dessa postura foi vista no projeto de Reforma Política, que tramitou no Congresso Nacional. Parte da legislação proposta na reforma, incluída através de emenda, defende a retirada de conteúdos da internet pela simples denúncia de "discurso de ódio, disseminação de informações falsas ou ofensa em desfavor de partido, coligação, candidato ou de habilitado (à candidatura)" (PERON; MONTEIRO, 2017).

Através do texto aprovado pelo Congresso Nacional, qualquer pessoa poderia apontar existência de discursos de ódio frente a informações que ofendam partidos políticos, coligações ou candidatos, na forma que, sem autorização judicial, o provedor fosse obrigado a retirar a informação do ar. A emenda, na verdade, estabelece 24h para que o provedor suspenda o conteúdo, e identifique o responsável pela publicação (REFORMA política..., 2017).

Entretanto o Presidente Michel Temer vetou a emenda parlamentar, não compactuando com a censura prévia anteriormente

[1] Mestrando em Direito Público pela Universidade do Rio dos Sinos. Email: lenonhorbach@gmail.com.

aprovada pelo Congresso Nacional. Houve manifestação contrária da Associações Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, Nacional de Editores de Revista, e Nacional dos Jornais, que repudiaram a emenda parlamentar. Em nota foi afirmado pela Associação que "o Marco Civil da Internet estabelece que, somente mediante decisão judicial, é possível essa suspensão ou retirada de informações e opiniões" ((REFORMA política..., 2017).

Cada vez mais, quando analisada a tutela de liberdade de expressão frente a possíveis discursos de ódio se pende a acreditar, instintivamente, que esse direito deva ser pormenorizado, no sentido de diminuí-lo. Todavia, segundo as lições de Mill, o Estado deve proteger as más ideias ao invés de censurá-las, mesmo que sejam prejudiciais, e assim conduzir políticas que promovam a minoria que fora atingida.

A liberdade de expressão serve, além de sua função principal, para trazer consequências libertadoras a uma sociedade, e, frente ao presente caso, censurar possíveis discursos de ódio está em desencontro com uma sociedade aberta, plural e democrática, que deveria fomentar o respeito a autonomia individual de cada cidadão. Mill salienta que somente através da liberdade de opinião é que se atinge a verdade, mesmo que, como dito, se vislumbre ideias más e intolerantes. Deve-se sustentar o debate público, através de um mercado livre de ideias, onde cada cidadão escolhe a opinião que achar melhor segundo sua autonomia.

Neste ínterim, o objetivo do presente estudo é analisar a possibilidade, ou não, de censura prévia no sistema constitucional brasileiro, quando evidenciado discursos de ódio, disseminação de informações falsas ou ofensa em desfavor de partido, coligação, candidato ou de habilitado, como forma de limitação à liberdade de expressão, a partir dos princípios de Stuart Mill.

Aplicar-se-á o método dedutivo de abordagem na pesquisa. Tal método se mostra mais indicado, uma vez que se partirá de uma perspectiva jurídico-constitucional nacional, para posteriormente aplicar os conhecimentos em casos concretos, no presente caso, a

emenda parlamentar referente a reforma política. Outrossim, Fincato ensina que o método dedutivo "é aquele cujo antecedente é constituído de princípios universais, plenamente inteligíveis, do qual se chega a um consequente menos universal" (FINCATO, 2014, p. 43). A análise investigativa será desenvolvida a partir de documentação indireta em fontes primárias, tais como legislação nacional, e estrangeira, e documentos em geral, bem como em fontes secundárias bibliográficas, nomeadamente em livros, periódicos científicos, portais de acesso à informação, etc.

2. A liberdade de expressão frente ao Estado democrático

Mick Hune a algum tempo vem escrevendo sobre a necessidade de discutir com seriedade os preceitos da liberdade de expressão, pois todos postam-se a favor do direito de liberdade de expressão, porém não fazem ideia o que ela significa ou qual sua importância. Segundo o autor a liberdade de expressão "é o factor mais determinante para a criação e a sustentação de uma sociedade civilizada", na medida que o avanço da sociedade se deu, em grade parte, pelo progresso da liberdade de expressão (HUME, 2016, p. 33).

A liberdade de expressão ocupa um lugar nevrálgico na estrutura do Estado de Democrático de Direito, não havendo democracia sem liberdade de expressão (SCHÄFER, 2015), tanto que é classificada como direito fundamental na Carta Magna brasileira, tem lugar privilegiado no ordenamento constitucional. Alguns tratados e convecções no plano internacional chancelam o direito de expressão como um direito humano, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, após a segunda Guerra Mundial, até a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, pela OEA, bem como através do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, da ONU, de 1966, observando que o Brasil é signatário dessas declarações internacionais, sendo afirmado que "a liberdade de expressar o pensamento é um direito humano de conquista inarredável e que

integra o núcleo das liberdades atribuídas ao ser humano pela ordem jurídica internacional" (SARLET; MOLINARO, 2012, p. 42).

O direito constitucional de liberdade de expressão compreende "a possibilidade de exteriorização de crenças, convicções, ideias, ideologias, opiniões, sentimentos e emoções, pelas mais diversificadas plataformas informativas hoje existentes" (ROTHENBURG; STROPPA, 2015), partindo-se do princípio de que todas as formas de manifestações, salvo as violentas, estão amparadas pela liberdade de expressão, incluindo "gestos, sinais, mensagens orais e escritas, bem como as manifestações veiculadas pelos modernos meios de comunicação, como nas redes sociais"(MITIDIERO; SARLET; MARINONI, 2015, p. 483).

O que terceiros dizem ou escrevem não deve (mas pode) ser aquilo que o leitor quer ler, "mau gosto ou bom gosto, ofensivo ou atractivo, mordaz ou aborrecido, o que importa é ser livre", e por isso defender a liberdade de expressão na prática é muito mais difícil que apoiá-la na teoria. De modo diferente, as realizações pessoais tornam-se reféns de doutrinas majoritárias, prevalecendo apenas o que é politicamente correto em determinado momento histórico. Na tentativa de vencer esse paradigma, coloca-se a liberdade de expressão em uma posição prática, não a usando apenas para ir ao encontro das maiorias, mas também para se debater os valores nutridos por elas (SARMENTO, 2006, p. 210).

Percebe-se que o direito de se expressar é um dos pilares da democracia, de modo que possibilita a população formar opiniões e críticas frente a assuntos que dizem respeito, principalmente, a vida em sociedade civil (BARROS, 2015, p. 28). Nesse ínterim, Jonatas Machado contribuiu que a instrumentalidade do direito à liberdade de expressão dá proteção a "autodeterminação democrática da comunidade política", assim como "da preservação da soberania popular", reafirmando conexões com as noções de mercado livre de ideias e procura da verdade (MACHADO, 2002, p. 256).

A autodeterminação democrática de um Estado está estritamente ligada a participação cívica da comunidade,

construindo internamente uma conexão entre garantia de direitos fundamentais e o governo de determinada sociedade, ressalvando que a participação política para ser vista como democrática, deve dar utilidade ao direito de liberdade de expressão. Como forma de exemplo, e citando uma democracia substancial, o autor mostra (FERRAJOLI, 2014) que o poder eleitoral constitui a efetivação de uma democracia mecânica, enquanto a formação de uma opinião pública, através do direito de se expressar, constitui a efetivação de uma democracia substancial (MACHADO , 2002, p. 262).

Já fixado que a liberdade para se expressar dá base para uma sociedade democrática, Jonatas Machado reflete a função do Estado frente a comunicação, destacando que, além de controlar a proibição de monopólio sobre a comunicação social, deve vincular o legislador para maximizar a possiblidade de participação da comunidade na vida pública. Ao mesmo tempo o Estado deve intervir o mínimo possível nas liberdades de comunicação, posicionando de forma neutra, possibilitando a diversidade de expressões e de conteúdos. Liberdade de expressão está ligada à espontaneidade humana e sua auto-organização, em que a liberdade dependa unicamente da vontade do titular do direito, permanecendo o Estado em uma posição de distância, garantindo a independência entre instituições, bem como de indivíduos. (MACHADO , 2002, p. 901).

O que se quer dizer é que estamos frente a um mercado livre de ideias, arte e literatura, onde a opinião deve ser ouvida, por mais odiosa que pareça, sendo esse o valor de uma sociedade livre, que é contraposta pelo "risco de um Estado que decida sobre o que devemos ler, concordar ou dissentir" (FELDENS, 2018). Para isso, é essencial que seja garantido o direito de acesso à informação pelo cidadão, agindo o Estado com total transparência, na medida em que o termo liberdade existe para que as palavras não sejam amarradas por nenhuma censura oficial por parte nenhuma instituição do Estado (HUME, 2016, p. 34).

3. A tentativa de imposição de censura prévia na Reforma política no Brasil

Com o avanço das Tecnologias da Informação, a liberdade de se expressar, poderia estar sendo usada de forma abusiva, trazendo danos graves e injustificáveis às pessoas. De fato, alguns setores da sociedade, como partidos e candidatos políticos acabaram sendo atingidos por discursos carregados de ódio, que "tendem a provocar uma babel de sentimentos negativos nas suas vítimas" (SARMENTO, 2006, p. 246).

Acontece que, em desacordo com a configuração de um Estado democrático, o Deputado Áureo, do Partido Solidariedade, propôs emenda ao Projeto de Lei de Reforma Política no Brasil. O mérito da proposição tinha como objetivo coibir trechos caluniosos contra partidos e candidatos políticos na rede de internet, onde os provedores e empresas administradoras de redes sociais tinham obrigação de verificar comentários feitos na rede de internet, e apontar sua autoria no prazo de 24h, caso esses comentários fosse classificado com sendo odioso (LADEIRA, 2017). Observando a movimentação da sociedade, o relator da proposta alegou que não se trata de censura prévia aos comentários de rede de internet, mas sim medida para evitar uma "guerrilha de *fakes*" na rede.

Ou seja, a proposta daria poderes aos provedores de internet de retirarem do ar, em até 24h, qualquer informação que trouxesse críticas a políticos ou a partidos políticos. A emenda parlamentar foi devidamente aprovada pelo Câmara de Deputados, bem como pelo Senado Federal, entretanto vetada pelo Presidente da república.

Se trata de uma tentativa de censura prévia à informação, na forma ainda de controle da Internet, pois além do desencontro com uma sociedade aberta, plural e democrática, está se negando vigência ao Marco Civil da Internet, no que cabe ao princípio da neutralidade da rede. A tentativa de censura prévia por parte do Congresso Nacional tentou se fundamentar na moral, vendando as más ideias por eles assim consideradas, no sentido de proteção as

pessoas públicas e organizações públicas, no caso, respectivamente candidatos e partidos políticos.

A medida faz lembrar épocas recentes, vide Ditadura Militar, onde a "censura recaía quase sempre sobre manifestações expressivas que o governo considerava perigosa ou ofensiva aos seus próprios interesses" (SARMENTO, 2006, p. 207), sendo que os próprios governantes controlavam aquilo que poderia ser dito, publicado e transmitido pelos meios de comunicação (CARVALHO, 2016, p. 25).

Como abordado acima, a liberdade de expressão dá subsídio à proteção do poder emanado soberano do povo, ao mesmo tendo que "o governo tende a se tornar menos corrupto quando não tem o poder de punir aqueles que o criticam". O Estado acaba por ofender os seus cidadãos quando decreta que esses não têm "qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis", dessa forma, concorda Dworkin que conservamos nossa dignidade individual quando ninguém, muito menos o Estado, nos impede de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos seguros de ouvi-la e suportá-la (DWORKIN, 2006, p. 318-9).

Observando o modelo de Estado Social, Bonavides entende que só se confirma esse modelo quando estivermos diante de uma democracia participativa, composta pelo povo e em menor escala por aqueles que representam o povo, justificando-se que a democracia participativa tendo o povo como protagonista, vai além dessa representação apática, onde (BONAVIDES, 2001, p. 56):

> A mídia, nas mãos da classe dominante, é a mais irreversível força de sustentação do status quo e de seus governantes conservadores, impopulares, injustos e reacionários. Afastá-la daquelas mãos, democratizá-la, protege-la, mediante dispositivos constitucionais que lhe assegurem a legitimidade no exercício de suas funções e deveres sociais, é o primeiro dos pressupostos da democracia participativa. Em verdade, valendo-se da mídia domesticada, da mídia submissa, e da mídia estipendiada, o Poder Executivo corrompe a democracia participativa, e corrompera, com muito

> mais intensidade e desfaçatez, a democracia participativa e seus mecanismos plebiscitários.

O professor Cass Sunstein, da *Harvard Law School*, na sua obra *Why Societies need dissent?* Sustenta que "o princípio da liberdade de expressão proíbe o governo de punir pessoas por rejeitar publicamente opiniões amplamente aceitas", ou ainda "de censurar discursos que sejam reprovados pelo governo". O autor ampara que mesmo existindo um risco significativo de um discurso causar danos ou perigo frente a uma sociedade livre, este não é suficiente para censurar o discurso por parte governo (SUNSTEIN, 2003, p. 6).

Em relação à censura, acredita-se que é difícil de saber se ela está sempre errada - aliás, poucos estudos ou estudiosos desenvolveram analises conceituais em relação ao tema. Partindo da premissa que liberdade de expressão inclui tanto o direito de expressar um ponto de vista como a liberdade de receber tais expressões, a censura é a interferências nessas liberdades, ou seja, "censura é interferir em um ato de comunicação entre indivíduos conscientes" (MATHIESEN, 2016, p. 9).

Quando se pensa em censura, rapidamente se imagina que o conteúdo da expressão ou da informação seja algo ruim, ou por ser inerentemente ruim que as pessoas acessem aquelas informações, ou por ser instrumentalmente ruim as pessoas acessarem aquela informação. Em relação ao acesso inerentemente prejudicial, a censura é proposta pois há conteúdo ofensivo ou objetável; já em relação ao acesso instrumentalmente prejudicial a censura é proposta pois a informação poderá alternativamente ou conjuntamente criar um mercado, criar um âmbito hostil, influenciar ou implementar algo (MATHIESEN, 2016, p. 18).

Todavia, Kay Mathiesen mostra que a censura não é o meio adequado para evitar consequências ruins. Em relação ao acesso inerentemente prejudicial estão a acesso aos conteúdos de sexo explícito, racistas, violentos, etc. O autor destaca três maneiras de identificação de informação inerentemente ruim: i. conteúdo

ofensivo para o receptor da informação; ii. A informação é degradante para o caráter subjetivo do receptor. iii. O acesso ao material explora os seres humanos que são tratados na informação. No entanto, para o autor o fato de que alguns acharem ofensiva determinada informação, não justifica que o conteúdo deva estar indisponível para aqueles que não compartilham dessa opinião, ou seja, o fato de ser degradante para alguém, ou ser ofensivo sob uma percepção, não justifica a restrição de acesso para quem deseja acessar (MATHIESEN, 2016, p. 18-9).

Já ao acesso instrumentalmente prejudicial vai além do sentimento de que um material seja ruim, engloba preocupações em relação a consequência que podem advir com o acesso à informação. O autor cita quatro exemplos: i. "criação de um mercado", onde quanto mais acesso a uma informação, mais chance de criação de novos conteúdos relacionados aquele tema. ii. "Ambiente hostil", onde reiterados acessos a um conteúdo cria um ambiente de desigualdade e comprometimento de pessoas ou grupo de pessoas, como por exemplo a pornografia, que perpetua o *sexismo* e compromete grupo de mulheres. iii. Influência, onde certos conteúdos criam tendências e comportamento antissociais. iv. Implementação, onde a informações é usada com instrução para concretizar prejuízos (MATHIESEN, 2016, p. 19-20).

Entretanto, o autor destaca que não importa quanto seja ruim o acesso a essas informações, nunca se deva censurar, sob pena de "escorregar em uma ladeira". Não há maneiras de definir se a censura é adequada ou não: tanto que, frente ao caso de tentativa de censura prévia na reforma política, o que os legisladores consideram instrumentalmente ruim hoje para censura com base em seus próprios interesses, poderá servir como precedente para os próximos legisladores também censurem com base nos interesses deles. (MATHIESEN, 2016, p. 20).

A tentativa de censura prévia proposta na reforma política tem caráter instrumental, com base nos próprios interesses dos

legisladores, em face de possíveis discursos de ódio na rede de internet. Dessa forma, observar-se-ão os ensinamentos de Stuart Mill para se manter a liberdade de informação, mesmo quando se trata de discursos de ódio. No momento em que o Estado, aparentemente democrático, proíbe um discurso por ele supostamente ser prejudicial à comunidade, ele está censurando, indo de encontro aos princípios de um modelo de Estado livre, aberto, plural e democrático.

O próprio texto constitucional já traz aparentes limitadores ao exercício de liberdade de expressão, diferente da censura, como o direito de resposta, a vedação ao anonimato, a indenização pelo dano moral, material e a imagem, a inviolabilidade da intimidade, vida provada, honra, etc (CAVALCANTE SEGUNDO, 2016, p. 50). Se observa ainda que a Constituição Federal traz que "é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística", bem como que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença", ou seja, há previsão constitucional para vedação da censura. (BRASIL, 1988).

No caso em tela, frente a tentativa de censura prévia na Reforma Política, se coloca ainda que existem outros meios menos gravosos para a democracia, diferente da censura, para diminuir o sentimento de injustiça dos candidatos políticos e partidos políticos, principalmente em época de eleições, que são alvos de críticas da grande massa. De qualquer forma, em relação a discursos de ódio contra partidos e políticos, deve-se protege-los ao invés de censurá-los, ressalvando que a censura prévia é uma simples equação de qualquer situação vexatória.

Cabe por último, observar que, a proposição da emenda versava em censurar discursos que cunho político que não agradavam aos próprios partidos políticos, candidatos políticos, e políticos com mandato eletivo, sendo que a censura deveria ocorrer imediatamente da denúncia, que poderia ser feita por qualquer pessoa, sem qualquer ampla defesa ou contraditório. A ideia era de

censurar previamente, para depois discutir se a medida foi correta ou não, quando colocada a discussão.

Ficamos imaginando o fenômeno discrepante e inconstitucional aprovado pela Câmara de Deputados e chancelado pelo Senado Federal, criando-se uma cultura de censura na rede de internet, sendo a voz do povo calada quando incomodasse um político ou partido político, calando-se um discurso, calando-se sua resposta, e assim consequentemente as vozes iriam calar-se, até que todas silenciassem.

4. Um olhar de Stuart Mill sobre a tentativa de censura prévia na reforma política no Brasil:

O clássico autor liberal John Milton, ainda no século XXVII, escreveu o ensaio político conhecido como "*areopagitíca*", que enfatizava a necessidade da liberdade de expressão sem autorização, sem censura, com enfoque a censura prévia. Na época, o documento foi dirigido ao parlamento inglês, na tentativa de que a vedação a censura encorajaria os cidadãos na busca da verdade e do conhecimento, sendo o contraposto a liberdade de expressão, à época, a inquisição (FERRAZ, 2014 p. 19).

Se percebe que desde o século XVII a luta do cenário internacional era concretizar o direito de liberdade de expressão, longe do sistema inquisitivo e ditador. Todavia, como visto acima, o Congresso nacional propôs e aprovou junto ao texto da Reforma Política do Brasil, emenda que visava a censura de discursos que carregassem ódio contra político ou partidos políticos. Com isso, faz-se necessário realizar uma revisão sobre os ensinamentos do autor liberal Stuart Mill em relação ao direito de liberdade de expressão, adequando a impossibilidade de censura prévia quando em face de discursos de ódio contra políticos e partidos políticos.

Mill, em sua obra *On Liberty* fundamenta quatro razões para não se opor à liberdade de expressão, vedando a possibilidade de

censura, mesmo quando em flagrante discurso de ódio. Na primeira razão o autor mostra que se uma opinião é silenciada, é possível que ela seja verdadeira, sintetizando o autor que "se uma opinião é compelida ao silêncio, é possível que ela seja verdadeira, em virtude de algo que podemos vir a conhecer com certeza". O autor acredita que negar essa premissa é "presumir a nossa infantilidade" (MILL, 1991, p. 94).

Em sequência, o autor fundamenta que uma informação pode trazer, mesmo que seja parte dela, contextos de verdades, pois como dito na primeira, mesmo que seja imposto silêncio sobre uma opinião, essa pode conter verdade, observando que as opiniões gerais ou dominantes sobre determinado assunto, são dificilmente a verdade inteira, ou seja, só pela colisão de opiniões adversas se completa a verdade da parte ausente.

A terceira justificativa para se opor à censura, em favor da liberdade de expressão é que mesmo sendo falsa uma informação, ajuda a acautelar dogmas, assimilando-se a verdade não com preconceito. Nas palavras de Mill as verdades serão cada vez mais verdadeiras "se aceitar ser, e efetivamente for, vigorosa e ardentemente contestada" (MILL, 1991, p. 94).

Frente a segunda e terceira razão, Hume fala que os avanços científicos ocorridos durante o século XX e XXI se derem em função da contestação de velhas ideias, através do questionamento de verdades, ao mesmo tempo que, na Europa e posteriormente na América, através da liberdade de expressão, se desmistificavam dogmas que exigiam modificações políticas que visassem regimes mais democráticos, dando um modo diferente de funcionamento ao modelo de sociedade (HUME, 2016, p. 33).

Na quarta e último razão para se manter a liberdade de expressão mesmo frente a discurso de ódio, Mill reitera que uma opinião como uma verdade absoluta, ou como um dogma, se não devidamente contestada, perderá seu objeto, ou nas palavras do autor, perderá seu sentido (MILL, 1991, p. 95).

Claro que Mill e outros autores liberais admitem que a liberdade de expressão pode ser relativizada, ou limitada, em determinadas situações: Mill considera o princípio do dano como freio a liberdade de expressão, ou seja, quando uma opinião causar danos significativos para outrem, essa deve ser restringida pelo Estado. Simultaneamente, esse princípio deve ser aplicado o mínimo possível, sendo trabalhado como exceção a uma regra.

Entretanto, segundo David Brink, fazendo interpretações ao estudo de Stuart Mill, discursos de ódio não se enquadram na classe de restrição legítima da liberdade de opinião, uma vez que conforme Mill, fundamentando o princípio do dano, "meras ofensas não constituem dano a outrem" (BRINK, 2016, p. 54).

Percebe-se que autor defende que somente através do debate o ser humano chega mais próximo da verdade. Questionar ou até revisar dogmas não traz consequências negativas para a sociedade, pelo contrário: "se a verdade tida como absoluta for discutida e mais uma vez considerada a "melhor" entre as verdades, será mantida", todavia, se a conclusão for diversa daquela previamente conhecida, a sociedade sairá ganhando, e dessa forma evoluído (OLIVEIRA; RAMINELLI, 2014, p. 168).

Em complementação, Brink diz que a busca pela verdade através da promoção da liberdade de expressão causa na sociedade uma relação de proporção entre crenças verdadeiras e falsas, e cita as palavras do juiz da Supra Corte Americana, quando do julgamento do caso *Abrams V. United States*: "o melhor teste a ser aplicado relativo a verdade é o da livre troca no mercado de ideias" (BRINK, 2016, p. 33).

Nesse sentido, seria errado censurar informações mesmo que elas sejam consideradas falsas, como por exemplo, vedar discursos que afirmam que a terra é plana. Censurar informações falsas traz um critério conservador de censura, indo ao encontro da tese de Mill, principalmente com a terceira razão, que traz a liberdade de expressão como escudo a crenças e dogmas (BRINK, 2016, p. 33).

É automático pensar que trabalhar com a verdade seja a melhor opção, entretanto ignorar outros argumentos torna-se mais prejudicial a sociedade, já que ao contestar algum dogma tido como verdade comprova-se mais uma vez ser aquela opção a melhor, ao invés de deixar morto aquele dogma. Carlos de Souza alerta nesse sentido que manter verdades silenciadas ou ocultadas pode responder a anseios de uma minoria que se aproveita da situação, na medida que o direito de informar tornou-se não apenas um dever, mas um poder de informar" (SOUZA, 2005, p. 244).

Somente maximizando as fontes de informações a população poderá, por exemplo, controlar as ações políticas e governamentais, uma vez que os níveis de democracia de um Estado estão diretamente ligados ao conhecimento e a participação da sociedade do debate e decisão política, sendo esse fato a "única maneira legítima de propiciar ao cidadão se constituir como ator decisivo no espaço público" (LEAL, 2011).

Cass Sunstein, respeitosamente reforça os argumentos acima, a razão para que não haja censura, bem como a pluralidade de informações através do dissenso, destacando que (SUSTEIN, 2003, p. 8):

> Se as sociedades se beneficiam da divulgação e do dissenso, e pressões informacionais e reputacionais levam as pessoas a silenciar a si mesmas, então temos boas razões para assegurar que a força da lei nunca seja utilizada para restringir pontos de vista impopulares.

Percebe-se dessa forma que a tentativa de censura por parte do Congresso Nacional na proposição da reforma política diverge dos ensinamentos de Stuart Mill, bem como do modelo de Estado aberto, plural e livre. Um Estado que se diz democrático deve sempre visar a um diálogo aberto, sem censura, principalmente censuras prévias, ainda mais quando se trata de discursos de cunho político, ligados diretamente ao teor da Estado.

5. Conclusões

O grande problema da sociedade contemporânea é a celeridade com que os eventos iniciam e terminam, ocasionando um esquecimento de grandes acontecimentos históricos, como por exemplo, a Ditadura Militar no Brasil, ocorrida a menos de 40 anos atrás. O problema é a falta de liberdade durante o regime autoritário, recaindo censura sobre qualquer expressão que não fosse de interesse do governo.

Aparentemente as pessoas esqueceram o que ocorreu nessa época, deixando a mercê o direito de expressão, demandando proposições que visem a censura daquilo que não é interessante ao governo. Como trabalhado aqui, a comunidade deve se sentir livre para criticar seus líderes, bem como os candidatos a liderança, sendo inadmissível que o governo censure ou oprima qualquer opinião contrária aos seus interesses.

Em relação a proposição de censura prévia na Reforma Política, ocorrida no ano de 2017, é nítida a tentativa de imposição de uma cultura de censura na Rede de Internet, que tem como principal característica a neutralidade, observando que o atual modelo de Estado, dos países ocidentais, é o democrático, que em sua raiz, reprova limitações ao direito de liberdade de expressão, desdobrando a partir de uma perspectiva de dignidade da pessoa humana.

O Estado deve sempre visar um diálogo aberto, sem censura, principalmente sem censura prévia, ainda mais quando se trata de ações ou opiniões ligadas ao governo. Em relação aos discursos de ódio, mérito da proposição, com base nas lições de Stuart Mill, o Estado não está legitimidade a vedar esses discursos previamente, assegurando o direito de liberdade de expressão, restando outros meios de responsabilidade quando direitos foram prejudicados.

Com base no problema de pesquisa e objetivo propostos, o sistema constitucional democrático brasileiro não possibilidade a

censura prévia, mesmo quando evidenciado discursos de ódio, e disseminação de falsas informações, seja em desfavor de partido, coligação, ou candidato político. Deve-se concorda, ao cabo, a necessidade de responsabilização de discursos de ódio, ressalvando que não cabe ao Estado censurar a livre expressão, apenas responsabilizar posteriormente as opiniões afrontosas ou perigosas, dentro de suas proporcionalidades.

Referências

BARROS, Caroline Maria Costa. **A moral como instrumento limitador da liberdade de expressão: apontamentos sobre o exercício (i) legítimo do discurso de ódio**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 15 mar. 2018.

BRINK, Davi O. Princípios de Millian, liberdade de expressão e discurso de ódio. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Liberdade de expressão no século XXI**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

CARVALHO, Lucas Borges de. **Censura e Liberdade de Expressão no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda. **Uma questão de opinião? Liberdade de expressão e seu âmbito protetivo: da livre manifestação do pensamento ao hate speech**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana.** Tradução Marcelo Brandão Cipolla. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FELDENS, Luciano. Censura ao dicionário e a liberdade de expressão. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 mar. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-07/pretensao-aperfeicoamento-nao-conquista-negacao-mal>. Acessado em: 15 mar. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: A crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAZ, Andreia da Rocha. **Do discurso da censura à censura do discurso: narrativas jornalísticas sobre o direito à liberdade de expressão.** 2014. 152 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação) – Centro de Artes e Comunicação, Universidade Federal de Pernambuco. Comunicação, Recife, 2014.

FINCATO, Denise Pires. **A pesquisa jurídica sem mistérios: do projeto de pesquisa à banca.** 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Sapiens, 2014.

HUME, Mick. **Direito a ofender**: A liberdade de expressão e o politicamente correcto. Tradução Rita Almeida Simões. 1. ed. Lisboa: Tinta da China, 2016.

LADEIRA, Pedro. Reforma política permite censura de conteúdo mesmo sem ordem judicial. Folha de São Paulo, São Paulo, 6 outubro 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1924626-emenda-em-reforma-politica-obriga-suspensao-de-publicacao-apos-denuncia.shtml>. Acessado em: 8 fev. 2018.

LEAL, Rogério Gesta. A difícil relação entre o direito fundamental à informação e o acesso aos documentos produzidos pelo regime militar brasileiro. **Revista de Direito Brasileira**, RDBras., Brasília, DF, ano 1, 1, julho-dezembro de 2011.

MACHADO, E. M. Jónatas. **Liberdade de Expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MATHIESEN, Kay. Censura e acesso à expressão. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Liberdade de expressão no século XXI**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1991.

MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Rafael dos Santos de. RAMINELLI, Francieli Puntel. O Direito ao Acesso à Informação na Construção da Democracia Participativa: uma análise da página do Conselho Nacional de Justiça no Facebook. **Revista Seqüência** (Florianópolis), n. 69, p. 159-182, dez. 2014.

PERON, Isadora; MONTEIRO, Tânia. Temer vai vetar regra eleitoral com poder de censura na internet. Estadão, São Paulo, 6 outubro 2017. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,temer-vai-vetar-regra-eleitoral-com-poder-de-censura-na-internet,70002030453>. Acessado em: 8 fev. 2018.

ROTHENBURG, Walter Claudius. STROPPA, Tatiana. Liberdade de expressão e discurso do ódio: O conflito discursivo nas redes sociais. In: 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, edição 2015. Santa Maria/RS. **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede**. UFSM - Universidade Federal de Santa Maria, 2015. ISSN 2238-9121.

Reforma política traz emenda que permite censura; entidades repudiam. Consultor Jurídico. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 outubro 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-out-05/reforma-politica-traz-emenda-permite-censura-entidades-repudiam>. Acessado em: 8 fev. 2018.

SARLET, I. Wolfgang.; MOLINARO, C. Alberto. **Liberdade de expressão**! (Superando os limites do 'politicamente (in)corrreto'. Revista da Ajuris, v. 01, p. 39-62, 2012.

SARMENTO, Daniel. **LIVRES E IGUAIS: Estudos de Direito Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHÄFER, Gilberto. O discurso do ódio não está protegido pela liberdade de expressão**. Jornal O Sul**, Porto Alegre, 26 jan. 2015. Disponível em: <http://www.osul.com.br/?s=DISCURSO+%C3%93DIO>. Acessado em: 24 fev. 2017.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **O Cidadão, a sociedade, a mídia e a justiça**. In: Direito à Privacidade. Coord. Ives Gandra Martins Filho, Antônio Jorge Monteiro Junior. Aparecida, SP. Ideias & Letras; São Paulo, Centro de Extensão Universitária, 2005.

SUNSTEIN, Cass R. **Why societies need dissent?** Cambridge: Harvard University Press, 2003.

6

Direito ao voto dos condenados criminais: (re)pensando a suspensão automática do voto por condenação criminal

Alexandre Weihrauch Pedro[1]

1 Introdução

O presente trabalho foi desenvolvido com o objetivo de analisar, sob o prisma da melhor adequação ao paradigma do Estado democrático de Direito e à atual dogmática dos direitos fundamentais, questões atinentes aos direitos políticos, mormente com a suspensão do direito ao voto dos condenados por crimes comuns. Com a finalidade de se alcançar este objetivo utilizamos o método dedutivo partindo de uma revisão fundamentada basicamente na bibliografia doutrinária e jurisprudencial sobre o Estado democrático de Direito, passando pelos direitos políticos e se aprofundando mais especificamente na suspensão do direito ao voto por condenação criminal transitada em julgado.

A pergunta-problema que pretendemos responder aqui neste trabalho é se a restrição dos direitos políticos dos condenados criminais, como vem sendo aplicada no ordenamento jurídico brasileiro (no "estado da arte" brasileiro), possui uma

[1] Mestrando em Direito pelo Centro de Estudos Europeus e Alemães – CDEA (UFRGS/PUCRS). Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP. Especialista em Ciências Penais e bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Bolsista Capes. E-mail do autor: alexandrew.advogado@gmail.com

fundamentação teórica adequada à dogmática dos direitos fundamentais e de acordo com o atual paradigma do Estado democrático de Direto?

Para responder a esta pergunta-problema procuramos tratar de conceitos da dogmática dos direitos fundamentais e do direito penal apenas na medida em que forem indispensáveis para abordar o tema do presente trabalho e somente na sua profundidade oportuna, pois sabemos que estes temas possuem alta complexidade e poderiam ensejar trabalhos autônomos.

A motivação para a presente pesquisa encontra-se na crescente necessidade de se repensar a aplicação do poder punitivo estatal, e a sua adequação a nova dogmática de direitos fundamentais, solidificada no 2º pós-guerra. Ademais, é notório e sabido o caos em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro atualmente, sendo reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal um verdadeiro "estado de coisas inconstitucionais" (conforme medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015), na qual não se consegue garantir os direitos fundamentais dos apenados, reflexo da dignidade da pessoa humana, em última análise.

No âmbito normativo interno, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) traz a importância dos direitos políticos, ao colocá-los (do artigo 14 ao 16), dentro do título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais". Ademais da previsão dos direitos políticos como direitos fundamentais, a democracia e a cidadania figuram como verdadeiros princípios fundamentais da Constituição, previstas no artigo 1º. Ainda neste artigo, no parágrafo único, a Constituição assegura que todo poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos.

Mostra-se, assim, mais uma vez a relevância que os direitos políticos, e em especial o direito de participação ativa (como o direito ao voto), possuem na nossa sociedade, que se objetiva como plural e democrática.

Mesmo com todo este aporte normativo por trás dos direitos políticos, majoritariamente se entende, na doutrina e na jurisprudência brasileira, que a condenação penal por todo e qualquer crime comum dá ensejo à suspensão automática dos direitos políticos do condenado, independente da natureza de seu crime ou da pena aplicada por ele.

É nesse sentido que o presente estudo acadêmico visa levantar breves apontamentos críticos e passíveis de contribuição teórica para o aprofundamento do Estado Democrático de Direito. Assim, pois, o tema merece toda a atenção e importância da comunidade jurídica brasileira, pois se mostra adequada e mais do que necessária uma filtragem hermenêutico-constitucional sobre a aplicação automática dessa suspensão de direitos políticos, visto a sua importância para o regime democrático e para a própria dignidade da pessoa humana do apenado.

A discussão deste tema possui suma importância, principalmente no Brasil, país cuja população carcerária é de mais de 726 mil presos, de acordo com os dados do INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualizado – junho de 2016).

Ademais, este tema reveste-se também de grande relevância social, uma vez que os condenados por crimes comuns normalmente fazem parte de uma mesma minoria que segue sendo discriminada e estigmatizada pelo restante da sociedade brasileira. Desta forma, é essencial repensarmos até que ponto a exclusão de todo e qualquer condenado criminal da possibilidade de opinar e participar das decisões políticas do país não serve como uma verdadeira forma arbitrária de exclusão e estigmatização de segmentos inteiros da sociedade.

Dessa forma, o presente estudo procura trazer este tema à reflexão da comunidade acadêmica brasileira, numa humilde pretensão de contribuir com o seu debate e aprofundamento,

realizando alguns apontamentos visando a melhor compreensão teórica e aplicação prática da questão.

2 Estado democrático de direito e direitos políticos

O Estado democrático de Direito, ou Estado constitucional contemporâneo[2], é um conceito histórico que se consolida a partir da segunda metade do século XX, tomando sua forma atual, em especial, no segundo pós-guerra. Conforme muito bem pontua o professor José Afonso da Silva (2004, p. 119), o Estado democrático de Direito "não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera" adicionando um *plus* normativo, um componente de transformação social do *status quo*.

Assim, o Estado democrático de Direito é o modelo de Estado que leva em consideração os elementos componentes dos modelos que o antecedem (Estado liberal-burguês e Estado de bem-estar social), mas os supera fundando-se no princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública – a *res publica* –, participação que não se restringe a simples eleição de representantes. "Visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana" (SILVA, 2004, p. 117).

Ademais, o Estado democrático de Direito apresenta como sua característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida com supremacia sobre o restante do ordenamento jurídico e sobre os poderes constituídos. A partir dessa supremacia constitucional, "a validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às

[2] Durante este trabalho usaremos como sinônimos gerais os conceitos de Estado democrático de Direito e de Estado constitucional contemporâneo.

quais se reconhece a imperatividade típica do direito" (BARROSO, 2011, p. 266).

Desta forma, pode-se ver que o modelo de Estado constitucional contemporâneo se reveste de um conteúdo transformador da realidade social, ultrapassando o aspecto material de concretização de uma vida digna, passando a fomentar a participação pública no processo de construção e de reconstrução do projeto de sociedade. Nesse sentido são as lições de Lenio Streck e Bolzan de Morais (2010, p. 105):

> O Estado de Direito, dada a sua substancialidade, para além de seu formalismo, incorporando o feitio indomesticado da democracia, apresenta-se como uma contínua (re)criação, assumindo um caráter dinâmico mais forte do que sua porção estática – formal. Ao aspecto paralisante de seu caráter hierárquico agrega-se o perfil mutante do conteúdo das normas, que estão, a todo instante, submetidas às variações sociopolíticas.

Então, como principais elementos constitutivos de um Estado democrático de Direito pode-se destacar os seguinte: a) a vinculação deste a uma Constituição que possui supremacia no ordenamento jurídico; b) princípio democrático regendo a organização da sociedade; c) sistema de garantias e de direitos fundamentais calcados na dignidade da pessoa humana; d) princípios da igualdade e da justiça social; e) divisão de poderes e funções do Estado; f) princípio da segurança jurídica; e, por fim, g) princípio da legalidade, no qual a lei serve também como instrumento de desdobramento e ação transformadora do conteúdo da Constituição.

Consoante Ingo Wolfgang Sarlet, há uma nítida imbricação entre direitos fundamentais e o Estado democrático de Direito, também referido por este autor como Estado constitucional, como vemos neste excerto (SARLET, 2011, p. 58):

> Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição de forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste

> sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.

Logo, podemos vislumbrar a importância que os direitos fundamentais assumem para o ordenamento jurídico pátrio, evidenciando que estes não são apenas a base da qual emanam os outros direitos e normas – tampouco são somente o ápice da pirâmide normativa Kelseniana –, mas também são, os direitos fundamentais, o núcleo fundante e a sustentação do próprio Estado constitucional.

É importante de se ressaltar aqui que, conforme destacado por Ingo W. Sarlet na passagem acima, os direitos fundamentais são meios de exigência e concretização da dignidade da pessoa humana, que ocupa uma centralidade axiológica nas constituições pós-segunda guerra mundial. E como tal, constituem condição de possibilidade e medida de legitimidade de um Estado democrático de Direito, tamanha é a importância desses direitos (SARLET, 2012).

Como bem frisado pelo professor Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p.91), acerca do papel da dignidade da pessoa humana frente aos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo:

> [A Constituição] confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

É de se destacar que os direitos fundamentais, em um Estado democrático de Direito, operam em uma dupla perspectiva, como vemos nessa lição de Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 36):

> Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos

> fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueloutros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Como vê-se acima, esta dupla perspectiva é caracterizada por um aspecto objetivo e outra subjetivo. Na perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, tem-se que o "direito subjetivo implica um poder ou uma faculdade para a realização efetiva de interesses reconhecidos pela norma jurídica como próprios do titular" (FREITAS, 2007, p. 58.). Ou seja, a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais nada mais é que a faculdade que o indivíduo possui de exigir e de ver defendido os seus interesses juridicamente tutelados ou, ainda, a possibilidade de ver atendido estes interesses através de prestações positivas por intermédio do Estado. Assim, tem-se que a perspectiva subjetiva tutela direitos individuais dos seus titulares.

Por outro lado, na perspectiva objetiva, tem-se que os direitos fundamentais "não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público" (SARLET, 2011, p. 143), mas acrescenta-se um outro elemento a eles. Assim, essa perspectiva traz-nos a percepção de que esses direitos constituem, também, "decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para órgãos legislativos, judiciários e executivos" (SARLET, 2011, p. 143).

Passando à análise dos direitos políticos propriamente ditos, como destaca José Afonso da Silva (2004), o regime democrático foi desenvolvendo, ao longo do tempo, técnicas para efetivar a representatividade dos integrantes do povo em seu governo. De início essas técnicas de escolha dos representantes aplicavam-se de forma empírica e com o passar do tempo passaram a se tornar regras jurídicas positivadas, as quais foram denominadas de direitos políticos.

Assim, os direitos políticos são considerados de fundamental importância no âmbito de um Estado democrático de Direito, pois funcionam como verdadeira pedra angular deste modelo, assumindo uma dupla função ou projeção: "[os direitos políticos possuem] una doublé proyección: como derechos fundamentales y como piezas centrales de la legitimación del régimen democrático"[3] (SARLET; ALMAGRO, 2013, p. 382).

Nesse sentido, como ressalta Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 688), há uma "relação de reciprocidade e interdependência, caracterizada por uma permanente e recíproca implicação e tensão" entre os direitos políticos e o princípio democrático. Logo, num regime de democracia constitucional os direitos políticos se revestem como um instrumento jurídico utilizado para perfectibilizar esse regime, de forma a materializar a soberania popular (SARLET; ALMAGRO, 2013).

O princípio democrático se revela não só como um método de eleição de governantes pelos indivíduos daquela comunidade política, mas também como princípio normativo, tornando-se um impulso que dá a direção escolhida pelos seus membros a uma sociedade (SARLET; ALMAGRO, 2013). Na condição de princípio normativo estruturante, este "apresenta uma dimensão material e uma dimensão organizatória e procedimental, que se conjugam, complementam e retroalimentam assegurando uma legitimidade simultaneamente procedimental e substancial da ordem jurídica-política estatal" (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 265).

Então, vemos que os direitos políticos guardam estreita relação com as formas de participação na formação da vontade política geral do Estado e com o processo de tomada de decisões por esta comunidade política, configurando o que Georg Jellinek designou de *status activus* do indivíduo (ou da cidadania), como muito bem destaca Ingo Wolfgang Sarlet neste trecho (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 688):

[3] "Uma dupla projeção: como direitos fundamentais e como peças centrais da legitimação do regime democrático." (Tradução nossa)

> Afinal, é mediante a fruição de direitos de participação política (ativa e passiva) que o indivíduo não será reduzido à condição de mero objeto da vontade estatal (mero súdito), mas terá assegurada a sua condição de sujeito do processo de decisão sobre a sua própria vida e a da comunidade que integra.

É importante de destacarmos aqui que, como direitos fundamentais, os direitos políticos geram para o Estado não só um *dever de proteção* – que implicam deveres de atuação tanto na esfera normativa (deveres de legislar sobre matéria eleitoral), quanto fática –, mas também um *dever de organização e procedimento* para fruição adequada desses direitos (organizar uma justiça eleitoral, seções eleitorais etc.) e um *dever de não intervenção* ilegítima na esfera de proteção dos direitos políticos (não impedir de forma arbitrária o exercício desses direitos). Além disso, estes direitos também exigem – como os demais direitos fundamentais em geral – a observância dos *critérios da proporcionalidade* para a devida adequação entre o excesso de intervenção em seu âmbito de proteção, por um lado, e a insuficiência de proteção ou proteção deficiente, por outro lado, para não haver o esvaziamento por completo do seu núcleo essencial (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).

E seguimos com a lição de José Afonso da Silva (2004, p. 345), "O núcleo fundamental dos direitos políticos consubstancia-se no direito de votar e ser votado, embora não se reduza a isso". E segue, o autor, aduzindo que podemos falar em "direitos políticos ativos" e "direitos políticos passivos", sem que isso, contudo, constitua uma divisão estanque entre eles. Sendo apenas modalidades distintas de seu exercício, ligados à capacidade eleitoral ativa – em especial o direito ao sufrágio e o voto – e à capacidade eleitoral passiva – que se assente nas condições de elegibilidade e nas causas de inelegibilidades.

Analisando o capítulo dos direitos políticos da Constituição, vemos que de acordo com o art. 14 da CF/88, o constituinte destacou

que "A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, [...]" (BRASIL, 1988). Nesse excerto, verificamos que a CF/88 utilizou as expressões "sufrágio" e "voto" de formas diferentes. Sendo que "o *sufrágio* é *universal*, e o *voto* é *direito*, *secreto* e tem valor *igual*" (SILVA, 2004, p. 348) para todos.

Pode-se dizer, assim, que o sufrágio vai além do mero exercício do voto, englobando de forma mais ampla diversos outros atos de participação política na vida da comunidade, tais como, por exemplo, o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular de leis (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015) – todos estes consoantes o art. 14 da CF/88 – e a ação popular – conforme prevista no inciso LXXIII do art. 5º da CF/88 e regulada pela lei 4.717/65 –, dentre outros. Ademais, é imperioso de se reconhecer que a Constituição, ao alçar o direito ao voto como cláusula pétrea, atesta a inequívoca importância que este direito deve possuir no bojo do nosso Estado democrático de Direito.

Para José Afonso da Silva (2004, p. 348), o direito ao sufrágio (do latim *sufragium* = aprovação, apoio) "é, como nota Carlos S. Fayt, um direito público subjetivo de natureza política, que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de participar da organização e da atividade do poder estatal". Sendo um direito que decorre diretamente da noção de que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, [...]"(BRASIL, 1988). E segue expondo o autor (SILVA, 2004, p. 348):

> [O sufrágio] constitui a instituição fundamental da democracia representativa e é pelo seu exercício que o eleitorado, instrumento técnico do povo, outorga legitimidade aos governantes. Por ele também se exerce diretamente o poder em alguns casos: plebiscito e referendo. Nele consubstancia-se o consentimento do povo que legitima o exercício do poder. E aí está a função primordial do sufrágio, [...].

E completa José Afonso da Silva, "o voto é um direito público subjetivo, uma função social (função da soberania popular na democracia representativa) e um dever, ao mesmo tempo" (SILVA, 2004, p. 357). Dever que pode ser apenas social ou também um dever jurídico, como é o caso brasileiro, para os maiores de dezoito e menores de setenta, por força expressa da Constituição Federal em seu art. 14, §1º, inciso I e II[4].

Ainda para José Afonso da Silva (2004, p. 349), "A universalidade do direito ao sufrágio é um princípio basilar da democracia política, que se apoia na identidade entre governantes e governados". De forma que essa identidade será tanto mais real e menos fictícia em um regime político quanto mais amplo for o direito de sufrágio. Por outro lado, "é certo que o sufrágio restrito revela um regime elitista, autocrático ou oligárquico, que, para tanto, procura vários meios de restringir ou privar os indivíduos do direito de sufrágio" (SILVA, 2004, p. 349), ocasionando um déficit democrático nessas sociedades.

Então, em apertada síntese conclusiva sobre os direitos políticos, tem-se que são um direito público subjetivo, uma função da soberania popular e um dever social e jurídico de participação na comunidade política, configurando-se de basilar importância em um Estado democrático de direito, pois há uma relação de reciprocidade e interdependência entre os direitos políticos e o princípio democrático. Com efeito, os direitos políticos revestem-se como verdadeiros instrumentos jurídicos de proteção do regime democrático, configurando o *status activus* do indivíduo ou do cidadão. Ademais, verificamos que o direito ao sufrágio deve ser universal e consiste na essência dos direitos políticos, sendo que, em uma perspectiva subjetiva, ele pode ser desdobrado em sufrágio ativo ou passivo. O sufrágio ativo caracteriza-se pelo poder que o

[4] **Art. 14.** A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] § 1º O alistamento eleitoral e o voto são: I – **obrigatórios** para os maiores de dezoito anos; II - **facultativos** para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

cidadão possui de votar, elegendo representantes ou fazendo diretamente as decisões políticas mais importantes da comunidade – principalmente através do plebiscito, do referendo e da lei de iniciativa popular. O sufrágio passivo, por sua vez, se caracteriza pela possibilidade de ser eleito e ocupar cargos públicos, abarcando as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade.

3 Estado atual da arte da suspensão do direito ao voto no Brasil

Passando-se ao "estado atual da arte" no Brasil, que sugere ser a suspensão dos direitos políticos – capacidade eleitoral ativa[5] e passiva[6] – decorrência necessária e automática da condenação transitada em julgado para todo e qualquer tipo de crime (doloso e culposo) e para toda e qualquer pena principal (privativa de liberdade, restritiva de direito e de multa) e como tal não necessitaria de decisão expressa e fundamentada do juízo por ocasião da condenação criminal.

Isso é o que se verifica tanto na doutrina, quanto na jurisprudência pátria majoritárias, como vemos neste trecho de Teori Albino Zavascki (1994, p. 180):

> A suspensão dos direitos políticos não é pena acessória, e sim consequência da condenação criminal: opera-se automaticamente, independentemente de qualquer referência na sentença. [...] O constituinte não fez exceção alguma: em qualquer hipótese de condenação criminal haverá suspensão dos direitos políticos enquanto durarem os efeitos da sentença. Trata-se de preceito extremamente rigoroso, porque não distingue crimes dolosos dos culposos, nem condenações a simples penas pecuniárias. Também não distingue crimes de maior ou menor potencial ofensivo ou

[5] **A capacidade eleitoral ativa** (ou sufrágio ativo) caracteriza-se principalmente, mas não só, pelo poder que o cidadão possui de votar, elegendo representantes ou fazendo diretamente as decisões políticas mais importantes da comunidade, através do plebiscito, do referendo e da lei de iniciativa popular, consoante o art. 14 da CF/88.

[6] **A capacidade eleitoral passiva** (ou sufrágio passivo), por sua vez, se caracteriza principalmente pela possibilidade de ser eleito – abarcando as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade – e de ocupar cargos da burocracia estatal.

> danoso. A condenação por contravenção, que também é crime, acarreta, assim, o efeito constitucional.

Também para Alexandre de Morais a suspensão dos direitos políticos são "consequência direta e imediata da decisão condenatória transitada em julgado, não havendo necessidade de manifestação expressa a respeito de incidência na decisão condenatória e prescindindo-se de quaisquer formalidades". E segue o autor expondo que os efeitos da suspensão dos direitos políticos por condenação criminal persistirão "enquanto durarem as sanções impostas ao condenado, tendo total incidência durante o período de livramento condicional, e ainda, nas hipóteses de prisão albergue ou domiciliar", aplicando-se até mesmo em relação ao período de provas do sursis, por ser uma forma de cumprimento de pena.

Segundo destaca Rodrigo López Zilio (2012, p. 116), este efeito automático se dá em "qualquer espécie de condenação criminal – seja praticada de forma dolosa, culposa ou preterdolosa, seja oriunda de crime ou de contravenção penal". Ademais, na atual praxe jurídica, também não importa a espécie de pena aplicada ao réu, como complementa o autor (ZILIO, 2012, p. 116):

> Assim, tanto a condenação por pena privativa de liberdade (seja de reclusão, detenção ou prisão simples), como restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana) ou de multa implica a suspensão dos direitos políticos.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) encontramos o seguinte julgado em recurso extraordinário de relatoria do Ministro Celso de Mello (BRASIL,1996, RMS 22.470 AgR):

> A norma inscrita no art. 15, III, da Constituição reveste-se de autoaplicabilidade, independendo, para efeito de sua imediata incidência, de qualquer ato de intermediação legislativa. Essa circunstância legitima as decisões da Justiça Eleitoral que declaram

> aplicável, nos casos de condenação penal irrecorrível, e enquanto durarem os seus efeitos, como ocorre na vigência do período de prova do sursis, a sanção constitucional concernente à privação de direitos políticos do sentenciado. Precedente: RE 179.502-SP (Pleno). [RMS 22.470 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 11-6-1996, 1ª T, DJ de 27-9-1996.]

Há precedente também em outro recurso extraordinário de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski no mesmo sentido (BRASIL, 2011, RE 577.012 AgR):

> A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não impede a suspensão dos direitos políticos. No julgamento do RE 179.502/SP, rel. min. Moreira Alves, firmou-se o entendimento no sentido de que não é o recolhimento do condenado à prisão que justifica a suspensão de seus direitos políticos, mas o juízo de reprovabilidade expresso na condenação. [RE 577.012 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 9-11-2010, 1ª T, DJE de 25-3-2011.]

Em sede de controle concentrado de constitucionalidade temos o seguinte julgado de relatoria do Ministro Luiz Fux (BRASIL, 2012, ADC 29/30 e ADI 4.578):

> A inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da CR, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (*ius honorum*), mas também ao direito de voto (*ius sufragii*). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos. [ADC 29; ADC 30 e ADI 4.578, rel. min. Luiz Fux, j. 16-2-2012, P, DJE de 29-6-2012.]

Apesar de esse ser o entendimento majoritário, é de se destacar que há também entendimento divergente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, inclusive o STF reconheceu em

2011 repercussão geral em sede recurso extraordinário (RE 601.182 - MG) que trata especificamente sobre a temática da suspensão dos direitos políticos nas hipóteses de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Este processo está liberado, desde maio de 2017, para inserção na pauta do Pleno do STF[7].

Neste Recurso Extraordinário, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG) em julgamento de apelação criminal, entendeu não ser aplicável ao caso concreto a suspensão dos direitos políticos, uma vez que houve a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Aduziu que não há qualquer incompatibilidade da pena restritiva de direitos com relação ao pleno exercício dos direitos políticos, e que pela relevância desses direitos só se poderia tolhê-los em situações que materialmente inviabilizem o seu exercício (BRASIL, 2011, RE 601.182 RG / MG).

O TJ-MG invocou, ainda, os princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, concluindo pela manutenção dos direitos políticos do apenado. Ademais, asseverou que (BRASIL, 2011, RE 601.182 RG / MG):

> Não é de se conceber que o réu seja alijado de sua condição de cidadão por insistência na interpretação puramente literal do dispositivo em referência [art. 15, inciso III da CF/88], e no substrato ético que a fundamenta, depois de árdua e corajosa modernização das políticas criminais.

Parece-nos, muito acertada a decisão do TJ-MG principalmente por aduzir que não se pode fazer uma interpretação isolada e puramente literal do art. 15, inciso III da CF/88. Pois em

---

[7] Ementa: **DIREITOS POLÍTICOS – CONDENAÇÃO CRIMINAL** – SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DA LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS – ARTIGO 15, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ALCANCE – AFASTAMENTO DA SUSPENSÃO NA ORIGEM – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. **Possui repercussão geral a controvérsia sobre a suspensão de direitos políticos, versada no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, tendo em vista a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.** (RE 601.182 RG / MG - Minas Gerais. Repercussão geral no recurso extraordinário. Relator(a): min. Marco Aurélio. Julgamento: 03/03/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno - meio eletrônico).

toda interpretação jurídica (de normas constitucionais ou infraconstitucionais), deve-se levar em conta o todo da Constituição, a sua unidade de sentido. Isso é que se verifica conforme alguns princípios de interpretação constitucional que veremos a seguir.

4 Em busca de uma interpretação constitucionalmente adequada da suspensão do direito ao voto por condenação criminal

Conforme J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 1207), "interpretar a constituição é uma tarefa que se impõe metodicamente a todos os aplicadores das normas constitucionais (legislador, administração e tribunais)". Acrescentando Ingo Wolfgang Sarlet (2015) que a cada um destes impõe-se a interpretação em seu âmbito próprio de competências e funções.

Em toda interpretação deve-se considerar a *unidade da Constituição*. Isso é o que ressalta Jorge Miranda (2011, p. 321), que leciona que a Constituição deve sempre ser considerada como um todo unitário: "A unidade da constituição é a chave da sua identidade".

Da mesmo forma, de acordo com Eros Roberto Grau (2017, p.159), "Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços". Pois, "assim como jamais se interpreta um texto normativo, mas sim o Direito, não se interpretam textos normativos constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo". Ademais, esse postulado da unidade da Constituição exige do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e unidade.

Para Luís Roberto Barroso (2011, p. 326), "O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas". E complementa o autor, "na harmonização de sentido entre normas contrapostas, o intérprete deverá promover a *concordância prática* entre bens jurídicos tutelados, preservando o máximo possível de cada um" (BARROSO, 2011, p. 327).

Conforme aduz Juarez Freitas (2004), para bem interpretar qualquer dispositivo da Constituição (ou em face dela), é necessário colocá-la, plasticamente, em harmonia com a totalidade axiológica do sistema constitucional, em consonância com os princípios, regras e valores de sorte a obter a máxima justiça possível.

Tratando mais especificamente da interpretação no que tange aos direitos políticos, Jose Afonso da Silva (2004, p. 381) assim expõe:

> O princípio que prevalece é o da plenitude do gozo dos direitos políticos positivos, de votar e ser votado. A pertinência desses direitos ao indivíduo, como vimos, é que o erige em cidadão. Sua privação ou a restrição do seu exercício configura exceção àquele princípio. Por conseguinte, a interpretação das normas constitucionais ou complementares relativas aos direitos políticos deve tender à maior compreensão do princípio, deve dirigir-se ao favorecimento do direito de votar e de ser votado, enquanto as regras de provação e restrição hão de entender-se nos limites mais estreitos de sua expressão verbal, segundo as boas regras de hermenêutica.

Assim, tem-se que uma adequada interpretação de direitos fundamentais – e como tais, dos direitos políticos – deve ser sempre de forma a maximizar o âmbito de proteção desses direitos – é o caso do artigo 14 da CF/88, que prevê os direitos de participação política (ativos e passivos)[8]. Por outro lado, as suas limitações devem ser sempre interpretadas de forma restritiva – é o caso do art. 15, que prevê as hipóteses de suspensão e perda desses direitos[9].

---

[8] **Art. 14.** A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: **I** - plebiscito; **II** - referendo; **III** - iniciativa popular. [...]

[9] **Art. 15.** É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: **I** - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; **II** - incapacidade civil absoluta; **III** - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Logo, toda interpretação constitucionalmente adequada deve procurar sempre maximizar os direitos fundamentais e os princípios do Estado democrático de direito e minimizar as restrições a esses direitos e princípios. O que não dever ser diferente por ocasião da interpretação do art. 15, inciso III da CF/88 quando conjugado com o restante da Constituição. Como vemos em Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 722), que assevera o que segue:

> Cuidando-se de medida restritiva de direitos fundamentais [, como se vê no art. 15 da CF/88 e seus incisos,] e devendo tais medidas observar os requisitos da isonomia e da segurança jurídica, não apenas é legítimo como é mesmo desejável que o legislador estabeleça uma pauta geral a guiar e vincular, de partida, os órgãos jurisdicionais. A sua falta é que, no nosso entender, não poderia obstar a opção judicial, devidamente fundamentada, de ressalvar, no ato da sentença, que não se está suspendendo os direitos políticos, deixando nesse caso de oficiar a Justiça Eleitoral.

Como bem destacado acima, e ainda que não conste especificamente no art. 15, inciso III da CF/88, a exigência de lei regulamentando a suspensão dos direitos políticos nessa hipótese, pode-se chegar a esta conclusão da necessidade de lei regulamentadora – que "estabeleça uma pauta geral a guiar e vincular, de partida, os órgãos jurisdicionais" (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 722) – através de uma interpretação sistemática da Constituição e em harmonia com os incisos XXXIX e XLVI, ambos do art. 5º da CF/88, que dispõem sobre a garantia da legalidade estrita penal[10] e da necessidade de lei regulamentando a individualização da pena[11].

[10] **Art. 5º, XXXIX, CF/88** - não há crime sem lei anterior que o defina, **nem pena sem prévia cominação legal**;

[11] **Art. 5º, XLVI, CF/88 -** a **lei regulará a individualização da pena** e adotará, entre outras, as seguintes: **a)** privação ou restrição da liberdade; **b)** perda de bens; **c)** multa; **d)** prestação social alternativa; **e)** suspensão ou interdição de direitos;

É de se ressaltar a interessante contribuição de Tiago de Menezes Conceição (2010) que expõe a possibilidade de se trabalhar com conceitos amplos e restritos de direitos políticos, defendendo a possibilidade de se modular a amplitude da suspensão desses direitos no caso em concreto, ressalvando ou limitando os direitos políticos a serem suspensos por ocasião da condenação criminal.

Aliás, conforme o que prevê o art. 59 do Código Penal, o juiz – por ocasião da fixação/individualização da pena – deverá estabelecer, atendendo a culpabilidade, as penas aplicáveis e a sua quantidade, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime[12]. Ainda, conforme análise atenta dos dispositivos legais, verifica-se que o preso deve conservar todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade[13] e que aos condenados devem ser assegurados todos os direitos não atingidos por lei ou pela sentença criminal[14].

Ou seja, nada mais coerente com a Constituição e o restante do ordenamento jurídico, ter o juiz que individualizar, fundamentadamente, também a suspensão dos direitos políticos (pena criminal acessória) assim como o faz com a pena principal, quer seja privativa de liberdade, restritiva de direitos ou de multa.

Para contra-argumentar a nossa tese de que a suspensão de direitos políticos possui nítido caráter de pena criminal acessória, poder-se-ia sustentar (de acordo com o atual "estado da arte" no Brasil) que a suspensão dos direitos políticos por condenação criminal não se revestiria de um caráter de pena criminal, mas sim de "efeitos automáticos da condenação" ou ainda de "consequência necessária da

---

[12] **Art. 59, CP** - **O juiz, atendendo à culpabilidade**, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, **estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime**: I - **as penas aplicáveis** dentre as cominadas; II - **a quantidade de pena aplicável**, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

[13] **Art. 38, CP** - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

[14] **Art. 3º, da Lei nº 7.210/84 (LEP)** - Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

condenação". O que não merece prosperar, a nosso ver, pelos seguintes motivos: **a)** a suspensão de direitos políticos (no caso do inciso III do art. 15 da CF/88) ocorre em sede de juízo criminal e como decorrência de uma condenação penal; **b)** para que se tratasse de um efeito automático da condenação criminal essa hipótese de suspensão do direito ao voto deveria estar elencada nos arts. 91 e 92 do Código Penal (artigos que tratam dos efeitos automáticos e não-automáticos da condenação), o que não ocorre, havendo previsão apenas da perda do cargo, função pública ou mandato eletivo (inciso I, art. 92 do CP)[15], que se trata de direitos políticos passivos e não ativos; **c)** a Constituição Federal (inciso XLVI, art. 5º)[16] e o Código Penal (inciso III, art. 32)[17] preveem como espécies de pena a restrição/suspensão de direitos, casos em que se enquadram perfeitamente a suspensão de direitos políticos; **d)** no próprio ordenamento jurídico vigente, é prevista a suspensão dos direitos políticos como pena acessória para as contravenções penais – é o que se verifica no art. 12 do Decreto-lei nº 3.688/41[18] –, ideia que poderia ser estendida para o restante das infrações penais; por fim, **e)** a suspensão de direitos políticos se amoldam ao conceito de pena muito bem elucidado por Eugenio Raúl Zaffaroni (et al, 2003), que aduz ser a mesma um mero ato de poder que não possui explicação jurídica, mas sim política, impondo privação de direitos a seu destinatário[19].

---

[15] **Art. 92, CP** - São também efeitos da condenação: **I** - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: **a)** quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; **b)** quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. [...] **Parágrafo único** - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

[16] **Art. 5º, XLVI, CF/88** - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: **a)** privação ou restrição da liberdade; **b)** perda de bens; **c)** multa; **d)** prestação social alternativa; **e) suspensão ou interdição de direitos**;

[17] **Art. 32, CP** - As penas são: **I** - privativas de liberdade; **II** - restritivas de direitos; **III** - de multa.

[18] **Art. 12, LCP (Decreto-lei nº 3.688/41)** - As **penas acessórias** são a publicação da sentença e as seguintes interdições de direitos: **I** – [...] **II** – **a suspensão dos direitos políticos**. **Parágrafo único**. Incorrem :**a)** [...] **b)** na interdição sob nº II, o condenado a pena privativa de liberdade, enquanto dure a execução da pena ou a aplicação da medida de segurança detentiva.

[19] Zaffaroni expõe que **a pena criminal é exercício de poder político** e, como tal, uma coerção que não tem função reparadora ou restitutiva, tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes, ela apenas impõe uma privação de direitos ou uma dor em seu destinatário. Para o autor,

Por tudo isso, parece-nos que não deve prosperar a tese de que a suspensão de direitos políticos do condenado criminal não se trata de uma espécie de pena acessória às penas principais da condenação criminal (que são as previstas no art. 32 do CP). E como tal – como pena acessória –, não pode ser "fixa, desproporcional e com efeitos automáticos", como bem destaca Pedro Sá Machado (2015, p. 74). Insistir na tese de que a suspensão dos direitos políticos é uma decorrência automática da condenação criminal não passa, parece-nos, de um álibi retórico para o exercício de poder sem a devida fiscalização e regulamentação jurídica.

Também poder-se-ia contra-argumentar a tese defendida neste trabalho aduzindo que os direitos políticos não suportam uma modulação ou suspensão parcial desses direitos. De fato o art. 15, inciso III, da CF/88 nada expõe sobre essa possibilidade, entretanto a suspensão parcial ou não-integral de direitos políticos pode ser deduzida da própria teoria dos direitos fundamentais, da regra de proporcionalidade e, também, de outros artigos da Constituição Federal. Basta olhar com atenção para o art. 14, quando trata das condições de elegibilidade no inciso II, do §3º. Esse inciso faz referência a um "pleno exercício dos direitos políticos" como condição de elegibilidade[20]. Por óbvio, se há um pleno exercício de direitos políticos, também há de se considerar a possibilidade de um exercício não-pleno ou parcial de direitos políticos, o que poderia ocorrer por ordem judicial devidamente fundamentada por ocasião de uma condenação criminal transitada em julgado, o que é previsto no art. 15, inciso III da CF/88.

é assombroso descobrir a existência de numerosos atos de poder que privam direitos e provocam dor, mas que quase nunca são considerados como penas. Observando-se que o poder não só gera saber, mas também condiciona os sujeitos mediante a interiorização de discursos teóricos que ocultam o caráter de pena da maioria desses atos de poder, conseguindo, assim, legitimação para a sua imposição fora de qualquer hipótese delituosa e por decisão alheia à jurisdição. Isto posto, "Um conceito negativo ou agnóstico da pena [criminal] significa reduzi-la a um mero ato de poder que só tem explicação política", de forma que ao se reconhecer um caráter extrajurídico a pena, ela se assemelharia à guerra.

[20] **Art. 14, CF/88 -** A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - **o pleno exercício dos direitos políticos**; [...]

Como Jose Afonso da Silva (2004) nos demonstra, a aquisição dos direitos políticos ocorre por etapas ou por graus. De forma que também se poderia pensar numa modulação para a suspensão desses direitos. Conforme o autor, "podemos admitir que a aquisição dos direitos políticos se opera por graus, apenas para denotar o fato de que a plenitude de sua titularidade se processo por etapas" (SILVA, 2004, p. 346). Aduz, o autor, que com o passar da idade (16, 18, 21 anos etc.) é que os cidadãos irão incorporando os direitos políticos até finalmente, aos 35 anos, chegarem ao ápice da cidadania formal com o direito de ser eleito para Presidente, Vice-Presidente e Senador da República (SILVA, 2004, p. 346).

É importante de se destacar que não se trata, aqui, de negar vigência ao art. 15, inciso III, da CF/88, mas sim de dar uma interpretação a adequar a sua aplicação prática ao demais preceitos constitucionais e ao paradigma do Estado democrático de direito. O que se defende aqui é, conforme Pedro Sá Machado (2015, p. 78), "a subordinação dos efeitos da decisão-penal-condenatória-definitiva às regras e princípios de um Estado de Direito".

Logo, defendemos que a solução constitucionalmente mais adequada seria aquela que para haver a suspensão do direito ao voto por condenação criminal seria necessária uma lei geral e abstrata prevendo os requisitos pelos quais seria possível a suspensão desse direito – por exemplo, quais os tipos de crimes e os bens jurídicos que ensejariam a suspensão, se apenas para crimes dolosos, a qualidade e quantidade de pena que ensejaria a suspensão etc. – e também os casos em que não seria possível a suspensão do direito ao voto – por exemplo, para crimes culposos, crimes de menor potencial ofensivo, crimes nos quais o bem jurídico protegido em nada tem a ver com o Estado ou a administração pública etc. –, como o faz a lei da ficha limpa (Lei Complementar nº 64/90) quanto à capacidade eleitoral passiva.

Ou seja, parece-nos que o juízo de reprovabilidade da conduta delituosa seria condição necessária, mas não suficiente, por si só, para a suspensão do direito ao voto do condenado, como ocorre

também com a pena privativa de liberdade. Assim, defendemos que, para que haja a suspensão do direito ao voto de um condenado, deve haver uma especial motivação prevista em lei (que trace os parâmetros gerais) e uma fundamentação por ocasião da sentença (que individualize e especifique a ocorrência no caso concreto dos requisitos previstos na lei) para que se opere a restrição do direito ao voto. Não podendo a suspensão do direito ao voto de um condenado ocorrer de forma automática, fixa e sem fundamentação.

Portanto, na situação atual do ordenamento jurídico brasileiro, no qual há ausência de lei regulamentadora que concretize os parâmetros para individualizar a suspensão do direito ao voto por condenação criminal, defendemos que o juiz deveria deixar de suspender os direitos políticos dos condenados.

Por tudo isso e para sintetizar os aspectos tratados no presente trabalho, parece-nos que uma interpretação mais constitucionalmente adequada não pode ser senão aquela que sujeita a aplicação da suspensão do direito ao voto previsto no inciso III do art. 15 da CF/88 ao escrutínio da garantia da *individualização da pena* e da *proporcionalidade* (a ser realizada primeiramente pelo legislador na confecção de uma lei prevendo os critérios e balizas para a suspensão do direito ao voto de forma abstrata e *a posteriori* pelo juiz, fundamentadamente, no caso em concreto), de forma a evitar tanto uma intervenção excessiva do Estado no núcleo essencial do direito fundamental ao voto, quanto uma proteção insuficiente das instituições políticas e democráticas do Estado constitucional.

5 Considerações finais

Tecidas as considerações acima, pensamos que deve ser revisto o modo como operamos a suspensão do direito ao voto por condenação criminal (previsto no art. 15, inciso III da Constituição Federal) no direito pátrio, de forma que a doutrina e jurisprudência tomem essa restrição aos direitos políticos como uma pena criminal

acessória e a submeta aos parâmetros da proporcionalidade, individualização da pena e da legalidade. Lembrando que toda decisão judicial deve ser fundamentada juridicamente. Agir de forma contrária é desconsiderar que a regra em todo Estado democrático de Direito é o pleno exercício dos direitos fundamentais, bem como desconsiderar a importância do sufrágio universal neste modelo de Estado.

Nesta quadra da constitucionalização do Direito, não é de se conceber que os condenados criminalmente sejam alijados automaticamente e sem nenhuma fundamentação, por ocasião da sentença, dos seus direitos políticos, além de perderem a sua condição de cidadãos da comunidade política, por insistência numa interpretação puramente literal do dispositivo previsto no artigo 15, inciso III, em desconformidade com o todo, em sua unidade, da Constituição Federal.

Por fim, não se pode deixar de citar também que a modificação do entendimento majoritário quanto à suspensão do direito ao voto de todo e qualquer condenado criminal pode implicar consequências importantes até mesmo no campo político e sociológico, dando maior visibilidade a um grupo social normalmente excluído do processo político, chamando a atenção da classe política para a problemática atual que enfrenta o sistema penitenciário brasileiro. Basta lembrarmos que antes do direito ao voto ser estendido às mulheres e à população afrodescendente, de forma geral, não havia políticas públicas endereçadas ao atendimento das necessidades desses indivíduos e grupos sociais. Parafraseando Dworkin, é preciso levar não só os direitos a sério, mas também os direitos fundamentais mais a sério ainda.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____ . Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 dez. 2017.

_____ . Decreto-Lei Nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 21 dez. 2017.

_____ . Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 21 dez. 2017.

_____ . Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualizado – junho de 2016**. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017.Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2017.

_____ . Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=248> Acesso em: 21 dez. 2017.

_____ . Supremo Tribunal Federal (STF). **RE 601.182 RG / MG - Minas Gerais. Repercussão geral no recurso extraordinário**. Relator(a): min. Marco Aurélio. Julgamento: 03/03/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno - meio eletrônico). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=601182&classe=RE-RG&codigo Classe=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 21 dez. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CONCEIÇÃO, Tiago de Menezes. Direitos Políticos Fundamentais e sua Suspensão por Condenações Criminais e por Improbidade Administrativa. Curitiba: Juruá, 2010.

DE MORAES, Alexandre. **Condenação Criminal e Suspensão dos Direito Políticos**. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/artigo_alexandre_de_morais.pdf>. Acesso em: 21dez. 2017.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais**: Limites e Restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: (interpretação e crítica). 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

MACHADO, Pedro Sá. Efeitos da condenação e direito de voto (num brevíssimo divagar à procura da justiça do caso concreto). **Revista Ballot**. Rio de Janeiro: UERJ. Volume 1 Número 2 setembro/dezembro 2015. pp. 71-81. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot/article/view/22005>. Acesso em: 14 nov. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____ . **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____ . **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. rev. atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____ ; ALMAGRO CASTRO, David. Los derechos políticos en España y Brasil: una aproximación en perspectiva comparada. **Estudios constitucionales**, v. 11, n. 1, p. 381-424, 2013.

_____ ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 23. ed. rev. e. atual. São Paulo: Malheiros editores LTDA., 2004.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Direito Políticos**: perda, suspensão e controle judicial. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176217/000487825.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 dez. 2017.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais. 3. ed. rev. e. atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

7

Investigação da existência de lacunas legais na lei de agrotóxico à luz do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Larissa Milkiewicz[1]

1. Introdução

O direito do cidadão a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um de seus direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, tendo em vista que o bem-estar da população está condicionado à existência de um meio ambiente saudável (FREITAS, 2005, p. 24). Assim, o direito ao meio ambiente saudável é considerado pela doutrina como sendo um direito de terceira geração, ante a nova perspectiva apresentada ao homem do século XXI, que o conduz a sair do individualismo com o propósito de direcionar seu foco à proteção ambiental para todos, assim como para si (SARLET, 2015, p. 50).

Para propiciar e incentivar a manutenção deste meio ambiente saudável, a Constituição Federal de 1988, no art. 255, impôs ao Poder Público e à coletividade o dever de preservar o meio

[1]Mestranda (bolsista CAPES) em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, na qual desenvolve a pesquisa da dissertação de mestrado sob orientação do prof. Dr. Vladimir Passos de Freitas. Integrante do grupo de pesquisa "Os efeitos sociais e econômicos das decisões ambientais administrativas e judiciais" coordenado pelo prof. Dr. Vladimir Passos de Freitas (PUCPR). Cocoordenadora e coautora da obra: Fontes de Energia & Meio Ambiente, Curitiba: Juruá, 2017. Advogada. E-mail: larissa_milkiewicz@hotmail.com.

ambiente para as presentes e futuras gerações, com o intuito de assegurar a inviolabilidade desse direito fundamental.

A utilização exagerada e indiscriminada de agrotóxicos no Brasil é um fator que pode culminar em danos à saúde humana e ao ambiente. A Constituição Federal, em seu artigo 225, §4º, consolida a presunção absoluta de que os agrotóxicos são nocivos, e a análise da legislação federal brasileira e do decreto regulamentar sobre a matéria permite concluir se a referida lei vai ao encontro do direito fundamental desta e das futuras gerações.

É relevante ressaltar que a utilização de agrotóxico na agricultura está justificada, por SILVA e FAY (2004, p. 18), em três principais objetivos: a) maior produtividade; b) produção em alta qualidade; e c) redução dos custos de mão-de-obra. No entanto, a utilização demasiada de agrotóxico representa um grande problema ambiental e para a saúde dos brasileiros, conforme mapa de intoxicação concretizado pela pesquisa da Universidade de São Paulo (USP), Larissa Mies Bombardi, que analisou os dados de 2007 até 2014 (CORTEZ, 2017).

O alerta sobre os riscos causados pelo uso desenfreado de agrotóxicos já foi objeto de estudo pela ecologista Rachel Carson em 1962, tendo sido tal reflexão ~~foi~~ transcrita no livro "Primavera Silenciosa". Nessa obra, é possível analisar que a crítica é, em especial, relacionada à saúde humana, pois argumenta que produtos utilizados nos agrotóxicos são considerados, pela academia científica, como cancerígenos (CARSON, 2010).

Avulta-se que a obra "Primavera Silenciosa" temia não apenas o envenenamento de pássaros em razão da alimentação de insetos envenenados por pesticidas, mas, também, a falta de lugar para os pássaros neste mundo de intenso cultivo, tendo em vista que "tantos os seres humanos almejam um estilo de vida de primeiro mundo que estamos expulsando nossos parceiros no planeta, as outras formas de vida" (LOVELOCK, 2006, p. 108).

Como mencionado anteriormente, as consequências do uso indiscriminado de agrotóxico não afetam diretamente apenas a

saúde da população, mas também o meio ambiente, poluindo, por exemplo, a água potável, uma vez que esse produto químico pode contaminar a principal reserva subterrânea de água doce do Brasil, o Aquífero Guarani[2], tendo em vista que o uso exagerado[3] de agrotóxico e a sua característica volatilidade contribui para o fácil descolamento pelas correntes aéreas para outros locais e distâncias indesejadas, contaminando extensões incalculáveis do solo, água e ar (VAZ, 2006, p. 41).

No ordenamento jurídico brasileiro, o tema agrotóxico encontra-se disciplinado na Lei nº 7.802/1989, com sua nova redação atribuída pela Lei nº 9.974/2000, sendo esta a norma vigente na esfera federal que versa sobre todas as etapas necessárias para disponibilizar o agrotóxico para o consumo final, inclusive sobre as regras de pesquisa até a inspeção da utilização do produto químico e o recolhimento das embalagens.

Levando em consideração a relevância do tema tanto para a sociedade quanto para a academia científica, enfatiza-se que o objetivo desta pesquisa é, a partir de uma análise da atual legislação nacional, esclarecer se a legislação de agrotóxico contribuiu para a garantia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à geração atual e futura.

Para tanto, estruturou-se a pesquisa em três objetivos específicos que serão trabalhados em três tópicos no artigo através da técnica de levantamento bibliográfico sistemático da doutrina, em especial as fontes primárias de informação, utilizando o método dedutivo para apresentar a resposta proposta para o trabalho.

O primeiro tópico consiste na elucidação sobre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto na Constituição Federal de 1988. O segundo objetivo é apresentar o

[2] "O Brasil possui 18% da água doce do planeta. [...] É paradoxal que a agricultura, atividade em que o consumo de água é fundamental – a irrigação representa 73% do consumo mundial de água – constitua também a maior fonte de contaminação dos recursos hídricos". (VAZ, 2006 p. 51.)

[3] Exagerado no tocante ao uso sem a observância da recomendação de uso adequado do produto químico, levando em consideração a tempo de vida do agrotóxico.

resultado do estudo da legislação de agrotóxico do Brasil com a finalidade de apontar as possíveis lacunas existentes e que a doutrina apresenta para, por fim, concluir com as considerações finais sobre o questionamento proposto.

2. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição Federal de 1988

Primeiramente, destaca-se que as duas últimas décadas do século XX registraram uma crise mundial considerada complexa e multidimensional, cujas facetas afetam vários dos aspectos da vida (saúde, modo de vida, qualidade ambiental e das relações sociais, economia, tecnologia e política), e pela primeira vez se suscitou sobre uma "real ameaça de extinção da raça humana e de toda a vida no planeta" (CAPRA, 2006, p. 21).

Esta crise multidimensional e complexa fomentou discussão, em suma, sobre a necessidade de se repensar o posicionamento adotado pelo homem em relação à utilização da natureza. A Conferência de Estocolmo (1972) e o Relatório Brundland (1987), por exemplo, foram celebrados em um cenário internacional em torno desta crise mencionada e a Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988 refletiu as discussão desses dois eventos, sendo inovadora ao destinar um capítulo específico para o meio ambiente no título “Da Ordem Social”, e passou, desde então, a consagrar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado atrelando à dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Guido Fernando Silva Soares (2003, p. 184) “para o Brasil, o meio ambiente, que até então tinha sido um assunto incômodo e passageiro em suas relações com o resto do mundo, passaria para o domínio das regras constitucionais, e, portanto, impor-se-ia como tema avassalador e preponderante na diplomacia nacional”.

Na Constituição Federal de 1988, em específico no título dos princípios fundamentais, está consagrada a dignidade da pessoa

humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF). Essa constatação possibilita afirmar que "no momento em que a dignidade é guindada à condição de princípio estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas" (SARLET; MITIDIERO; 2016, p. 257).

Logo, pode-se assegurar que há relação da dignidade da pessoa humana com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, “de cuja efetividade dependerá a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações”, segundo YOSHIDA (2013, p. 3). Assim, o meio ambiente ecologicamente equilibrado "trata-se de um direito fundamental da pessoa humana, direito este caracterizado como situação jurídica, objetiva e subjetiva, definida no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana" (YOSHIDA, 2013, p. 3).

Dessa forma, a Constituição Federal da República de 1988 atribui à coletividade e ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para presentes e futuras gerações, sendo que o Poder Público mencionado no art. 225 refere-se ao Poder Executivo, Legislativo e ao Judiciário, os quais devem agir com independência e harmonia recíproca. São acontecimentos em que "descumprem a Constituição tanto o Poder Público como a coletividade quando permitem ou possibilitam o desequilíbrio do meio ambiente" (MACHADO, 2016, p. 154).

A atuação de todos os entes da federação na promoção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é ferramenta indispensável para assegurar proteção do ambiente e da saúde, tendo em vista que esta atuação corrobora com o princípio da precaução e da prevenção, os quais são tidos como essenciais quando se trata de agrotóxico e de Direito Ambiental. Além disso, analisando também o art. 196 da Constituição Federal, é possível concluir o dever dos estados de legislar sobre uso de agrotóxico a

fim de proteger a coletividade e o meio ambiente, atendendo, dessa maneira, os objetivos constitucionais de proteção ambiental para as presentes e futuras gerações e a redução de riscos de doenças (FERREIRA, 2013, p. 214).

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida (2014, p. 26) discorre que o art. 225 da Constituição Federal de 1988 foi inspirado nos princípios da Declaração de Estocolmo e na Constituição Portuguesa de 1976, e consagrou o direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo a co-responsabilidade do Poder Público e da coletividade de protegê-lo para as presentes e futuras gerações a partir da solidariedade e da equidade intergeracionais (YOSHIDA, 2013, p. 2).

É possível inferir que a ética da solidariedade está consagrada no artigo referenciado anteriormente, pois "[...] as gerações presentes não podem usar o meio ambiente fabricando a escassez e a debilidade para as gerações vindouras" (MACHADO, 2016, p. 154). Dessa maneira, afere-se que o desenvolvimento sustentável ambiental visa satisfazer as necessidades desta geração sem comprometer a possibilidade de que as futuras gerações também as satisfaçam .

Paulo Afffonso Leme Machado pondera que a Constituição Federal não se omitiu ao prever a obrigatoriedade do Poder Público de controlar os agrotóxicos, tendo sido abrangente ao não mencionar expressamente o termo “agrotóxico”, mas “substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (art. 225, §1º, V, da CF) (SILVA, 2004, p. 70).

Além disso, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2014, p. 249) esclarecem que o §4º do art. 225 restringe expressamente a propaganda de agrotóxico por se tratar de produto nocivo à saúde e ao ambiente. Essa previsão corrobora, também, para a justificativa da pertinência deste trabalho acadêmico, haja vista que o assunto agrotóxico pode colocar em discussão a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente saudável.

Por essa razão, passa-se a explanar sobre a abordagem doutrinária sobre a lei de agrotóxico brasileira, apresentando as lacunas existentes a fim de responder ao questionamento ora proposto.

3. Análise da existência de lacunas na legislação de agrotóxico brasileira

A primeira lei que disciplina a matéria agrotóxico é datada de 1977, época do governo de Getúlio Vargas em que o Decreto nº 24.114/1934 regulamentava a fiscalização, no território brasileiro, da venda de inseticidas e fungicidas. Além disso, esse Decreto instituiu o regulamento da Defesa Sanitária Vegetal (MINISTÉRIO DA AGRICULTURA) com o propósito de contribuir para o desenvolvimento do país a partir do subsídio de uma equipe técnica especializada no assunto. Uma das consequências dessa política foi o crescimento da adoção de agrotóxicos, pois entre as décadas de 60 e 90 fomentaram a chamada modernização da agricultura com o objetivo de aumentar a produção de alimentos (CODONHO, Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira.

Levando em consideração o contexto histórico nacional da década de 70, destaca-se que os reflexos das discussões internacionais sobre a importância de se ter um desenvolvimento voltado à sustentabilidade foi documentado em 1987, no Relatório Brundtland, conceituando que, "na sua essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de mudança em que a exploração dos recursos, o direcionamento dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão em harmonia e reforçam o atual e futuro potencial para satisfazer as aspirações e necessidades humanas"

Nesse sentido, o Estado do Rio Grande do Sul, no ano de 1977, foi ~~o~~ precursor ao colocar em vigor um regulamento que disciplinava a utilização de substâncias tóxicas com alto potencial

poluente e, em virtude dessa lei, tornou-se requisito indispensável o receituário agronômico para qualquer operação que envolvesse agrotóxicos. No entanto, a referida Lei foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (Rep. nº 1153), ante ao fato de que a competência para disciplinar desta matéria é da União (REPERCUSSÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1153).

O Decreto nº 24.114/1934 não era abrangente para o tema agrotóxico, tendo em vista a limitação normativa de seu alcance, por essa razão, 55 anos depois, foi sancionada a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, para suprir as carências legislativas existentes à época.

É importante destacar que o Decreto à época do Governo Ditatorial já regulamentava o registro dos agrotóxicos, no entanto, foi a Lei Federal de 1989 que inseriu elementos essenciais para o controle da utilização destes produtos, como por exemplo, "aspectos toxicológicos e ambientais que podem impedir o registro ou, ainda, permitindo que a sociedade civil organizada possa propor o cancelamento ou a impugnação de registros" (GARCIA, 2001, p. 2002).

Do preâmbulo da Lei Federal nº 7.802/1989 é possível aferir que dispõem sobre:

> a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências.

E o decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002, regulamenta a Lei de 1989 e discorre sobre conceitos que envolvem a temática, competência administrativa dos Ministérios da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Saúde e do Meio Ambiente, sobre o registro dos produtos[4]; a embalagem, o fracionamento e a

[4] Segundo o Decreto nº 4.074/2002: Art. 2º Cabe aos Ministérios da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Saúde e do Meio Ambiente, no âmbito de suas respectivas áreas de competências: I - estabelecer as diretrizes e exigências relativas a dados e informações a serem apresentados pelo requerente para registro e reavaliação de registro dos agrotóxicos, seus componentes e afins; [...] VI -

rotulagem; armazenamento e transporte dos produtos, assim como sobre o controle, inspeção e a fiscalização.

Levando em consideração o objetivo deste artigo, destaca-se que o registro do produto químico é umas das lacunas existente na lei, tendo em vista que "o registro de um agrotóxico é *ad eternum*, pois não existe o procedimento de atualização do registro definido por período, como ocorre no caso de medicamentos, em que a cada cinco anos a concessão é revisada para manutenção ou revogação da autorização" (CORDEIRO; AUDUSTO; RIGOTTO; FRIEDRICH, 2015, p. 108).

Além disso, "a reavaliação periódica desses produtos estimularia o avanço da ciência na área e, consequentemente, a disposição no mercado de produtos menos tóxicos, contribuindo-se, assim para a melhoria da proteção do meio ambiente e da saúde humana", conforme sustenta Maria Leonar Paes Cavalcanti Ferreira em sua tese de doutorado (FERREIRA, 2013, p. 212).

Nas palavras de Paulo Affonso Leme Machado, o registro é "a porta principal de entrada dos agrotóxicos, através de sua fabricação ou de seus componentes e/ou da importação dos mesmos" (MACHADO, 2014, p. 725).

No entanto, enfatiza-se que há previsão de reavaliação do registro em apenas duas hipóteses expressas na Lei, sendo que a primeira quando "surgirem indícios de ocorrência de riscos que desaconselhem o uso do produto" e a segunda "quando o país for alertado nesse sentido por organizações internacionais responsáveis pela saúde, alimentação ou meio ambiente, das quais o Brasil seja membro integrante ou signatário de acordo" (FERREIRA; FERREIRA, 2012. p. 209).

---

promover a reavaliação de registro de agrotóxicos, seus componentes e afins quando surgirem indícios da ocorrência de riscos que desaconselhem o uso de produtos registrados ou quando o País for alertado nesse sentido, por organizações internacionais responsáveis pela saúde, alimentação ou meio ambiente, das quais o Brasil seja membro integrante ou signatário de acordos; [...] VII - avaliar pedidos de cancelamento ou de impugnação de registro de agrotóxicos, seus componentes e afins; [...] XV - publicar no Diário Oficial da União o resumo dos pedidos e das concessões de registro.

Outra lacuna que se destaca pela doutrina é a ausência de uma previsão proibitiva da importação de agrotóxicos que possuem sua utilização restrita no país de origem por precaução disposta pelas autoridades competentes locais. Sobre essa questão, Heline Sivini Ferreira e Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira (2012, p. 209) dispõem que "isso parece fundamental para proteger a população brasileira dos efeitos nefastos de determinados agrotóxicos".

Neste aspecto destacado no parágrafo anterior, é pertinente ponderar que os estados detêm um papel fundamental para a proteção do meio ambiente conforme previsão do art. 225, da Constituição Federal, sendo relevante referendar que alguns deles legislaram proibindo a comercialização de produtos banidos em seus países de origem, como é o caso do Rio Grande do Sul (Lei nº 7.742/82, art. 1º), São Paulo (Lei nº 4.002/84, art. 1º), Amapá (Lei nº 0080/93, art. 5º), Espírito Santo (Lei nº 5.760/98, art. 9º), Rio Grande do Norte (Lei nº 8.672/2005, art. 17), Santa Catarina (Lei nº 15.120/2010, art. 3º) e Piauí (Lei ordinária nº 6.048/2010) (FERREIRA, 2013, p. 214).

Ainda, destaca-se outra lacuna que se encontra no art. 94 do Decreto Regulamentar nº 4.074/2002, tendo em vista que não ficou estipulado prazo para o cumprimento do exposto no artigo e, até o presente momento, não foi instituído o Sistema de Informações sobre Agrotóxicos (SIA). O fato de que o referido sistema não foi posto em prática pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) foi documentado no relatório emitido em 2011 pela Subcomissão Especial sobre Agrotóxicos e suas Consequências à Saúde:

> não há no Brasil em funcionamento um sistema de monitoramento de agrotóxicos onde sejam analisados e consolidados, desde as informações sobre o uso e a comercialização dos agrotóxicos e a obtenção dos respectivos indicadores de contaminação dos alimentos, da água, do ar e do solo, até os principais dados sobre os próprios consumidores e trabalhadores rurais e as consequências à saúde e ao meio ambiente. (BRASIL, 2011)

Além disso, em notícia divulgada em 06 de novembro de 2017 no site do Tribunal de Contas da União, o mencionado Sistema ainda não foi implementado e os "os gestores da Anvisa responsáveis pelo desenvolvimento do SIA poderão ser multados se não concluírem o sistema nos prazos determinados pelo TCU. O SIA deverá veicular informações sobre agrotóxicos e recomendações de uso para a agricultura, a saúde e o meio ambiente" (2014).

Diante ao exposto, a Lei que disciplina o agrotóxico no Brasil possui lacunas que são apontadas pela doutrina e que vão de encontro ao direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado. No entanto, as falhas não estão adstritas à Lei, conforme será demostrado no próximo item, levando em consideração o limite de um artigo científico sem deixar de apresentar a pertinência da temática e esgotar o tema.

4. Aspectos complementares e conexos à legislação de agrotóxico

Além das lacunas na Lei que foram devidamente fundamentadas e apresentadas anteriormente, destacam-se outras circunstâncias que influenciam a legislação de agrotóxico e que se refletem nos aspectos sociais, ambientais e na saúde desta geração e da futura.

O primeiro aspecto que se seleciona é a ausência de política pública com a finalidade de conscientizar os produtores rurais sobre a metodologia de uso dos produtos, dos efeitos negativos que os agrotóxicos podem causar ao meio ambiente e à saúde humana, tendo em vista que esses produtores são considerados um dos grupos vulneráveis e de fácil contaminação, conforme Relatório proferido por especialistas em Direitos Humanos da ONU que foi divulgado em 2017 (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, 2017).

Além disso, Paulo Brum Vaz (2006, p. 194) pondera que a política de fiscalização efetiva de Poder Público é fundamental no que se refere à comercialização e ao uso de agrotóxico, de modo fiel,

a fim de que as medidas punitivas sejam impostas na forma da Lei. Além disso, referendou-se sobre a importância da atuação ativa, também neste caso, do Ministério Público, dos sindicatos rurais e das entidades governamentais e não-governamentais de proteção ambiental.

Outro problema que o Brasil enfrenta é o fácil acesso à aquisição de agrotóxicos proibidos no território nacional através das fronteiras que permeiam o Brasil, os quais, na maioria das vezes, são produzidos na China sem fiscalização e critério ambiental, mas são adquiridos ilicitamente por serem similares aos produtos registrados no Brasil e pelo fato de apresentarem custo até 75% inferior aos disponíveis no comércio nacional (GAIO; ABI-EÇAB, 2012, p. 139).

Na concepção de Paschoal, educar a população para o uso racional dos praguicidas é um mecanismo eficaz e com efeito intergeracional, como por exemplo, através das universidades por meio da contratação de especialistas em controle de pragas e de doenças relacionadas ao uso de agrotóxicos (PASCHOAL, 1979, p. 88).

Por fim, destaca-se um aspecto relevante que Paulo Afonso Brum Vaz compreende acerca dos agrotóxicos. Na sua concepção, em breves palavras, o uso de venenos químicos é considerado um mal necessário para a sociedade, e por essa razão sugere a concepção de um fundo destinado à reparação de possíveis áreas degradadas em virtude do uso dos agrotóxicos, como *superfund*[5] utilizado nos Estados Unidos onerando especialmente a indústria química, o que

[5] "*Superfund is the name given to the environmental program established to address abandoned hazardous waste sites. It is also the name of the fund established by the Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act of 1980, as amended (CERCLA statute, CERCLA overview). This law was enacted in the wake of the discovery of toxic waste dumps such as Love Canal and Times Beach in the 1970s. It allows the EPA to clean up such sites and to compel responsible parties to perform cleanups or reimburse the government for EPA-lead cleanups."* Disponível em: <http://www.epa.gov/superfund/about.htm>. Acesso em: 05 dez. 2017.

vai ao encontro do princípio do Direito Ambiental brasileiro do poluidor-pagador[6] (VAZ, 2006, p. 194).

5. Considerações finais

Diante ao exposto, é possível elencar conclusões colhidas a partir dos estudos, levando em consideração que o presente trabalho não visa esgotar o estudo sobre o tema, mas sim apresentar um apanhado sobre o direito fundamental do art. 225 e a utilização de agrotóxico no território brasileiro, tendo em vista a disposição legal da matéria. São tais conclusões:

- A lei de agrotóxico e o decreto regulamentar possuem lacunas como: a carência de um dispositivo legal que vede expressamente a entrada em território nacional de produtos químicos cuja comercialização seja proibida em seu país de origem (LEITE; FERREIRA; FERREIRA, 2012, p. 209); a ausência de políticas públicas que visem conscientizar os produtores rurais acerca dos efeitos negativos dos agrotóxicos sobre o meio ambiente e a saúde humana quando usados em não-conformidade com as orientações do fabricante (VAZ, 2006, p. 194); a ineficiência da legislação federal ao não impor um prazo para reavaliação dos agrotóxicos cujos registros tenham sido concedidos, sob a ótica técnica-científica, levando em consideração os possíveis danos (riscos abstratos) que tais produtos ocasionam ao meio ambiente e à saúde humana;

- É possível vislumbrar que a legislação de agrotóxico possui lacunas a serem apreciadas pelo legislador para que possamos ter lei infraconstitucional que complemente a previsão constitucional de

[6] Destaca-se o posicionamento da YOSHIDA: "Pelo princípio da reparação integral do dano ambiental, o poluidor deve ser responsabilizado, na esfera civil, pela reparação integral dos danos patrimoniais morais (extrapatrimonial) causados não apenas ao meio ambiente (dano ambiental difuso) mas também a terceiros (dano ambiental individual)". YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. A proteção do meio ambiente e dos direitos fundamentais correlatos no sistema constitucional brasileiro. In. YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato, AHMED, Flávio, CAVALCA, Renata Falson. **Temas fundamentais de Direito Difuso e Coletivos**: Desafios e Perspectivas. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 30.

assegurar às presentes e futuras gerações o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, levando em consideração o desenvolvimento social, econômico e ambiental, a fim que de possa ser efetivado esse direito na prática;

- Por fim, é pertinente citar que o relatório da ONU divulgado pela Organizações das Nações Unidas, Conselho dos Direitos Humanos, em 24 de janeiro de 2017, apresentou um estudo e compartilhou a informação de que os agrotóxicos são responsáveis por aproximadamente 200 mil mortes por envenenamento todo ~~o~~ ano, sendo que 99% dessas fatalidades ocorrem em países em desenvolvimento, nos quais a saúde, a segurança e a regulação ambiental são mais fracas e com menor fiscalização. Esse relatório conduz à reflexão acerca da importância da alteração na lei de agrotóxico brasileira e do papel dos entes da federação na redação de leis, como exemplificado em casos práticos de estados do Brasil, a fim de que se possa obter êxito e efetividade em garantir o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações.

Referências

BRASIL. **Comissão da Seguridade Social e Família:** Relatório da Subcomissão Especial sobre o uso de Agrotóxicos e suas consequências à saúde. Câmara dos Deputados. Novembro de 2011. Disponível em:<http://www.padrejoao.com.br/227/Câmara%20Federal/AGROTÓXICOS/REL%203_2011%20CSSF.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão de Inconstitucionalidade nº 1153**. Tribunal Pleno, Min. Aldir Passarinho, julgado em 16/05/1985. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rp%24%2ESCLA%2E+E+1153%2ENUME%2E%29+OU+%28Rp%2EACMS%2E+ADJ2+1153%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/atbwasj>. Acesso em: 05 dez. 2017.

BRASIL. **Decreto do Executivo 24.114/1934 12/04/1934**. Planalto. Disponível em: < http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/dec%2024.114-1934?OpenDocument>. Acesso em: 05 de dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989**. Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7802.htm>. Acesso em: 05 dez. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002**. Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4074.htm>. Acesso em: 05 dez. 2017.

CODONHO, Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira. **Desafios para a Concretização da Agricultura Sustentável no Brasil**: Uma Contribuição do Direito para a Regulação do Uso dos Agrotóxicos. Vol. 2: Série Direito Ambiental para o século XXI. Editora: Planeta Verde, 2014.

CORTEZ, Glauco. **Pesquisadora da USP monta mapa da contaminação por agrotóxico no Brasil**. Disponível em: <http://cartacampinas .com.br/2016/07/pesquisadora-da-usp-monta-mapa-da-contaminacao-por-agrotoxico-no-brasil/>. Acesso em: 24 set. 2017.

CARNEIRO, Fernando Ferreira; AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva; RIGOTTO, Raquel Maria; FRIEDRICH, Karen; BÚRIGO, André Campos (Org.) **Dossiê ABRASCO**: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. Rio de Janeiro: EPSJV; São Paulo: Expressão Popular, 2015, p. 108.

CARSON, Rachel Louis. **Primavera silenciosa**. 1. ed. São Paulo: Gaia, 2010.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2006.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição federal e a efetividade das normas ambientais**. 3. ed. atual. ampl., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. **A regulação do uso dos agrotóxicos no Brasil**: Uma proposta para um direito de sustentabilidade/ Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira; Orientador, Professor Doutor José Rubens Morato Leite; Co-orientador Professor Doutor Patryck de Araújo Ayala. – Florianópolis, SC, 2013.

FERREIRA, Heline Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. Registro e importação de agrotóxicos: não seria dever do Poder Público controlar as atividades que envolvem substâncias capazes de causar danos à vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente? In: LEITE, José Rubens Morato (coordenador). **Dano ambiental na sociedade de risco**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Garcia Garcia, Eduardo. **Análise das consequências da "Lei dos agrotóxicos" nas intoxicações e nas classificações toxicológicas e de potencial de periculosidade ambiental no período de 1990 a 2000**. 2001, p. 202. Doutorado apresentado ao Departamento de Saúde Ambiental, Universidade de São Paulo, 2001. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/>. Acesso em: 05 dez. 2017.

LOVELOCK, James. 1919 - **A vingança de gaia**. Rio de Janeiro: intrínseca, 2006.

LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. **Dano ambiental na sociedade de risco**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 24. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA. **Departamento de Sanidade Vegetal**. Disponível em: < http://www.agricultura.gov.br/vegetal/sanidade-vegetal >. Acesso em: 05 dez. 2017.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Anvisa deve concluir sistema de informações sobre agrotóxicos**. Notícia 06 nov. 2017. Disponível em: < http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/anvisa-deve-concluir-sistema-de-informacoes-sobre-agrotoxicos.htm >. Acesso em: 05 dez. 2017.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **Report of the Special Rapporteur on the right to food**. Office of the High Commissioner for Human Rights. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/34/48>. Acesso em: 05 dez. 2017.

GAIO, Alexandre; ABI-EÇAB, Pedro. [et al.] Lei da política nacional dos meio ambiente: 30 anos. Mato Grosso do Sul: Contemplar, 2012.

PASCHOAL, Adilson Dias. **Pragas, praguicidas & a crise ambiental**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12ª ed., 2015.

SILVA, Célia Maria Maganhotto de Souza; FAY, Elisabeth Francisconi. **Agrotóxico & Ambiente**. Embrapa Informações Tecnologia, Brasilia, 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. São Paulo: Manole, 2003.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **O Direito Ambiental e os Agrotóxicos**. Rio Grande do Sul: Livraria Do Advogado Editora, 2006.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. A proteção do meio ambiente e dos direitos fundamentais correlatos no sistema constitucional brasileiro. In. YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato, AHMED, Flávio, CAVALCA, Renata Falson. **Temas fundamentais de Direito Difuso e Coletivos**: Desafios e Perspectivas. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

8

A educação para o consumo consciente à luz das diretrizes do art. 9.º da lei n. 12.305/2010 – uma contribuição à proteção do direito fundamental ao ambiente saudável

Adrielly Pinho dos Santos[1]
Antônio Carlos Efing[2]

1 Introdução

Na perspectiva do crescimento econômico a todo custo, no período pós Revolução Industrial e surgimento do capitalismo, o consumo é visto como o principal instrumento econômico do mercado. Assim, através das práticas de incentivo advindas constantemente do mercado, o ato do consumo assume uma função central na vida dos indivíduos. É, pois, o surgimento de uma sociedade de consumo.

Com efeito, a emergência de novos valores e novas necessidades, a busca da satisfação pessoal imediata e principalmente, a prática de atos totalmente desprovidos de ética,

[1] Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela PUCPR. Advogada militante em Maringá-PR. E-mail: adrielly_pinho@hotmail.com.

[2] Mestre e Doutor pela PUCSP; professor titular da PUCPR, onde leciona na graduação, especializações, mestrado e doutorado; professor da Escola da Magistratura do Paraná; Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OABPR, membro do Brasilcon; Advogado militante em Curitiba. E-mail: ace@eradv.com.br.

solidariedade e responsabilidade, que caracterizam, a cultura do hiperconsumo, provocam impactos gravíssimos ao meio ambiente, seja com a exploração irracional e ilimitada de recursos naturais para a manutenção do sistema produtivo, ou com a criação de uma indústria do lixo,

Assim, com destaque para os prejuízos ambientais decorrentes da transformação da natureza em mero depósito de resíduos oriundos do hiperconsumo, pretende-se, no primeiro capítulo do presente trabalho, caracterizar o modelo atual de consumo como um hábito que contribui para a continuidade da crise ambiental, consistindo em violação ao direito fundamental ao meio ambiente saudável.

O segundo capítulo, por sua vez, aborda a conscientização do consumidor como uma proposta ao enfrentamento do hiperconsumo e seus reflexos ambientais, a partir da modificação dos atuais padrões de consumo, no caminho da almejada sustentabilidade da nação. Para tanto, demonstrar-se-á como a construção e o incentivo ao consumo consciente, poderá incutir nos indivíduos a consciência sobre os impactos de suas decisões de consumo, proporcionando, consequentemente, um ambiente próspero à concretização do equilíbrio ambiental garantido constitucionalmente.

Nesta linha de entendimento, questiona-se: dentro do viés da fase do pós consumo, como conscientizar o consumidor para a tomada de decisões conscientes, dentro de uma sociedade que renova, todos os dias, o desejo incessante pelo consumo?

A resposta a questão apresentada, enquanto problema de pesquisa, constrói-se no terceiro capítulo, com a análise da abordagem dada pela Política Nacional dos Resíduos Sólidos, à implementação da educação ambiental para o consumo consciente, a partir da análise das diretrizes previstas pelo art. 9.º da Lei n. 12.305/2010 – Política Nacional dos Resíduos Sólidos – quais sejam: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento e disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos.

Para o estudo que se apresenta, utiliza-se do método dedutivo de pesquisa.

2 Direito fundamental ao meio ambiente saudável: hiperconsumo e resíduos sólidos

A humanidade vivencia momentos críticos em sua relação com o meio ambiente, em razão da exploração econômica irracional e ilimitada dos recursos naturais, totalmente desprovida de ética e responsabilidade (NALINI, 2015, p. 177), que tem por finalidade, justamente, a sustentação do modelo econômico industrial emergente após a Revolução Industrial e a consolidação do sistema capitalista.

A partir de então, tem-se uma profunda alteração do modelo de produção e consumo, sendo que, o mercado passa a reinventar valores e novas necessidades e o consumo torna-se o principal instrumento econômico do mercado (EFING; MISUGI; GURECK NETO, 2016, p. 39).

Surge, nesta perspectiva, uma "*cultura de insaciabilidade patrimonialista e senhorial*, que salta de desejo em desejo, no encalço do nada" (FREITAS, 2016, p. 26), culminando, pois, na formação de uma Sociedade de Consumo, na qual, o ato de consumir é visto como "mais do que um direito ou um prazer, como um *dever do cidadão*" (PORTILHO, 2010, p. 74).

Os indivíduos passam a ser impelidos ao consumo em busca da própria felicidade e do atendimento dos interesses mais íntimos. São convencidos pela ideologia do imediatismo, da "vida agorista" e incentivados impulsivamente a adquirir, juntar, descartar e substituir (BAUMAN, 2008, p. 44-50).

Desta forma, o consumo, que em sociedades predecessoras era apenas um mero ato de sobrevivência, assume uma feição perdulária, com graves reflexos negativos socioambientais, individuais e coletivos. No aspecto mais íntimo do homem, os

resultados indesejados demonstram-se a partir do próprio hábito consumista, do endividamento, da angústia e insatisfação enquanto consumidor. Por sua vez, os efeitos coletivos são suportados pelo meio ambiente e pela coletividade, que perde em qualidade de vida (EFING; SOARES, 2016, p. 54-55).

Interessante observar, dentro dos efeitos coletivos do hiperconsumo, "novas necessidades exigem novas mercadorias, que por sua vez exigem novas necessidades e desejos; o advento do consumismo augura uma era de 'obsolescência embutida' dos bens oferecidos no mercado e assinala um aumento espetacular na indústria da remoção do lixo" (BAUMAN, 2008, p. 45).

Assim, destacam-se, nesta pesquisa, os impactos ambientais do hiperconsumo, especificamente, a partir do aumento da geração de resíduos sólidos e suas consequências jurídicas.

Verifica-se que, para além do esgotamento dos recursos naturais a partir da exploração desmedida dos recursos naturais, que visa sustentar o desejo de desenvolvimento a qualquer custo, o meio ambiente é também obrigado a assimilar todo o resíduo sólido gerado através do consumo excessivo (FAZOLLI, 2016, p. 45), assumindo a função de provedor de matéria prima para o consumo e de destinatário do "subproduto do consumismo" (NALINI, 2015, p. 161).

Enquanto o consumo era uma prática realizada pelo ser humano em busca de satisfação de suas necessidades básicas e até mesmo no início da atividade agrícola e industrial, os resíduos produzidos pelo homem não provocavam significativos impactos ambientais, "por terem origem essencialmente natural e por serem gerados em pequena escala". Tornam-se um problema ambiental quando o crescimento demográfico acelerado e o crescimento das cidades, associado às alterações dos padrões de consumo, alimentando o hábito consumista dos cidadãos, implicam no aumento exponencial, quantitativo e qualitativo, de geração de resíduos (MORELLI; RIBEIRO, 2009, p. 09-11).

A natureza, nesta perspectiva, passa a demonstrar sinais de esgotamento de sua capacidade adaptativa e regenerativa frente a

atividade antropocêntrica de exploração ilimitada de seus recursos (BOFF, 2015), dentre os quais, mencionam-se: "exaustão de recursos naturais renováveis e não-renováveis, degradação do solo, perda de florestas e da biodiversidade, poluição da água e do ar e mudanças climáticas, entre outros" (CORTEZ, 2009, p. 42).

Não obstante, esta relação entre modo de consumo e o meio ambiente somente ganha espaço nos debates científicos e políticos ambientais, após os anos 90, especialmente, durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92), quando, então, toma-se consciência de que "[...] a degradação ambiental e as formas de poluição produzidas na esfera industrial perdem a importância para as formas de poluição produzidas nas atividades cotidianas de consumo, pelas pessoas comuns", resultando na "desvinculação entre os processos de produção e consumo, com a ênfase recaindo sobre o segundo" (PORTILHO, 2010, p. 52).

Passadas mais de três décadas, porém, a sociedade demonstra estar, ainda, na contramão da construção do desenvolvimento sustentável, conforme se verifica por meio do estímulo constante a adoção de hábitos consumistas, com o aumento exponencial da geração de resíduos.

Segundo dados do relatório publicado após a Conferência Rio+20, realizada no ano de 2012, mantendo-se o padrão de consumo atual, "[...] Até 2030, o mundo precisará de no mínimo 50% mais alimentos, 45% mais energia e 30% mais água - tudo em um momento no qual os limites ambientais estão impondo novos limites ao suprimento" (PAINEL..., 2012, p. 18).

Acrescente-se, outrossim, um recente relatório publicado pela Agência Ambiental das Nações Unidas relacionando a degradação ambiental e a vida humana. De acordo com os dados constante do referido documento, a poluição possui diversas causas que a tornam um verdadeiro desafio à humanidade, dentre elas, o hiperconsumo, o estilo de vida da população e o crescimento demográfico, porque

produzem impactos negativos ao ar, a água, ao solo, ao oceano. Alerta-se que: "The World Health Organization has estimated, for example, that 23 per cent of all deaths worldwide – amouting to 12.6 million people in 2012 – are due to environmental causes"[3] (UNITED NATIONS ENVIRONMENT..., 2017, p. 04).

Em relação a geração de resíduos, conforme revela o Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil, divulgado pela Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais – ABRELPE -, referente ao ano de 2016, foram gerados 78,3 milhões de toneladas de resíduos em todo território nacional, com uma redução de apenas 2% em relação ao ano anterior; 7 milhões de toneladas foram dispostas irregularmente no meio ambiente (ABRELPE, 2016). Destaca-se:

> A disposição final dos RSU coletados demonstrou piora comparado ao índice do ano anterior, de 58,7%, para 58,4% ou 41,7 milhões de toneladas enviadas para aterros sanitários. O caminho da disposição inadequada continuou sendo trilhado por 3.331 municípios brasileiros, que enviaram mais de 29,7 milhões de toneladas de resíduos, correspondentes a 41,6% do coletado em 2016, para lixões ou aterros controlados, que não possuem o conjunto de sistemas e medidas necessários para proteção do meio ambiente contra danos e degradações (ABRELPE, 2016).

Inegável que o consumo é essencial à vida do ser humano, indispensável ao desenvolvimento econômico do Estado. No entanto, a discussão que ora se propõe, volta-se à análise dos impactos jurídicos decorrentes do estímulo ao consumo inconsciente e irresponsável, tendo em vista que, tal conduta, perpetrada pelo mercado e muitas vezes pelo próprio Estado, imbuídos à continuidade a um modelo de desenvolvimento econômico hegemônico que, indubitavelmente, contraria valores

[3] Tradução livre: A organização mundial da saúde estima, por exemplo, que 23% de todas as mortes no mundo – cerca de 12.6 milhões de pessoas em 2012 – decorrem e causas ambientais.

essenciais à vida do ser humano e ao desenvolvimento sustentável da nação.

Estes valores, tal como a preservação dos recursos naturais, são vistos como pressupostos básicos para a vida digna do ser humano e por isso, são considerados direitos fundamentais, constituindo o "fundamento material de todo o ordenamento jurídico" (SARLET, 2015, p. 61)

A proteção do equilíbrio ambiental, assim, encontra respaldo no fundamento máximo da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, Constituição Federal de 1988), considerando que, "não há que se falar em dignidade humana se não houver condições bióticas e abióticas favoráveis ao bem-estar, à saúde e à vida humana [...]" (EFING; RESENDE, 2016, p. 723-724).

Segundo SARLET (2016, p. 288):

> "[...] deve-se ter em conta a existência tanto de uma *dimensão social* quanto de uma *dimensão ecológica* da dignidade (da pessoa) humana, sendo que somente um projeto que contemple ambas as dimensões normativas (para além da clássica e sempre presente dimensão da liberdade/autonomia) se revela como constitucionalmente adequado".

Convém destacar que, o direito fundamental ao meio ambiente saudável pode assumir uma expressão individual, coletiva ou transindividual, na medida em que, "mesmo que um dano ambiental venha a atingir um grupo dificilmente quantificável e delimitável de pessoas (indivíduos) gera um direito à reparação para cada prejudicado, inclusive viabilizando execução individualizada ainda que no bojo de uma ação coletiva" (SARLET, 2016, p. 148).

Acrescente-se, outrossim, que o constituinte estabelece o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de todos, que deve ser assegurado tanto pelo Poder Público – Poder Executivo, Legislativo e Judiciário -, como pela coletividade, sendo que,

ocorrendo o desequilíbrio ambiental, estariam todos descumprindo comando normativo constitucional (MACHADO, 2017, p. 160).

Neste esteio, vislumbra-se que "o Brasil tem registrado frequentes agressões contra a força normativa da Constituição" (NALINI, 2015, p. 58), especialmente, a partir da manutenção de uma cultura consumista, que, pode ser compreendida como "a causa primeira da problemática ambiental" (CORTEZ, 2013, p. 53).

Justifica-se, pois, o interesse jurídico na temática deste estudo, apresentando-se, a seguir, uma proposta para o enfrentamento do hiperconsumo e respectivos reflexos ambientais.

3 A consciência socioambiental na contramão do hiperconsumo

Como demonstrado, para além das questões físicas, o mundo tem se tornado um local inabitável em decorrência do "peso dos males comportamentais e jurídico-políticos, tais como o antropocentrismo excessivo e despótico", resultante da "*cultura de insaciabilidade patrimonialista e senhorial*" (FREITAS, 2016, p. 26).

Partindo-se da premissa de que o hiperconsumo é um dos males comportamentais e jurídico políticos, que advém dessa cultura de insaciabilidade patrimonialista e senhorial, contribuindo intensamente para a crise ambiental vivenciada pela humanidade, admite-se que somente a conscientização do consumidor poderá modificar os padrões atuais de consumo, rumo à desejada sustentabilidade.

Nesse sentido, o consumo consciente representa uma prática socioambiental na contramão do hiperconsumo, ao passo que, permitirá a reflexão acerca dos impactos ambientais e sociais nas decisões de consumo do indivíduo, sendo este um "agente crítico do desenvolvimento sustentável" (EFING, 2011, p. 125).

A prática do consumo consciente, assim, transformaria meros consumidores em verdadeiros cidadãos (LAUDATO SI, 2016, p. 13), que primam pela garantia de seu direito fundamental ao equilíbrio

ambiental, positivado pelo art. 225, da Constituição Federal brasileira.

Assumindo compromissos em prol da prevenção, precaução e adaptação ambiental, para evitar prejuízos e promover o bem-estar comum (FREITAS, 2015, p. 78), os consumidores agem pautados em valores de responsabilidade, solidariedade e eticidade. Logo, o que se entende por consumo consciente também pode ser compreendido como consumo solidário e ético.

O exercício do consumo consciente, contribuindo à preservação ambiental, é vivenciado no dia a dia dos consumidores, a partir da adoção de uma postura mais ativa e crítica frente às práticas mercadológicas ambientalmente inadequadas. Trata-se, em verdade, de promover a eficácia normativa, porque "na medida em que o consumo consciente passa a ser exercido, o consumidor além de efetivar seus direitos outorgados constitucionalmente, ainda melhora a qualidade dos produtos e serviços ofertados no mercado" (EFING, 2011, p. 125), garantindo, então, seus direitos básicos, positivados pelo Código de Defesa do Consumidor.

O Instituto Akatu, organização não governamental que emprega esforços para a conscientização do consumidor, divulgou no final do mês de maio de 2017, em comemoração ao Dia do Meio Ambiente, comemorado em 05 de junho, "As 6 perguntas do consumo consciente" – Por que comprar? O que comprar? Como comprar? De quem comprar? Como usar? Como descartar? - as quais incitam o consumidor "a refletir antes, durante e depois de fazer uma compra e, dessa forma, reduzir os impactos negativos no meio ambiente que seriam decorrentes dela" (INSTITUTO AKATU, 2017). Analisa-se, a seguir, os propósitos intrínsecos à cada uma das perguntas, permitindo-se a compreensão do conceito de consumo consciente.

Por que comprar? O consumidor consciente deverá ser capaz de recusar e reduzir o seu consumo àquilo que realmente precisa, não se deixando levar pela emoção e impulso, bem como pelas

promessas de felicidade feitas pelas mais curiosas e avançadas técnicas de publicidade existentes no mercado, que, evidentemente, buscam dar continuidade ao desenvolvimento econômico hegemônico através do incentivo ao modo de produção e consumo predatório.

O que comprar? Pensar sobre o bem de consumo que se pretende adquirir é essencial para que se faça uma boa aquisição, evitando-se e/ou diminuindo compras desnecessárias, desperdícios e, consequentemente, a geração de resíduos. O consumidor consciente poderá verificar se o produto ou serviço escolhido, suas características, qualidade e preço, atendem suas necessidades de forma duradoura, porque, conhecendo os prejuízos ambientais decorrentes da produção e do consumo deste, deseja e empreenderá esforços para preveni-los.

Como comprar? Consciente, o consumidor decidirá que é necessário a aquisição de um produto e/ou serviço, escolheu o que comprar, e será capaz, então, de analisar como adquirir, o modo de pagamento, de transporte e/ou execução de determinado produto/serviço, sempre pensando na geração do menor impacto possível.

De quem comprar? Refletir sobre o fornecedor é essencial para a concretização do consumo consciente, porque, a partir desta análise, o consumidor poderá influenciar o seu fornecedor a adotar uma postura ambientalmente adequada. Além do mais, sabendo dos impactos ocasionados pelo transporte do produto, bem como das vantagens advindas do incentivo à economia local/regional, por exemplo, o consumidor terá condições de dar preferência ao fornecedor local.

Como usar? O cuidado com o uso também é um hábito do cidadão consciente, porque, sabendo que, o meio ambiente pode ser afetado desde a produção do bem até o seu descarte, buscar-se-á prolongar a vida útil do produto, atuando, assim, preventivamente.

Como descartar? O descarte de resíduos, como mencionado, é um grande desafio enfrentado pelos Estados. O consumidor que é

consciente no momento da aquisição pensará nas implicações que o descarte do produto proporcionará e, mesmo após a compra, preocupar-se-á com a possibilidade de reutilização, reciclagem, compostagem, destinando os seus resíduos, quando necessário, a locais ambientalmente adequados de disposição final.

Para tanto, a concretização do consumo consciente, depende da mudança comportamental dos indivíduos, que analisada sob o aspecto da dimensão ética da sustentabilidade, segundo entendimento de FREITAS (2015, p. 64-68), deverá ser baseada na busca pela "atitude ética sustentável", promovendo o bem-estar comum e duradouro, superando o antropocentrismo estrito e repensando a ligação entre o homem e a natureza. É dizer, em outras palavras, que a conscientização do consumidor impõe o afastamento de toda ideologia consumista, imediatista e inconsequente.

Assinala-se que, o Brasil, enquanto Estado-membro da Organização das Nações Unidas, em busca da sustentabilidade ambiental, assumiu ao longo dos anos diversas metas para a consolidação de um modelo de consumo consciente.

Com a subscrição da Agenda 21 Global, elaborada após a Rio-92, o Estado compromete-se a adotar programas, políticas e estratégias que promovam a mudança nos padrões de consumo insustentáveis, visando, "promover padrões de consumo e produção que reduzam as pressões ambientais e atendam às necessidades básicas da humanidade" e "desenvolver uma melhor compreensão do papel do consumo e da forma de se implementar padrões de consumo mais sustentáveis", desenvolvendo, para isso, diversas atividades, dentre as quais, mencionam-se: a redução da geração de resíduos; desenvolver formas ambientalmente adequadas para disposição final dos resíduos; estimular a reciclagem, a redução do desperdício na embalagem de produtos e a inserção de produtos ambientalmente saudáveis no mercado, bem como, auxiliar a população a adotar práticas de consumo consciente, por meio da

divulgação de informações sobre as consequências decorrentes das decisões de consumo, da conscientização, legislação, dentre outras (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE).

Menciona-se também o compromisso assumido no ano 2000, na ocasião da Cúpula do Milênio realizada pelas Nações Unidas. O Brasil, juntamente com diversos outros líderes mundiais, assumiu metas de desenvolvimento para cumprimento até o ano de 2015. Foram delimitados oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, dentre os quais está o dever de promover a "Qualidade de vida e respeito ao meio ambiente" (ODM BRASIL).

Apesar disso, constata-se que, "as políticas ambientais têm se empenhado mais no combate às consequências negativas do excesso de consumo em si, visando corrigir o modelo, do que na compreensão, no questionamento e na transformação desta prática" (PORTILHO, 2010, p. 148).

O consumidor, por meio de práticas do mercado e do próprio Estado, continua a ser incentivado a fazer escolhas e não a reduzir o seu consumo. Em outros termos, "a possibilidade de escolha, desta forma, acabou se resumindo na escolha entre diferentes marcas e não entre consumismo e não consumismo" (PORTILHO, 2010, p. 116).

Para enfrentar este e inúmeros outros desafios, não abarcados pelas metas anteriores, os Estados, novamente sob organização da ONU, assumiram o compromisso de implementar uma agenda universal em busca do desenvolvimento sustentável. Refere-se a Agenda 2030, na qual comprometeu-se o Brasil à promoção dos 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável 2015-2030 (PORTAL BRASIL, 2017).

Observa-se, dentre as metas assumidas, a atenção para com o desenvolvimento sustentável dos países, estabelecendo-se, expressamente, como uma das metas, a necessidade de assegurar padrões de produção de consumo sustentáveis, promovendo "a informação, a gestão coordenada, a transparência e a responsabilização dos atores consumidores de recursos naturais

como ferramentas chave para o alcance de padrões mais sustentáveis de produção e consumo" (PORTAL BRASIL, 2017).

Em análise aos compromissos firmados pelo Brasil resta evidente a preocupação para com a conscientização do indivíduo em relação aos impactos de suas atividades cotidianas ao meio ambiente. É dizer que, ao menos no plano teórico, já se reconhece a necessidade de adoção de hábitos mais sustentáveis, em prol do equilíbrio ecológico e consequentemente da garantia de qualidade de vida da população. Ademais, como alerta FREITAS (2015, p. 69):

> O que não faz o menor sentido é persistir na matriz comportamental da degradação e do poder neurótico sobre a natureza, não somente porque os recursos naturais são finitos, mas porque tal despautério faz milhões de vítimas no caminho. É altamente falacioso tentar escapar das responsabilidades pelos desequilíbrios ambientais, atribuindo exclusivamente a culpa à natureza, mecanismo clássico de fuga pusilânime.

A grande dificuldade para a conscientização dos indivíduos em relação a necessidade de alteração do modo de consumo, todavia, está no próprio cerne da sociedade contemporânea, porque, conforme descreve BAUMAN (2008, p. 71), para sua própria manutenção, a sociedade, baseada no consumo, não pode aceitar a adoção de outra cultura que não aquela que incentive constantemente o hiperconsumo e que, mais do que isso, leve os consumidores a crer que a única forma de alcançar a felicidade é através da aquisição perdulária.

Conforme observado por PORTILHO (2010, p. 130), "como as preocupações ambientais não são universais, nem consensuais, nem amplamente partilhadas, esta solução acaba ficando às custas justamente daqueles que mais se preocupam com o meio ambiente".

Em vista disso, indaga-se: como desenvolver a consciência para o consumo, diante de uma sociedade marcadamente consumista que, na busca do lucro a qualquer custo, estimula os consumidores, diariamente, a práticas de consumo inconsciente?

Entende-se que, somente a educação é capaz de promover a conscientização do consumidor, com a informação e o conhecimento necessários a respeito da imprescindibilidade da adoção de práticas de consumo consciente em decorrência dos inúmeros prejuízos ambientais oriundos do modo de consumo predatório vivenciado nesta sociedade consumista (EFING, 2011, p. 125-126). É preciso considerar, porém, que

> o simples acesso a conhecimentos relacionados à questão ambiental não leva a estilos de vida e práticas ambientalmente corretas. Além disso, a excessiva quantidade de informações relacionadas com uma infinidade de assuntos, muitas vezes altamente especializados, impossibilita que se faça um julgamento correto, pois muitas informações são incompreensíveis, além de serem alvo de incertezas e controvérsias mesmo entre os especialistas (PORTILHO, p. 126).

A educação para o consumo consciente, enquanto indispensável à mudança de comportamento do indivíduo, "exige repensar a totalidade dos processos, pois não basta incluir considerações ecológicas superficiais enquanto não se puser em discussão a lógica subjacente à cultura actual" (LAUDATO SI, p. 151).

Para além disso, deve priorizar o crescimento da solidariedade, da responsabilidade, do cuidado e da compaixão, criando uma "cidadania ecológica" (LAUDATO SI, p. 160), de forma a "difundir um novo modelo relativo ao ser humano, à vida, à sociedade e à relação com a natureza", pois, "caso contrário, continuará a perdurar o modelo consumista, transmitido pelos meios de comunicação social e através dos mecanismos eficazes do mercado" (LAUDATO SI, p. 164).

Neste contexto, apresentando-se o hiperconsumo como fonte primária da geração de resíduos sólidos, e consequentemente, fator crítico para o agravamento da crise ambiental, bem como, sabendo que, o seu enfrentamento exige a conscientização do consumidor para que passe a refletir a respeito das consequências ambientais de

seu modo de consumo, tem-se a hipótese proposta para esta pesquisa, qual seja, a promoção da educação para o consumo consciente, com ênfase à emblemática questão da gestão dos resíduos sólidos, enquanto subprodutos do hiperconsumo.

4 A educação para o consumo consciente à luz das diretrizes do art. 9.º da política nacional dos resíduos sólidos

A relação entre consumo, geração de resíduos e meio ambiente se consolida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da promulgação da Política Nacional dos Resíduos Sólidos, instituída por meio da Lei n. 12.305/2010, tendo em vista o cuidado a responsabilização do consumidor pela gestão dos resíduos sólidos, considerados os consequentes impactos prejudiciais ao ambiente (MACHADO, 2017, p. 691).

É que, a Lei n. 12.305, promulgada em 03 de agosto de 2010, após mais de 20 anos de trâmite legislativo, tratou de incluir o consumidor, enquanto gerador de resíduos (art. 3, inc. X), dentro da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, equiparando-os, neste sentido, aos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciante, os quais, conjuntamente, devem buscar a minimização do volume de resíduos sólidos e rejeitos e a redução dos impactos à saúde humana e ao meio ambiente, conforme disposição do art. 30 (BRASIL, 2010).

Compreende-se que, "*para crises sistêmicas, impõem-se soluções sistêmicas,* estruturais e interdisciplinares, cooperativas e globais, com o engajamento de todos, não apenas dos governos" (FREITAS, 2015, p. 53). Nesta linha, a norma maior, por meio do art. 225, *caput,* como mencionado alhures, impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defesa e preservação ambiental, para as presentes e futuras gerações, devendo, assim, o enfrentamento das questões do modo de consumo e meio ambiente ser visto como uma prioridade de todos.

Há que se fazer uma ressalva, todavia, no sentido de que, o Estado, enquanto agente responsável pela promoção do direito fundamental ao meio ambiente saudável, tem o dever indiscutível e intransferível de viabilizar o exercício da responsabilidade atribuída ao consumidor pela gestão dos resíduos, na Política Nacional de Resíduos Sólidos, concedendo-lhe condições satisfativas para tal.

Nas palavras de Juarez de Freitas (2015, p. 36), o Estado deve garantir às presentes e futuras gerações vida digna, "[...] não apenas material, mas coexistência fecunda e, o mais possível, isenta dos males oriundos das corrupções típicas da insaciabilidade, que prefere primeiro crescer e, só no futuro distante, mitigar ou compensar".

Para isso, entende-se essencial à implementação de políticas públicas educacionais voltadas à construção do consumo consciente, de forma a possibilitar ao consumidor a compreensão de como o seu hábito consumista, enquanto fonte geradora primária de resíduos (subproduto do consumismo), pode impactar o meio em que vive e também, como a gestão ambientalmente adequada destes pode proporcionar a própria defesa do equilíbrio ambiental.

Com efeito, a educação ambiental, com ênfase para a questão do consumo, foi inserida como um dos instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, conforme art. 8.º, inciso VIII, devendo ser abordada nos planos municipais de gestão integrada de resíduos, de forma a promover a não geração, a redução, a reutilização e a reciclagem de resíduos sólidos, conforme art. 19, inciso X (BRASIL, 2010). Além disso, o art. 5.º da Lei n. 12.305/2010 dispõe que a Política Nacional de Resíduos Sólidos deverá articular-se com a Política Nacional de Educação Ambiental (Lei n. 9.795/1999).

Também o Decreto n.º 7.404/2010, que regulamenta a Política Nacional de Resíduos Sólidos, em seu art. 77, versa sobre a educação ambiental na gestão dos resíduos sólidos, tendo por objetivo, "o aprimoramento do conhecimento, dos valores, dos comportamentos e do estilo de vida relacionados com a gestão e o

gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos" (BRASIL, 2010).

Para consecução do objetivo, elencam-se, no § 2.º do art. 77, as medidas a serem adotadas pelo Poder Público, destacando-se, dentre elas: o incentivo a atividades de caráter educativo e pedagógico, em colaboração com entidades do setor empresarial e da sociedade civil organizada (inciso I); desenvolver ações educativas voltadas à conscientização dos consumidores com relação ao consumo sustentável e às suas responsabilidades no âmbito da responsabilidade compartilhada de que trata a Lei nº 12.305, de 2010 (inciso IV); elaborar e implementar planos de produção e consumo sustentável (inciso VI); divulgar os conceitos relacionados com a coleta seletiva, com a logística reversa, com o consumo consciente e com a minimização da geração de resíduos sólidos (inciso VIII).

Deste modo, propõe-se ao estudo da educação para o consumo consciente à luz das diretrizes para gestão e gerenciamento dos resíduos estabelecidas pelo art. 9.º, caput, da Lei n. 12.305/2010, assim disposto:

> Art. 9.º Na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos (BRASIL, 2010). (sem grifo no original)

Importante registrar que as metas a serem observadas na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos obriga aos consumidores, ao poder público e privado, a união de esforços para a devida implementação da norma, de modo que, incorre em

descumprimento legal, aquele que, por ação ou omissão, deixa de contribuir para a consecução desta diretriz[4].

Para verificar como as diretrizes em questão tem sido cumpridas, dentro da perspectiva da educação para o consumo consciente, apresentam-se algumas atividades educativas desenvolvidas pelo Poder Público, pelo setor privado e sociedade civil, divulgadas pela plataforma pública de Estratégia Nacional de Educação Ambiental e Comunicação Social na gestão de Resíduos Sólidos – Educares[5], criada sob a iniciativa do Departamento de Educação Ambiental (DEA), da Secretaria de Articulação Institucional e Cidadania Ambiental (SAIC), do Ministério do Meio Ambiente (MMA), a fim de contribuir para a efetivação da Política Nacional dos Resíduos Sólidos (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2017).

Analisar-se-á, nos tópicos a seguir, cada uma das diretrizes dispostas pelo art. 9.º da Lei n. 12.305/2010.

4.1 Da não geração de resíduos

Segundo FAZOLLI (2016, p. 48), a meta da não geração de resíduos afigura-se utópica dentro da atual sociedade de consumo, somente podendo ser atingida em escala setorial, tal como ocorre com a proibição do uso de sacolas plásticas em supermercados, para o que, indispensável, a realização de ações educativas a favor da conscientização do consumidor, tanto por parte do Estado, como dos fornecedores de bens e serviços.

Depreende-se, nesta perspectiva, que a recusa ao consumo impõe a maturidade e o empoderamento do consumidor, o que, somente se concretizaria por meio da educação para o consumo

[4] Sobre a responsabilidade solidária pela omissão causadora de danos, na atuação para garantia do direito à vida digna, veja em FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

[5] A plataforma Educares é uma infraestrutura tecnológica criada para mapeamento e divulgação de práticas de EA e CS em Resíduos Sólidos. O objetivo é oferecer um cardápio de possibilidades que inspirem toda a sociedade brasileira a enfrentar os desafios de implementação da PNRS (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE).

consciente. Observando os impactos de seus hábitos cotidianos, o indivíduo seria capaz de recusar a aquisição, não se deixando levar pelos devaneios da busca inalcançável pela felicidade através do consumo. Isto, em outras palavras, seria a prática do consumo consciente refletindo a não geração de resíduos e, consequentemente, a preservação ambiental.

Algumas atividades educativas têm sido desenvolvidas em prol da não geração de resíduos, a exemplo do "Projeto Lixo Orgânico Zero" no município de Lages, estado de Santa Catarina, que surgiu, justamente, diante da necessidade de reduzir a geração de lixo urbano, quando constatado que, o maior passivo ambiental da cidade era devido ao volume de resíduos sólidos - composto em mais de 50% por lixo orgânico - e o elevado custo de coleta e depósito em aterro sanitário (EDUCARES, 2014).

Assim, o projeto desenvolveu um sistema tecnológico denominado Mini Compostagem Ecológica (MCE), para eliminar a geração de resíduos orgânicos. O sistema "permite a compostagem e cultivo de plantas sobre ela mesma, transformando de 100 a 200 kg de RO [resíduos orgânicos] por ano em apenas um metro quadrado" e foi montado em 100 escolas públicas do município de Lages, em 5 outros municípios e em postos de saúde, juntamente com palestras e aulas práticas para o seu manuseio. Como resultado, constatou-se ser possível a eliminação dos resíduos orgânicos entre os demais resíduos, a partir da mudança de pequenos hábitos e costumes da população.

Vale destacar também, a exposição "Caminho dos Resíduos na Nossa Cidade" criada pela Secretaria de Serviços Públicos da cidade paulista de Guarulhos, para conscientização da população acerca dos impactos ambientais provocados pela geração de resíduos, especialmente, em relação a destinação final destes e a responsabilidade de cada um. O objetivo da exposição, que já foi vista por mais de 1000 pessoas, é atender as metas previstas pelo art. 9.º da PNRS, ora em estudo (EDUCARES, 2017).

4.2 Da redução

Reconhece-se que, não sendo possível a não geração de resíduos, frente a impossibilidade de recusa ao consumo, é imprescindível a sua minimização. Para isso, o consumidor deveria ser educado para o consumo, de forma que, consciente sobre sua responsabilidade frente a geração de resíduos, poderia contribuir para a minimização destes.

São exemplos de ações simples que poderiam ser realizadas por consumidores conscientes para redução de resíduos: deixar de utilizar embalagens excessivas, diminuir o uso de sacolas, priorizar o consumo de embalagens recicladas e de "refis", reduzindo a matéria prima da produção, reduzir o consumo de copos plásticos, deixar de imprimir documentos desnecessariamente, diminuindo o uso de papel, etc. (GALLI, 2013, p. 59).

Antes da promulgação da Política Nacional de Resíduos Sólidos, "embora a necessidade de reduzir o consumo tenha ganhado força, a proposta de fixar limites ao consumo não é politicamente atraente, além de ser de difícil implementação", por isso, o discurso político vinha mais no sentido de "substituição de bens e serviços por outros mais eficientes e menos poluentes [...], do que através da redução do volume de bens e serviços consumidos e da distribuição equitativa dos mesmos" (PORTILHO, 2010, p. 145-146). Daí a inovação importante trazida pela PNRS, com o estabelecimento da redução como uma meta prioritária dentro da gestão dos resíduos sólidos.

Como exemplo de campanha educativa para o consumo consciente com ênfase a redução da geração de resíduos, cita-se o projeto-piloto "Manejo Integrado de Resíduos Sólidos Urbanos", mobilizando mais de 300 estudantes da Escola Estadual Jardim América, localizada em Vacaria, no estado do Rio Grande do Sul, e 1.500 atores sociais do bairro (EDUCARES, 2014).

As ações desenvolvidas tinham por foco a produção e consumo responsáveis e para conscientização dos envolvidos a respeito da necessidade de redução da geração de resíduos foram feitas visitas orientadas ao Aterro Sanitário municipal. Verificando, com os próprios olhos, a quantidade de resíduos gerados pela comunidade, os alunos e pais puderam conscientizar-se a respeito da importância da redução da geração de resíduos.

4.3 Da reutilização, reciclagem e tratamento

A reutilização, a reciclagem e o tratamento de resíduos sólidos fazem parte do processo de destinação final ambientalmente adequada e buscam evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos, consoante se afere da leitura do art. 3.º, inciso VII, da PNRS.

Reutilização, segundo inciso XVIII, do referido art. 3.º, é "processo de aproveitamento dos resíduos sólidos sem sua transformação biológica, física ou físico-química". Por sua vez, segundo inciso XVI, reciclagem consiste no "processo de transformação dos resíduos sólidos que envolve a alteração de suas propriedades físicas, físico-químicas ou biológicas, com vistas à transformação em insumos ou novos produtos".

Quanto ao tratamento, o legislador optou, na forma do inciso VII, do art. 3.º, por elencar algumas das formas existentes para submissão dos resíduos sólidos, consideradas ambientalmente adequadas, quais sejam, compostagem, recuperação e aproveitamento energético, permitindo-se, porém, a adoção de outras formas, admitidas pelos órgãos competentes.

Importa alertar que, nem tudo o que se transforma em lixo, de fato o é. Segundo BAUMAN (2008, p. 45), "a maioria dos bens valiosos perde seu brilho e sua atração com rapidez, e se houver atraso eles podem se tornar adequados apenas para o depósito de lixo, antes mesmo de terem sido desfrutados".

Assim, ganham destaque atividades educativas para o consumo destinadas a conscientização do consumidor sobre a importância da reutilização, reciclagem e tratamento de resíduos, antes da sua disposição final.

Primeiramente, aduz-se que, a educação para o consumo consciente, informando e conscientizando a população para as metas em comento, implicará, consequentemente, na redução destes, tendo em vista "a diminuição daquilo que ainda será produzido pela indústria, a partir de nova subtração de recursos naturais" (FAZOLLI, 2016, p. 53).

É dizer que, havendo reuso, reciclagem e tratamento, os produtos conservar-se-iam em seu ciclo de vida por mais tempo, aproveitando-se seu valor econômico, evitando, portanto, a geração de resíduos e a exploração de recursos naturais para a produção.

Alguns exemplos de ações educativas realizadas em prol da reutilização, reciclagem e tratamento de resíduos sólidos, são: Projeto Agentes do Verde e o projeto Reciclar, Menos Lixo, Mais Segurança Alimentar.

O "Projeto Agentes do Verde" foi implantado pelo Instituto Maranhão Sustentável (IMA), no município de Pinheiro, tendo em vista que, localizado dentro de uma reserva ambiental do Estado do Maranhão, vinha sofrendo com a interferência antrópica. Assim, com aulas de caráter socioambiental e oficinas de reciclagem, em que os alunos transformavam resíduos em produtos para venda em feiras culturais, o projeto promoveu a formação de agentes ambientais, reduziu o acúmulo de garrafas pets no local, resultando na diminuição dos impactos ambientais à região (EDUCARES, 2014).

O Projeto "Reciclar, Menos Lixo, Mais Segurança Alimentar", desenvolvido pela EMATER-MG, educa agricultores para a coleta seletiva de resíduos recicláveis, como por exemplo papelão, plástico, metal e óleo saturado, que são trocados por pintinhos, mudas frutíferas e sementes de hortaliça. Com efeito, 393 agricultores foram atendidos, foram criadas 155 hortas, 237 pomares, dentre outros resultados práticos, que culminaram na coleta de toneladas de

resíduos, diminuindo focos de dengue, focos de incêndio provocados pela queima de lixo, o descarte de óleo nos quintais, melhorando a qualidade de vida da população atingida (EDUCARES, 2017).

4.6 Da disposição final ambientalmente adequada

A disposição final apresenta-se como a última meta estabelecida para a gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, devendo ser realizada somente quando todas as demais etapas não puderem ser cumpridas.

Destaca-se que, segundo disposto no art. 28 da PNRS, o consumidor, enquanto gerador de resíduos sólidos domiciliares, tem cessada sua responsabilidade com a disponibilização adequada dos resíduos para a coleta ou com a devolução dos produtos para os quais houver sido instituído o sistema de logística reversa (*vide* art. 33 da PNRS), sendo, então, a disposição final dos resíduos sólidos domiciliares provenientes das atividades de consumo uma atividade de responsabilidade do município (art. 10, da PNRS).

Contudo, sabendo que milhares de toneladas de resíduos domiciliares, todos os dias, são descartados de forma irregular por seus geradores, em depósitos à céu aberto, córregos, e demais locais inapropriados para recebe-los, causando, inúmeros prejuízos ambientais.

Veja-se, a título exemplificado, segundo dados constantes do diagnóstico municipal para a Política Nacional de Resíduos Sólidos, realizado pelo Observatório dos Lixões, em parceria com a Confederação Nacional de Municípios (CNM), que somente no estado do Paraná, existem ainda 87 lixões sendo utilizados, a despeito da proibição prevista pelo art. 47 da PNRS. Municípios como Colombo, na região metropolitana de Curitiba, Colorado, Lobato, Presidente Castelo Branco, São Jorge do Ivaí, Mandaguari, Astorga, dentre outros na região norte e noroestes do estado, ainda

não dispõem seus resíduos em aterros sanitários (OBSERVATÓRIO DOS LIXÕES).

Em 2015, a Programa das Nações Unidas divulgou uma notícia alertando que, no Brasil, por dia, 80 mil toneladas de resíduos sólidos são descartados de forma inadequada, promovendo juntamente com o Instituto Ekos Brasil uma reunião com especialistas dos setores público, privado e do terceiro setor, para destacar a importância do enfrentamento desta problemática ambiental (ONUBR).

Indispensável, portanto, medidas educativas à conscientização dos indivíduos para a disposição final ambientalmente adequada dos resíduos, a exemplo do projeto Rio Tigre, desenvolvido pelo Instituto Socio Ambiental Vida Verde – ELOVERDE, no município de Erechim, estado de Santa Catarina que, realiza atividades para contenção do lixo nas comunidades próximas ao Rio Tigre. Mais de 40 oficinas são montadas para educar a população regional a respeito da situação ambiental do rio, promovendo, ainda, a retirada de 22,5 toneladas de resíduos deixados às margens do rio. Também oferecem cursos em Gestão e Educação Ambiental com Práticas Pedagógicas de Educação Ambiental, tendo formado 150 professores em 2014 (EDUCARES, 2014).

5 Conclusão

Compreende-se que o hiperconsumo é um problema que ultrapassa a fronteira individual para alcançar a coletividade, na medida em que contribui ativamente para a crise ambiental vivenciada em todo o Planeta. Assim, tem-se que, o hábito do consumo perdulário, exercido nesta sociedade de consumo, ofende diretamente o direito fundamental ao meio ambiente saudável, garantido expressamente pelo art. 225 da Constituição Federal, razão pela qual, justifica-se o interesse jurídico na matéria.

Não obstante, esta violação ao direito fundamental do cidadão, é provocada pelo mercado econômico na busca constante

de lucro a qualquer custo, mas também e muitas vezes pelo próprio Estado, olvidando-se dos demais valores que fundamentam o indispensável desenvolvimento sustentável do país e a garantia da dignidade humana.

Verifica-se, neste viés, que somente a conscientização do consumidor é que poderá alterar o estilo de vida consumista, com a modificação do pensar e agir humano, em prol de condutas mais éticas, solidárias e responsáveis para com o meio ambiente. Assim, a construção do consumo consciente apresenta-se como uma alternativa ao enfrentamento problema apresentado, tratando-se do verdadeiro exercício da cidadania.

Para tanto, defende-se como um dever do Estado, enquanto ente responsável pela efetividade do direito fundamental ao meio ambiente saudável, a implementação de políticas públicas de educação para o consumo consciente, com ênfase a fase do pós consumo, considerando a gestão ambientalmente dos resíduos sólidos, como subproduto do consumo perdulário.

A educação ambiental para o consumo consciente constitui um dos instrumentos da Política Nacional dos Resíduos Sólidos, instituída pela Lei n. 12.305/2010, sendo disciplinada pelo art. 77 do Decreto n.º 7.407/2010, que regulamenta a política mencionada.

Com efeito, deverá pautar-se por todos os objetivos e diretrizes constantes da Lei n. 12.305/2010, a exemplo do art. 9.º que estabelece as metas de prioridade a serem observadas na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, a saber: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento e disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos.

Constata-se, em análise à plataforma Educares, criada pelo Ministério do Meio Ambiente, para a divulgação de práticas de educação ambiental e para o ideal cumprimento da Política Nacional dos Resíduos Sólidos, a existência de diversas medidas educativas que vêm sendo desenvolvidas pela sociedade civil, poder público e

privado, e são direcionadas à conscientização da população ao consumo consciente.

Porém, considera-se essencial, no contexto atual de degradação ambiental, marcado por condutas desprovidas de ética e solidariedade, a ampliação destas práticas educativas já verificadas na realidade brasileira, tendo em vista tratarem-se de verdadeiros exemplos de implementação da educação para o consumo consciente à luz das metas positivadas pelo art. 9.º da Lei n. 12.305/2010

6 Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RESÍDUOS SÓLIDOS. **Panorama de Resíduos Sólidos no Brasil 2016**. Disponível em: <http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2016.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo:** a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução por Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

BRASIL. Decreto n.º 7.404 de 23 de dezembro de 2010. **Diário Oficial**, Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7404.htm>. Acesso em 08 dez. 2017.

_____. Lei n. 12.305 de 03 de agosto de 2010. **Diário Oficial, 2010.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 01 dez. 2017.

CORTEZ, Ana Tereza Caceres. Consumo e desperdício: as duas faces das desigualdades. In: CORTEZ, Ana Tereza C.; ORTIGOZA, Silvia Aparecida Guarnieri. **Da produção ao consumo: impactos socioambientais no espaço urbano.** São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/n9brm/pdf/ortigoza-9788579830075.pdf>. Acesso em 07 dez. 2017.

EDUCARES. **Exposição "Caminho dos Resíduos na Nossa Cidade"**. Publicado em 19 maio 2017. Disponível em: <http://educares.mma.gov.br/index.php/reports/view/462>. Acesso em 09 dez. 2017.

_____. **Manejo integrado de resíduos sólidos urbanos.** Publicado em 16 de ago. 2014. Disponível em: <http://educares.mma.gov.br/index.php/reports/view/156>. Acesso em 09 dez. 2017.

_____. **Projeto Lixo Orgânico Zero em Lages-SC**. Publicado em 29 jul. 2014. Disponível em: <http://educares.mma.gov.br/index.php/reports/view/53>. Acesso em 09 dez. 2017.

_____. **Projeto Reciclar, Menos Lixo, Mais Segurança Alimentar**. Publicado em 2 jun. 2017. Disponível em: <http://educares.mma.gov.br/index.php/reports/view/484>. Acesso em 09 dez. 2017.

_____. **Projeto Rio Tigre.** Publicado em 25 ago. 2014. Disponível em: <http://educares.mma.gov.br/index.php/reports/view/205>. Acesso em 09 dez. 2017.

_____. **Projetos Agentes do Verde**. Publicado em 31 jul. 2014. Disponível em: <http://educares.mma.gov.br/index.php/reports/view/60>. Acesso em 09 dez. 2017.

EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo.** 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

_____; RESENDE, Augusto César Leite de. Educação para o consumo consciente: um dever do Estado. **Revista jurídica Luso-Brasileira**, a. 2, n. 1, 2016, p. 713-746. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0713_0746.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.

_____; GEROMINI, Flávio Penteado. Crise ecológica e sociedade de consumo. **Revista direito ambiental e sociedade**, v. 6, n. 2, 2016. p. 225-238. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3859/2616>. Acesso em 26 set. 2017.

_____; MISUGI, Guilherme; GURECK NETOS, Leonardo. Políticas públicas: proteção e incentivo ao consumo no Brasil. In: ARAÚJO, Fernando; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coordenadores)... [et al]. **Em busca dos caminhos jurídicos e econômicos para a superação da crise.** Curitiba: PUCPRess, 2016. Disponível em: <https://livraria.pucpr.br/caminhosjuridicos/CAMINHOSJURIDICOS_ONLINE.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

_____; SOARES, Alexandre Araujo Cavalcante. Ética do consumo, consumo consciente e felicidade. **Revista de direito UNISC**, n. 48, jan./abr., 2016. p. 52-69. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/6657/4663>. Acesso em: 25 set. 2017.

FAZOLLI, Silvio Alexandre; EFING, Antônio Carlos. **Do consumo consciente sob a perspectiva do pós-consumo**: judicialização das políticas públicas ambientais e o papel integrativo das soft laws no ordenamento jurídico brasileiro. 2016. Tese (Doutorado), PUCPR, Curitiba, 2016. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/pergamum/biblioteca/img.php?arquivo=/000060/0000609c.pdf>. Acesso em: 26 set. 2017.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GALLI, Alessandra. A educação ambiental, seu papel transformador e a nova política nacional de resíduos sólidos. In: BECHARA, Erika (org.). **Aspectos relevantes da política nacional de resíduos sólidos. Lei n.º 12.305/2010.** São Paulo: Atlas, 2013.

INSTITUTO AKATU. **Conheça as 6 perguntas do consumo consciente que ajudam a diminuir impactos negativos no meio ambiente.** Publicado em 30 maio 2017. Disponível em: <https://www.akatu.org.br/releases/conheca-as-6-perguntas-do-consumo-consciente-que-ajudam-diminuir-impactos-negativos-no-meio-ambiente/>. Acesso em 03 dez. 2017.

_____. **Por um consumo consciente.** Disponível em: <https://www.akatu.org.br>. Acesso em: 28 set. 2017.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 25 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Agenda 21 global.** 1992. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>. Acesso em: 07 dez. 2017.

_____. **EDUCARES**. Práticas de Educação Ambiental e Comunicação Social em Resíduos Sólidos. Estratégia Nacional de Educação Ambiental e Comunicação Social na gestão de Resíduos Sólidos – Educares. Disponível em: <http://educares.mma.gov.br/index.php/main>. Acesso em 08 dez. 2017.

MORELLI, Márcio Raimundo; RIBEIRO, Daniel Verás. **Resíduos sólidos**: problema ou oportunidade? Rio de Janeiro: Interciência, 2009.

NALINI, José Renato. **Ética ambiental.** 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OBSERVATÓRIO DOS LIXÕES**. Diagnóstico municipal para a Política Nacional de Resíduos Sólidos**. Disponível em: <http://www.lixoes.cnm.org.br/>. Acesso em: 09 dez. 2017.

ODM BRASIL. **O Brasil e os ODM.** Disponível em: <http://www.odmbrasil .gov.br/o-brasil-e-os-odm>. Acesso em 08 dez. 2017.

ONU BRASIL. **No Brasil, 80 mil toneladas de resíduos sólidos são descartadas de forma inadequada por dia, afirma ONU**. Publicado em 14 de ago. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/no-brasil-80-mil-toneladas-de-residuos-solidos-sao-descartados-de-forma-inadequada-afirma-onu/>. Acesso em: 09 dez. 2017.

ONU. **Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.** Tradução por Centro de Informações das Nações Unidas para o Brasil (UNIC Rio) e revisado pela Coordenadoria-Geral de Desenvolvimento Sustentável (CGDES) do Ministério das Relações Exteriores do Brasil. 2016. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

PAINEL DE ALTO NÍVEL DO SECRETÁRIO-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE SUSTENTABILIDADE GLOBAL. **Povos Resilientes, Planeta Resiliente**: um futuro digno de escolha. Nova York: Nações Unidas, 2012. Disponível em: <http://www.onu.org.br/docs/gsp-integra.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017.

PAPA FRANCISCO. **Carta Encíclica Laudato Si'**: Sobre o cuidado da casa comum. Vaticano, 2015. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html>. Acesso em: 07 dez. 2017.

PORTAL BRASIL. **Governo discute Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).** 2017. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2017/04/governo-discute-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-ods>. Acesso em 07 dez. 2017.

PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania.** 2. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Recurso Online.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **Towards a polluiton-free planet.** 15 october, 2017. Disponível em: <https://papersmart.unon.org/resolution/uploads/25_19october.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2017.

9

Sustentabilidade como um direito fundamental

Alexandra Mattos Silva[1]

1. Introdução

Não é de hoje que se fala em sustentabilidade e no desenvolvimento sustentável. A sustentabilidade é uma preocupação que vem crescendo ainda mais nas últimas décadas a partir do intenso desenvolvimento da sociedade através das mudanças econômicas, culturais, políticas e, notadamente, com o demasiado avanço das tecnológias passou a se ter uma necessidade de se criar elementos basilares a promover o desenvolvimento sustentável nas mais variadas áreas.

O Direito, por sua vez, também está atuando fortemente para a evolução deste desenvolvimento sustentável, criando mecanismos de regramento nesse sentido, cujo objetivo é trazer a ideia da sustentabilidade como um Direito Fundamental, uma vez que atualmente é algo indispensável à evolução humana, também visto como forma de garantir o futuro das próximas gerações.

[1] Advogada. Especialista em Direito Empresaria. Mestranda em Teoria Geral da Jurisdição e do Processo pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. E-mail para contato: alexandra.silva.001@acad.pucrs.br. Telefone para contato: (51) 99962.65.68.

2. A sustentabilidade como um Direito Fundamental

A evolução humana, atualmente, ensejou na necessidade de readequação ao princípio da sustentabilidade, notadamente sopesada ao viés dos direitos fundamentais das partes os quais precisam ser revistos diante do excesso de tecnologia e o fácil acesso à informação, cujas ferramentas se tornaram indispensáveis à atualidade humana. Com a evolução humana, o mundo passou a ter cada vez mais novas necessidades e novas demandas, de modo que para isso, foi e ainda é preciso a readequação dos meios sociais, culturais, políticos, educacionais, ambientais, econômicos e financeiros.

Durante muitos anos, diversos autores debateram acerca da sustentabilidade e, por muito tempo resistiu-se a entender a sustentabilidade como um princípio interdisciplinar. Muitos autores e estudiosos do tema restringiam-se ao fenômeno da sustentabilidade somente no âmbito ambiental, o que, cientificamente, já restou comprovado que a sustentabilidade extrapola barreiras ambientais, recaindo sobre as mais diversas áreas disciplinares.

Nesse sentido, veja-se que principio da sustentabilidade não é mais apenas um princípio visto em meros debates e ideias trazidos dentro da academia, pois ele ganhou notório espaço prático e indispensável ao desenvolvimento social atual. A sustentabilidade engloba todos os princípios de Direitos Fundamentais, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, elencados em nossa Carta Magna que é a Constituição Federal/1988.

Em linhas conceituais, a sustentabilidade é um sistema pluridimensional, multidimensional, de modo que essas dimensões estão entrelaçadas de maneira que não é logicamente possível se falar na sustentabilidade ambiental sem se falar nas outras dimensões e assim reciprocamente:

> Nessa perspectiva, eis o conceito proposto para o princípio de sustentabilidade: trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e indireta, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do

> desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente o no futuro, o direito ao bem-estar (FREITAS, 2016, p. 41).

A sustentabilidade é um princípio fundamental que extrapola a esfera do âmbito ambiental e precisa ser defendida em âmbito multidisciplinar, pois não é possível se ter progresso no âmbito ambiental sem o progresso nas demais áreas:

> A sustentabilidade, bem concebida, é prova robusta do florescimento da consciência, entendida como a condição processual do ser que, por meio da mente e dos sentidos, reconhece a si próprio, na natureza, tanto pelo autoconhecimento como pelo heteroconhecimento. Por sua vez, a insaciabilidade predatória surge como geradora de sofrimento inútil, de falso progresso e de cumulativos desequilíbrios que encaminham para a extinção da espécie humana. Parece irrefutável, nessa altura dos acontecimentos, que apenas a sustentabilidade modelará um desenvolvimento aceitável, com o enfrentamento hábil das mais candentes questões do século em curso (FREITAS, 2016, p.77-78).

Ou seja, necessário se faz se vislumbrar o fenômeno da sustentabilidade num viés multidisciplinar, extrapolando-se linhas conservadoras e aceitando-se a ideia de aplicação da sustentabilidade como forma de progresso, na medida em que é através da sustentabilidade que se chegará aos progressos necessários ao desenvolvimento da sociedade atual e das gerações presentes e futuras.

Na opinião do autor Magalhães Filho, a base conceitual do princípio em questão é analisada com a apresentação do conceito sistêmico de sustentabilidade, o qual supera a ultrapassada visão de que esse vocábulo está associado apenas a questões ambientais ou a questões econômicas-empresariais. A partir do estabelecimento dos múltiplos aspectos que envolvem a sustentabilidade enquanto princípio jurídico, apresenta-se uma análise de cada um deles, em

diálogo reflexivo com a Teoria do Direito e o Direito Constitucional (FILHO, 2001, p.113-131).

Com efeito, nota-se que o próprio conceito de sustentabilidade traz a ideia de interdisciplinaridade que precisa ser observada, o que acarreta em uma visão múltipla e não mais limitada da resolução de problemas atuais, combatendo-se os erros de imediatismos que não garantem a dignidade das próximas gerações. Por isso, a doutrina hermenêutica do Direito defende o princípio da sustentabilidade como um princípio de Direito Fundamental, pois através do desenvolvimento sustentável é possível se alcançar todas as garantias constitucionais elencadas em Carta Magna.

Para melhor compreender os conceitos de sustentabilidade em linhas pluridimensionais, importante invocar seus conceitos nas mais diversas áreas, o que nos permite invocar a sustentabilidade como um Direito fundamental ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim veja-se interessante conceituação de sustentabilidade, fazendo-se dicotomia entre as mais variadas disciplinas:

> Sustentabilidade Social: melhoria da qualidade de vida da população, eqüidade na distribuição de renda e de diminuição das diferenças sociais, com participação e organização popular;
> Sustentabilidade Econômica: públicos e privados, regularização do fluxo desses investimentos, compatibilidade entre padrões de produção e consumo, equilíbrio de balanço de pagamento, acesso à ciência e tecnologia;
> Sustentabilidade Ecológica: o uso dos recursos naturais deve minimizar danos aos sistemas de sustentação da vida: redução dos resíduos tóxicos e da poluição, reciclagem de materiais e energia, conservação, tecnologias limpas e de maior eficiência e regras para uma adequada proteção ambiental;
> Sustentabilidade Cultural: respeito aos diferentes valores entre os povos e incentivo a processos de mudança que acolham as especificidades locais;
> Sustentabilidade Espacial: equilíbrio entre o rural e o urbano, equilíbrio de migrações, desconcentração das metrópoles, adoção de práticas agrícolas mais inteligentes e não agressivas à saúde e ao

> ambiente, manejo sustentado das florestas e industrialização descentralizada;
>
> Sustentabilidade Política: no caso do Brasil, a evolução da democracia representativa para sistemas descentralizados e participativos, construção de espaços públicos comunitários, maior autonomia dos governos locais e descentralização da gestão de recursos;
> Sustentabilidade Ambiental: conservação geográfica, equilíbrio de ecossistemas, erradicação da pobreza e da exclusão, respeito aos direitos humanos e integração social. Abarca todas as dimensões anteriores através de processos complexos. (SACHS, 1993, p.29-56).

Ao elencar a dicotomia do viés sustentável nas mais diversas áreas, o autor Ignacy Sachs (1993, p.29-56) enfatiza uma visão holística dos problemas da sociedade, invocando a importância de não se dar enfoque apenas à gestão dos recursos naturais. Isso porque, segundo o autor, é preciso se pensar em algo muito mais profundo, visando uma verdadeira metamorfose do modelo civilizatório atual.

Já o autor Celso Furtado (1984, p.57) entende o desenvolvimento sustentável como algo que vem a partir do desenvolvimento do processo de transformação do mundo realizado pelo homem com o intento de atender as suas necessidades. Entretanto, o autor enfatiza que o desenvolvimento sustentável não se limita apenas isso, pois para que consigam atender as suas necessidades os seres humanos e as sociedades precisariam elevar os seus potenciais de invenção cultural, conseguindo assim as transformações esperadas.

Através da evolução do processo de invenção cultural que ocorre o aprimoramento e enaltecimento da tecnologia em seu alto poder de difusão, destacando a visão do sustentabilidade também como um processo criativa, assim dissertando:

> A visão que tenho do desenvolvimento é a de um processo criativo, de invenção da História pelos homens, em contraste com o quadro mimético e repetitivo de que são prisioneiras as sociedades

> dependentes. Em nossa civilização, o processo de desenvolvimento se faz com crescente ampliação da base material da cultura e também com enriquecimento do horizonte de expectativas do ser humano. Desenvolver-se é ascender na escala de realização das potencialidades dos homens como indivíduos e como coletividade. (FURTADO, 1984, p.57).

Ou seja, o excesso de preocupação social com o progresso apenas tecnológico esconde a preocupação necessária as questões sociais, culturais e de impactos do meio físico (ambientais).

O autor Juarez Freitas (2016, 41-43) contribui para o tema ao apresentar a ideia de desenvolvimento sustentável conceituando como ser aquele desenvolvimento capaz de promover a satisfação das necessidades das gerações presentes sem impedir que as gerações futuras supram as suas necessidades. Percebe-se que o autor critica o conservadorismo exacerbado ainda existente na sociedade contemporânea que prejudica a evolução do desenvolvimento sustentável. A falta de percepção do desenvolvimento sustentável como algo que pressupõe um viés interdisciplinar estanca a evolução do dito princípio segundo o autor.

Robert Merton Solow (2014, p. 765-786), economista estadunidense de pensamento neoclássico critica este conceito, destacando que a sociedade não está atrelada apenas as questões de satisfação, na medida em que propõe que o desenvolvimento sustentável também é a expansão das liberdades espaciais das necessidades atuais e futuras, enfatizando que o desenvolvimento sustentável tem que corresponder a um valor. Ou seja, ele traz a ideia de sustentabilidade como um valor, bem como menciona a necessidade de se observar a equidade geracional.

Juarez Freitas (2016, p.41-43), num viés mais contemporâneo, complementa a ideia de Robert Merton Solow (2014, p. 765-786), defendendo o conceito de sustentabilidade como uma questão de bem estar, a partir da premissa constitucional estabelecida pelos artigos 225 e 170, VI da CF/88. Segundo aquele autor, o desenvolvimento sustentável deve propiciar o bem estar para

gerações presentes e futuras, propiciando condições ambientais nesse sentido, de modo que referido "bem estar" engloba o bem estar físico, psíquico e social, conceito que tem como fundador a organização mundial de saúde.

Para Freitas Juarez Freitas (2016, p.41-43), o desenvolvimento sustentável que de fato interessa é aquele que tem condições de propiciar condições de bem estar para as gerações atuais e para as gerações futuras, de maneira que critica o pensamento conservador e imediatista ainda presente na sociedade atual.

Destarte, percebe-se que o princípio da sustentabilidade é um notável progresso que deve ir além das necessidades humanas, de modo que não é apenas uma forma de satisfação das necessidades do homem que pressupõe o desenvolvimento sustentável (BOSSELMANN, 2013, p.201-203).

O desenvolvimento sustentável é algo que vai muito além disso, é algo que extrapola o viés ambiental, pois pressupõe uma mudança nas mais variadas áreas como na educação, na cultura, na economia, na política e demais áreas. Lembrando que para se atingir essas mudanças, necessário se faz as mudanças de paradigmas sociais que já evoluíram muito, todavia, ainda se tem muito a melhorar.

Por derradeiro, percebe-se que o desenvolvimento sustentável pressupõe uma reanálise da aplicação também dos direitos humanos, do pensamento no futuro o qual depende do entendimento e do senso de responsabilidade em relação ao direito de se criar oportunidade para todos, portanto, engloba os direitos fundamentais dos cidadãos.

A visão de satisfação das necessidades presentes sem impedir que as gerações futuras supram as suas próprias necessidades não é uma visão atual, embora atualmente enfatizada. Isso porque também foi trazida desde o ano de 1987, pelo Relatório Brundtland, da Organização das Nações Unidas (ONU), que desde aquela época já trazia um conceito futurista, já pressupondo o desenvolvimento

sustentável como um processo capaz de satisfazer as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades, o que atualmente é perfeitamente cabível e fundamental a ser pensado e colocado em prática. [2]

Ou seja, é preciso que o Estado viabilize condições objetivas do ponto de vista jurídico, social, econômico e financeiro, políticas públicas orientadas para não para o crescimento e desenvolvimento social não apenas imediato, mas também tem de viabilizar condições objetivas para que as necessidades das gerações presentes sejam atendidas sem impedir que as gerações futuras sejam prejudicadas pele supressão das suas necessidades.

Inclusive, conforme trazido nos parágrafos retro, esta presunção trazida pelo Relatório Brundtland foi pressuposto para a consagração da norma constitucional invocada no artigo 225 da CF/88, que consagrou o princípio do desenvolvimento sustentável no Brasil, que foi promulgada exatamente um ano após ao trabalho trazido pela comissão que promoveu o dito relatório.

Nesse contexto, importante destacar a visão do doutrinador Juarez Freitas (2016, p.41-43), ao referir que sustentabilidade concerne a espécie humana, pois essa corre riscos, de modo que o grande problema da sociedade atual com relação a aplicação do desenvolvimento sustentável é encarar a sustentabilidade como algo distante do homem, bem como o aprisionamento ao imediato, na medida em que existe um aprisionamento social aos ditames do curto prazo, em que pese o ser humano seja totalmente capaz de desenvolver um pensamento a longo prazo.

Destarte, nota-se que ainda há uma preocupação deficitária ao desenvolvimento das novas gerações, de modo que notoriamente

[2] Sobre o relatório de Brundtland vale explicar: "O meio ambiente e as transformações do planeta fazem parte da agenda política de dirigentes de todo o mundo. Mas, até chegarmos ao ponto em que a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável tivessem tanta atenção foi trilhado um considerável caminho. E o relatório Brundtland, também conhecido como relatório Nosso Futuro Comum, é um dos principais marco desta trajetória."(Disponível em: < https://www.pensamentoverde.com.br/sustentabilidade/nosso-futuro-em-comum-conheca-o-relatorio-de-brundtland/ Acesso em: 22 ago.2018)

há um longo caminho a se percorrer dentro dessa perspectiva de evolução da sustentabilidade no âmbito interdisciplinar, pois ela abrange as mais variadas áreas conforme exposto no presente estudo.

Um exemplo disso é pensar que a sustentabilidade é um tema de fronteira, é um dos temas mais inovadores dos últimos, pois é necessário reconhecer a titularidade do principio da sustentabilidade como um direito constitucional que vai garantir os direitos de gerações futuras.

Ao contrário do que muitos pensam, a sustentabilidade está presente na vida cotidiana de todos nós. Exemplos práticos para se pensar em aplicação da sustentabilidade na vida cotidiana é, por exemplo, pensar que quem trabalha com licitações deve pensar e aplicar licitações sustentáveis; quem trabalha com direito tributário deve pensar em leis tributárias e cargas tributárias sustentáveis à população; quem trabalha com Direito do trabalho, que pense em leis trabalhistas sustáveis aos empresários arcarem sem a falência imediata, e assim pode-se pensar nos mais variados exemplos de aplicação do sustentabilidade em linhas multidisciplinares.

Veja-se que a partir desta análise, percebe-se que a sustentabilidade pressupõe uma interpretação ética, pois o desenvolvimento sustentável não pressupõe apenas a satisfação de necessidades, pois deve corresponder a um valor, não se deixando olvidar no controle de equidades geracionais, de modo que o principio da sustentabilidade deve pressupor o direito de gerações futuras, promovendo, portanto, uma interpretação ética.

Deste modo, resta claro que pensar em sustentabilidade não é pensar em algo imediato. A sustentabilidade é mais do que um processo evolucionário, é uma de mudança de perspectiva, uma mudança de olhar, um mudança de horizonte e, é uma mudança do mau horizonte para o bom horizonte, o qual seria o horizonte renovável, pois não há mais espaço no mundo para deixarmos que a população sofra com as terríveis consequências da evolução

humana, sem se pensar na dignidade do homem primordialmente. A evolução humana necessita que o homem propicie condições para o bem estar das gerações presentes, jamais deixando de lado a preocupação e o pensamento do desenvolvimento das gerações futuras.

3.Conclusão

A necessidade de se adaptar o progresso à sustentabilidade é claramente uma escolha da sociedade, das organizações, das políticas públicas, das comunidades e dos indivíduos. Tendo em vista que isso envolve diversas escolhas, a mudança apenas é possível se existir grande envolvimento da sociedade. Em suma, o desenvolvimento sustentável força a sociedade a pensar em termos de longo prazo e a reconhecer o seu lugar dentro da biosfera. O conceito de desenvolvimento sustentável a partir da evolução humana fornece uma nova perspectiva de observar o mundo e essa nova maneira tem mostrado que o estado atual da atividade humana é inadequado para preencher as necessidades vigentes. Além disso, o *status quo* está ameaçando seriamente a perspectiva de vida das futuras gerações. Os objetivos do desenvolvimento sustentável desafiam as instituições contemporâneas que têm reagido às mudanças globais, relutando em reconhecer que esse processo esteja realmente ocorrendo. Resta indubitável que o desenvolvimento sustentável transcende o mero desenvolvimento econômico e ambiental, pressupondo, portanto, um direito fundamental. A efetivação do desenvolvimento sustentável pressupõe o diálogo e o debate entre as dimensões que o compõe. Individualmente, possuem peso próprio. Em conjunto, formam o conceito. Por fim, pode-se dizer que o conceito de sustentabilidade como processo que visa a satisfação das necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades, o qual também reflete na visão do bem estar individual e social, deve sair da teoria, devendo ser incorporado à

prática na medida em que o meio ambiente contem recursos finitos que devem ser preservados não somente para a atual geração, mas também para as próximas.

4. REFERÊNCIAS

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade e Direito ao Futuro. 3ª ed. Belo Horizonte: 2016.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

SACHS, I. Estratégias de transição para o século XXI. In: BURSZTYN, M. Para Pensar o Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: Brasiliense, 1993.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade e Direito ao Futuro. 3ª ed. Belo Horizonte: 2016.

FURTADO, Celso. O mito do desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. FURTADO, Celso. Pequena introdução ao desenvolvimento: enfoque interdisciplinar. São Paulo: Ed. Nacional, 1980. FURTADO, Celso. Cultura e Desenvolvimento em Épocas de Crise. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

BOSSELMANN, Klaus. The principle of sustainability. *Transforming Law and Governance*. Ashgate: 2013.

PENSAMENTO VERDE. Relatório de Brundtland. Disponível em: < https://www.pensamentoverde.com.br/sustentabilidade/nosso-futuro-em-comum-conheca-o-relatorio-de-brundtland/ Acesso em: 22 ago.2018.

Eixo 3

Direitos fundamentais e tributação

10

Perspectivas para hipótese de incidência tributária na economia digital: estudo de caso dos aplicativos de transportes

Alexander Pibernat Cunha Cardoso[1]

Introdução

Constata-se que sociedade atual encontra-se em complexo momento transitório, no qual a implementação de novas tecnologias permitem a emergência de novos modelos de negócios e novos formatos de interação social, complementando ou até mesmo substituindo as estruturas tradicionais do tecido social. Tal fato é de substancial relevância para o Direito em uma perspectiva de maior dimensão, mas sobremaneira crucial para o Direito Tributário, enquanto mecanismo de regulação da atuação econômica dos agentes e como forma de aparelhamento financeiro do Estado.

Se ambas constatações são verídicas, tem-se que é necessário avaliar se as estruturas teóricas tributárias vigentes são suficientemente elásticas, de forma a permitir o enquadramento dessas novos fatos econômicos ao predicado legal relevante, de forma a manter a persecução dos objetivos e preceitos que regem as normas tributárias.

[1] Mestrando do Programa de Pós-Graduação de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-graduado em Direito, Mercado e Economia. Analista jurídico de Direito Administrativo e Contratos na CEITEC Semicondutores. Endereço de email: alexanderpccardoso@hotmail.com

Neste sentido, não pretende o presente artigo traçar juízo conclusivo sobre a hipótese, mas aventá-la por meio de estudo de caso, baseado nos aplicativos de transporte, dos quais a modalidade de transporte individual urbano tem sido substancialmente analisada pela doutrina.

I.I. Transição ao novo paradigma: a economia digital e suas tecnologias

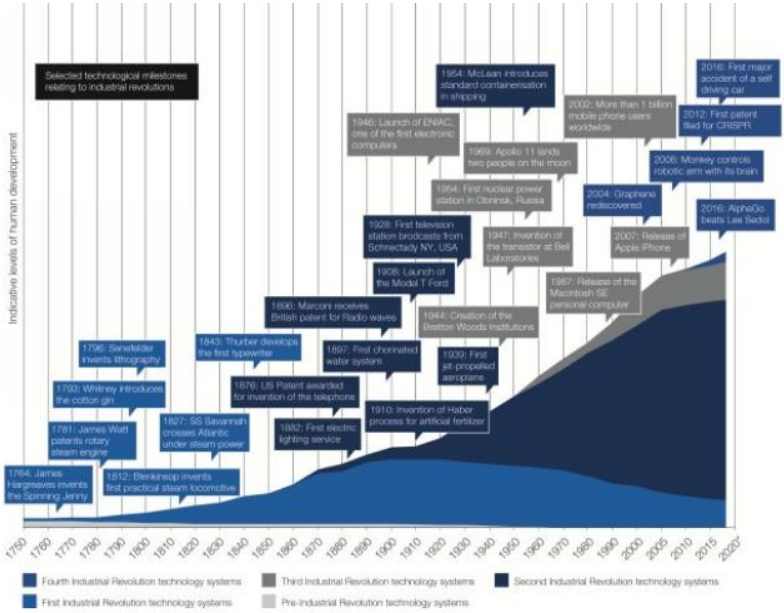
O desenvolvimento tecnológico que vem ocorrendo nas últimas décadas traz consigo verdadeira transição paradigmática, construída com base nas tecnologias criadas e fomentadas nas revoluções industriais anteriores (SCHWAB, 2016.). Neste sentido, Klaus Schwab ressalta que este fenômeno, o qual denomina como Quarta Revolução Industrial, similarmente ao comportamento dos três movimentos revolucionários precedentes, não decorre somente do ingresso de novas invenções, mas da forma com que estas alteram as estruturas socioeconômicas presentes. Consoante leciona (SCHWAB, 2018. p.7):

> The Fourth Industrial Revolution is a way of describing a set of ongoing and impending transformations in the systems that surround us, and which most of us take for granted every day. [...] The emerging tecnologies driving the Fourth Industrial Revolution build on the knowlegde and systems of prior industrial revolutions, in particular, the digital capabilities of the third Industrial Revolution.

De fato, a despeito das alarmantes previsões referentes aos riscos advindos da digitalização da economia[2], cumpre ressaltar que,

[2] A exemplo, ressalta-se que a automatização, decorrente do processo de digitalização da economia, expõe severo risco de redução das vagas nos mercados de trabalho, cujo impacto vem estimado por diversos estudos, com previsões de até 40% de perda risco de perda de vagas. (FREY, OSBORNE. jan 2017. p. 254–280)

inegavelmente, o avanço tecnológico é correlato ao desenvolvimento humano, como é ilustrado em gráfico (SCHWAB, 2018. P. 10)[3]:



Conquanto caracterizado de forma distinta por diversos autores e organizações- utilizando-se, no presente trabalho, a denominação do fenômeno como a emergência de uma nova Economia Digital, como reconhecido pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico[4]- este novo paradigma é progressivamente reconhecido como aspecto central às discussões políticas, econômicas e jurídicas tanto na academia quanto no mercado.

[3] Nesta senda, ainda, vide: (RANIS. ZHAO. 2013.)

[4] A respeito, não obstante não seja objeto deste trabalho a análise dos citados conceitos, ressalta-se, também, a classificação deste fenômeno como a Economia Informacional de Rede, de Yochai Benkler (BENKLER, 2006) e a Segunda Era da Máquina, de Erik Brynjolfsson e Andrew McAfee (BRYNJOLFSSON, Eric. MCAFEE, Andrew,2014.), da Iniciativa do MIT sobre Economia Digital (OECD.2015) .

Nada obstante a correlação de diversas tecnologias[5], parece consenso que seu elemento central é a consolidação, no século XXI, de dois fenômenos tecnológico-sociais. O primeiro diz respeito à consolidação da internet como nova tecnologia de propósito comum[6] - permitindo a criação e transmissão de dados de forma massiva, em uma verdadeira sociedade de rede. O segundo fenômeno, por sua vez, diz respeito à proliferação e descentralização da capacidade de processamento computacional- o que trouxe nova função de produção embasada não somente na teoria da firma, na motivação pela maximização do lucro e a economia de escala, mas em novos formatos e motivos[7]. A propósito, Yochai Benkler (BENKLER 2006.[s.n]):

> The most advanced economies in the world today have made two parallel shifts that, paradoxically make possible a significant attenuation of the limitations that market-based production places on the pursuit of the political values central to liberal societies. The first move, in the making for more than a century, is to an economy centered on information [...] and cultural [...] production [...]. The second is the move to a communications environment built on cheap processors with high computation capabilities, interconnected in a pervasive network- the phenomenon we associate with the Internet.

De fato, considera-se que o primeiro elemento- a interligação dos indivíduos por meio da internet- é um fator preponderante para a criação de emprego e desenvolvimento da mão de obra, bem como fomenta, nas palavras de Manuel Castells a criação de uma

[5] A respeito, Klaus Schwab identifica doze cadeias tecnológicas principais à Economia Digital, entre elas as novas tecnologias computacionais- entre elas a computação quântica, os protocolos criptográficos à base de *blockchain*, a Internet das Coisas-, as tecnologias de inteligência artificial e robótica, os materiais avançados, a impressão tridimensional, os avanços nas bio, neuro e nanotecnologias, e as tecnologias de geração, armazenamento e transmissão de energia. (SCHWAB 2018. p. 69)

[6] Sobre o tema: (HELPMAN. TRAHTENBERGM, 1996.)

[7] Um dos elementos centrais neste novo paradigma é a emergência da economia colaborativa. A respeito: (UNCTAD, 2016.)

Sociedade em Rede (CASTELLS, 2004)[8], cuja principal característica é a manutenção da eficiência comunicativa e gerencial em um nível superior àquela que as sociedades anteriores permitiam- tanto em tamanho, complexidade e volume de trocas[9]. Com efeito, crescente é o posicionamento da literatura no sentido de que os meios eletrônicos – sobretudo os computadores ligados à internet- emergiram como as principais tecnologias de propósito comum das últimas décadas do Século XX. Consoante Susanto Basu e John Fernald (BASU. FERNALD, 2008. p. 15.)[10]:

> The main feature of a GPT is that it leads to fundamental changes in the production process of those using the new invention [...]. Indeed, the availability of cheap ICT capital allows firms to deploy their other inputs in radically different and productivityenhancing ways. In so doing, cheap computers and telecommunications equipment can foster an ever-expanding sequence of complementary inventions in industries using ICT. These complementary inventions cause the demand curve for ICT to shift further and further out, thereby offsetting the effects of diminishing return

Adicionalmente, a conectividade em rede é tida como benéfica à expansão da democracia e da transformação social (GELVANOVSKA. ROGY. ROSSOTTO. 2014). Com efeito, em estudo

[8] O autor tece crítica quanto à noção de que a atual sociedade é uma baseada na informação, à medida que todas as sociedades o são, em alguma medida. Entende, dessa forma, que o que diferencia a contemporânea estrutura é relativo às qualidades da interação com a informação, formando redes complexas.

[9] Consoante o autor: Yes, Wind-powered vessels could build sea-crossing, and even transoceanic, networks of trade and conquest [...] but the time lag of the feedback loop in the communication process was such that the logic of the system amounted to a one-way flow of information and instruction. [...] The ability of networks to introduce new actors and new contents in the process of social organization, with relative independence of the power centers, increased over time with technological change, and, more precisely, with the evolution of communication technologies.(CASTELLS. p. 04)

[10] No mesmo sentido, Boyan Jovanovic e Pete Rousseau: The term "general-purpose technology", or GPT, has seen extensive use in recent treatments of the role of technology in economic growth, and is usually reserved for changes that transform both household life and the ways in which firms conduct business. Steam, electricity, internal combustion, and information technology (IT) are often classified as GPTs for this reason. They affected the whole economy. (JOVANOVIC. ROUSSEAU, *2005*)

empírico, George Clarke *et al*. descobriram robusta correlação entre a qualidade do acesso à internet e o crescimento econômico das empresas. Consoante os autores (CLARKE. QIANG. 2015 p. 2):

> We find evidence that the Internet acts as a general-purpose technology: firm growth and productivity are much higher when Internet access is greater and when firms use the Internet more intensively; and Internet access benefits firms in both high- and low-tech industries, firms of all sizes, and exporter and non-exporter firms. Small firms appear to benefit more from the Internet than large firms do. We find that firms grow faster and are more productive in countries with better Internet access and in regions of countries where firms use the web more intensively. Correlations between firm performance and Internet access are robust to different model specifications. [...]An interpretation is that cheap new communication technologies allow SMEs to expand their markets and improve technology to a greater extent.

Similarmente, Yongsoo Kim et al estimaram que o aumento de 10% da penetração de serviços de fornecimento de banda-larga no mercado dos países em desenvolvimento é correlato com o aumento médio de aproximadamente 1.38 no produto interno bruto (YONGSOO. KELLY. RAJA, 2010. p. 25.).

Em segundo lugar, a proliferação de forma ubíqua dos equipamentos de computação apresenta maior relevância, à medida que vem influenciando de forma substancial o modelo de negócios assumido pelas empresas e pelos indivíduos e, consequentemente, o próprio substrato mercadológico. Novamente, esclarecedora é a posição de Yochai Benkler (BENKLER. 2006. p 112):

> The core technologically contingent fact that enables social relations to become a salient modality of production in the networked information economy is that all the inputs necessary to effective productive activity are under the control of the individual users. [...] The computer processors, data storage devices and communications capacity necessary to make new meaningful conversational [...] are also under the control of the same individual users.

Igualmente, Jaydip Sen ressalta (SEN, 2006 p. 25-26):

> Ubiquitous computing is [...] an emerging application of information and communications technology that is integrated into the everyday world more than ever before. [...]. The following characteristics define this application paradigm: (i) miniaturization: ICT components are becoming smaller and more mobile, (ii) embedding: as ICT components are integrated into everyday objects, they transform them into smart objects, (iii) networking: ICT components are linked to each other and communicate generally via radio; they are therefore not part of a fixed environment or application, but are instead designed to form networks spontaneously, (iv) ubiquity: while embedded ICT components are increasingly ubiquitous, they are at the same time increasingly less noticeable - or even invisible - to most people, (v) context -awareness: ICT components use sensors and communication to collect information about their users and environment and adjust their behavior accordingly

De toda forma, é mediante a conjugação desses elementos tecnológicos centrais que a Economia Digital apresenta grande parte das repercussões ao tecido socioeconômico, e, consequentemente, na seara jurídica. A respeito, duas áreas do conhecimento jurídico são substancialmente afetadas.

A primeira é o Direito Regulatório, no qual o fenômeno da integralização das tecnologias atreladas à Economia Digital vem assumindo terminologia própria: Regtech[11]. Neste sentido é o alerta de John Dwyer (DWYER. 2015):

[11] Consoante relatório a respeito da aplicação das citadas tenologias na regulação do mercado de trabalho: The regulators could benefit from a fully integrated analytics infrastructure able to handle an increasing range of financial, economic, retail, spatial, text and social data. As well as historical and streamed data, this could include public sentiment monitoring and sophisticated analytics techniques such as machine learning.

(UNITED KIGNDOM. GOVERNMENT OFFICE FOR SCIENCE. FinTech Futures The UK as a World Leader in Financial Technologies. Londres: 2015. Disponível em: https://bravenewcoin.com/assets/Industry-Reports-2015/UK-Gov-Fintech-Futures.pdf)

> If regulation is to remain efficient and effective then it needs to transition towards something far more dynamic, which reflects the disruption that is happening within FinTech. This means it needs to become highly data acquisitive, use real-time information, incorporate algorithms, and analytics.

Com efeito, é reconhecido há longo tempo que a regulação é um dos aspectos de grande impacto na implementação – e na inibição – de novas tecnologias, no que Robert Kane definiu como dialética regulatória[12]. Nicholas Ashford e Ralph Hall ressaltam que o uso de instrumentos regulatórios pode catalisar a inovação em âmbito tecnológico, organizacional, institucional e social, gerando benefícios que superam os ganhos de curto prazo advindos da redução dos custos e expansão comercial[13].

Cumpre ressaltar que a alteração paradigmática advinda da Economia Digital impõe a necessidade de rever como os entes regulatórios reagirão ao novo papel das tecnologias da informação. Consoante Douglas Arner *et al* (ARNER. BARBERIS. BUCKLEY, 2015. p. 32)[14]:

> Diverting resources to understand every new technological innovation could result in inefficient outcomes for regulators and industry for three reasons. First, technology needs time to find its final use and applicability, and the market may need to settle before regulatory intervention. Second, the availability of a

[12] Consoante o autor: *Regulation generates conflict because it seeks to impose outside rules on another party's behavior. To the extent that they limit one's freedom of action, outside rules impose an unwelcome burden on an intended "regulatee." This is why changes in Regulation beget Avoidance behavior (i.e., inventive ways of getting around the new rules) and, by renewing the conflict, Avoidance begets Regulatory Change*. (KANE, 2012.)

[13] Neste sentido, os autores ressaltam a Hipótese de Porter, professor do *Massachusetts Institute of Technology,* o qual, referenciando-se aos impactos da regulação ambiental- cuja conclusão pode ser estendida ao setor financeiro- ressaltou que *[R]egulation can induce dramatic innovations, not only by spurring the development of new products or services by incumbent producers, but also by creating conditions in which new producers can enter the field. Regulation can do this when firms have, or are induced to have, the willingness, opportunity, and capacity to innovate. This literature, and the insights gleaned from it, provide an important set of clues for how regulation can be used to foster sustainability*. (ASHFORD. HALL, 2011. p. 270-292.)

[14] Ibidem

> technology alone does not mean it will be widely adopted. Third, there may be a strong benefit in regulatory measures not influencing market innovation or technological standards. Indeed, regulators should remain technology neutral. In practice, this means regulators need to categorize and understand the benefits and applicability of a technology.

Adicionalmente, no que concerne ao mercado financeiro, salientam Tery Rocha *et. al.* que, se por um lado o custo de *compliance* no segmento atinge aproximadamente 10 a 15% do custo operacional das instituições financeiras, as tecnologias atreladas ao mercado podem ser benéficas às instituições que as utilizarem (ROCHE. SCHER. SUMMERVILLE. 2017.):

> Regulatory compliance has always involved technology, but RegTech-based approaches differ by offering improved agility, speed, integration and analytics delivered over an elastic platform on a pay-as-you go model. In other words, OpEx (operational expenditure) as opposed to CapEx (capital expenditure). The RegTech approach can be beneficial in a disruptive way as it leads to significant workflow and business model transformation that favors new entrants over incumbent solutions providers that are saddled with legacy infrastructure and thinking. The impact of RegTech offers benefits to financial institutions of all sizes in the form of efficiency, cost reduction and competitive advantage. Smaller firms, whose existing technology estate is less complex than their larger counterparts, can easily leap frog to adopt new approaches, while larger firms can better leverage their extensive data stores.

A segunda esfera jurídico-normativa que sofre pesada influência decorrente desta transição paradigmática – e converte-se no enfoque do presente trabalho- diz respeito às repercussões na estrutura normativa tributária, o qual, enquanto subsistema do Direito Administrativo (ATALIBA, 2009. p. 43), apresenta grande relação com o primeiro. Como notou Arthur Cockfield, as inovações tecnológicas

podem causar efeitos disruptivos aos interesses que o Direito Tributário tradicionalmente almeja proteger (COCKFIELD, 2017)[15].

Neste sentido, o objetivo do presente artigo é apresentar, por intermédio de estudo de caso, como tais substanciais alterações poderão impactar no Direito Tributário, sobretudo em suas estruturas teóricas e empíricas *vis-à-vis* a progressão do novo paradigma da Economia Digital. Propõe-se, aqui, breve estudo da tributação dos aplicativos de transporte, como exemplo da problematização que ora se aborda.

II. II. Estudo de Caso da Tributação dos aplicativos de carona e transporte privados

Atualmente, é massiva a disponibilidade dos denominados aplicativos de carona e de transporte privados, dos quais o Uber, cujo lançamento ocorreu em 2010, é o exemplo mais conhecido – e o primeiro a ser utilizado em larga escala[16].

Em estudo do uso dos aplicativos Uber e Lyft em algumas cidades nos Estados Unidos, o National Bureau of Economic Research ressalta o elevado número e prestadores do serviço e o

[15] Similarmente, expõe Dienyffer de Moraes: A complexidade das relações sociais e econômicas que se estabelecem na contemporaneidade, marcada por novas perspectivas de integração regional e pelo crescimento das demandas coletivas, põe em relevo a necessidade de o Estado dispor de mecanismos eficientes de ajuste e alinhamento da realidade aos objetivos fundamentais da sociedade. A tributação, especialmente através da extrafiscalidade, constitui-se em instrumento fundamental [...] diante da facilidade com que transita entre os diversos subsistemas constitucionais e da vinculação que estabelece entre Estado e sociedade. [...] A tributação dá sustentação financeira ao Estado, para que atue em conformidade com o interesse geral de concretização de justiça pública sobre a qual se assenta a sociedade. (MORAES, 2013. p. 184).

[16] Consoante elucidado em Parecer por Daniel Sarmento:[O] aplicativo UBER é uma plataforma tecnológica para smartphones lançada nos Estados Unidos em 2010, que permite estabelecer uma conexão entre motoristas profissionais e pessoas interessadas em contratá-los. Por seu intermédio, indivíduos previamente cadastrados no site/aplicativo da Consulente conseguem encontrar, de modo simples e ágil, motoristas parceiros da UBER para transportá-los com conforto e segurança. De acordo com a Consulente, esses motoristas são empreendedores individuais, que utilizam a plataforma UBER em sistema de "economia compartilhada" (sharing economy), que otimiza o acesso e contato entre passageiros e condutores. (SARMENTO, 2015)

ganho de eficiência destes em comparação com sistemas de táxi (CRAMER. KRUEGER. 2016):

> The innovation of ride sharing services, such as Uber and Lyft, which use internet-based mobile technology to match passengers and drivers, is providing unprecedented competition in the taxi industry. Weighted by hours worked, there were about half as many Uber and Lyft drivers as taxi and limo drivers operating in the U.S. at the end of 2015. [...]
> Our results also point to higher productivity for UberX drivers than taxi drivers when the share of miles driven with a passenger in the car is used to measure capacity utilization. On average, the capacity utilization rate is 30 percent higher for UberX drivers than taxi drivers when measured by time, and 50 percent higher when measured by miles, although taxi data are not available to calculate both measures for the same set of cities. Four factors likely contribute to the higher utilization rate of UberX drivers: 1) Uber's more efficient driver-passenger matching technology; 2) Uber's larger scale, which supports faster matches; 3) inefficient taxi regulations; and 4) Uber's flexible labor supply model and surge pricing, which more closely match supply with demand throughout the day.

No que concerne à tributação deste fenômeno no Brasil, insta salientar que, da análise da literatura, percebe-se tendência de correlacionar a operação desses aplicativos com os fatos geradores[17] previstos na legislação atual- sobretudo mediante a classificação como prestação de serviço. Nesse sentido, José Joaquim Canotilho, analisando a natureza da atividade do *sistema Uber,* entende que trata-se de mero serviço de transporte privado, no qual a inovação se dá perante a existência de um intermediador – o próprio aplicativo. Consoante dispõe (CANOTILHO, 2015):

> *Da análise que, neste específico aspecto, fazemos do direito positivo do Brasil, não há razões para concluir de modo diverso do que*

[17] Não se pretende, aqui traçar maiores ilações sobre a denominação *fato gerador* no Direito Tributário, tema que ocupou grande destaque na literatura. A respeito da evolução do conceito, vide: (FERNANDES, 2013.)

> *sucede no direito da União Europeia, onde, como se salientou, todas as atividades podem referir-se quer a serviços que impliquem uma proximidade entre prestador e destinatário, quer a serviços que impliquem uma deslocação [...]. E no caso, é de aluguer de automóveis que se trata, ou, de modo tecnicamente mais rigoroso, de um contrato civil (privado) de transporte [...] na sua modalidade privada. O que nesta relação surge de diferente, ou melhor, de inovador, é apenas o facto de surgir um intermediário tecnologicamente interactivo que facilita a celebração daquele contrato e a respectiva execução, auxiliando simultaneamente o utilizador (consumidor) e o transportador.*

Máxima vênia ao ilustre doutrinador, ousa-se, neste trabalho, cogitar de uma hipótese de estudo que ultrapassa os limites fáticos que encerraram a citada análise, utilizando modelos de negócios distintos do Uber, mas que valem-se de sistemas tecnológicos similares. Com isso, pretende-se aqui aventar que a progressiva emergência de novos modelos de negócios da Economia Digital poderão, eventualmente, culminar na necessidade de reavaliar toda a contemporânea estrutura normativa tributária aplicável, desde a própria concepção do fato jurídico tributado. Isto porque, como alerta João Pasin, a tributação tem correlação com os critérios e regras elencados – entre eles, a efetiva capacidade de sofrer a tributação (PASIN, 2013. p. 57):

> A "natureza específica do tributo" (real ou pessoal), sua respectiva espécie (imposto, taxa ou contribuição [...]) sua forma de repercussão [....] e sua finalidade (fiscal ou extrafiscal) devem ser identificadas e conjugadas para servir de base para a determinação dos critérios e regras, que serão adotados e levados a cabo para a identificação de fato da real capacidade relativa, ou seja, da capacidade econômica disponível *in loco*.

E, neste sentido, cogita-se que a gênese desses novos formatos de negócios, os quais apresentam distintos preceitos econômicos e formato de operação, poderá resultar na inadequação das atuais estruturas normativas, à medida que alteram os principais

elementos da abstração jurídica, elemento crucial para a formação do texto legal. Segundo Yonne de Oliveira, tal elemento teórico tem sua relevância atrelada à constatação de que possibilita a subsunção silogística, *i.e.,* a identificação de um objeto com um plexo de normas (OLIVEIRA, 1980). Assim, em se constatando um distanciamento entre a realidade social e a jurídica- entre o modelo de negócios vigente à época da criação da espécie jurídica que a tributa e o contemporâneo modelo- torna-se imperativo estabelecer quais os parâmetros em que deve restar contida a distância entre estas duas linguagens, para que o direito positivo possa cumprir seu fim de regular as condutas intersubjetivas no contexto social (CARVALHO, 2012. p 158). Tal questão, portanto, resume-se à lição apresentada por Amílcar Falcão, a respeito da efetiva relevância da classificação do fato gerador para o Direito Tributário (FALCÃO, 1999. p 76):

> O que interessa ao direito tributário é a relação econômica. Um mesmo fenômeno da vida pode apresenta aspectos diversos, conforme o modo de encará-lo e finalidade que, ao considera-lo, se tem em vista.

Dessa forma, pretende-se, mediante análise do caso em tela, elucidar que a distinta perfectibilização das relações econômicas, decorrente da implementação das tecnologias da Economia Digital, efetivamente prejudica seu enquadramento nas vigentes concepções de fato jurídico tributado. A respeito, coerentemente com os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho, conceitua-se fato jurídico como o recorte positivado de um objeto ou fenômeno social, ao qual elegeu o legislador estabelecer consequências jurídicas. Consoante o doutrinador (CARVALHO, 2011. p.72-73):

> [A] camada linguística do direito está imersa na complexidade do tecido social, cortada apenas para efeito de aproximação cognoscitiva. [...] E quanto ao âmbito de compreensão deste fenômeno, [...] citemos que todos os fatos são construções de linguagem, e como tanto, são representações metafóricas do próprio evento. [...] [P]ercebemos que, na exegese do

> ordenamento positivo, a construção do fato jurídico, nada mais é que a constituição de um fraseado normativo capaz de justapor-se como antecedente normativo de uma norma individual e concreta, dentro das regras sintáticas imposta pela gramática do direito, e de acordo com os limites semânticos arquitetados pela hipótese da norma geral e abstrata.

Portanto, como adverte, a denotação dada às palavras que compõem a realidade jurídica atribui a acepção do fato jurídico, por meio de uma análise relacional entre a linguagem social e a jurídica, individualizado no tempo e no espaço do direito[18]- projetando um fenômeno social à prescrição da hipótese tributária[19]. Em suma, a conversão do fato jurídico pela hipótese tributária dependerá, para Paulo de Barros, na aferição de três critérios – material, cronológico e espacial.

Voltando-se ao estudo dos aplicativos de transporte, tem-se que a atividade de deslocamento de passageiros é tema relativamente complexo, sob o ponto de vista jurídico, bem como apresenta distintas classificações, cuja consequência jurídica é substancial. A respeito, a Constituição Federal atribuiu à União a competência para explorar os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional, forte nos termos do art. 21, XII," e", e aos municípios, a exploração do transporte coletivo local, consoante art. 30, V. No que concerne à tributação, o transporte interestadual e intermunicipal restou de competência dos Estados, por meio da incidência de ICMS, consoante art. 155, II, ao passo que o serviço de transporte urbano é de competência dos Municípios, tributado por ISS, consoante art. 156, III, todos da Carta.

Assim, visando à análise da tributação dos serviços de transporte e à luz dos critérios material e geográfico[20] de Paulo de

---

[18] *Ibidem*

[19] A qual, lecionava Geraldo Ataliba, consiste em um momento cronológico no qual a *lei descreve um fato e di-lo capaz de gerar uma obrigação*- do qual segue, posteriormente, o momento no qual há a subsunção do fato. (ATALIBA, 2009. p 51)

[20] Reputa-se que o critério temporal, para o caso em tela, não apresenta maiores questionamentos.

Barros Carvalho, tem-se que é precípua sua distinção consoante as seguintes características: a) O critério material, configurado na natureza coletiva ou individual do transporte de passageiros[21]; b) O critério geográfico, condizente com o escopo urbano, intermunicipal ou interestadual e internacional.

Em relação ao primeiro critério, o conceito de transporte urbano[22] é definido na Lei 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, nos termos do art. 4º:

> Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:
> VI - transporte público coletivo: serviço público de transporte de passageiros acessível a toda a população mediante pagamento individualizado, com itinerários e preços fixados pelo poder público;
> VII - transporte privado coletivo: serviço de transporte de passageiros não aberto ao público para a realização de viagens com características operacionais exclusivas para cada linha e demanda;
> VIII - transporte público individual: serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas;

A respeito, tem-se que o transporte é: 1) público e coletivo, quando acessível à coletividade e previstos itinerários e preços mediante concessão pública, ou; 2) individual, para a realização de rotas cuja demanda é individualizada, podendo ser coletivo ou individual. Cumpre ressaltar, contudo, que conquanto haja a previsão de um serviço público de transporte individual, em verdade, este é de natureza privada, ainda que de utilidade pública, frente ao disposto no art. 12 da citada Lei, em sua versão atual. Como esclarece Canotilho (CANOTILHO, 2015. P. 16):

> *Em primeiro lugar, a eliminação legalmente qualificativa do transporte individual de passageiros como actividade económica pública e, consequentemente, tratando-se de um serviço [...], a*

[21] Exclui-se do presente trabalho, os serviços de transporte em veículos não rodoviários e de carga.

[22] Por sua vez, o transporte interestadual e internacional é regulado pelo Decreto 2.521/98.

> *concomitante eliminação da sua (ex)natureza de serviço público. Em segundo lugar, e como consequência [...] a substituição do título autorizativo [...] na modalidade de transporte individual público, pela mera outorga de um "direito à exploração de serviços de taxi". Portanto, [...] a actividade de transporte individual de passegeiros é uma actividade económica [...] privada.*
> *A racionalidade deste qualificativo reflete uma vez mais o regime legal, pela simples razão de art. 4º, VIII, se referir ao transporte público individual [...]. Na sistemática do regime legal, este modo de transporte individual de passageiros goza de um estatuto e de prerrogativas que só são compreensíveis no quadro da utilidade pública.*

Ainda, a respeito da conferência aos taxistas a prerrogativa de atividade privada de utilização de veículo automotor para o transporte público individual de passageiros- prevista na Lei 12.468/2012, Canotilho ressalta que é tal restrição aplica-se *só e apenas* ao transporte público individual de passageiros. Assim, conclui o doutrinador constitucionalista, que o "sistema Uber" enquadra-se como modo de transporte privado, o qual coexiste com o público *vis-à-vis* às diretrizes da Lei 12.587/2013. *In verbis:*

> *A própria redacção da Lei, ao referir-se a "modos de transporte ... privados" é suficientemente aberta para, no seu âmbito intensivo e extensivo, abranger qualquer modo de transporte privado, não habilitando o intérprete a uma leitura restritiva, no sentido de excluir, in limine, a actividade económica privada de transporte individual de passageiros, na sua modalidade privada, assim designada por contraposição à modalidade pública.*

Ao exposto, fosse incontrovertido o posicionamento, classificar-se-ia a hipótese de incidência como serviço de transporte privado, porquanto não acessível ao público, urbano, porquanto realizado dentro dos limites municipais. Portanto, estar-se-ia a atuação dos motoristas sujeita à incidência do ISS, enquanto o aplicativo Uber seria tributado como agenciador.

Conquanto tal posicionamento esclarece a problemática pertinente à operação do Uber, reputa-se que não se trata de solução aplicável, de forma sistemática, a todos os modelos de negócios decorrentes dos aplicativos de agenciamento de transporte existentes no mercado. Com efeito*, e.g.,* o aplicativo Buser, criado em 2017, o apresenta solução de *fretamento colaborativo* de veículo coletivo de transporte intermunicipal e interestadual. Consoante informado no sítio eletrônico, trata-se de conjugação de esforços de múltiplos grupos de interessados em realizar uma viagem em um determinado período, para uma determinada localidade. Similarmente ao Uber, a empresa proprietária do aplicativo não detém posse de veículos, mas intermedia a relação entre o prestador do serviço de transporte e interessados. Contudo, distintamente do Uber, os consumidores são, em verdade, diversos grupos de indivíduos que, por motivos apartados, encontram-se interessados em deslocar-se em uma rota em comum[23].

Evidentemente, não se poderia, nesse caso, cogitar classificar tal atividade como transporte individual*,* à medida que envolve grupos de indivíduos, os quais congregam-se exclusivamente para locar um veículo de grande porte para deslocamento a um determinado local.

Ademais, igualmente complexo é o enquadramento do critério geográfico das hipótese de incidência da atuação dos aplicativos de transportes. Isto porque, se por um lado, em diversos aplicativos, tal como o Uber, dá-se prevalência ao transporte urbano, por outro, inexiste restrição técnica para tanto.

A exemplo, além do supracitado Buser, o aplicativo Blablacar, o qual contém mais de 48 milhões de usuários registrados no mundo, intermedia a prestação de carona mediante pagamento de Contribuição ao Custo, definido em seus Termos e Condições como:

[23] Cumpre ressaltar que, como tem-se notícias, a viagem inaugural do aplicativo foi impedida pelas autoridades rodoviárias. A respeito: https://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/onibus-fretado-por-meio-de-aplicado-e-impedido-em-belo-horizonte-de-seguir-viagem-para-ipatinga.ghtml

[O] valor, para cada Viagem, definido pelo Condutor e aceito pelo Passageiro, que todo Passageiro deverá arcar como forma de contribuição com os custos inerentes à Viagem.

Ao exposto, tem-se que todos os aplicativos de transporte têm em comum a natureza privada da prestação, uma vez que não limitam-se a rotas determinadas pelo aparato estatal. Por outro lado, poder-se-ia considerar que os aplicativos que atuassem fora do escopo da classificação de serviço privado de transporte urbano individual carecem de suporte legal e, portanto, seriam irregulares. Tal conclusão, contudo, esbarraria no relevante argumento exposto em estudo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, qual seja, que o ingresso dessas tecnologias não somente implementam pressão concorrencial nos serviços de transporte clássicos, mas também apresentam solução às externalidades de mercado que justificavam a implementação de regulação de entrada e operação desses serviços. Colaciona-se trechos de relevo (TEVES. 2015):

> A rivalidade exercida pelos serviços de caronas pagas tem sido interpretada pelos prestadores de serviços de táxi e por algumas autoridades regulatórias e legislativas como ilegal e desleal, trazendo como implicação decisões de proibição e banimento dos aplicativos e do próprio serviço de caronas pagas. Por outro lado, os prestadores de serviços de caronas pagas e grupos de consumidores têm alegado que a entrada no mercado de transporte individual de passageiros vem sendo bloqueada por meio de atividade lobista dos taxistas, viabilizada pela captura de autoridades reguladoras e legislativas. Algumas autoridades antitruste já se manifestaram formalmente acerca de tal problema, que tem tido repercussão nas principais economias do mundo. Na América Latina, por exemplo, a autoridade antitruste mexicana (Comisión Federal de Competencia Económica) emitiu, em junho de 2015, um documento endereçado aos Governadores de Estados, ao Chefe do Distrito Federal e aos Legisladores daquele país com algumas recomendações, para que os os governos locais reconheçam os serviços de caronas pagas intermediados pelos aplicativos de smartphones e que não adotem medidas no sentido de proibir ou banir tais serviços. [...]. Partindo desta ótica, não faria sentido restringir a entrada de caronas pagas

> mediadas pelos aplicativos, uma vez que tais serviços de fato providenciam um mecanismo de auto regulação bastante satisfatório, além de atender um mercado até então não abrangido (ou abrangido de forma insatisfatória) pelos táxis, e também providenciando rivalidade adicional ao mercado de transporte individual de passageiros. Em suma, as inovações poderiam endereçar amplamente os problemas regulatórios dos mercados de táxis, desde que os segmentos de rua fossem perdendo participação para o segmento porta a porta [...]
>
> Os benefícios ao interesse público seriam inegáveis, pois aumentariam o bemestar da sociedade por diversos mecanismos: (i) o novo mercado proveria um substituto superior aos carros particulares para um determinado grupo de consumidores; (ii) o novo mercado proveria um substituto superior aos táxis para um segundo grupo de consumidores; (iii) o novo mercado rivalizaria com os táxis e com os carros particulares, o que poderia trazer reduções de preços nas corridas de táxis, no aluguel de carros de passeio e até mesmo nos preços dos carros novos e usados. Nem mesmo os profissionais do mercado de táxis (não proprietários das licenças) seriam prejudicados, pois poderiam inclusive (ex post) utilizar os serviços do aplicativo, ou (ex ante) arbitrar entre entrar no mercado de táxis ou no mercado de caronas pagas [...].
>
> Ao longo do presente trabalho foi visto que as soluções tecnológicas propiciadas pelos aplicativos de smartphones têm endereçado vários dos problemas que justificavam e serviram historicamente como argumentos favoráveis para a regulação de táxis, principalmente no que diz respeito ao segmento porta a porta. Deixando de lado as análises econômicas de equilíbrios parcial e geral, a história sugere que a trajetória dos transportes urbanos foi marcada por "public takeovers", ou seja, tais serviços nasceram privados e se tornaram públicos por conta de suas imperfeições de mercado (assimetria de informação, externalidades, etc.). A própria regulação de táxis, como visto, foi instituída na cidade de Nova Iorque em reposta ao grande número de motoristas que passaram a circular por longas horas nas ruas em busca de clientes, gerando vários problemas. Por outro lado, a história mostra que a captura regulatória também esteve presente neste processo.

Amparada tal argumentação, tem-se que, em tese, a restrição da operação de aplicativos de transporte, sejam coletivos,

individuais e urbanos ou não, não somente restringiria a liberdade privada, mas também poderia apresentar efeitos deletérios à concorrência, ambos princípios protegidos pela Carta Magna.

Ao exposto, conclui-se, similarmente à John Cockfield, que uma eventual reforma na legislação tributária deverá computar sobremaneira como a alteração tecnológica altera a efetivação dos interesses tradicionais, sobretudo a angariação de montantes e a proteção da capacidade colaborativa (COCKFIELD, Arthur. 2017. P. 32).

À Guisa de Conclusão

O presente trabalho, pela complexidade e novidade do tema e por suas limitações, não detém pretensão de resolução da problemática exposta. Pelo contrário- busca-se expor, por meio de estudo do caso dos aplicativos de transporte, que o novo paradigma socioeconômico que desponta, em decorrência da transição à Economia Descentralizada, deverá aprofundar as dificuldades conceituais e teóricas das matrizes fiscais, sobretudo se nelas persistirem como elementos basilares os fundamentos mercadológicos e formatos de negócios tradicionais, os quais não detinham a mesa variabilidade que as novas estruturas, baseadas nas tecnologias digitais.

Referências

ARNER, Douglas. BARBERIS Janos Nathan. BUCKLEY Ross P. The Evolution of Fintech: A New Post-Crisis Paradigm? University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2015/047. Hong Kong, University of Hong Kong - Faculty of Law, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2676553

ASHFORD, Nicholas. HALL, Ralph. The Importance of Regulation-Induced Innovation for Sustainable Development. in: Sustainability. vol. 3. 2011. p. 270-292. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/3625/f401b9d03e0010c38aabde17103bfca885d6.pdf

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 43

BASU, Susanto. FERNALD, John. Information and communication technology as a general purpose technology: Evidence from U.S. Industry data. Federal Reserve Bank of San Francisco Economic Review: San Franciso, 2008. p. 1-15. Disponível em: https://ideas.repec.org/a/fip/fedfer/y2008p1-15.html

BENKLER, Yochai. The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom. S.L. Yochai Benkler: 2006.

BRYNJOLFSSON, Eric. MCAFEE, Andrew. The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies. New York, W.W. Norton & Company: 2014.

CASTELLS, Manuel. Information and the network society. in: The network Society: A cross-cultural perspective. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2004.

CLARKE, George. QIANG, Christine Zhenwei. XU, Lixin Colin. The Internet as a General-Purpose Technology Firm-Level Evidence from around the World. Policy Research Working Paper 7192. World Bank; Washington, DC: World Bank. 2015

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Parecer a respeito do enquadramento do Uber. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf.

COCKFIELD, Arthur. Tax Law and Technology Change. *In:* BROWNSWORD, Roger. SCOTFORD, Eloise. YEUNG Karen, (eds.), Oxford Handbook of the Law and Regulation of Technology. Oxford: University of Oxford Press: 2017. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/SSRN-id2853670.pdf

CRAMER, Judd. KRUEGER, Alan. DISRUPTIVE CHANGE IN THE TAXI BUSINESS: THE CASE OF UBER. National Bureau of Economic Research, Cambridge: 2016. Disponível em: http://www.nber.org/papers/w22083.pdf

FALCÃO, Amílcar de Araújo. Introdução ao direito tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p 76

FERNANDES, Edison Carlos. Evolução Doutrinária do Conceito de Fato Gerado no Brasil. in: in: Direito tributário contemporâneo: estudos em homenagem a Luciano Amaro. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREY, Carl Benedikt. OSBORNE, Michael A. The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation? in: Technological Forecasting and Social Change. vol 114, jan 2017. p. 254–280

GELVANOVSKA, Natalija; ROGY, Michel; ROSSOTTO, Carlo Maria. Broadband Networks in the Middle East and North Africa: Accelerating High-Speed Internet Access. Directions in Development--Communication and Information Technologies; Washington, DC: World Bank. 2014. https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/16680

HELPMAN, Elhanan. TRAHTENBERGM Manuel. Diffusion of General Purtpose Technologies. NBER Working Papper Series, Cambrigde, 1996. Disponível em: http://www.nber.org/papers/w5773.pdf

JOVANOVIC, Boyan. ROUSSEAU, Pete. General Purpose Technologies. *In: AGHION, Philippe. DURLAUF, Steven (eds). Handbook of Economic Growth, 2005, vol. 1.,Amsterdan, Elsevier: 2005. p 1181-1224*)

MAYER-SCHOENBERGER, Viktor. The rise of Big Data: How it's changing the way we think about the world. in: The fourth Industrial Revolution: A Davos Reader. Foreign Affairs: Davos. 2015. p. 39-53.

MORAES, Dienyffer Brum de. Tributação extrafiscal no direito brasileiro: aplicações efetivas e perspectivas de otimização. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2013.

NORVIG, Peter. RUSSEL, Stuart. Artificial Intelligence: a modern approach. New Jersey: Prentice- Hall: 1995

MYDDELTON, David. Power to Destroy: Study of the British Tax System. Society for Individual Freedom: 1998.

OECD. Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy: Action 1. Paris, OECD: 2015.

PASIN, João Bosco Coelho. A Capacidade Contributiva e sua Importância para a Validação das Espécies tributárias. in: Direito tributário contemporâneo: estudos em homenagem a Luciano Amaro. São Paulo: Saraiva, 2013.

RANIS, Gustav. ZHAO, Xiaoxue. Technology and Human Development. *In:* Journal of Human Development and Capabilities, 14:4, 467-482. 2013. Disponível em:, DOI: 10.1080/19452829.2013.805318.

ROCHE, Terry. SCHER, Dayle. SUMMERVILLE, Monica. Financial Markets: Embracing RegTech. [S.L.] abril 2017. Disponível em: https://hollandfintech.com/wp-content/uploads/2017/04/Tabb-Group-Report-Financial-Markets-Embracing-RegTech-April-2017.pdf

SARMENTO, Daniel. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O "caso Uber". Parecer de 10 de julho de 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf

SEN, Jaydip. Ubiquitous Computing: Potentials and Challenges. *In:* Proceedings of the International Conference on Trends & Advances in Computation & Engineering, 25-26 February 2010. Disponível em: https://arxiv.org/vc/arxiv/papers/1011/1011.1960v1.pdf.

TEVES, Luis Alberto. O mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano. Documento de Trabalho nº 02/2015. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Brasília, 2015. Diponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/o-mercado-de-transporte-individual-de-passageiros.pdf

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Creative Economy Outlook And Country Profiles: Trends in international trade in creative industries. UNCTAD, 2016. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webditcted2016d5_en.pdf

11

Tributação e equidade: as teorias da justiça de Rawls, Nozick e Sen

Laura de Oliveira Mello Figueiredo[*]

1 Introdução

Pelo presente trabalho objetivamos traçar um panorama breve, sobre três grandes visões do conceito de justiça, trazendo-as de encontro à teoria tributária, como um convite a futuros questionamentos. No primeiro momento, expomos de modo sucinto a "justiça como equidade" em John Rawls. No segundo, fazemos o contraponto libertário, através da obra de Robert Nozick, caracterizada especialmente pela irresignação com um modelo de Estado ampliado, na qual expõe sua teoria da aquisição, com base no estado de natureza em John Locke. Finalmente, expomos Amartya Sen, e sua precisa avaliação da necessidade de atentar-se para as capacidades humanas.

O tópico que encerra o presente trabalho destina-se a tecer algumas considerações sobre como as diferentes teorias podem imiscuir-se em conceitos fundamentais da tributação, como a limitação ao poder de tributar e a tributação progressiva. Por fim, tecemos alguns comentários sobre a adequação (ou não) de uma eventual distribuição de recursos operacionalizada pelo Estado.

[*] Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada em Zanella Advogados Associados.

2 O "véu de ignorância" e a teoria da justiça de John RAWLS

Talvez o início adequado, ao nos perquirirmos sobre a teoria da justiça que nos lega John Rawls, esteja justamente em visualizá-la não como estipuladora de princípios gerais de moralidade e justiça, mas sim como apresentadora de um verdadeiro método para que possamos responder quais os princípios básicos da moralidade (SNARE, 1975, p.101-102). Por esta razão, Snare, ao realizar a "divisão de tarefas" dos três primeiros capítulos de "Uma Teoria da Justiça" explica que os capítulos 1 e 2 estão destinados a introduzir os dois princípios basilares da moralidade, propostos como alternativa ao utilitarismo de Jeremy Bentham, enquanto o capítulo 3, por sua vez, dedique-se à exposição do método para atingir, ou chegar, aos princípios básicos de moralidade. A este método proposto por Rawls denominados: i) método da posição original; ii) método do véu de ignorância; ou, ainda iii) método do contrato (SNARE, 1975, 101). A partir do emprego do método proposto, podemos colocá-lo à prova, na busca pelos dois princípios que o teórico propõe.

De acordo com o autor supracitado, Rawls, em sua filosofia moral, busca substancialmente construir, ou dar significação, a um ponto de vista que não seja o mesmo ponto de vista de nenhum indivíduo em particular. Esta noção não é nova, e já fora referida por filósofos como David Hume, Rousseau e até mesmo Bentham, cujo princípio da utilidade tenta afastar Rawls. De fato, Bentham entende que o princípio da escolha racional se encontra em um indivíduo e seus interesses. Entretanto, a sociedade coletivamente referida pode, da mesma forma, já que composta por indivíduos, assumir interesses próprios e realizar estas escolhas. Ou seja, trata-se de um ponto de vista que não corresponde ao do particular(SNARE, 1975, 105-106).

Ainda assim, Rawls estabelece para si menos dificuldades que Bentham, quando este enxerga a sociedade como uma pessoa,

enquanto aquele se limita aos princípios morais escolhidos por um indivíduo, para viver de acordo, se mantido ignorante de suas futuras condições ou papel que passará a exercer no meio social. Dessa forma, podemos visualizar que o método empregado por Rawls pretende ser objetivo, no sentido de que busca uma imparcialidade(SNARE, 1975, 107-108).

John Rawls, por sua vez, apresenta suas próprias considerações sobre "Uma Teoria da Justiça", ou justiça como equidade. E assim o faz, justamente porque deseja demonstrar que sua visão da justiça não está alicerçada sobre premissas metafísicas, ou universalizantes. Pelo contrário, Rawls percebe sua criação como uma concepção política de justiça cujas ideias basilares podem adequar-se à justiça que buscamos em uma democracia constitucional, de forma que, uma concepção política de justiça em um contexto democrático deve estar livre, e independente de qualquer controvérsia doutrinária, seja filosófica ou religiosa. Ou seja, a justiça como equidade foi pensada para as instituições políticas, sociais e econômicas de uma democracia constitucional (RAWLS, 1985, 223-224).

Dessa forma, percebemos pela exposição do próprio autor que a justiça como equidade de certa forma é reação ao utilitarismo que permeou a época de sua criação, buscando estabelecer uma base mais segura para princípios, liberdades e direitos fundamentais. De fato, um dos fundamentos da filosofia política é justamente buscar fundamentos e tentar chegar a um acordo nas questões essenciais, de forma que, não sendo possível chegar a um acordo, possa ser estabelecido um ponto a partir do qual consigamos atingir alguma cooperação política e o respeito mútuo (RAWLS, 1985, p. 226).

A justiça como equidade, desta forma, tenta estabelecer um diálogo, entre os membros da tradição da filosofia política como John Locke e Rousseau, ao estabelecer dois princípios basilares, definindo os lineamentos a serem adotados pelas instituições sobre a justiça e a igualdade, bem como aclarar a visão dos cidadãos como

livres e iguais em uma democracia. Assim sendo, algumas instituições seriam, ou se mostrariam, mais adequadas para a concretização destes valores do que outras, ou seja, ao atribuir aos cidadãos uma personalidade moral que os torna aptos à participação em sociedade, esta entendida como "um sistema de cooperação justa para obtenção de vantagens mútuas" (RAWLS, 1985, p. 227). Ainda assim, uma teoria política de justiça deve poder encontrar reflexo em nossas concepções morais mais firmemente arraigadas, trabalhando naquilo que Rawls denomina de "equilíbrio reflexivo", de forma que uma teoria política necessariamente não precisa trabalhar com proposições novas, mas fazer um rearranjo de posições políticas já consolidadas (RAWLS, 1985, p. 228-229). Ainda assim, o consenso deve ser atingido de forma não coercitiva, ou seja, consistente com a natureza livre e igualitária dos cidadãos (RAWLS, 1985, 229-230).

Nesse sentido, o que podemos entender a partir das considerações tecidas pelo próprio teórico é que a justiça como equidade, ou "Uma Teoria da Justiça", busca justamente manter-se na superfície, alheia às grandes ponderações da filosofia, enquanto metafísica, na busca de um caráter universalizante – apesar de Amartya Sen enxergar justamente a universalização nas proposições de Rawls, o que destacaremos mais adiante. Da mesma forma, afasta-se da divergência religiosa, justamente por entender que o Estado não possui meios de imiscuir-se em tais questões sem violar liberdades básicas do cidadão, de forma que busca elementos nas teorias contratualistas, sem, entretanto, buscar uma resposta generalizante. Uma filosofia política, nesse sentido, não necessitaria perquirir sobre questões psicológicas ou metafísicas sobre a natureza do ser (RAWLS, 1985, p. 230-231).

Vemos, portanto, que a posição original proposta em John Rawls busca, finalmente, encontrar os termos para uma cooperação mútua em uma sociedade democrática. Visa a responder, substancialmente, qual o conteúdo da cooperação entre os indivíduos. Como a teoria rawlsiana rearranja de certa forma a

tradição contratualista, o autor propôs um consenso originário entre os indivíduos, no qual estes não estariam autorizados a barganhar uns com os outros. Daí a proposição do véu de ignorância, o desconhecimento das condições passadas, presentes ou talentos futuros dos contratantes originários. De qualquer modo, é necessário que entendamos a posição original como uma situação hipotética, não verificável historicamente (RAWLS, 1985, p. 235-236). John Rawls esclarece:

> Parece razoável supor que as partes na posição original são iguais. Isto é, todas têm os mesmos direitos no processo da escolha dos princípios; cada uma pode fazer propostas, apresentar razões para sua aceitação e assim por diante. Naturalmente, a finalidade dessas condições é representar a igualdade entre os seres humanos como pessoas éticas, como criaturas que têm uma concepção do seu próprio bem e que são capazes de ter um senso de justiça. Toma-se como base da igualdade a similaridade nesses dois pontos. [...] Juntamente com o véu de ignorância, essas condições definem os princípios da justiça como sendo aqueles que pessoas racionais preocupadas em promover seus interesses consensualmente aceitariam em condições de igualdade nas quais ninguém é consciente de ser favorecido ou desfavorecido por contingências sociais e naturais (RAWLS, 2002, p. 21).

De certa forma, nos parece razoável, e o teórico assim coloca, afirmar que a justiça como equidade visa a ser uma teoria da justiça liberal. De fato, John Rawls ao justificar pontos de sua construção teórica atesta que a admissão em uma sociedade constitucional e democrática de uma visão política na qual há apenas uma noção do bem é incompatível com o espírito da democracia, que se justifica na medida em que existem incomensuráveis definições de um bem comum. Desse modo, Rawls se afasta em certo ponto da tradição, em Platão e Aristóteles, bem como dos doutores da Igreja Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. Para Rawls, o liberalismo admitiria justamente que não há resposta exata para a conceituação do bem comum. Nesse sentido, a justiça como equidade, antes de

preocupar-se em especificar o conteúdo de um bem comum é construída como um método para regulação da estrutura social básica, através da cooperação social. De qualquer modo, o autor especifica que a estabilidade de sua construção depende das doutrinas morais, filosóficas e religiosas disponíveis na formação de um consenso (RAWLS, 1985, p. 248-250).

3 O contraponto libertário

A teoria de John Rawls não tem passado incólume ao transcurso do tempo, razão pela qual nos parece adequado expor uma segunda teoria da justiça, elaborada por Robert Nozick, em sua obra "Anarquia, Estado e Utopia". A base estruturante da teoria de Nozick se encontra na teoria da titularidade. Para tanto, o teórico se vale da figura do estado de natureza, nos termos em que proposto por John Locke (HEVIA; SPECTOR, 2008, p. 535). De fato, Nozick é bastante claro acerca da natureza das funções do Estado, como demonstra quando prefacia sua construção:

> Nossa principal conclusão sobre o Estado é que um Estado mínimo, limitado às funções restritas de proteção contra a força, o roubo, a fraude, de fiscalização no cumprimento de contratos e assim por diante justifica-se; que o Estado mais amplo violará os direitos das pessoas de não serem forçadas a fazer certas coisas, e que não se justifica; e que o Estado mínimo é tanto inspirador quanto certo. Duas implicações dignas de nota são que o Estado não pode usar sua máquina coercitiva para obrigar certos cidadãos a ajudarem a outros ou para proibir atividades a pessoas que desejam realiza-las para seu próprio bem ou proteção (NOZICK, 1991, p. 9).

Nos parece adequado expor a natureza do princípio da justiça na aquisição e da justiça na transferência. Baseando-se no estado de natureza, nos moldes em que proposto por Locke (NOZICK, 1991, p.

25)[1], temos que cada indivíduo possui direito de propriedade absoluto sobre seu próprio corpo e talentos, que podem ser utilizados da maneira que melhor lhe aprouver, contanto que não sejam empregados agressivamente contra os demais, de forma que, um indivíduo pode se apropriar de algo que não tenha dono, na medida em que com tal ação não piore a situação dos demais. No tocante à transferência de bens de uma pessoa para a outra, por sua vez, temos que as trocas e intercâmbios voluntários são válidos quando operados pelo verdadeiro dono do bem em questão. Assim operam a compra e venda, as doações e as heranças (HEVIA; SPECTOR, 2008, p. 535).

Nozick ainda compreende um princípio de retificação da injustiça. Com base nele, todas aquelas operações realizadas a partir de uma aquisição injusta, como a oriunda de um roubo, não possuem validade, e devem ser retificadas como medida de justiça. Assim sendo, tendo como base os princípios expostos, os indivíduos possuem direito de propriedade absoluto sobre os bens que adquirem em conformidade com eles (HEVIA; SPECTOR, 2008, p. 536).

O autor se propõe a analisar, para além do conceito de Estado Mínimo, por ele defendido, as questões atinentes à justiça distributiva, onde reside sua maior desconformidade para com a teoria esboçada por John Rawls. O capítulo 7 de "Anarquia, Estado e Utopia" propõe-se justamente a refutar a construção de que um Estado amplo se justificaria enquanto o melhor instrumento para que se alcance a justiça distributiva. De forma que, na visão de

[1] Explica o autor:

No estado de natureza de Locke, os indivíduos encontram-se em um "estado de liberdade perfeita para organizar seus atos e dispor de seus bens e pessoas como julgam conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem" (sec. 4). Os limites da lei da natureza estabelecem que "ninguém deve prejudicar a outrem em sua vida, saúde, liberdade ou propriedade" (sec. 6). Algumas pessoas transgridem esses limites "usurpando direitos de outrem... e prejudicando-se mutuamente" e, como reação, pessoas podem defender-se ou defender outras pessoas contra usurpadores desses direitos (cap. 3). [...] Há contudo "inconveniências no estado de natureza", para as quais, diz Locke, "reconheço plenamente que o governo civil constitui o remédio apropriado" (sec. 13). [...].

Nozick, a expressão justiça distributiva não possui caráter de neutralidade, uma vez que a noção de distribuição faz-nos pensar em algum critério que estabeleça a divisão das parcelas. Entretanto, nenhuma pessoa ou grupo de pessoas possuiria prerrogativa para realizar essa distribuição, controlando de forma centralizada os recursos existentes e operacionalizando como distribui-los (NOZICK, 1991, p. 170).

A sociedade livre opera as transferências de bens entre os indivíduos, através de trocas ou presentes. Ou seja, tudo o que possuímos, recebemos de outrem. O resultado é uma complexa rede de decisões tomadas por indivíduos, que possuem direito na tomada das mesmas. Daí o porquê da estruturação de sua teoria da justiça na propriedade através de três balizadores: i) justiça na aquisição; ii) justiça nas transferências; iii) retificação da injustiça. Ninguém tem direito a propriedade fora das aplicações repetidas dos princípios retro mencionados, mais especificamente na síntese do autor de que "o que quer que surja de uma situação justa, através de etapas justas, é em si justo". A propriedade que é adquirida por meio de roubo, escravização, fraude, e outros métodos similares não se enquadra nos princípios de justiça na aquisição ou transferência, dando azo à reparação da injustiça passada (NOZICK, 1991, p. 172-173).

Assim sendo, Robert Nozick possui elementos suficientes a descrever sua teoria da justiça como baseada em princípios históricos, ao contrário da utilitarista, que se funda em resultados finais, ou de estado final. Daí porque explica o autor que "em contraste com os princípios de justiça de resultado final, os princípios históricos de justiça sustentam que circunstâncias ou ações passadas podem criar direitos diferenciais ou merecimentos diferenciais às coisas" (NOZICK, 1991, p. 176).

Ainda, Nozick estabelece outras duas categorias: a dos princípios padronizados de justiça distributiva e a dos não padronizados; devendo entender-se como padronizado o princípio que utiliza em sua distribuição alguma dimensão natural ou soma de dimensões naturais, como *v.g.* distribuir de acordo com o mérito

moral ou, ainda, de acordo com o Q.I.. Com base nesta construção, Nozick nos apresenta ao exemplo de Wilt Chamberlain na sociedade socialista (NOZICK, 1991, p. 182-183)[2], justamente para evidenciar que não há qualquer princípio de estado final distributivo padronizado que possa ser implementado sem interferência de modo contínuo na vida dos cidadãos. Ou seja, para garantir o princípio distributivo, terminaríamos por interferir nas transferências de recursos ou tomar recursos por meio delas transferidos (NOZICK, 1991, p. 181-183).

Argumentação semelhante emprega Nozick ao discutir a tributação sobre a renda e compará-la ao trabalho forçado. Para o autor, a retirada de cinco horas de salário de um indivíduo equivaleria a fazê-lo trabalhar as mesmas cinco horas, ou seja, é apossar-se indevidamente de cinco horas de uma pessoa. Da mesma maneira, refuta a concepção de uma tributação incidente sobre tudo aquilo que seja excedente às necessidades básicas, porque com esse mecanismo limitam-se as escolhas que possui um indivíduo, e que por direito são suas (NOZICK, 1991, p. 188-189).

Talvez por isso seja louvável a consideração que faz Nozick ao fundamentar historicamente sua teoria de que é inviável a desconsideração de eventos passados, apontando para uma divisão simplista do produto social. Daí porque Varian, ao analisar o pensamento de Nozick, expõe a ingenuidade das teorias que desconsideram o elemento histórico, uma vez que ao assim agirem, prestam um desserviço à formalização de nossas noções de justiça (VARIAN, 1975, p. 227). Ainda assim, o mesmo autor destaca que as proposições de Nozick desconsideram a conciliação possível de uma

[2] Apenas a título explicativo, e de maneira sucinta, Nozick propõe que Wilt Chamberlain, após realizar sua cota de trabalho diária, resolveria fazer horas extras para adquirir algum dinheiro a mais. O autor questiona porque alguém trabalharia a mais em uma sociedade na qual as necessidades supostamente estariam satisfeitas, a partir de uma distribuição inicial feita pelo Estado e argumenta que, talvez, as pessoas se interessem por eventos que ultrapassam as simples necessidades. De que forma seriam proibidas estas atividades extras? Ou ainda, sob que fundamento? Ou seja, a propriedade privada ingressaria também na sociedade socialista, a menos que os indivíduos fossem proibidos de usar como desejassem os recursos que obtiveram com a distribuição operacionalizada.

distribuição de resultado final, para fins de obtenção do máximo bem-estar social, com um mecanismo padronizado historicamente – o do mercado (VARIAN, 1975, p. 235).

Ainda, o autor questiona a aplicabilidade da teoria de Nozick no contexto atual, em que é praticamente impossível encontrar algum bem que não possua donos. Ou, ainda, cuja propriedade não possa ser traçada a alguma forma injusta de aquisição, ao que Varian faz o contraponto com as terras indígenas norte-americanas. Ainda propõe ser insustentável que uma teoria esteja fundada em aquisições de propriedade que, literalmente, atravessam os séculos e, de acordo com o autor, teriam sido "determinadas ao acaso". Ao final, afirmando que a teoria de Nozick está lastreada na aquisição, nos moldes em que concebida por Locke, ou seja, a aquisição que não piore a situação dos outros, questiona: em que medida posso considerar que a aquisição realizada outrora não piore minha situação hoje (VARIAN, 1975, p. 235-237)?

Apesar das críticas tecidas, a posição de Nozick a respeito da tributação da renda e outros produtos do trabalho humano está de acordo com a sua concepção de um Estado mínimo – aquele cuja influência tolerável incide sobre a proteção dos indivíduos (segurança), proteção contra fraudes e roubos e garantia do cumprimento de contratos. De forma que Nozick admite a tributação na medida em que indispensável à manutenção das funções mais que essenciais do Estado, não estando compreendidos aí os benefícios de um *welfare state*, investimentos em desenvolvimento científico e tecnológico, etc (FESES, 2000, p. 220-221). A crítica poderia incidir se fosse o Estado considerado o legítimo proprietário dos bens disponíveis, entretanto, não é assim que as relações são operadas nas modernas democracias liberais, até mesmo porque, ainda que tributada a renda de um indivíduo, o Estado toma-lhe apenas parte dela, reconhecendo ao proprietário direito ao montante que sobra. Da mesma forma, o *tax payer* pode obter a restituição do que foi indevidamente pago pela via judicial (FESES, 2000, p. 222-223).

De forma a encerrar, talvez o grande mérito da construção de Robert Nozick, no que se refere à tributação, encontra-se justamente no conceito de que somos donos de nós mesmos. O indivíduo possui propriedade de si, seu corpo e seu trabalho, daí a conclusão de que o Estado, ao cobrar tributos sobre renda e outros frutos do trabalho, ainda que sob o pretexto de realização de alguma finalidade – *v.g.* prestação de serviços – está se apropriando de horas de trabalho. Da mesma forma, caso a finalidade seja algum tipo de redistribuição, estaria o Estado se apropriando do trabalho de um indivíduo em benefício de outro, sem a sua concordância, uma vez que poderia o indivíduo escolher destinação diversa para seus resultados (FESES, 2000, p. 224-226).

4 O enriquecimento das vidas humanas: a contribuição de Amartya Sen

Amartya Sen, por sua vez, apresenta-nos uma terceira visão, consubstanciada essencialmente nas capacidades passíveis de serem exercidas pelos seres humanos. Sen admite que a construção da dignidade em Kant – o humano sempre como fim em si e jamais como meio para que se atinjam outros fins – pode levar a equívocos, especialmente no que concerne à dinâmica entre a produção e prosperidade (financeira) como elementos integrantes do progresso social. O autor inclusive expõe graficamente que o acúmulo de recursos financeiros e o crescimento econômico nem sempre estão diretamente relacionados ao efetivo desenvolvimento da sociedade, o que cria empecilhos no desenvolvimento de adequadas políticas públicas. Em outros termos, o progresso financeiro é apenas um meio para enriquecimento das vidas humanas (SEN, 1989, p. 41-42).

Para tanto, Sen apropria-se de conceitos de matriz aristotélica, em sua visão da natureza humana relacionada com o bem e no conceito de qualidade de vida enquanto atividade, bem como também das noções de Adam Smith e Karl Marx que tocam à

capacidade humana para a realização de certas atividades ou funcionalidades como relevantes para o sucesso da vida humana. De forma que, a vida humana em Sen é entendida como uma rede complexa de funcionalidades diversas, que incluem superar os fatores de mortalidade, ser adequadamente nutrido e estar apto à convivência em sociedade, através do auto respeito, por exemplo. A combinação e o exercício dessas funcionalidades derivam na capacidade humana, a liberdade para escolher entre diferentes maneiras de viver (SEN, 1989, p. 43).

Nesse sentido, Sen louva a teoria rawlsiana ao estabelecer em seu bojo o conceito de bens primários, como a renda, a riqueza, as bases para o auto respeito e as liberdades básicas, justamente porque visualiza neles uma preocupação pelo humano enquanto fim e não meio. Ainda assim discute que as diferentes capacidades, entendidas como conjuntos de funcionalidades, não permitem uma avaliação interpessoal, considerando que os indivíduos requerem bens primários diferentes para enfrentar situações diversas na busca por seus fins específicos (SEN, 1989, p. 44).

A partir dos conceitos expostos, é possível entender a crítica que faz Sen do utilitarismo, que, de acordo com o autor, ao estabelecer como critério a soma máxima das utilidades para os indivíduos desconsidera os efeitos de tal soma a nível individual. Apesar disso, Atkinson, comentando o trabalho de Sen, refere que o utilitarismo ainda se encontra nas entrelinhas de muitas escolhas políticas (ATKINSON, 1999, p. 175). Da mesma forma, aponta a falta de riqueza na concepção da *welfare economics* a respeito da soma do bem-estar dos indivíduos, porque desconsidera necessidades outras como a saúde e a longevidade, ponto em que Sen se afasta dos "bens primários" de Rawls e da teoria dos direitos de propriedade de Robert Nozick, ao falar então em capacidades, a liberdade de escolha de funcionalidades (ATKINSON, 1999, p. 177-178).

Ainda temos que as capacidades podem ser interpretadas de maneiras distintas: i) a partir da funcionalidade efetivamente escolhida; ii) a partir das escolhas que o indivíduo possui à sua

disposição. Daí a substancial diferença que Sen expõe, e Atkinson comenta, entre o sujeito que passa fome por não possuir escolha e aquele que jejua para fins religiosos. Em ambos os casos, temos a manifestação da mesma funcionalidade, entretanto, o rol de opções de cada pessoa é diverso (ATKINSON, 1999, p. 179).

Daí porque Sen responde a questão "o que se deseja de uma teoria da justiça" justamente explicitando a necessidade de um raciocínio que se vincule ao público – uma racionalidade atingida por agentes razoáveis – afastando concepções particulares de justiça, de modo a atingir alguma objetividade, elementos que colhe de John Rawls. Entretanto, diferente do último, Sen entende que as reais necessidades são em muito pouco solucionadas através de visões transcendentais de justiça, como as contratualistas, de forma que uma abordagem comparativa de situações mais ou menos justas pode mostrar-se mais útil que a visão do inteiramente justo (SEN, 2006, p. 215-218).

Finalmente, no que toca às desigualdades econômicas e de renda, Sen expõe novamente a necessidade de que sejam observadas as capacidades e necessidades de cada indivíduo. A simples asserção da distribuição de renda pode não ser suficiente quando se deseja compreender a renda como um meio para satisfação de outras necessidades. O autor lista pelo menos cinco elementos que influenciam as necessidades humanas: i) as heterogeneidades dos indivíduos, que possuem diferentes características genéticas, propensões a doenças, etc; ii) diversidades ambientais; iii) variações nas relações sociais; iv) variações na maneira como são estabelecidos relacionamentos em uma comunidade; v) distribuição dentro da própria família (SEN, 1997, p. 385-386). De forma que questiona o teórico se poderíamos talvez antes de tratar desigualdades em termos de renda tratar das desigualdades em termos de utilidades, apesar de que, apelando para diferenças interpessoais no quesito satisfação de prazeres, possamos nos

deparar com o traço humano notável de contínua adaptação às mais diversas situações (SEN, 1997, p. 390-392).

5 Tributação e equidade

O direito tributário, na atualidade, talvez precise ativamente do diálogo entre diferentes teorias da justiça. Na era dos tributos cuja finalidade precípua é extrafiscal, talvez nunca tenhamos estado tão próximos dos embates entre os direitos de propriedade e seus atributos e as supostas necessidades distributivas que têm caracterizado as economias no modelo de Estado Social e manutenção de direitos fundamentais.

Talvez a principal questão que continue a assombrar a moderna teoria tributária seja justamente de que maneira alocar os pesos da carga tributária sobre os pagadores de impostos e, mais ainda, quais os limites éticos envolvidos na limitação da tributação. Buchanan compreende a tributação na forma de um empreendimento coletivo, caracterizado por transferências positivas e negativas, para atendimento de padrões eleitos pela coletividade. Ainda sustenta a necessidade de alocação de parte dos recursos obtidos pela moderna economia de mercado, especializada, justamente porque o regime institucional que efetivamente protege as relações contratuais e a propriedade deverá receber esta parcela de forma a manter seu funcionamento (BUCHANAN, 1994, p. 102-104).

A teoria de Rawls poderia nesse sentido intervir como guia na busca por limites à tributação? Apesar de os economistas terem encontrado foco no segundo princípio, que dispõe acerca da distribuição justa de bens primários, Rawls destaca expressamente em "Uma Teoria da Justiça" que o princípio da máxima liberdade equitativa deve ser atendido primeiramente, estando o segundo condicionado ao primeiro (BUCHANAN, 1994, p. 106). Nessa interpretação, poderíamos inserir na necessidade de liberdade equitativa justamente a obrigação de tratamento não discriminatório em matéria tributária (BUCHANAN, 1994, p. 107).

Para atender ao limite, entretanto, utilizando a o princípio da máxima liberdade, entendendo-se a liberdade negativamente, ou seja, a possibilidade de realizar algo fora de coerção – desconsiderando a capacidade (ou incapacidade) para tanto – o autor apresenta dois regimes distintos, a título exemplificativo:

> *Consider, now, two possible regimes, I and II. In Regime 1, the collectivity, as an organized political unit, levies a tax of ninety per cent on valued output. From the revenues so collected, the collectivity supplies the legal- protective-enforcement environment, which requires an outlay of ten per cent of total product. The remaining revenues are distributed to all members of the political community in a set of equal-per-head demogrants. [...]. In Regime II, by contrast with Regime I, the collectivity collects only ten per cent of valued output, again through a proportional tax. Such tax generates revenues in the minimal amount required to finance the supply of the legal-political order.[...] In both regimes, individuals possess equal liberties to speak, write, vote, exercise religion, associate, and to choose their own consumption pattern, location, occupation, trading partners, and private assets. Is it then possible to state that individuals possess more liberty in II than in I? Clearly, persons have different abilities to satisfy their own desires in the two regimes, but it is not clear that individual liberties are different, under the definition posed earlier. [...].*(BUCHANAN, 1994, p. 108)[3]

O autor insere, entretanto, no rol das liberdades individuais de ambos os regimes, a possibilidade de deixar o sistema

[3] Considere agora dois regimes possíveis, I e II. No Regime I, a coletividade enquanto uma unidade politicamente organizada arrecada 90% do produto final em tributos. Com as receitas coletadas, a coletividade mantém o ambiente protetivo legal que requer 10% do produto total. As receitas excedentes são divididas entre todos os membros da comunidade de maneira igual *per capita*. No Regime II, em contraste ao Regime I, a coletividade coleta apenas 10% do produto final, através de um tributo proporcional. Este tributo gera receitas na quantidade mínimo requerida para financiar a manutenção da ordem legal e política. Em ambos os regimes, os indivíduos possuem as mesmas liberdades de manifestação, escrita, voto, exercício de religião, se associar, escolher parceiros comerciais, e ativos ou posses. É então possível afirmar que os indivíduos possuem mais liberdade em II que em I? Claramente, as pessoas possuem habilidades diferentes para satisfazer seus próprios desejos nos dois regimes, mas não está clara a diferença entre as liberdades usufruídas por ambas, na situação antes exposta. Tradução livre.

institucional, não pagando tributos, mas devendo arcar (e providenciar) por sua conta, ou em grupos, todos os serviços públicos. Inserida esta possibilidade, justifica que o limite da tributação deveria ser tal que não motivasse os indivíduos a deixar a participação na comunidade para formação de suas próprias políticas (BUCHANAN, 1994, p. 108). Ainda assim, o autor expõe que o limite a partir desse parâmetro por si só não se sustenta, sendo necessário, na prática, análise da realidade econômica de um Estado (BUCHANAN, 1994, p. 113).

No que toca à tributação progressiva, podemos evidenciar uma forte influência da teoria utilitarista – que as três visões de justiça expostas contestam. Groves explica a clássica justificação da progressividade, ao discorrer que *v.g.* o segundo automóvel do sujeito A, valeria menos que o seu primeiro automóvel ou suas três refeições diárias, e também valeria menos que as três refeições diárias de que dispõe o sujeito B. O autor entretanto, não nega o fato de que esta comparação pela utilidade não atenta para as capacidades para usufruir destes bens, elemento que, destacamos, Amartya Sen considera tão relevante. Ainda assim, explica que tal subjetividade não seria passível de mensuração, pelo menos no nível de legislação tributária (GROVES, 1956, p. 28). Outro fundamento exposto pelo autor, para justificativa da tributação progressiva reside na construção de Seligman, no sentido do poder ou faculdade como critério para a progressividade, ou seja, considerando que renda e riqueza tendem a gerar mais de si, a progressividade se mostra adequada quando a capacidade de pagar tributos cresce mais que a renda e a riqueza proporcionalmente (GROVES, 1956, p. 28). Assim, é possível considerar, dentro do escopo da progressividade que a justiça na tributação reside por vezes em critérios objetivos, que conferem imparcialidade ao processo (GROVES, 1956, p. 32).

Finalmente, temos que certos cuidados são necessários quando se trata de intervenção governamental para fins de justiça. Apesar da visão de John Rawls ainda constituir o pilar de sustentação das modernas teorias de justiça social, seus críticos –

Sen moderadamente e Nozick de forma mais intensa, além de Hayek e outros – têm cumprido o relevante papel de questionar (TEEVAN, 2006, p. 636-640): i) em que medida uma construção imaginária como a posição original e a construção política de uma visão da justiça transcendental são benéficas? (TEEVAN, 2006, p. 639-640); ii) se não seria mais adequado permitir aos indivíduos que persigam seus próprios objetivos, ao revés de autorizar uma intervenção deveras romântica pelo Estado na esfera social, como enuncia Hayek (TEEVAN, 2006, p. 640); iii) na medida em que somos donos de nós mesmos – nosso corpo e trabalho, como aponta Nozick – em que medida a apropriação de renda e riqueza pelo Estado não se configura, literalmente, em apropriação indevida; iv) de que forma a moderna economia de mercado, substituindo o modelo agrário, apesar de ocasionar maior disparidade de renda e riquezas, não contribui para a formação de novos empregos e do incremento da renda dos menos favorecidos, antes em pior situação? (TEEVAN, 2006, p. 643-644). Tratam-se de ponderações pertinentes, e necessárias às democracias constitucionais.

6 Considerações finais

A partir do estudo realizado, é inevitável a conclusão de que cada teoria contribui à sua maneira para o enriquecimento, em sede argumentativa, das muitas questões atinentes à justiça. John Rawls inegavelmente está presente em muitas das modernas proposições tocantes à justiça distributiva, e não nos escapa também sua influência na esfera tributária, que é hoje permeada pelas tentativas de desestímulo a certos comportamentos por meio da técnica da extrafiscalidade.

Robert Nozick, por sua vez, apresenta o argumento da propriedade de si, que tem dificultado a argumentação de seus críticos, justamente pela naturalidade da proposição. Suas formulações em matéria tributária, ainda que mereçam, talvez,

atenuação, instigam o debate acerca das limitações estatais ao poder de tributar.

Amartya Sen, por sua vez, nos conduz ao debate acerca de até que ponto vidas humanas podem ser medidas em termos de renda e riqueza, satisfação ou insatisfação, quando tantos outros fatores influenciam o modo como realizamos escolhas. A teoria das capacidades, que explora não apenas as escolhas feitas, mas as opções que estão disponíveis aos indivíduos em muito acrescenta no tocante ao que realmente enriquece a natureza humana.

Finalmente, temos que a moderna abordagem da tributação, cada vez mais sensível a elementos permeados por subjetividade, e que encontra em si a função de estímulo (ou desestímulo) de comportamentos, não fica isenta de permeabilização pelas noções expostas. E ainda nas questões centrais envolvidas no relacionamento entre o Estado e o pagador de impostos, as noções de justo e injusto continuam a ingressar na delimitação do poder de tributação do Estado.

Referências

ATKINSON, Anthony B. *The contributions of Amartya Sen to welfare economics*. [S.l]: The Scandinavian Journal of Economics, v. 101, n. 2, p. 173-190, jun./1999.

BUCHANAN, James M. *The ethical limits of taxation*. [S.l]: The Scandinavian Journal of Economics, v. 86, n. 2, p. 102-114, jun./1984.

FESES, Edward. *Taxation, Forced Labor and Theft*. [S.l]: The Independent Review, v. 5, n. 2, p. 219-235, 2000.

GROVES, Harold M. *Toward a social theory of progressive taxation*. [S.l]: National Tax Journal, v.9, n. 1, p. 27-34, mar./1956.

HEVIA, Martín; SPECTOR, Ezequiel. *The bizarre world of historical theories of justice: revisiting Nozick's argument*. [S.l]: Social Theory and Practice, v. 34, n. 4, p. 533-549. out./2008.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Justice as fairness: political not metaphysical*. [S.l]: Philosophy and Public Affairs, v. 14, n. 3, p.223-251, 1985.

SEN, Amartya. *Development as capability expansion*. Disponível em: < http://peaceworkspartners.org/vault/Oxford/DPHPC/Health%20and%20Development%20Course/Int%20Dev%20Readings%20HT10/2.%20MD%20Poverty%20and%20CA/Sen%2089%20Development_as_Capability_Expansion_1989.pdf>. Acesso em julho de 2017.

_____. *From income inequality to economic inequality*. [S.l]: Southern Economic Journal, v. 64, n. 2, p. 383-401, out./1997

_____. *What do we want from a theory of justice?* [S.l]: The Journal of Philosophy, v. 103, n. 5, p. 215-238, mai./2006.

SNARE, Frank. *John Rawls and the methods of ethics.* [S.l]: Phylosophy and Phenomenological Research, v. 36, n. 1, p. 100-112, set./1975.

TEEVAN, John Addison. *Can government institutions be wise and moral in redistributing income?* [S.l]: Journal of Markets and Morality, v. 16, n. 2, p. 635-654, 2013.

VARIAN, Hal. R. *Distributive justice, welfare economics and the theory of fairness*. [S.l]: Philosophy and Public Affairs, v. 4, n. 3, p. 223-247, 1975.

12

O desenvolvimento e a extrafiscalidade: uma análise do Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS

Lilian Ramos Jacob[*]
Marciano Buffon[**]

1. Introdução

O artigo tem por objetivo analisar o papel da extrafiscalidade como instrumento de desenvolvimento socioeconômico nacional, a partir dos mecanismos existentes na legislação brasileira capazes de efetivar as políticas tributárias de estímulo à pesquisa e a inovação tecnológica no País, em especial, no que se refere ao Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores-PADIS.

A partir disso, ruma-se ao enfrentamento do seguinte problema: De que modo a extrafiscalidade pode servir de instrumento ao desenvolvimento socioeconômico do país, em especial, com a utilização dos incentivos fiscais, no que se refere ao

[*] Possui Mestrado em Direito- UNISINOS, Especialização em Direito do Estado pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul e Graduação em Direito pela UNISINOS.

[**] Doutor em Direito- UNISINOS, com período de pesquisa na Universidade de Coimbra. Professor de Direito Tributário na UNISINOS, na Graduação e Pós-Graduação. Sócio na Buffon & Furlan Advogados Associados. Advogado inscrito na OAB/RS.

Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores-PADIS?

O artigo se desenvolveu com pesquisa bibliográfica, utilizando-se de doutrina nacional e estrangeira sobre o assunto, tendo como base os conceitos de extrafiscalidade e desenvolvimento, relacionada ao Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores-PADIS.

2. O desenvolvimento socioeconômico e a inovação

O primeiro dispositivo da Lei de Inovação brasileira, já com a alteração da legislação de 2016 (BRASIL, 2016), contempla:

> Art. 1º Esta Lei estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do País, nos termos dos arts. 23, 24, 167, 200, 213, 218, 219 e 219-A da Constituição Federal (BRASIL, 2004).

Este dispositivo deve ser interpretado à luz dos artigos 218 e 219 da Constituição Federal de 1988, que no Capítulo IV, intitulado "Ciência, Tecnologia e Inovação", estabelecem um dever do Estado de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação[1]. Conforme

[1] "Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. § 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação; § 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional; § 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho; § 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho; § 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica; § 6º O Estado, na execução das atividades previstas no *caput*, estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de

Barbosa, essa modalidade de desenvolvimento refere-se ao contexto do art. 3º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que estabelece como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional (BRASIL, 1988).

Porém, Barbosa destaca que "[...] esse tema - o dos interesses do desenvolvimento em face da propriedade intelectual e da inovação- é um dos mais espinhosos no tocante à definição do que seria 'desenvolvimento': simples crescimento econômico, ou efetiva maturação dos beneficiários desse direito humano - como uma liberdade?" (BARBOSA, 2009, p. 661).

A Lei de Inovação, Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004, dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. Originalmente, a Lei de Inovação definia inovação como "[...] introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo ou social que resulte em novos produtos, processos ou serviços" (BRASIL, 2004).

Não obstante, esta legislação foi recentemente alterada, passando a ser regulada pela Lei nº 13.243/2016. Dentro do novo ambiente normativo, a inovação passou a ser conceituada da seguinte maneira:

---

governo; § 7º O Estado promoverá e incentivará a atuação no exterior das instituições públicas de ciência, tecnologia e inovação, com vistas à execução das atividades previstas no caput; Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia. Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei. Art. 219-B. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação. § 1º Lei federal disporá sobre as normas gerais do SNCTI. § 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios legislarão concorrentemente sobre suas peculiaridades". (BRASIL, 1988).

> Introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho (BRASIL, 2016).

A mudança conceitual refere-se basicamente à introdução da novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social, e não somente um ou outro como definido anteriormente. Ademais, inclui os conceitos de novas funcionalidades ou características que resultem em melhorias e ganhos de qualidade ou desempenho a produtos, serviços ou processos já existentes[2].

Assim, pode-se perceber que o desenvolvimento nacional almejado no texto constitucional como um objetivo da República deve levar em consideração, sobretudo, o desenvolvimento humano, ou seja, o desenvolvimento voltado para a proteção da pessoa humana e do meio ambiente, não um desenvolvimento simplesmente econômico, em que explora o ser humano sujeitando-o a mero consumidor de novos produtos.

Por isso, importante é o estabelecimento de limites éticos para o arcabouço da inovação. Conforme Barreto, essas questões vitais para a humanidade não encontram solução no campo específico do conhecimento científico e nem do sistema político e jurídico, elas

[2] Para Rauen, as principais mudanças com a nova Lei de inovação em relação à anterior foram direcionadas à relação ICT-empresa no sentido de ampliar a definição de ICT a outras entidades, como as instituições de direito privado sem fins lucrativos, abrangendo e oficializando importantes instituições que produzem pesquisa e geram inovações de grande impacto; também, permitiu-se o compartilhamento e permissão de utilização de instalações de ICTs, financeira e não financeira, em vez de remunerada; nas prestações de serviços tecnológicos, formalizou-se a possibilidade de arrecadação de contrapartidas financeiras adquiridas nessas modalidades por fundação de apoio. Porém, não houve alteração sobre a forma do recebimento de retribuição pecuniária por pesquisadores envolvidos nessas atividades; no que se refere aos acordos de parceria em atividades inovativas, a oficialização referente à cessão ao parceiro privado dos direitos de propriedade intelectual das criações resultantes de parceria, já que "a manutenção de direitos de propriedade das tecnologias resultantes de parceria configurava-se em um ônus financeiro anual que grande parte das ICTs não tinha interesse em arcar". RAUEN, Cristiane Vianna. O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-empresa? **Radar**, Brasília, n. 43, fev. 2016. p. 25-28.

precisam de uma análise ético-filosófica, que considere os avanços do conhecimento científico, as suas aplicações tecnológicas e o sistema econômico que alimenta a ciência e a tecnologia (BARRETO, 2003).

Ainda, conveniente ressaltar que essa sociedade em constante inovação, ou seja, a sociedade tecnocientífica, chamada por Beck de sociedade de risco, evidencia uma sociedade em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais criados pela inovação tecnológica já não são mais controlados e protegidos pelas instituições tradicionais da sociedade industrial (BECK, 2010). Portanto, ao mesmo tempo em que vivencia mais produção de informação e de conhecimento, a sociedade contemporânea também se depara com um aumento considerável dos riscos, sendo que alguns deles se apresentam como consequência do próprio desenvolvimento tecnológico da sociedade informacional (SASS, 2016).

Disso resulta que, uma das principais preocupações nessa sociedade inovadora está relacionada com a proteção do ser humano. Por isso, qualquer ação que afronte a pessoa humana é eticamente irresponsável, pois, "[...] o retorno aos valores éticos significa colocar como pauta essencial e inegociável o ser humano e o meio ambiente"(ENGELMANN, 2016, p.170). Nesse teor, importante destacar a reflexão proposta:

> Na realidade, o progresso científico-tecnológico precisa ser distribuído de forma justa e consciente ao ser humano. Promover o ser humano, independente de sua classe social, deve ser o fim precípuo da tecnociência. Melhorar a qualidade de vida e o meio ambiente são direitos de toda pessoa (ENGELMANN, 2016, p.170).

Cabe salientar que, a função social da empresa não é pura e simplesmente atender às necessidades da sociedade quanto ao consumo de produtos e de serviços, mais que isso, a função social da empresa diz respeito a obter um "[...] desempenho consentâneo com a melhoria das condições socioeconômicas e ambientais"(ESTIGARA, 2009, p. 67).

> Diante disso, adotar uma postura socialmente responsável não é exercício de filantropia, beneficência, mas estrita observância à lei naquilo que se refere à atividade desempenhada pela empresa, com o intuito de obter o melhor desempenho possível em termos estratégicos empresariais e reflexos sociais, econômicos e ambientais para os públicos e segmentos com os quais a empresa se relaciona (ESTIGARA, 2009, p. 68).

Pode-se, assim dizer que, o sentido atribuído aos incentivos fiscais é "[...] direcionar o contribuinte a uma conduta socialmente responsável", para a promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais, imprescindível para a obtenção do desenvolvimento sustentável, ou seja, um desenvolvimento voltado não apenas para as presentes, mas, também, para as futuras gerações. Desse modo:

> O desenvolvimento sustentável ressalta a necessidade de se compatibilizar o crescimento econômico com a realização integral da pessoa, proporcionando-lhe qualidade de vida, com a concretização do primado da dignidade humana, o que demanda especial atenção à realização de todos os aspectos que iluminam os direitos humanos, civis, políticos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, em especial para possibilitar condições de segurança para o desenvolvimento das futuras gerações (ESTIGARA, 2009, p. 139).

Em vista disso, o desenvolvimento sustentável aproxima-se com a responsabilidade social, já que objetivam a qualidade de vida humana, e a busca pelo aprimoramento da tecnologia se faz imprescindível, pode-se citar por exemplo, "a situação relativa à tecnologias para implementar os mecanismos de desenvolvimento limpo, para tratar resíduos, lixo, e até mesmo para barateamento de hardware e software, para a promoção da inclusão digital"(ESTIGARA, 2009, p. 139-140).

Diante disso, a inovação deve ser incentivada à luz da Constituição[3], é preciso que o desenvolvimento nacional do país

[3] Notadamente no que tange aos objetivos da República Federativa do Brasil, constantes no art. 3º, da CF/88, dentre os quais se destacam: construir uma sociedade justa, livre e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e

esteja atrelado principalmente ao desenvolvimento humano, nele inclusos o social e o ambiental, não basta um desenvolvimento econômico monopolizado pela indústria, é necessário levar em consideração um conjunto de fatores, dentre os quais, a busca pela proteção do ser humano é primordial.

3. A extrafiscalidade

A extrafiscalidade pode-se revelar através da majoração da carga tributária, com a finalidade de desestimular comportamentos que sejam contrários à maximização da eficácia social dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Além disso, também, manifesta-se através da desoneração fiscal, ou seja, com incentivos fiscais, desde que tenha por finalidade concretizar objetivos constitucionais (JACOB; BUFFON, 2015, p. 121-144).

Falcão define objetivamente a distinção entre a fiscalidade e a extrafiscalidade:

> Considerando a tributação como ato ou efeito de tributar, ou ainda, como o conjunto dos tributos, podemos afirmar que: a) a tributação se diz fiscal enquanto objetiva retirar do patrimônio dos particulares os recursos pecuniários – ou transformáveis em pecúnia – destinados às necessidades públicas do Estado; b) tributação extrafiscal é o conceito que decorre de tributação fiscal, levando a entender extrafiscalidade como atividade financeira que o Estado desenvolve sem o fim precípuo de obter recursos para seu erário, mas sim com vistas a ordenar a economia e as relações sociais, sendo, portanto, conceito que abarca, em sua amplitude, extensa gama de opções e que tem reflexos não somente econômicos e sociais, mas também políticos [...] (FALCÃO,1981, p. 118).

No mesmo sentido, ainda, Ataliba define a extrafiscalidade como "[...] instrumentos tributários para obtenção de finalidades

regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas.

não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados" (ATALIBA,1990, p. 233).

Assim, a extrafiscalidade nada mais é que o objetivo excepcional de um tributo, que transcende o setor puramente financeiro e repercute de forma distinta em diferentes contextos, tais como o político, o social e o econômico. Consequentemente, Nabais explica:

> Efetivamente no domínio dos chamados benefícios fiscais que a extrafiscalidade se revela em termos mais significativos e frequentes, pois que é geralmente reconhecido integrar o seu próprio conceito a natureza ou carácter extrafiscal como, de resto, se verifica no conceito legal que a nossa ordem jurídica nos fornece – o art. 2º , nº 1, do EBF, que define os benefícios fiscais como medidas de caráter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes e que sejam superiores aos da própria tributação que impedem (NABAIS, 2004, p. 630).

Dessa forma, depreende-se que a extrafiscalidade consiste na utilização de um modelo jurídico-tributário para o alcance de um determinado propósito que se sobrepõe aos fins meramente arrecadatórios de recursos financeiros para o Estado. O valor finalístico da extrafiscalidade incutido na lei tributária, portanto, deve atender às necessidades no gerenciamento da economia ou na reabilitação de fatos sociais indesejados ou mesmo possibilidade de auxiliar certas atividades ou setores de acordo com os preceitos constitucionais (BUFFON, 2009, p. 221).

A extrafiscalidade, portanto, fica limitada ao interesse público que, segundo Meirelles, "[...] são as aspirações ou vantagens licitamente almejadas por toda a comunidade administrativa, ou parte expressiva de seus membros" (MEIRELLES, 1997, p.80). O Objetivo da extrafiscalidade funda-se no bem comum.

Destaca-se, conforme Barbosa que:

> A intervenção mediante normas tributárias requer uma causa motivada, ou seja, se o mercado já satisfaz a finalidade pretendida não deve o Estado intervir com as mesmas, já que a regra é a neutralidade fiscal, presente em nossa Constituição Federal por meio do princípio da isonomia. [...] Conforme a prevalência da finalidade da norma [fiscal ou extrafiscal] deve-se observar, na hipótese de finalidade fiscal, em decorrência do princípio da igualdade, a generalidade, a capacidade contributiva e a universalidade na instituição de tributos, vedado o excesso, enquanto na hipótese de finalidade extrafiscal, apesar do interesse público, deve-se observar a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (BARBOSA, 2011, p. 585-586).

Cabe ao legislador promover o bem comum através de uma atuação direcionada às aspirações sociais. Enfim, utiliza-se do instrumento financeiro para incentivar certos efeitos econômico-sociais, como obstar a inflação e o desemprego, recuperar a prosperidade, salvaguardar a indústria nacional, promover o desenvolvimento econômico, o equilíbrio das fortunas ou a correção da injustiça na distribuição da renda, entre outros objetivos. A concessão de benefícios, no entanto, não pode ficar a mercê de interesses políticos e econômicos, fortemente defendidos por *lobbies*, no mais das vezes obscuros (BUFFON, 2009, p. 224). Desse modo, justifica-se a extrafiscalidade já que constitui um mecanismo de realização dos direitos fundamentais, tendo em vista que, através do estímulo ou desestímulo tributário, o Estado alcança seus objetivos.

Assim, a extrafiscalidade, em sua face de exoneração, se consubstancia na concessão de isenções ou benefícios fiscais, com vistas a concretizar direitos fundamentais, assegurar e estimular o desenvolvimento socioeconômico de determinada região ou incentivar determinada atividade que seja de interesse da coletividade.

Posto que, não se poderá falar de privilégios contrários ao princípio constitucional da generalidade ou capacidade contributiva. O princípio da capacidade poderá ceder lugar a outros princípios constitucionais mais aptos para a concretização de outros objetivos constitucionais (LOZANO SERRANO, 2002, p. 111-112). Todavia

esses benefícios fiscais não podem acarretar uma quebra total do princípio da capacidade contributiva, bem como desconsiderar esse princípio, pois isso resultaria numa discriminação injustificada e uma inaceitável exclusão do dever fundamental de pagar impostos (dever de solidariedade)[4].

As referidas desonerações deverão submeter-se a mecanismos, substancialmente democráticos de aprovação, sendo que só serão legítimos se os objetivos visados forem, de fato, constitucionalmente fundamentados. Não se pode falar que a tributação extrafiscal implica em tratamento diferenciado para aqueles que se encontram em situação de igualdade, pois a extrafiscalidade encontraria fundamento constitucional, não ferindo, dessa forma, o pilar da isonomia (JACOB; BUFFON, 2015, p. 121-144).

A extrafiscalidade, além de possuir alicerce constitucional, serve de meio de concretização da própria Magna Carta. Por óbvio, isso só é sustentável se ao incentivo ou benefício fiscal tiver como objetivo atingir uma meta que a própria Constituição determina que deva ser atingida, razão pela qual Murphy e Nagel sustentam que a questão da justiça de determinado tratamento tributário não poderá ser considerada isoladamente:

> Temos de saber: (a) se ela distorce o padrão mais amplo de redistribuição e financiamento da ação pública exigido pela nossa concepção geral de justiça, ou seja, se ela redireciona alguns custos e aumenta ou diminui sub-repticiamente a quantidade de redistribuição; e (b) se serve a outras finalidades, legítimas para a política fiscal, que sejam importantes o suficiente para neutralizar

[4] Nesse sentido a decisão do TSJ do País Basco de 30 de setembro de 1999, que declarou a nulidade de determinados benefícios fiscais que implicavam uma redução de 99% da base imponível do Imposto sobre as Sociedades a empresas novas estabelecidas no referido território, posto que isto supunha uma redução tão acentuada na carga tributária que afetava o dever básico de contribuir previsto no art. 31.1 da Constituição Espanhola, em conexão com o princípio da capacidade contributiva. Tais benefícios foram considerados desproporcionais e inidôneos e provocavam a quebra do princípio da generalidade no dever de contribuir para com a coletividade. LOZANO SERRANO, Carmelo; Queralt, Juan Martín; Ollero, Gabriel Casado; López, José Manuel Tejerizo. **Curso de derecho financiero y tributario**. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2002. p. 112.

> uma possível desvantagem do primeiro tipo (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 236).

Não se pode falar, desse modo, que, uma vez observados determinados limites, os conceitos diferenciais perpetrados pela extrafiscalidade sejam contrárias à Constituição por afronta ao princípio da igualdade, desde que se tenha por objetivo efetivar e concretizar outros princípios consagrados no próprio texto constitucional, se legitimando na exata proporção dos objetivos Constitucionais e pela realização dos direitos fundamentais, com vistas a concretizar o bem comum. Por isso, Helenilson Pontes sustenta que:

> O Estado quando edita uma regra tributária com objetivo extrafiscal, o faz após uma interpretação/aplicação dos demais princípios do sistema jurídico. O Estado, assim, não obstante tenha motivações extrafiscais, não está livre para atuar contra o Direito, ou mesmo à margem do Direito e dos fins que este estabelece. A extrafiscalidade constitui, em regra, a utilização da competência impositiva como instrumento na busca do atingimento de outros princípios igualmente albergados pela ordem constitucional (PONTES, 1999, p. 153).

Para alcançar tal intento, é imprescindível que o fim a ser alcançado com a extrafiscalidade esteja de acordo com os grandes objetivos visados na Carta Constitucional (por exemplo: os artigos 1º, 3º, 6º e 170º, da CF/88), isto é, encontre fundamentação constitucional (JACOB; BUFFON, 2015, p. 121-144). Em vista disso, a tributação representa um instrumento potencialmente eficaz à realização indireta dos direitos fundamentais e concretização de objetivos fundamentais. O sistema tributário deve ser moldado, levando-se em consideração o interesse humano, para que a tributação passe a existir em função do ser humano, e não vice-versa. A ampliação do uso da tributação como meio direcionador de comportamentos potencialmente úteis à realização dos direitos fundamentais é o que se busca (BUFFON, 2009, p. 241).

Portanto, constata-se que o Estado utiliza a tributação para intervir em questões econômicas e sociais, ou seja, mediante o que se denomina de extrafiscalidade, ocorre desoneração, parcial ou total, assim como, pode ocorrer a majoração da exigência tributária (JACOB; BUFFON, 2015, p.121-144). Com isso, verifica-se que a extrafiscalidade tem um importante papel a desempenhar em um cenário que vise à densificação dos princípios sobre os quais se funda o Estado Democrático de Direito brasileiro, notadamente, o desenvolvimento nacional. Este está estritamente ligado ao artigo 3º, inciso II, da CF/1988, o texto constitucional refere que um dos objetivos da República federativa do Brasil é "garantir o desenvolvimento nacional".

4. O Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores -PADIS

A Lei nº 11. 484/2007, regulamentada pelos Decretos nº 6233, 7600 e 8247, instituiu o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores (PADIS), dispondo, no art. 6º, do Decreto nº 6233/2007, que é beneficiária a empresa que exerça exclusivamente as atividades abaixo e que realize investimento em pesquisa e desenvolvimento em relação a:

a) dispositivos eletrônicos semicondutores classificados nas posições 85.41 e 85.42 da Nomenclatura Comum Nacional (NCM), nas atividades de: concepção, desenvolvimento e projeto (design); difusão ou processamento físico-químico; corte, encapsulamento e teste. Alcança, também, dispositivos eletrônicos semicondutores, montados e encapsulados diretamente sob placa de circuito impresso-chip on board, código 8523.51 da TIPI;
b) mostradores de informação (displays), nas atividades de: concepção, desenvolvimento e projeto (design); fabricação dos elementos fotossensíveis, foto ou eletroluminescentes

e emissores de luz; montagem final do mostrador e testes elétricos e ópticos;

c) Insumos e equipamentos dedicados e destinados à fabricação dos produtos descritos nos itens a e b, fabricados conforme PPB.

Os incentivos, para a empresa beneficiária do PADIS, conforme art. 2º, do Decreto nº 6233/2007, na venda no mercado interno, para incorporação ao ativo imobilizado, destinado à atividade de pesquisa e desenvolvimento, consistem em reduzir a zero:

a) Contribuição para o Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda, no mercado interno, à pessoa jurídica habilitada no PADIS: Máquinas, aparelhos, instrumentos, equipamentos, para incorporação ao ativo imobilizado da adquirente, destinado às atividades de P&D; e de Ferramentas computacionais (software) e dos insumos das atividades de P&D;
b) PIS/PASEP-Importação e COFINS - Importação, incidentes sobre a importação, realizada por pessoa jurídica habilitada no PADIS: Máquinas, aparelhos, instrumentos, equipamentos, para incorporação ao ativo imobilizado da adquirente, destinado às atividades de P&D; e de Ferramentas computacionais (software) e dos insumos das atividades de P&D;
c) Impostos de Produtos Industrializados (IPI), incidente na importação realizada por pessoa jurídica habilitada no PADIS, ou na saída do estabelecimento industrial ou equiparado em razão de aquisição efetuada no mercado interno por pessoa jurídica habilitada ao PADIS, de:

Máquinas, aparelhos, instrumentos, equipamentos, para incorporação ao ativo imobilizado da adquirente, destinado às atividades de P&D; e de Ferramentas computacionais (software) e dos insumos das atividades de P&D;

d) Imposto de importação (II)- Incidente sobre insumos importados por pessoa jurídica beneficiária do PADIS e sobre máquinas, aparelhos, instrumentos, equipamentos, ferramentas computacionais (software), para incorporação ao seu ativo imobilizado, destinado às atividades de P&D.

Também, fica reduzida a ZERO a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), destinada a financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade- Empresa para Apoio à Inovação, nas remessas destinadas ao exterior para pagamento de contratos relativos à exploração de patentes ou de uso de marcas e os de fornecimento de tecnologia e prestação de assistência técnica, quando efetuadas por pessoa jurídica beneficiária do PADIS e vinculadas as atividades de P&D.

Além disso, nas vendas dos dispositivos eletrônicos semicondutores, mostradores de informação (displays) e insumos e equipamentos dedicados e destinados à fabricação destes componentes, efetuadas por pessoas jurídicas beneficiária do PADIS, ficam reduzidas: a ZERO, as alíquotas PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre as receitas auferidas; a ZERO, as alíquotas do IPI incidentes sobre a saída do estabelecimento industrial; em 100%, as alíquotas do Imposto de Renda e adicional incidentes sobre o lucro da exploração.

A pessoa jurídica precisa estar previamente habilitada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, e possuir o requisito essencial de realizar investimento em pesquisa e desenvolvimento, no mínimo, 5% do seu faturamento bruto no mercado interno, deduzidos os impostos incidentes na comercialização dos dispositivos, insumos e equipamentos, e o valor das aquisições de produtos incentivados abrangidos pelo PADIS, nas áreas de

microeletrônica, optoeletrônica, ferramentas computacionais (software) e de suporte na fabricação de semicondutores, mostradores de informações (displays), insumos e equipamentos dedicados e destinados à industrialização desses produtos.

Além disso, no mínimo, 1% do faturamento bruto, deve ser investido na forma de convênio com centros ou institutos de pesquisa ou entidades brasileiras de ensino credenciadas pelo CATI.

Os projetos devem ser aprovados em portaria conjunta do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Cultura, e Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. As condições para aprovação compreendem em regularidade Fiscal da empresa perante a Receita Federal, observância das instruções fixadas em Portaria, verificação prévia da Secretaria da Receita Federal do Brasil quanto ao enquadramento aos anexos da Lei dos bens apresentados pela pessoa jurídica.

Os procedimentos para apreciação dos projetos serão estabelecidos em portaria conjunta do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação e Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. A pessoa jurídica beneficiária do PADIS deverá encaminhar até 31 de julho de cada ano, os relatórios demonstrativos do cumprimento, no ano anterior, das obrigações do PADIS. O Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Cultura, poderá solicitar inspeções e auditorias nas empresas e instituições de ensino e pesquisa, assim como, poderá requerer a qualquer tempo, a apresentação de informações, sob pena de suspensão e cancelamento do PADIS.

Causa suspensão dos benefícios fiscais, se a Pessoa Jurídica beneficiária do PADIS não tiver os relatórios aprovados ou não apresentá-los, descumprir as obrigações de investimento em P&D; descumprir a obrigação de registro de propriedade intelectual, quando necessário; tiver irregularidade em relação a tributos perante a Secretaria da Receita Federal; e utilizar diversamente os bens destinados à pesquisa e desenvolvimento. A suspensão poderá

ser convertida em cancelamento se a empresa beneficiária do PADIS não sanar a infração em 90 dias. Assim como, poderá dar causa ao cancelamento, a ocorrência de 02 (duas) suspensões no prazo inferior a 02 (dois) anos, só podendo ser revertida após 2 (dois) anos contados da data em que for sanada a infração que a motivou.

Deve-se destacar que, os incentivos fiscais aqui expostos possuem o condão de, não apenas efetivar programas governamentais, e, sim, possibilitar o desenvolvimento da nação através da criação de produtos e processos inovadores, baseados em pesquisa, seja fruto de desenvolvimentos de projetos nas universidades ou nas empresas.

O desenvolvimento tecnológico é uma condição inafastável à construção de um país socialmente justo e economicamente sustentável, servindo de instrumento ao progresso e bem-estar de uma nação. Em vista disso, o Estado tem por tarefa desenvolver políticas públicas que estimulem e institucionalizem um ambiente de negócios, que esteja voltado a constante modernização das relações no campo econômico e social, especialmente para tornar a atividade produtiva dinâmica e inovadora.

5. Conclusão

O desenvolvimento nacional almejado no texto constitucional como um objetivo da República deve levar em consideração, sobretudo, o desenvolvimento humano, ou seja, o desenvolvimento voltado para a proteção da pessoa humana e do meio ambiente, não um desenvolvimento simplesmente econômico, em que explora o ser humano sujeitando-o a mero consumidor de novos produtos.

Assim, a função social da empresa não é pura e simplesmente atender às necessidades da sociedade quanto ao consumo de produtos e de serviços, mais que isso, a função social da empresa diz respeito a obter um desempenho consentâneo com a melhoria das condições socioeconômicas e ambientais.

A qualidade de vida humana e a busca pelo aprimoramento da tecnologia se faz imprescindível. A inovação deve ser incentivada à luz da Constituição, é preciso que o desenvolvimento nacional do país esteja atrelado principalmente ao desenvolvimento humano, nele inclusos o social e o ambiental.

A extrafiscalidade pode-se revelar um importante instrumento de concretização de desenvolvimento socioeconômico nacional, através da majoração da carga tributária, com a finalidade de desestimular comportamentos que sejam contrários à maximização da eficácia social dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, ou através da desoneração fiscal, ou seja, com incentivos fiscais, desde que tenha por finalidade concretizar objetivos constitucionais.

Ademais, a extrafiscalidade se traduz na utilização de um modelo jurídico-tributário para o alcance de um determinado propósito que se sobrepõe aos fins meramente arrecadatórios de recursos financeiros para o Estado. Enfim, utiliza-se do instrumento financeiro para incentivar certos efeitos econômico-sociais. Com isso, está estritamente ligada ao artigo 3º, inciso II, da CF/1988, como instrumento de desenvolvimento nacional.

Assim, o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores (PADIS) possibilita, portanto, o desenvolvimento da nação, a partir de novos produtos e processos, em relação à indústria de semicondutores, através de estímulos fiscais a estas empresas, de modo a compatibilizar e aprimorar tecnologicamente a nação.

Desse modo, importante é a utilização de mecanismos tributários nesse molde, pois a extrafiscalidade possibilita o estímulo, através de redução da carga tributária relacionado ao setor, qual seja, indústria de semicondutores, a fim de que seja estimulado o desenvolvimento de novos produtos e processos nesse ramo, levando em consideração o preceito constitucional do desenvolvimento nacional.

Ressalta-se que esse processo de desenvolvimento a partir da utilização dos incentivos fiscais deve levar em consideração o desenvolvimento humano da nação, aspectos importantes a considerar é a proteção do meio ambiente e do ser humano, tendo em vista que o processo de inovação assume inúmeros riscos ainda desconhecidos pela humanidade.

Referências

ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. **Revista de direito público**, v. 23, n. 93, 1990.

BARBOSA, Denis Borges. **A propriedade intelectual no século XXI**: estudos de Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARBOSA, Denis Borges. **Direito da Inovação**: Comentários à Lei Federal da Inovação, Incentivos Fiscais à Inovação, Legislação estadual e local, Poder de Compra do Estado (modificações à Lei de licitações. 2. ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 Jun. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 6233/2007**. Regulamenta a Lei do PADIS. Disponível em: <http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Decreto/ D6233.htm>. Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004**. Lei de inovação. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ ato2004-2006/2004/lei/l10.973. htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016**. Lei de inovação. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei no 6.815, de 19 de agosto de 1980, a Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011, a Lei no 8.745, de 9 de dezembro de 1993, a Lei no 8.958, de 20 de dezembro de 1994, a Lei no 8.010, de 29 de março de 1990, a Lei no 8.032, de 12 de abril de 1990, e a Lei no 12.772, de 28 de dezembro de 2012, nos termos da Emenda Constitucional no 85, de 26 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13243.htm>. Acesso em: 07 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.484/2007**. Lei que institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11484.htm>. Acesso em: 14 nov. 2017.

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana:** entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009.

ENGELMANN, Wilson; WILLIG, Júnior Roberto. **Inovação no Brasil**: Entre os riscos e o marco regulatório. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

ESTIGARA, Adriana. **Responsabilidade social e incentivos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2009.

FALCÃO, Raimundo B. **Tributação e mudança social.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

JACOB, Lilian Ramos; BUFFON, Marciano. Os incentivos fiscais no ramo tecnológico como instrumento do desenvolvimento nacional. **Revista Direito e Desenvolvimento,** João Pessoa, v. 6, n. 2, p. 121-144, 2015. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/292>. Acesso em: 15 maio 2017.

LOZANO SERRANO, Carmelo; Queralt, Juan Martín; Ollero, Gabriel Casado; López, José Manuel Tejerizo. **Curso de derecho financiero y tributario**. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1997.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**: os impostos e a justiça. Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos.** Coimbra: Almedina, 2004.

PONTES, Helenilson Cunha. **Ordem econômica e social**: estudos em homenagem a Ary Brandão de oliveira. Coord.: Fernando Facury Scaff. São Paulo: LTr, 1999.

RAUEN, Cristiane Vianna. **O novo marco legal da inovação no Brasil**: o que muda na relação ICT-empresa? Radar, Brasília, n. 43, fev. 2016.

SASS, Liz Beatriz. **Da (não) justificativa do uso dos direitos de propriedade intelectual para a apropriação da biodiversidade: a sustentabilidade como limite.** Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

Eixo 4

Direitos fundamentais, jurisdição e processo

13

O limite do livre acesso ao poder judiciário a partir do uso racional da lide e o CPC/2015

Camila Victorazzi Martta[1]
Mariana Bisol Grangeiro[2]

1. Introdução

É inquestionável que num Estado Democrático de Direito todos têm o Direito Fundamental de acesso ao Poder Judiciário, a ele submetendo as violações de direitos. Tanto o é, que o ordenamento jurídico pátrio traz o livre acesso à justiça expresso no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Tal direito fundamental é capaz de autorizar o cidadão a ingressar livremente com suas demandas judiciais sem a necessidade de pagar custas judiciárias. Ou seja, mesmo aqueles cidadãos que não estão abrigados pelos parâmetros socioeconômicos da Defensoria Pública poderiam, até o início de vigência do CPC/2015, a partir de mera declaração de hipossuficiência, serem beneficiados com essa isenção de custas. Dito de outra forma, litigam, via de regra, despreocupados com o risco de arcar com a sucumbência e honorários advocatícios, pois em caso de insucesso da demanda, não arcarão com qualquer ônus

[1] Mestranda em Direito pela PUCRS. Pós-graduada em Direito Civil pela Verbo Jurídico. Pós-graduada em Direito da Economia e da Empresa pela FGV/RJ. Graduada em Direto pela UCS. Advogada. E-mail: camila.martta@acad.pucrs.br.

[2] Mestranda em Direito pela PUCRS. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Verbo Jurídico. Graduada em Direito pela UNISINOS. Advogada. E-mail: mariana.grangeiro@acad.pucrs.br.

financeiro do processo, nem nada deverão pagar à parte vencedora. Assim, se de um lado se garante acesso à camada mais carente financeiramente da população, de outro lado acaba-se por estruturar um Poder Judiciário muito aberto, dando ensejo inclusive às denominadas demandas aventureiras.

O CPC/2015 modifica um pouco esse cenário, criando uma zona cinza, flexível, entre o deferimento e indeferimento do benefício. Introduziu mecanismos como o pagamento parcelado das custas e a concessão do benefício em relação a algum ato isolado.

O presente artigo buscar demonstrar a partir da análise econômica do processo, que é possível, com o uso racional da lide, especialmente naqueles processos ou casos eminentemente de cunho econômico, equacionar os novos critérios de concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, como forma de equilibras poderes das partes, sem, contudo, limitar ou restringir o livre acesso ao Poder Judiciário.

O exame do uso racional da lide atrelado aos novos critérios trazidos pelo CPC/2015 pode viabilizar um resultado positivo considerando os custos/benefícios de se ingressar com novos processos e de se apresentar pedidos perante o juízo. E, consequentemente, frear o ímpeto do jurisdicionado de ajuizar qualquer ação ou apresentar qualquer pedido, inclusive no que diz respeito às denominadas demandas aventureiras.

No que tange à metodologia, o presente artigo adota o método dialético, justamente em razão desse novo argumento trazido pela Economia para o Direito, de análise econômica do direito, especialmente no presente estudo, a análise econômica do processo. E como método de interpretação jurídica, o sistemático do ordenamento jurídico como um todo. O presente trabalho está centrado na pesquisa doutrinária e busca analisar criticamente a aplicação da AED processual a fim de frear a prática de ingressar em juízo sem sopesar os custos e benefícios do ajuizamento sem, contudo, limitar o direito fundamental de livre acesso ao Poder Judiciário.

2. A gratuidade da justiça como forma de ampliar o acesso ao judiciário.

A preocupação com a assistência jurídica aos menos favorecidos economicamente apareceu pela primeira vez no direito constitucional brasileiro na Constituição de 1934 (SARLET, 2017, p. 824). Foi, alguns anos depois, regulamentado pela Lei nº 1.060/50.

É possível observar que durante a vigência do CPC/1939 a regulação infraconstitucional do benefício de assistência judiciária gratuita, corolário do direito fundamental de livre acesso à justiça, estava (e ainda está, pois a lei não foi totalmente revogada pelo CPC/2015) regulado pela Lei nº 1.060/1950 e, portanto, regra geral, é desprovida de qualquer requisito mais elaborado.

A previsão legislativa, que amparava a concessão do benefício em simples declaração da parte, nos termos do artigo 4º da referida lei, pode ser tida como louvável no cenário pós-guerra e no início da industrialização do País em que fora concebida.

Imprescindível, contudo, a análise do benefício diante do cenário cultural e econômico atual.

É inegável que a facilidade de obtenção do benefício de justiça gratuita e a falta de critérios legais mais objetivos ajudaram a alargar de forma anacrônica as portas do Poder Judiciário, bem como inflaram a estrutura estatal contribuindo significativamente para a prestação jurisdicional eficiente.

3. A gratuidade da justiça como desiquilibrio entre as partes.

As Defensorias Públicas foram criadas a partir de 1988 para concretizar o direito fundamental à assistência judiciária integral aos necessitados economicamente. Neste andar, parece claro que o benefício de assistência judiciária gratuita seja inerente aos assistidos pela instituição estatal. Os demais jurisdicionados deveriam arcar com as custas, ou ao menos demonstrar cabalmente

que necessita da gratuidade da justiça. Assim o sistema pareceria mais lógico.

Todavia, sabe-se que essa não é a realidade.

A praxe forense traz à tona uma série de ocasiões em que o direito à gratuidade serve de estímulo a pedidos desarrazoados ou improváveis, fundamentados na expectativa de eventual lucro fácil, sem riscos.

Não é raro ao advogado e aos servidores do Poder Judiciário depararem-se com situações como a relatada na ementa abaixo:

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. DESCONTOS AUTORIZADOS NO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PROVA DA CONTRATAÇÃO. MÁ-FÉ POR PARTE DO AUTOR CONFIGURADA. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DO ADVOGADO AFASTADA POR FORÇA DA JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NO STJ. Caso em que há prova irrefutável de que a autora, ao contrário do que alegou na inicial, celebrou com as rés contratos de empréstimos para pagamento parcelado, autorizando os descontos em seu benefício previdenciário. A versão dada à fl. 254, nas razões recursais, deveria ter sido narrada na exordial, e não após a sentença de improcedência, pelo que carece de credibilidade. A distorção dos fatos configura má-fé, nos termos do art. 17, II, do CPC/73, dando ensejo, assim, à aplicação da pena prevista no art. 18, caput, do mesmo diploma legal. E via de regra, o advogado sabe da regularidade da contratação, mas ainda assim ajuíza demanda (o que faz com amparo de gratuidade, para não correr risco algum), de sorte que "se sua tese colar, colou", se não colar, nenhum prejuízo terá. Todavia, não se pode desconhecer que a jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que o causídico não pode ser condenado solidariamente ao seu cliente nos próprios autos em que aplicada as penas de litigância de má-fé, necessitando, para tanto, de ação autônoma onde reste provado o conluio entre ambos. Por conta desse entendimento - no meu sentir equivocado - muitas ações temerárias continuam sendo ajuizadas, abarrotando o Judiciário em busca de lucro fácil (afinal, a parte e seus procuradores não correm riscos, pois sempre litigam com amparo de gratuidade), prejudicando severamente a prestação jurisdicional àqueles que realmente

> necessitam e têm demandas urgentes ou relevantes para serem resolvidas. Gostaria, assim, de manter integralmente a sentença. Todavia, para evitar a procrastinação do feito, com a interposição de novos recursos que certamente acarretariam um ônus ainda maior à sociedade (afinal, é ela quem, ao fim e ao cabo, sustenta os serviços da Justiça, através do pagamento de impostos), não vejo outra alternativa senão acolher em parte a pretensão da apelante, para afastar a condenação solidária da Procuradora às penas de litigância de má-fé impostas à sua cliente. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70070405022, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 19/10/2016).

Tal atitude de partes beneficiárias da gratuidade contrariaria a própria essência dos princípios e direitos fundamentais expressos na Constituição da República.

Certo é que o direito à gratuidade da justiça não pode abrir portas para desequilíbrio entre as partes, devendo sim ser concedido àqueles jurisdicionados que efetivamente comprovarem a sua necessidade.

A prática da advocacia tem demonstrado, a partir do novo Código de Processo Civil, que eventualmente os Juízes estão despachando as peças iniciais que tenham o pedido de assistência judiciária gratuita no sentido de que a parte traga aos autos prova da sua necessidade, sob pena de indeferimento do referido benefício. A título de exemplo:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA (ART. 932, IV, NCPC). RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. NECESSIDADE NÃO EVIDENCIADA. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. 1. Para a concessão da gratuidade judiciária, deve estar demonstrada a hipossuficiência econômica do requerente, cujos rendimentos, sem maiores perquirições, devem estar abaixo do equivalente a cinco salários mínimos. Precedentes. 2. Tenho enfatizado, em diversos recursos como este, que não mais se coaduna com o sistema normativo em vigor o deferimento irrestrito e liberal da gratuidade judiciária, calcado em mera declaração de pobreza, porquanto

> evidente a possibilidade de que, com isso, lancem mão do benefício pessoas com reais condições de pagar as despesas do processo, em patente desvirtuamento da nobre finalidade que motiva o citado instituto jurídico, reservado aos que mais precisam, sob pena de colapso do já sobrecarregado Judiciário. 3. Caso concreto em que a agravante informou ser médica veterinária, contudo, os únicos documentos trazidos nos autos a fim de respaldar o requerimento foram recibo de entrega da declaração de ajuste anual de IR exercício 2017, comprovante de pro labore do mês de julho de 2017 e declaração de carência, o que por si só não basta para comprovar a falta de recursos para custear as despesas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou da sua família, prestigiando-se a posição do julgador de origem que está próximo do seu jurisdicionado. 4. Ademais, oportunizada nesta instância, na forma do art. 99, § 2º, NCPC, que a parte juntasse outros elementos quaisquer à comprovação da necessidade, a agravante silenciou, impondo-se a manutenção da decisão de origem. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70076160696, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 01/02/2018)

Talvez, sejam bons ventos já surtindo efeitos das novas regras processuais advindas pelo novo ordenamento de 2015.

4. A gratuidade da justiça e o código de processo civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe algumas inovações acerca do custo do processo e, ainda, revogou alguns dispositivos da Lei nº 1.060/50 no intuito de que o acesso à justiça representasse um maior equilíbrio processual entre as partes. Isto, pois a concessão indiscriminada do benefício da gratuidade pode acarretar justamente o contrário (ABREU, 2014, p. 15).

Como exemplo, o novo diploma processual previu a possibilidade de pagamento parcelado das custas, a concessão do benefício em relação a algum ato ou à integralidade do processo, a cobrança dos valores se constatado ganho patrimonial do beneficiário da gratuidade nos primeiro 5 anos após o transito em

julgado. Ou seja, é uma mudança pequena, mas capaz de repercussões importantes no mundo dos fatos. Poderá surtir o efeito de ser sopesado no momento da escolha do jurisdicionado por ingressar ou não em juízo.

Outro aspecto importante diz respeito aos requisitos subjetivos que o CPC/2015 manteve para a concessão do benefício de gratuidade. Ou seja, se no curso do processo, se verificar que a situação de vulnerabilidade financeira foi superada, o juiz poderá determinar o recolhimento das custas judiciais. Dito de outra forma, o que a legislação prevê atualmente é que a concessão do benefício da gratuidade da justiça poderá ser relativizada.

Em tempos de *second life* e redes sociais é muito comum a pujança e ostentação das pessoas nesses espaços virtuais. Todavia, assim como a suposta parte pode se revelar para o mundo, se mostra também para o Poder Judiciário. E essa ferramenta está sendo muito utilizada para a extinguir benefícios de assistência judiciária gratuita concedidos, e que num determinado momento já não mais são necessários.

> Juiz usa imagens de rede social para negar pedido de assistência judiciária gratuita
> Um juiz de Florianópolis usou as redes sociais para buscar informações a respeito de uma mulher que requereu os benefícios da justiça gratuita em uma ação de cobrança de titulo extrajudicial de mais de R$ 400 mil, com pedido de indenização de R$ 20 mil por danos morais. E não gostou do que viu.
> Em seu despacho, o magistrado Emerson Feller Bertemes, da 2ª Vara Cível, ordenou a emenda da petição inicial depois de observar fotos da mulher no Instagram. O JusCatarina teve acesso às imagens, que, além de mostrá-la em festas e praias, também registram jantares com amigos e familiares.
> Depois de ver as fotos, Bertemes escreveu em seu despacho:
> (...) Intime-se a autora para emendar a inicial, pagando as devidas custas sobre o valor dado à causa, pois INDEFIRO seu pedido de gratuidade da Justiça. Ora, em rápida pesquisa com seu nome no "google", dá de notar pelas fotos no instagram (públicas), que sua vida não é tão miserável quanto alega. Só as fotos dos pratos de

> comidas postados já pagam e ainda sobra para as custas deste processo(...) intime-se, como já determinado, para a devida emenda e pagamento das custas 15 dias" (JUIZ..., 2017).

Outro caso semelhante:

> OSTENTAÇÃO EM REDE SOCIAL SERVE COMO PROVA PARA NEGATIVA DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA
> A Comarca de Cerro Largo negou o pedido de Assistência Judiciária Gratuita (AJG) ao homem em que o perfil do Facebook revelava atividades contrárias a declaração de pobreza.
> A decisão, publicada pelo portal do TJRS, reforça: "colhe-se do perfil do requerente na rede social Facebook, aberto para todos, que se apresenta em diversas viagens pela serra gaúcha e pelo litoral gaúcho, ostentando objetos caros (óculos, relógios, celulares), em mesas de restaurantes e em bares, dizendo expressamente: 'Mas não é que a boa fase chegou e é nela que eu vou continuar'."
> O Tribunal ainda afirma que, "para o Juiz, a boa fase do homem - executado em processo em que se discute alimentos - "não condiz com seu comportamento processual"". Além disso, citou uma foto do autor do pedido AJG, declarado como desempregado, na direção do caminhão em que trabalha. No mesmo sentido apontou também que em uma das imagens, em um badalado bar na praia de Atlântida, a legenda era "O maior erro dos espertos é achar que podem fazer todos de otários". Na análise do magistrado, segundo o portal do TJRS, "o que soa muito apropriado para si próprio."
> Por fim, acrescentou que a assistência e a gratuidade judiciária são direitos fundamentais importantes e devem ser limitados àqueles que comprovem a hipossuficiência de recursos, "e não aos que se utilizam de artifícios para se esquivar de seus deveres", finaliza o TJ. (OSTENTAÇÃO..., 2017).

Como é natural de toda cada mudança legislativa de grande impacto, não se consegue imediatamente dados acerca dos benefícios ou prejuízos advindos como decorrência da alteração. Por isso, o Direito como ciência aplicada que é, ainda não dispõe de informações para demonstrar se o novo regramento de concessão do benefício de assistência judiciária gratuita limitou ou não o acesso dos jurisdicionados ao Poder Judiciário. Também, ainda não é

possível afirmar se em razão da limitação (caso tenha havido), a prestação jurisdicional está mais eficiente.

No entanto é possível identificar que alguns paradigmas estão mudando. E talvez, essa questão da livre concessão do benefício de assistência judiciária gratuita esteja se movimentando, para num futuro próximo começar a frear um pouco mais os causídicos desenfreados.

5. Análise econômica do processo como forma de equacionar o acesso a um poder judiciário eficiente

É importante destacar que a interação entre o Direito e a Economia vem ampliando espaços. Vale lembrar que cabe ao Direito a regulação dos comportamentos e das relações humanas. A economia, no entanto, se preocupa em estudar a tomada de decisões dos seres humanos, a partir de um mundo com escassos recursos. Na doutrina de Ivo Gico Jr. (2014), ao examinar sobre essa união de áreas, extrai-se que:

> A análise econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente, com relação às suas consequências.

Na doutrina de Baggenstonss (2017), o direito aparece como o dever ser, porque trabalha com a previsão das expectativas individuais e sociais, objetivando sempre a pacificação social a partir desses padrões comportamentais.

Em oposição ao *dever ser* aparece o *ser,* que se pauta objetivamente em descrições que efetivamente aconteceram num determinado contexto (BAGGENSTONSS, 2017)

Por alguma razão, tem-se que os indivíduos não agem conforme a lei, dando origem às disputas e às pretensões resistidas.

Daí é possível se concluir que há uma escolha do ser humano, em cumprir ou não o ordenamento jurídico. Essa escolha se refletirá também no ajuizamento de processos.

Ainda que não se tenha dados objetivos, mas apenas para ilustrar, é possível afirmar numa demanda eminentemente de cunho monetário que: em casos em que o cidadão busca cobrar judicialmente uma indenização de R$1.000,00, tendo de pagar custas judiciais no valor de R$ 900,00 (mais os honorários advocatícios) - sem falar na espera pela prestação jurisdicional -, num contexto de crise econômica e financeira, a utilização do sistema judiciário seria quase nula. Na verdade, até se poderia afirmar que não se teria acesso ao próprio sistema. O que não deixaria de ser verdadeiro.

Paralelamente às mudanças do Código de Processo Civil, a junção de outras áreas do conhecimento, como a Economia, com o Direito a fim de buscar melhores caminhos para se alcançar a almejada eficiência do serviço jurisdicional e a justiça aos *cases*.

Para ilustrar o afirmado destaca-se a presente atuação da Economia, que com seu ferramental teórico e empírico tem oportunizado o desenvolvimento de debates denominados de análise econômica do direito.

Conforme já mencionado, a análise econômica do direito – AED – busca oferecer um padrão sistemático e analítico de reflexão sobre o regramento jurídico, as expectativas racionais de adoção do que as leis impõem e a busca de soluções realmente eficientes.

As escolhas dos indivíduos passam a ser objeto de estudo da teoria da escolha racional. Ou seja, nada mais do que o sopesamento entre vantagens e desvantagens de uma postura racional. O indivíduo preferirá a escolha mais proveitosa (ou útil) em detrimento da menos lucrativa. (BAGGENSTONSS, 2017, p.2).

Trazendo para o processo judicial, é possível, partir da análise racional da lide, examinar o processo judicial como uma árvore de escolhas, em que se vai desenhar a preferência das partes. Desde cogitação de seu ajuizamento até o trânsito em julgado da decisão,

diversos fluxos processuais podem acontecer. O que importa, no presente artigo, são justamente as primeiras decisões: a cogitação do ajuizamento do processo e a escolha dos pedidos a serem apresentados, a qual também será examinada a partir das novas regras de concessão do benefício de assistência judiciária gratuita no processo.

Já existem algumas iniciativas no Poder Judiciário nesse sentido, como por exemplo no caso abaixo, em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul concluiu irracional a opção do ajuizamento do processo pelo rito ordinário, amparada a parte pela gratuidade da justiça, quando disponível o processamento pelo rito sumaríssimo (JEC):

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. DISPONIBILIZAÇÃO DOS AUTOS PARA DISTRIBUIÇÃO DO PROCESSO JUNTO AOS JUIZADOS ESPECIAIS. SITUAÇÃO REVELADORA DA COMARCA DE SANTA ROSA. CASO CONCRETO, TODAVIA, EM QUE HÁ JUSTIFICATIVA PARA O AJUIZAMENTO DO PROCESSO NO JUÍZO COMUM. AUSÊNCIA DE ABUSO DO DIREITO DE ESCOLHA DE JURISDIÇÃO. 1. Como se sabe, não existem direitos absolutos. Todos são relativos, em duplo sentido. Podem eventualmente ter de ceder diante de outros direitos que a eles se oponham - são limitados externamente. Além disso, na concepção hoje legalmente imperante em nosso sistema jurídico, o simples fato de um direito existir não significa que ele possa ser exercido de qualquer forma, atendendo ao capricho de seu titular. Os direitos possuem, portanto, limites imanentes, internos. Isto é, para que o exercício seja legítimo e mereça a proteção da lei, é necessário que observe os parâmetros fixados no art. 187 do Código Civil, dispositivo aplicável a todo e qualquer direito, público ou privado, material ou processual. Isto é, o exercício do direito não pode exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. 2. O exercício da opção a que se refere o art. 3º, §3º, da Lei 9.099/95 e o art. 1º, parágrafo único, da Lei Estadual nº 10.675/96, de ajuizar, na justiça comum, demanda que deveria ser proposta no sistema do JEC, pode se revelar abusiva quando: 1) a demanda ajuizada é de baixa complexidade jurídica, atinente a questões

> envolvendo posicionamentos jurisprudenciais já sedimentados, em que a solução à lide potencialmente será a mesma, em qualquer das esferas jurisdicionais; 2) a parte autora não justifica sua opção pela justiça ordinária pelo fato de a demanda, pela sua maior complexidade, exigir o olhar mais experiente do juiz togado ao instruir e julgar o feito; 3) a parte autora ajuíza sua demanda sob o pálio da AJG, fazendo com que o custo financeiro de sua opção acabe recaindo sobre o ombro do contribuinte, sem relevante razão para tanto; 4) houver evidências de que, em razão das particularidades da divisão de trabalho entre o JEC e a justiça ordinária, na comarca competente, não haverá qualquer prejuízo para o autor com o ajuizamento da demanda junto ao JEC. 3. No caso em tela, contudo, não se pode afirmar tenha sido abusivo o ajuizamento da presente demanda perante a Justiça Comum, tendo em vista que a presente demanda foi originariamente proposta perante o JEC, que em decisão proferida pelas Turmas Recursais, ainda que se a considere equivocada diante da manifesta e inequívoca singeleza da presente demanda - exclusivamente indenizatória - reconheceu a incompetência daquele juizado especial para o processamento e julgamento do feito. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70073981623, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 30/08/2017).

Da análise racional do processo surgem ainda duas premissas, mesmo que de forma hipotética. A primeira, se refere ao comportamento maximizador dos indivíduos, já que as pessoas normalmente tendem a escolher aquilo que lhe conceda mais benefícios ou vantagens. A segunda premissa é justamente a existência de mercados, que coordenem as ações dos participantes, mesmo que com poucos recursos.

E, a partir dessas premissas, ainda na doutrina de Baggenstonss (2017), surgem dois pressupostos hipotéticos: o primeiro estático, ou seja, aquele que diante de poucos recursos o indivíduo racional irá racionalizar o custo e o benefício de sua escolha. Dito de outro modo, irá efetivamente sopesar os ônus e os bônus de tal ato.

Já o pressuposto dinâmico irá trabalhar com as escolhas e opções do indivíduo no contexto ou no caso concreto.

É a partir dessa construção de premissas teóricas da AED que se examina o processo judicial, no que tange à racionalização de seu uso (BAGGENSTONSS, 2017. P.4).

Conforme já referido anteriormente, a análise econômica do direito (AED) o processo judicial é considerado uma árvore de escolhas, e nele vai se desenhar a preferência das partes.

É importante que o jurisdicionado possa entender e refletir os seguintes pontos, como por exemplo: "Iniciar ou não um processo?", "Realizar ou não um acordo?", "Revelar ou não determinada informação?", "Recorrer ou não da decisão proferida?".

São na verdade preferências e escolhas das próprias partes, mas logicamente diversos fatores influenciarão a tomada de decisão para um ou outro caminho.

A utilização do processo judicial deve primar pela satisfação das metas econômicas, diminuir os custos e minimizar os erros das decisões.

Assim, o processo judicial refletirá o equilíbrio entre custos e benefícios e assim se mostrará eficiente.

Ao escolher por ingressar com uma ação judicial, é imprescindível que a parte tenha em mente a sua expectativa de ganho, os custos imediatos do processo judicial (custas iniciais e honorários contratuais), os custos de produção de prova e demais despesas extraordinárias que poderão surgir em razão do processo.

É nesse aspecto que se arrisca a afirmar que um indivíduo racional, que tenha obviamente compreendido e feito todo o sopesamento de prós e contras que acarretam um processo judicial, dificilmente vai propor uma ação, cujos custos iniciais sejam maiores que a sua própria expectativa de ganho.

Contrariando toda a teoria, têm-se situações em que as ações serão ajuizadas, pois serão custeadas pelo Estado. Ou seja, àquelas sob o manto do benefício da assistência judiciária gratuita, que no sentir das autoras só tem efetividade se concedido a quem dele realmente necessita e em observância do rito mais eficiente para

garantir proteção ao direito material posto em litígio. São exemplos as ações de juizados especiais federais e estaduais.

Todavia, ao contrário das ações de cunho puramente econômico, é importante destacar que nas situações de juizados especiais e AJG, o exame de sopesamento de custo e benefício sequer é realizado.

Outro ponto importante a ser tratado está centrado na realização um acordo. Neste momento, ambas as partes irão maximizar seus interesses. Ou seja, a consumidora recebe o máximo e a empresa paga o mínimo possível. Mas, se refletirem sobre o tema verão que é possível, a partir de outros elementos, ter perdas e ganhos. Logo, também será importante fazer uma escolha.

Elementos como os precedentes judiciais ou a diferença entre as partes (vulnerabilidade) poderão ser fatores que ensejarão ou não a realização do acordo. Novamente, se trabalha com escolhas, de perdas e ganhos, de custo e benefício.

Por fim, tem-se o caso de interposição de recursos para as instâncias superiores, assim dito de forma genérica. A análise racional do processo, a partir da análise econômica do processo destaca dois objetivos na interposição de recursos de decisões judiciais.

Primeiro, a busca pela correção por parte das instâncias superiores de possíveis erros nas decisões do juízo singular. Esse aspecto é tido e visto como um desestímulo a propositura de demandas fundadas em decisões imprecisas ou equivocadas.

Por outro lado, a decisão colegiada reflete na comunidade jurídica, social e econômica como uma parte integrante do próprio ordenamento jurídico. É a orientação dos Tribunais, da jurisprudência, dos precedentes judiciais. Que são capazes de influenciar o andamento ou não do processo.

O problema que surge neste momento recursal diz respeito com a insegurança jurídica claramente vista sobre o julgamento de casos similares com decisões diversas. O que acaba, obviamente, por

estimular a propositura de recursos, em razão da divergência jurisprudencial numa clara loteria para a parte.

Diante desse cenário, será necessário cada vez mais sopesar a expectativa de ganho das partes, os custos imediatos do processo judicial (custas iniciais e honorários contratuais), os custos de produção de prova e todas as demais despesas em razão do processo - inclusive o custo de se dirigir ao prédio do foro.

E, a partir de todas essas ponderações, um indivíduo racional dificilmente vai propor uma ação, onde os custos totais sejam maiores que a sua própria expectativa de ganho.

6. Conclusão

O Poder Judiciário é uma das consequências da existência do Estado (BAGGENSTOSS, 2017). A partir daí se extrai a necessidade daquele bem prestar a jurisdição. Em contrapartida, ao jurisdicionado cabe acioná-lo sempre que seu direito estiver ameaçado.

A partir da análise econômica do direito é possível a utilização de ferramentas teóricas importantes para compreender e utilizar o processo judicial, principalmente, porque é possível identificar as várias possibilidades que se apresentam. Há, evidentemente, vários caminhos para serem trilhados, mas caberá à parte saber escolher de forma racional, a fim de evitar gastos e custos desnecessários atrelados à insatisfação pessoal pela ineficácia Estatal.

A ineficácia Estatal - em razão do número absurdo de demandas, dentre tantos processos muitas vezes frívolos -, acaba por sobrecarregar o sistema e desestimular o acesso à justiça. Mesmo sendo este um direito fundamental.

No que tange ao abuso do direito ao benefício da assistência judiciária gratuita é importante destacar os avanços decorrentes do novo código de processo civil de 2015, capaz de iniciar um movimento de cassação de benefícios mal concedidos, conforme ilustrado no presente ensaio.

Por fim, se demonstra que a partir da análise econômica do direito atribuída ao próprio processo judicial sejam as partes capazes de racionalizarem seu uso, a partir do problema posto e do contexto vivido, para se buscar uma solução estratégica com vetores de expectativa efetiva de ganho e os custos reais envolvidos.

Tem-se assim, que a partir da análise econômica do problema, surjam novas formas de solucioná-lo de forma mais eficiente, sem, contudo se restringir ao máximo o direito fundamental de livre acesso à Justiça.

Referências

ABREU, Rafael. *O Problema dos Custos do Processo e sua Regulamentação pelo Novo CPC*. In Revista de Direito, nº 5, out. 2014, p. 8-35 Santa Cruz do Sul.

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. *Breves Considerações acerca da Análise Econômica do Processo Judicial*. Disponível em www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=363b688b0469919e, acesso em agosto de 2017.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Almedina: Coimbra, 2003.

GAROUPA, Nuno. A Análise Econômica do Direito como Instrumento de Reforço da Independência do Judiciário. In Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, Vol.37/2007, p. 81-87, jul. set/2007. DTR/2007/404.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

JUIZ usa imagens de rede social para negar pedido de assistência judiciária gratuita. *Jus Catarina*. 06 Out. 2017. Disponível em: www.juscatarina.com.br/2017/10/06/juiz-usa-imagens-de-rede-social-para-indeferir-pedido-de-assistencia-judiciaria-gratuita/. Acesso em: 28 Fev. 2018.

JÚNIOR, Ivo Gico. *Introdução ao Direito e Economia*. In TIMM, Luciano Benetti (org). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.

MACHADO, Rafael Bicca. DIAS, Jean Carlos. *Análise Econômica do Processo*. In TIMM, Luciano Benetti (org). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OSTENTAÇÃO em rede social serve como prova para negativa de assistência judiciária. *Empório do Direito*. 17 Fev. 2017. Disponível em: emporiododireito.com.br/leitura/ostentacao-em-rede-social-serve-como-prova-para-negativa-de-assistencia-judiciaria. Acesso em: 28 Fev. 2018.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil – O Conteúdo Processual da Constituição Federal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.* 12.ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia.* 2.ed. Melhoramentos: São Paulo, 2011.

TOMAZETTE, Marlon. *A Viabilidade da Análise Econômica do Direito no Brasil.* In Revista Tributária e de Finanças Públicas, Vol.75/2007, p. 177-198, jul. ago/2007. DTR/2007/518.

Eixo 5

Direitos fundamentais, criminologia e direito penal

14

O direito fundamental social à segurança pública frente à criminalidade organizada

Sabrina Cunha Kesikowski[1]
Vladimir Passos de Freitas[2]

1. Introdução

O aumento das manifestações delituosas, bem como a atuação de organizações criminosas, caracterizam o atual cenário de criminalidade. Além dos levantamentos estatísticos relativos aos índices de violência atestarem esta afirmação, o sentimento de insegurança e a percepção de ineficácia do combate à prática de delitos encontram-se bastante presentes na sociedade brasileira.

O problema contemporâneo da criminalidade conduz ao clamor social de enrijecimento da legislação penal e maior punição às condutas delituosas, como também a discussões e questionamentos relativos à segurança pública, que se encontra

[1] Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Cursando Especialização em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Assessora de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Curitiba – PR. E-mail: sabrinackesikowski@gmail.com. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3627321528622140. Trabalho desenvolvido sob a orientação do Professor Doutor Vladimir Passos de Freitas.

[2] Doutor e mestre pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Políticas Públicas e Direito Constitucional à Segurança Pública no Programa de Pós-graduação em Direito, stricto sensu, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Desembargador Federal aposentado, ex-presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região. Presidente da "International Association for Court Administration – IACA". E-mail: vladimir.freitas@terrra.com.br. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/0726419865023009.

prevista nos artigos 5º, 6º e 144, da Constituição Federal brasileira, bem como em documentos internacionais, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigos 3º, 22, 28 e 29), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigos 9º e 23), e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigos 1º, 10 e 13). Consiste, pois, em importante direito fundamental social e direito humano.

Tal condição decorre das transformações verificadas nos panoramas político e jurídico após o fim da Segunda Guerra Mundial, as quais, ao suscitarem uma renovação no estudo do Direito Constitucional, estabeleceram uma nova hermenêutica constitucional denominada de pós-positivismo ou neoliberalismo, a partir da qual se atribuiu força normativa à Constituição, bem como aos princípios explícita ou implicitamente por ela abarcados, desenvolvendo-se uma teoria dos direitos fundamentais assentada sobre a dignidade da pessoa humana.

Destaca-se que do conteúdo objetivo dos direitos fundamentais decorrem efeitos, dentre eles os direitos a prestação e de proteção, que impõem ao Estado um dever de agir, uma atuação destinada à proteção efetiva do indivíduo e da sociedade. Portanto, o Estado Democrático de Direito tem o dever de concretizar seus objetivos tutelando bens jurídico-fundamentais por intermédio de todas as suas áreas de atuação, não sendo suficiente a promulgação de leis, mas também necessária a previsão de medidas de efetiva proteção aos particulares dos diversos tipos de ameaças e agressões.

No entanto, no que se refere ao direito fundamental social à segurança pública, os elevados índices de criminalidade e, em especial, a criminalidade organizada, acarretam indagações acerca da garantia do mesmo e do desempenho de aludidas funções pelo Estado.

Isto posto, o tema a ser desenvolvido no presente artigo refere-se ao direito fundamental social à segurança pública, frente a hodierna atuação das organizações criminosas, cuja estruturação e *modus operandi* criaram novas e maiores dificuldades às atividades preventivas e de persecução penal. Desse modo, ao final desta

pesquisa, pretende-se responder o seguinte questionamento: como dar maior efetividade ao direito fundamental à segurança pública diante do atual quadro de criminalidade, marcado pela atuação das organizações criminosas?

O trabalho foi organizado em três itens, tendo início com o exame do *status* de direito fundamental social e direito humano atribuído à segurança pública. Na sequência, abordaram-se as dificuldades enfrentadas pelo Estado para assegurar de forma efetiva este direito e combater ao crime organizado, com especial enfoque à estruturação de tais grupos criminosos e ao *modus operandi* por eles empregado. Por fim, analisou-se a imprescindibilidade de se promover e intensificar a cooperação policial, como também os investimentos em recursos tecnológicos e no campo de inteligência.

Para tanto, foi utilizado o método de abordagem científica dedutivo, o método procedimental histórico e as técnicas de pesquisa bibliográfica, com a análise de livros, documentos, notícias da mídia, artigos científicos e pesquisas acadêmicas sobre o assunto, tudo para chegar-se a uma conclusão sobre a eficiência da legislação brasileira sobre a matéria, os dados estatísticos relativos aos índices de violência no país, e aos ganhos obtidos pelas organizações criminosas.

2. A segurança pública como um direito fundamental social e direito humano

Com o término da Segunda Guerra Mundial, diante das atrocidades promovidas pelo nazismo, estabeleceu-se novo panorama político, que alvejou o ambiente jurídico, suscitando uma redefinição do lugar da Constituição e da influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas. Assim, ao longo da segunda metade do século XX, por meio da aproximação das ideias de constitucionalismo e democracia, desenvolveu-se uma nova forma de organização política, o Estado Democrático de Direito (BARROSO, 2015, p. 279).

Nesse contexto, o primado da lei, ou seja, a ideia, construída a partir do princípio da legalidade, de que a norma jurídica positivada é a expressão do Direito, e este, um sistema perfeito, cuja justificação se dá pela sua própria existência e cuja validade decorre da observância do procedimento previsto para a criação da lei, e não da compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, entrou em decadência.

Por outro lado, a Constituição passou a ter força normativa e suas disposições, caráter vinculativo e obrigatório, rompendo com a tradição de que a carta constitucional consistia em meras recomendações, de cunho substancialmente político, "condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador" (BARROSO, 2015, p. 296). Em outras palavras, as normas constitucionais passaram a possuir imperatividade, assim, na hipótese de inobservância das mesmas, devem ser adotados mecanismos de coação e cumprimento forçado (BARROSO, 2015, p. 296).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2017, p. 196), tal força normativa da Constituição é assegurada por meio do que denomina de "pressupostos realizáveis", dentre os quais se destacam aqueles relativos ao conteúdo da Constituição, à interpretação constitucional, que deve buscar dar realização ótima aos preceitos constitucionais, e, como pressuposto fundamental, uma práxis constitucional direcionada à vontade da Constituição, partilhada por todos os partícipes da vida constitucional, mormente pelos atores responsáveis pela ordem jurídica. Salienta o autor que, a partir da realização de tais pressupostos, é possível converter a Constituição em força ativa, influindo e determinado a realidade concreta da sociedade.

Destaca-se que, no Brasil, a discussão acerca da força normativa da Constituição somente teve início, de forma consistente, ao longo da década de 80. Logo, coube à Constituição de 1988, como também aos entendimentos doutrinário e jurisprudencial formados após sua promulgação, romper com o paradigma de exaltação do legislador infraconstitucional até então estabelecido.

Outrossim, a Constituição passa a estar no centro do ordenamento jurídico, e não mais os Códigos, entretanto, nela não se esgota, em virtude da importância normativa atribuída às Convenções e documentos internacionais (ANDREATO, 2011, p. 19-20). Já os princípios, que consistem em materializações dos valores morais comuns a toda sociedade, em certo tempo e lugar, passam a estar, explícita ou implicitamente, abarcados na Constituição, possuindo, assim, força normativa, e não apenas a função de integrar o Direito.

Essa nova hermenêutica constitucional, denominada de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, tem origem na confluência do jusnaturalismo e do positivismo, correntes de pensamento que fornecem paradigmas opostos ao Direito. Enquanto o jusnaturalismo, desenvolvido a partir de século XVI e assentado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, aproximou a lei da razão, o positivismo, corrente de pensamento jurídico dominante na primeira metade do século XX, a procura da objetividade científica, equiparou o Direito à lei e o distanciou da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça (BARROSO, 2015, p. 281-282).

A partir da segunda metade do século XX, entretanto, a rígida separação entre o Direito e a ética não condizia ao estágio do processo civilizatório. Em contrapartida, o discurso científico impregnava o Direito, de forma que não se desejava um simples retorno ao jusnaturalismo. Nessa perspectiva, o pós-positivismo surge reverenciando o ordenamento jurídico, contudo, reintroduzindo nele os ideais de justiça e legitimidade. Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2015, p. 283),

> A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão pratica, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafisicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos

> valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética.

Isto posto, no que se refere aos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana se tornou o alicerce e o fim do constitucionalismo democrático, "um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental, materializado em declarações de direitos, convenções internacionais e constituições" (BARROSO, 2015, p. 284). Ademais, sendo inerente à própria condição humana e o fundamento dos demais direitos e garantias fundamentais, junto com eles, promoveu alterações nas características e papéis do Estado.

Ressalta-se que, muito embora as expressões "direitos fundamentais" e "direitos humanos" sejam comumente utilizadas como sinônimos, para o presente estudo, faz-se importante distinguí-las. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 29/31), o termo "direitos fundamentais" se refere aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, encontrando-se, assim, espacial e temporalmente delimitados. Já a expressão "direitos humanos" possui relação com os documentos de Direito Internacional e diz respeito "àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)" (SARLET, 2012, p. 29).

Uma das mais importantes constatações do Direito Constitucional contemporâneo é o fato de que os direitos fundamentais apresentam dupla perspectiva, subjetiva e objetiva, isto é, via de regra, podem ser considerados direitos subjetivos

individuais, como também elementos objetivos fundamentais da comunidade (SARLET, 2012, p. 141).

Por perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, entende-se que estes disseminam valores, os quais consistem em fundamentos de toda a ordem jurídico-política e devem ser respeitados e concretizados pela sociedade. Outrossim, fornecem diretrizes às instituições estatais, revelando-se como uma "ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais" (SARLET, 2012, p. 146). Salienta-se que esta eficácia dirigente intrínseca a todos os direitos fundamentais não se confunde, tampouco elide, a existência de normas de direitos fundamentais de caráter impositivo, as quais, além de consagrarem um direito subjetivo individual, impõem aos órgãos estatais a concretização de certas tarefas, fins e/ou programas genéricos (SARLET, 2012, p. 146-147).

A partir da fusão das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, reconhece-se a multifuncionalidade dos mesmos. Nesse sentido, Daniel Wunder Hachem (2013, p. 628) afirma que do direito fundamental considerado em sentido amplo, isto é, contemplado em uma norma derivada da construção hermenêutica de diversos enunciados constitucionais, desdobram-se as seguintes funções: 1) de defesa contra as investidas do Estado; 2) de prestações materiais, providas no mundo dos fatos; 3) de prestações normativas, relativas à proteção do direito fundamental contra ações de outros particulares e à criação de órgãos, instituições e procedimentos que permitam o desempenho das demais funções.

Dentre tais funções, considerando a existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, que se encontra associado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, destaca-se aquela que se refere a deveres estatais de proteção. Por meio da função de proteção, o Estado tem a incumbência de proteger, inclusive preventivamente e independentemente de qualquer reivindicação subjetiva de tutela, os deveres fundamentais dos indivíduos, tanto

contra os poderes públicos, quanto contra agressões provenientes de particulares e até mesmo de outros Estados. Logo, o Estado deve adotar medidas positivas das mais diversas naturezas, como a criação de normas de Direito Penal e Direito Administrativo, e a concreta atuação dos poderes públicos, a fim de proteger de maneira efetiva o exercício dos direitos fundamentais.

Ainda, cumpre assinalar que, utilizando as diferentes funções dos direitos fundamentais como critério distintivo, é possível classifica-los sistematicamente. Nesse sentido, primeiramente, os direitos fundamentais podem ser divididos em dois grandes grupos: 1) direitos fundamentais como direitos de defesa; e 2) direitos fundamentais como direitos a prestações. Esta última categoria pode ser subdividida em: 2.1) direitos a prestações em sentido amplo, que compreendem os direitos à proteção (2.1.1) e os direitos à participação na organização e procedimento (2.1.2); e 2.2) direitos a prestações em sentido estrito (SARLET, 2012, p. 162-167).

No tocante aos direitos fundamentais a prestações, entende-se que estes correspondem à evolução do Estado de Direito de matriz liberal para o Estado Democrático e Social de Direito e, assim, exigem uma postura ativa do Estado, a colocação à disposição dos indivíduos de prestações de natureza jurídica e material, na medida em que têm por fim "a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos" (SARLET, 2012, p. 185).

Diante de tais apontamentos, reconhece-se a segurança pública, que está prevista nos artigos 5º, 6º e 144, da Constituição Federal brasileira, bem como em documentos internacionais[3], como relevante direito fundamental social e direito humano.

[3] Artigos 3º, 22, 28 e 29, da Declaração Universal dos Direitos Humanos; artigos 9º e 23, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; artigos 1º, 10 e 13, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; artigo 5º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos; artigos 4º,

Trata-se a segurança pública de preservação da ordem pública interna, a qual consiste em uma conjuntura de convivência social pacífica, livre de ameaça de violência ou mesmo de revolta que produziu, ou que possivelmente possa produzir, a prática de delitos. Nas palavras de José Afonso da Silva (2011, p. 779), a segurança pública constitui atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas, a fim de que todos exerçam seus direitos e ocupações sem perturbações de outrem.

Ainda, complementam Arthur Trindade Costa e Renato Sérgio de Lima (2014, p. 482-483):

> A segurança pública constitui, assim, um campo formado por diversas organizações que atuam direta ou indiretamente na busca de soluções para problemas relacionados à manutenção da ordem pública, controle da criminalidade e prevenção de violências. Portanto, não se confunde com o sistema de justiça criminal e nem se resume às organizações policiais, por mais que tenham papel central no debate político acerca da área.

A Constituição Federal, em seu artigo 144, atribui à Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civis, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares o dever de garantir a segurança pública, mas também estabelece que a mesma constitui "direito e responsabilidade de todos". Dessa forma, adequou-se ao I Ciclo de Estudos sobre Segurança, cujos resultados foram publicados na Revista PMERJ (outubro/85, p. 4-26), segundo o qual "é preciso que a questão de segurança seja discutida e assumida como tarefa e responsabilidade permanente de todos, Estado e população" (SILVA, 2011, p. 780).

A polícia de segurança compreende a polícia ostensiva e a polícia judiciária. Esta, representada pela Polícia Civil, constituiu órgão estadual de investigação e apuração de infrações penais, bem

5º, 7º, 17, 22 e 32, da Convenção Americana de Direitos Humanos; artigos 6º, 23, 24 e 27, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos; dentre outros diplomas.

como de sua autoria, que tem por fim oferecer ao Ministério Público, no exercício de sua função repressiva dos delitos, elementos necessários à propositura de ação penal. A polícia ostensiva, por sua vez, é a Polícia Militar, cuja atividade consiste na preservação da ordem pública, coerção imediata de crimes e repreensão de desordens que afetem a paz social. Logo, é o órgão (também estadual) mais visível no âmbito da segurança pública e, consequentemente, mais polêmico, em especial no que se refere à proteção dos direitos humanos, pois

> A PM é o órgão que trata diretamente com as múltiplas ocorrências, desde uma chamada para uma singela ocorrência policial até a proteção da ordem pública nas mobilizações que reúnem milhares de pessoas. Óbvio que é na PM que a possibilidade de embate é maior. (FREITAS, 2016).

Não obstante a existência de aludido modelo constitucional de segurança pública, que, além da atuação policial, estabelece a socialização da responsabilidade pela mesma, o sentimento de insegurança e a percepção de ineficácia do combate à prática de delitos, mormente ao crime organizado, encontram-se bastante presentes na sociedade brasileira. A análise das dificuldades enfrentadas pelo Estado para conferir efetividade ao direito fundamental em comento será feita no tópico seguinte.

3. Crime organizado: significante obstáculo ao direito fundamental social à segurança pública

No ano de 2016, verificou-se, no Brasil, a ocorrência de 61.619 (sessenta e uma mil seiscentas e dezenove) mortes violentas intencionais, o maior número já registrado no país, o qual equivale às mortes provocadas pela explosão da bomba nuclear que devastou a cidade de Nagasaki, no Japão, em 1945. Entre 2015 e 2016, 1.066.674 (um milhão sessenta e seis mil seiscentos e setenta e quatro) veículos foram subtraídos no território brasileiro, o que

corresponde a um roubo ou furto por minuto. Ainda, no mesmo período, constatou-se o aumento de 17,5% no número de homicídios de policiais civis e militares (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017).

Como se vê, os índices brasileiros de violência se encontram acentuados e crescentes, em que pese R$81 bilhões (oitenta e um bilhões de reais) tenham sido gastos com políticas públicas de segurança no último ano (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017). Ademais, a atividade criminal tem se tornado cada vez mais organizada, ou seja, desenvolvida de forma estruturada, com o objetivo de melhorar seu desempenho por meio da união de esforços dos integrantes da organização, buscando alcançar finalidades comuns a eles.

O avanço da criminalidade organizada foi e continua sendo impulsionado pelo fenômeno da globalização, uma vez que a integração dos países, mediante novas tecnologias, eficientes sistemas de telecomunicação e transportes, propicia o desenvolvimento de atividades econômicas, tanto lícitas, quanto ilícitas, pois os instrumentos desenvolvidos para a economia formal e para o mercado capitalista legítimo são utilizados pelos grupos criminosos ao redor do mundo.

Há também um aspecto social no crescimento dos grupos criminosos organizados relacionado à pobreza e ao desejo de rápida ascensão social. As organizações criminosas preenchem as lacunas do Estado no tocante às políticas públicas assistencialista e, assim, atraem muitos adeptos com a promessa de lucro fácil.

Pois bem, entende-se por organização criminosa a

> Associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo preestabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes. (NUCCI, 2015).

No mesmo sentido encontra-se a definição de organização criminosa no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 12.850/2013[4], denominada de Lei de Combate às Organizações Criminosas, a qual está em conformidade com a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

Segundo Guaracy Mingardi (2014, p. 319-320), os grupos criminosos organizados devem possuir pelo menos alguns dos seguintes atributos para se distinguirem de uma simples associação criminosa (artigo 288, do Código Penal): 1) hierarquia de fato, de modo que as ordens são cumpridas sem muita discussão ou necessidade de ameaças; 2) vínculo com o Estado; 3) divisão do trabalho, isto é, cada integrante da organização possui funções determinadas; 4) planejamento e previsão de lucros; 5) poder de intimidação; 6) lei do silêncio, ou seja, os membros de uma organização criminosa e as pessoas a eles associadas são proibidos de revelar qualquer fato sobre a mesma, sendo que a inobservância desta regra pode acarretar a morte.

Salienta o autor que não existe somente um modelo de organização criminosa, mas, sim, identifica-se a existência de, no mínimo, três tipos distintos, a saber: 1) organização criminosa tradicional – aquela de estilo mafioso em que a relação entre os membros se assemelha ao sistema feudal, isto é, existe a figura do padrinho ou mestre, que consiste em patrono e chefe do novo integrante, o qual passa por um período de teste e, se aceito, submete-se a um ritual em que jura fidelidade perpétua; 2) organização criminosa empresarial – tem como principal característica a transposição de métodos empresariais para o crime e, concomitantemente, o esquecimento de conceitos como honra,

[4] Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

lealdade, obrigação, dentre outros; 3) organização criminosa endógena – trata-se do grupo criminoso que surge dentro de uma organização legal, em grande parte das vezes, no aparelho do Estado (MINGARDI, 2014, p. 320-321).

Com relação aos dois primeiros modelos, acrescenta-se que a criminalidade organizada de tipo mafiosa tem sua atividade delituosa baseada no uso da violência e intimidação, com estrutura hierarquizada, distribuição de tarefas, planejamento de lucros e observância da lei do silêncio, sendo suas vítimas difusas e o controle social obstado pela corrupção governamental. Já a criminalidade organizada empresarial corresponde a uma empresa voltada para a atividade delitiva, que apenas visa o lucro econômico de seus sócios, que são empresários, comerciantes, políticos, *hackers* etc., não se valendo de intimidação ou violência (PENTEADO FILHO, 2016, p. 94-95).

Ainda, Mingardi (2014, p. 322- 323) destaca que existem outras situações que deram origem a famosas organizações criminosas, dentre elas, cita-se o surgimento de grupos criminosos organizados no interior dos presídios, a partir de uma liga de presos, o que corresponde ao atual modelo brasileiro e tem como exemplo o Comando Vermelho (CV), no Rio de Janeiro, e o Primeiro Comando da Capital (PCC), em São Paulo.

Recentemente, no mês de setembro do ano de 2017, vivenciamos a disputa entre organizações criminosas pelo comando do tráfico de drogas na região da favela da Rocinha no Rio de Janeiro. Diante da necessidade de militares das Forças Armadas e blindados instalarem-se no local, para reforçar a segurança da comunidade e auxiliar a ação da Policia Militar (ANDRADE; AMARAL, 2017), tornou-se ainda mais evidente o grande arsenal e o grosso calibre de armas e munições que possuem estes grupos criminosos organizados, e, de outro lado, restou claro a limitação dos órgãos policiais para os enfrentar.

Da mesma forma, em pesquisa realizada pelo Instituto de Altos Estudos Internacionais de Genebra e pela Organização Não Governamental Viva Rio, atestou-se que, no Brasil, o crime organizado possui um arsenal de armas maior que o dobro do apresentado pela polícia, ou seja, enquanto os grupos criminosos organizados têm mais de 5,2 milhões de armas, a polícia tem apenas 2,1 milhões (CHADE, 2010).

Outrossim, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (United Nation Office on Drugs and Crime - UNODC) estima que, anualmente, o comércio ilegal do crime organizado obtém ganhos superiores a US$ 2 trilhões, o que equivale a 3,6% de tudo o que é produzido e consumido em um ano no mundo, ou a quatro vezes o PIB da Argentina. O Fórum Econômico Mundial, por sua vez, baseando-se em uma pesquisa de 2011 feita pelo Global Financial Integrity (GFI), calculou que tais ganhos superam US$ 1 trilhão, sendo o narcotráfico, a falsificação, o tráfico humano, o tráfico ilegal de petróleo e o tráfico de vida selvagem, as cinco atividades ilegais mais rentáveis às organizações criminosas (JUSTO, 2016).

O elevado grau de desenvolvimento e complexidade das organizações criminosas é, de modo geral, ignorado pelos profissionais do Direito. Poucos sabem, por exemplo, da existência de tribunais paralelos que decidem condutas consideradas reprováveis, com rapidez e eficiência. Bom exemplo disto foi a condenação à pena de morte, de um jovem que havia praticado um homicídio, na cidade de Pirassununga, SP, cujo julgamento paralelo é de fácil acesso na rede internacional de computadores (TRIBUNAL DO CRIME – PCC – JUSTIÇA PARALELA, 2007).

À luz do exposto, facilmente se nota o quão complexa é a estruturação dos grupos criminosos organizados, bem como que o seu *modus operandi*, variável de acordo com a sua organização e as peculiaridades dos crimes praticados, impõe dificuldades à persecução penal, à punição de seus agentes e, consequentemente, à garantia do direito fundamental social à segurança pública.

Defende-se, portanto, a necessidade de maior cooperação entre os órgãos de segurança pública, investimentos em recursos tecnológicos e no campo de inteligência, e a utilização de técnicas de investigação capazes de atenuar as dificuldades probatórias inerentes, especialmente, à criminalidade organizada, e, assim, reduzir a impunidade, que, nas hipóteses de violação de direitos humanos e fundamentais, consiste em nova violência.

4. A cooperação policial e o aprimoramento da atividade de inteligência como importantes mecanismos de garantia do direito fundamental social à segurança pública

Em atenção ao preocupante cenário contemporâneo de criminalidade, bem como aos tratados internacionais firmados pelo Brasil, mormente à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, aprovada pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas em 2000 e com entrada em vigor em 2003, editou-se a Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013).

A Convenção de Palermo, que constitui o principal instrumento internacional de combate ao crime organizado transnacional, estabeleceu aos Estados signatários a obrigação de adotar uma série de medidas contra a criminalidade organizada, o que inclui a criação de certos tipos penais, a adoção de novos e amplos sistemas de extradição, de assistência jurídica mútua e de cooperação policial, como também a oferta de formação e assistência técnica para a construção ou aprimoramento da capacidade das autoridades nacionais de reagir, de maneira eficaz, ao crime organizado (UNITED..., [20--]).

À vista disso, a Lei nº 12.850/2013, além de definir o termo "organização criminosa", dispõe sobre a investigação criminal e meios de obtenção de provas, contemplando, por exemplo, em seu artigo 3º, a colaboração premiada e a "cooperação entre instituições e órgãos

federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal".

Portanto, a recente legislação prevê mecanismos que aprimoram o sistema de combate legal ao crime organizado. Todavia, persiste ainda um dos maiores desafios em matéria de segurança pública e que merece especial destaque em se tratando de organizações criminosas: a integração entre os órgãos competentes, notadamente a cooperação policial.

Muito embora realizem atividades interdependentes, tradicionalmente, polícias, Ministério Público, Poder Judiciário e defesa trabalham de maneira separada, fragmentando um processo cuja efetividade exige a convergência de metas, ações e rotinas de trabalho. Outrossim, entende-se que a segurança pública é um problema estadual e, dessa forma, os dados produzidos pertencem a cada unidade federativa, que define soberanamente suas políticas de segurança, não havendo obrigatoriedade de troca e prestação de informações ou de trabalho com alinhamento, mas, sim, qualquer iniciativa neste sentido consiste em mera liberalidade (FERRAZ, 2016, p. 35).

Diante de tais fatos, Vladimir Passos de Freitas (REVISTA ELETRÔNICA CONSULTOR JURÍDICO, 2017) defende a criação de um Ministério da Segurança Pública, afirmando que:

> Já passou da hora de o país contar com um ministério que conduza a política nacional na área, estude e dê um mínimo de efetividade ao sistema prisional, unifique as ações das secretarias da Segurança Pública dos estados, promova políticas públicas de âmbito nacional, gerencie a troca de boas experiências, avance nas estatísticas, hoje sabidamente deficientes, estimule o fortalecimento da Polícia Científica, acompanhe e cobre a realização de concursos públicos, analise os currículos das escolas de formação e capacitação, invista na tecnologia, criando um programa único para todas as unidades da federação, promova estudos para a agilização das investigações policiais, encontrando substitutivo para o arcaico inquérito policial criado em 1871, e adote outras medidas, inteligentes e inovadoras.

Como visto, o crime organizado possui natureza complexa e suas atividades transcendem as rígidas fronteiras territoriais. Logo, faz-se necessário eliminar os conflitos entre instituições que atuam em distintos níveis e competências, como as desavenças existentes entre as Polícias Civil e Militar, que apenas conduzem ao enfraquecimento destas corporações com imenso prejuízo à sociedade brasileira.

Nesse sentido, quanto à atuação dos órgãos policiais, é imprescindível, para o sucesso da persecução penal, a realização de diligências de forma integrada e conjunta, mediante a comunicação entre ambas, disponibilização de informações e auxílio mútuo. Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 74) salienta:

> Ora, polícias que não se comunicam a contento e pretendem investigar ou reprimir crimes tendem a realizar o trabalho pela metade. Enquanto uma reprime, a outra começa do zero para investigar. No momento em que uma investiga, a outra sai ostensivamente a patrulhar o desconhecido.

Apresenta-se como solução a adoção do "ciclo integral das polícias" (NUCCI, 2016, p. 74), ou seja, a autorização constitucional para que ambas as Polícias, Civil e Militar, exerçam as atividades de investigação e repressão de delitos. A utilidade deste ciclo completo somente se verificaria em caso de unificação das polícias, pois, do contrário, para um único crime, haveriam duas ou até mesmo três (com o eventual ingresso da polícia municipal) entidades policiais investigando, o que poderia ocasionar uma competição entre elas, com possíveis confrontos (NUCCI, 2016, p. 74).

Ainda que seja sugerida pela maioria dos especialistas em segurança pública, com o fim de garantir maior eficiência ao sistema investigatório e também ao policiamento ostensivo, a unificação das polícias constitui matéria bastante controversa, demandando maior análise dos seus prós e contras, como também da manutenção do atual modelo, o que ultrapassa o objeto de estudo do presente artigo.

De toda sorte, defende-se uma estruturação em rede do sistema de inteligência policial, com o objetivo de facilitar a cooperação entre estes órgãos de segurança pública. Para tal aprimoramento, também são necessários maiores investimentos na atividade de inteligência, a qual consiste em:

> [...] exercício permanente e sistemático de ações especializadas para identificar, avaliar e acompanhar ameaças reais ou potenciais na esfera de Segurança Pública, basicamente orientadas para produção e salvaguarda de conhecimentos necessários para subsidiar os tomadores de decisão, para o planejamento e execução de uma política de Segurança Pública e das ações para prever, prevenir, neutralizar e reprimir atos criminosos de qualquer natureza que atentem à ordem pública, à incolumidade das pessoas e do patrimônio. (INTELIGÊNCIA..., [20--]).

Outrossim, faz-se indispensável mais investimentos na área tecnológica, como também a capacitação do contingente policial para o correto e eficaz manuseio de ferramentas e equipamentos capazes de racionalizar o trabalho e otimizar os resultados, por meio da produção de conhecimento.

Os recursos tecnológicos são muito utilizados pelos grupos criminosos organizados para a execução dos denominados crimes virtuais[5], como também, de maneira a dificultar o rastreamento de suas empreitadas delitivas, a identificação de seus integrantes e a obtenção de provas. Contudo, podem e devem ser utilizados para combatê-los e garantir a efetividade do direito fundamental social à segurança pública, mediante, dentre outros aspectos, a construção de sólidos bancos de dados, a elaboração de perfis de criminosos e suas organizações, o cruzamento e exame de informações com mais profundidade, a obtenção de estatísticas e de uma visão sistêmica que contextualize a segurança pública.

[5] Crimes virtuais são delitos praticados por meio da internet, que podem ser enquadrados em condutas tipificadas no Código Penal, como, por exemplo, nos crimes de ameaça (artigo 147, CP), extorsão (artigo 158, CP) e estelionato (artigo 171, CP) (O QUE..., 2016).

Nesse sentido, cita-se como exemplo o Laboratório de Tecnologia Contra a Lavagem de Dinheiro – LAB-LD/PC-PR. Inaugurado em 12 de dezembro de 2014, consiste em unidade de inteligência policial e de análise de dados constituída por profissionais especialmente capacitados, que tem por objetivo a identificação de atividades ilícitas, com a adoção de soluções tecnológicas avançadas e metodologia apropriada, destinada à produção de conhecimento acerca do tema combate à lavagem de dinheiro (SOBRE..., [201-]), que possui estreita relação com as organizações criminosas, pois é por meio da lavagem de capitais que os ganhos ilícitos são introduzidos na economia formal e, assim, sustentam e movimentam a atuação dos grupos criminosos organizados.

5. Considerações finais

No decorrer do século XX, verificaram-se profundas alterações nos cenários político e jurídico mundial, resultando em uma renovação no estudo do Direito Constitucional e na construção de um Estado Democrático de Direito, ante a aproximação das ideias de constitucionalismo e democracia.

A partir da nova hermenêutica constitucional que se consolidou neste período, denominada de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, promoveu-se também uma reaproximação entre o Direito e a ética, bem como o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais assentada sobre a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, uma das mais relevantes constatações do Direito Constitucional é o fato de que os direitos fundamentais apresentam dupla perspectiva, subjetiva e objetiva, ou seja, em princípio tanto podem ser considerados direitos subjetivos individuais, quanto podem ser entendidos como valores fundamentais à toda ordem jurídico-política e diretrizes às instituições estatais.

Outrossim, por meio da fusão das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, reconhece-se que os mesmos se desdobram em diversas funções, dentre elas, destaca-se a função de proteção, que impõe ao Estado um dever de agir, uma atuação destinada à proteção efetiva do indivíduo e da sociedade, mediante a garantia do exercício dos direitos fundamentais.

À vista disso, identifica-se a segurança pública como importante direito fundamental social e direito humano, merecedor de especial tutela estatal, mormente, em virtude da hodierna atuação das organizações criminosas.

Os índices de criminalidade no Brasil se encontram cada vez mais acentuados e o cometimento de delitos por grupos criminosos organizados, cada vez mais frequentes. O fenômeno da globalização, bem como a insuficiência do Estado no que se refere à adoção de políticas públicas assistencialista propiciam o avanço da criminalidade organizada, cuja complexa estruturação e *modus operandi* dificultam à persecução penal, à punição de seus agentes e, consequentemente, à garantia do direito fundamental social à segurança pública.

Isto posto, a cooperação policial e o aprimoramento da atividade de inteligência, aliada a investimentos em recursos tecnológicos, surgem como importantes instrumentos de enfrentamento ao crime organizado e, dessa forma, de garantia de maior efetividade do direito fundamental em comento, uma vez que propiciam o compartilhamento de informações, a elaboração de sólidos bancos de dados, o cruzamento e a análise mais aprofundada dos mesmos, como também a obtenção de estatísticas e de uma visão contextualizada da segurança pública.

Ressalta-se, por fim, que o direito fundamental social à segurança pública não consiste, tão somente, em um dever estatal, notadamente, dos órgãos policiais, mas, sim, nos termos da Constituição Federal de 1988, constitui responsabilidade de todos. Logo, impõe-se a participação da sociedade na formulação e execução de ações e políticas públicas relativas à segurança pública,

ao lado da atuação de um Estado Democrático de Direito sempre pautado na dignidade da pessoa humana.

Referências

ANDRADE, Hanrrikson de; AMARAL, Luciana. **Exército cerca Rocinha para conter guerra de traficantes no Rio**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/09/22/ministerio-da-defesa-autoriza-cerco-do-exercito-a-rocinha.htm>. Acesso em: 25 nov. 2017.

ANDREATO, Danilo. **Técnicas especiais de investigação**: instrumentos de prevenção e repressão à criminalidade para a preservação do estado democrático de direito. 145f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

CHADE, Jamil. **Crime organizado tem mais que o dobro das armas da polícia no Brasil**. Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,crime-organizado-tem-mais-que-o-dobro-das-armas-da-policia-no-brasil-imp-,626571>. Acesso em: 25 nov. 2017.

COSTA, Arthur Trindade; LIMA, Renato Sérgio de. Segurança pública. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghirghelli (Org.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014. p. 482-490.

FERRAZ, Thaís Schilling. Segurança Pública: Os Desafios de Comunicação e Integração. In: FREITAS, Vladimir Passos de; GARCIA, Fernando Murilo Costa (Coord.). **Segurança Pública**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 35-58.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Políticas Públicas e Direito Constitucional à Segurança Pública.** Disponível em: <http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=18873>. Acesso em: 04 ago. 2016.

_____. **O Brasil precisa de um Ministério da Segurança Púbica.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-07/segunda-leitura-brasil-ministerio-seguranca-publica>. Acesso em 23 jan. 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Segurança Pública em Números 2017**. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/10/infografico2017-vs8-FINAL-.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14.1, p. 618/688, jul/dez, 2013. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505/377>. Acesso em: 12 set. 2017.

INTELIGÊNCIA de Segurança Pública. Disponível em: <http://www.aipc.policiacivil.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=19>. Acesso em: 28 nov. 2017.

JUSTO, Marcelo. **As cinco atividades do crime organizado que rendem mais dinheiro no mundo.** Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160331_atividades_crime_organizado_fn#orb-banner>. Acesso em: 01 out. 2016.

MINGARDI, Guaracy. Crime organizado. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghirghelli (Org.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014. p. 318-324.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos *versus* segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Organização criminosa**. 2. ed., rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

O QUE são crimes virtuais?. Disponível em: <http://idciber.eb.mil.br/index.php?option=com_content&view=article&id=795:o-que-sao-crimes-virtuais&catid=78&Itemid=301>. Acesso em: 27 nov. 2017.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Páulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2011.

SOBRE o LAB-LD. Disponível em: <http://www.aipc.policiacivil.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1>. Acesso em: 27 nov. 2017.

TRIBUNAL DO CRIME – PCC – JUSTIÇA PARALELA, 2007. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XVs9y1lXfZQ>. Acesso em: 23 jan. 2018.

UNITED Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto. Disponível em: <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/index.html>. Acesso em: 27 nov. 2017.

15

Movimentos sociais e parâmetros de controle: alternativas ao direito penal criminalizador

Aline Pires de Souza Machado de Castilhos[1]
Roberta Eggert Poll[2]

1. Introdução

Inadvertidamente, qualquer estudo criminológico ou até mesmo de Direito Penal, que perpassa pela questão relativa ao princípio da isonomia, acaba tropeçando na seguinte questão: direitos fundamentais para quem? Diariamente, vamos sendo invadidos pelos piores discursos de ódio (GLUCKSMANN, 2007, p.11) que são capazes de replicar e radicalizar os diversos conflitos da realidade social.

Nessa perspectiva encontra-se o presente artigo, cujo tema são os denominados discursos de ódio, ao que acontece, por exemplo, com a denominada "cura-gay", os quais são utilizados como medidas de controle social.

Por certo o problema de pesquisa visa responder à questão relativa a liberdade nos movimentos sociais, especialmente o movimento LGBT.

Efetivamente, a hipótese sobre a qual se trabalha relaciona-se a seguinte pergunta: qual estratégia político-criminal poderá ser

[1] Mestranda em Ciências Criminais PUC/RS. E-mail: alinepirescastilhos@gmail.com.br

[2] Mestranda em Ciências Criminais PUC/RS. E-mail: roberta@fayet.adv.br

adotada frente aos crescentes casos de discursos de ódio contra esse grupo específico. Em outras palavras, o que poderíamos fazer para defender esse movimento social?

A questão relativa a homofobia[3] não foge à regra: examinando variados casos contemporâneos, que se apresentam diariamente em nossa sociedade é possível apontarmos como pioneiro o repúdio aos movimentos sociais de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros, que se fazem designar pela sigla LGBT. A população LGBT vem sendo frontalmente atacada, principalmente, nas últimas décadas quando o movimento ganhou mais força.

Ocorre que, no contexto do Estado Democrático de Direito, já não é mais suficiente a conduta abstencionista estatal de não interferência na vida privada dos membros que o compõe. Pelo contrário, o Estado cada vez mais deve adotar medidas e estratégias político-criminais para a defesa da demanda LGBT. Isso significa dizer, que para além do respeito aos direitos e garantias fundamentais tutelados pela Constituição Federal – que se traduzem em valores absolutamente essenciais para a nossa condição em sociedade – é necessário que as atividades estatais também sejam dirigidas a repressão à homofobia, seja através de políticas públicas, seja por meio da criminalização de condutas.

Com efeito, definir o que é ser livre é uma das grandes questões da humanidade, que vem sendo enfrentada desde a antiguidade, por filósofos como Kant, Bobbio e Descartes (CASADO FILHO, 2012, p. 96). Não é pretensão destas autoras, nem deste artigo enfrentar o tema com acuidade, muito menor chegar a uma posição final sobre o assunto. Entretanto, pode-se afirmar que liberdade é a faculdade que todo indivíduo dispõe de escolher, sem restrições, fazer ou deixar de fazer alguma coisa, em virtude de sua exclusiva e íntima autodeterminação individual (HONNETH, 2015, p. 57).

[3] Homofobia: é o termo usado para descrever o medo, a discriminação ou a hostilidade em relação a lésbicas, gays ou bissexuais. Transfobia: é usado para descrever o medo, a discriminação ou a hostilidade para pessoas transgêneros (travestis, travestis e transexuais).

Notadamente, para construção do objeto de pesquisa será utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica consistente em explicar o problema por meio das teorias publicadas em obras de um mesmo gênero, partindo do geral para o particular, permitindo a construção de conclusões. O método empregado será o dedutivo, consistente em utilizar o raciocínio lógico que faz uso da dedução para obter a conclusão.

Por estas razões, o presente artigo está estruturado de forma a permitir, em primeiro uma leitura dos princípios da liberdade e da isonomia à luz do movimento social LGBT para, ao depois, verificar as possíveis que condutas que podem de adotadas de forma a combater ao discurso de ódio à luz de políticas públicas. Passamos a análise de cada uma delas.

2. Como proteger os movimentos sociais diante dos discursos de ódio? Os direitos fundamentais são efetivamente para quem?

A liberdade só pode ser plena se contiver alguns limites.[4] E na fixação de tais limites a História aponta o cometimento de diversas atrocidades. Não por outro motivo que a Igreja Católica perseguiu e matou milhões de pessoas por considerá-las hereges ao contexto de "verdade"[5] pretendido à época (EYMERICH, 1993, p. 31). Dentre os limites, geralmente aceitos pela sociedade contemporânea, podemos citar a impossibilidade de causar prejuízo a outrem e o respeito às escolhas individuais (CASADO FILHO, 2012, p. 96).

[4] Definir o que é ser livre é uma das grandes questões da humanidade, tendo sido enfrentada, entre outros, por filósofos como Kant, Bobbio e Descartes., De um ponto de vista geral entende-se que a liberdade é a faculdade que todo indivíduo tem de escolher, sem restrições, fazer ou deixar de fazer alguma coisa, em virtude de sua exclusiva e íntima determinação. Compare em: CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos Humanos Fundamentai**s. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96.

[5] Ressalte-se que o termo "verdade" é extremamente complexo e controverso. Ao julgador não incumbe apresentar a verdade real sobre o fato discutido no processo, mas apenas demonstrar, com base no esteio probatório, a sua convicção sobre a ocorrência ou não dos fatos, que acaso não seja segura deverá conduzir necessariamente à absolvição do acusado por força do princípio do *in dubio pro reo*. Compare em: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 61

Nessa perspectiva, verifica-se que a temática da liberdade sexual está umbilicalmente relacionada ao movimento social LGBT. Ser livre sexualmente não significa somente a ausência de oposição externa a essa escolha, mas também se liga a ideia de uma autodeterminação individual, isto é, reconhecer-se efetivamente livre (SILVA, 2006, p. 232). A liberdade sexual permite, no entanto, identificar problemas que são importantes e que se tornaram relevantes em virtude da valorização do indivíduo como pessoa, humana e dotada de dignidade (art. 1º, inciso III, da CF). A identificação destes problemas resulta de um (pré) conceito, um (pré) julgamento, com a qual Masiero já havia se preocupado (MASIERO, 2013, p. 15).

Todavia, antes de entrarmos no estudo da liberdade sexual, cabe considerar aquela que constitui, por assim dizer, a liberdade-matriz, a liberdade-base, que é a liberdade de ação geral, que decorre do art. 5º, inciso II, da Constituição, segundo o qual: "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*" (SILVA, 2006, p. 235). O grande Pimenta Bueno já dizia, no século passado, que a liberdade não é, pois, exceção, é sim a regra geral, o princípio absoluto, o Direito Positivo; a proibição, a restrição, isso sim é que são as exceções, e que por isso mesmo precisam ser provadas, acharem-se expressamente pronunciadas pela lei, e não por modo duvidoso, sim formal e positivo (SÃO VICENTE, 1958, p. 382-383).

Inexoravelmente a liberdade vem assumindo a máxima importante nos dias atuais, na medida em que constitui a expressão com que todas as sociedades definem a maior de suas aspirações para o futuro. Trata-se, portanto, de prerrogativa natural do ser humano, como espécie superior a todas as demais que povoam o mundo. Isto porque todo homem nasce livre, ainda que não tenha capacidade de compreender. Resta, porém, compreendermos uma das facetas dessa liberdade geral que é a liberdade sexual. Neste ponto, é indispensável apontarmos a necessidade de a sociedade reconhecer que a sexualidade integra a própria condição humana,

ou seja, ninguém pode realizar-se como ser humano (dotado de dignidade) se não tiver assegurado o respeito ao exercício de sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação (DIAS, 2001, p. 1).

Compreendidos os direitos do movimento social LGBT como uma das facetas da liberdade geral, consubstanciado na liberdade sexual é imperioso perfilhar que os indivíduos que o compõe somente poderão sentir-se efetivamente livres caso lhe sejam assegurados também o direito de tratamento igualitário, independente da tendência sexual. Trata-se, assim, mais do que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade, na medida em que o texto constitucional também protege no art. 5º, *caput*, a igualdade "*sem distinção de sexo e de orientação sexual*" (SILVA, 2006, p. 223).

A Constituição vigente é a mais veemente e mais abrangente na condenação das desequiparações entre pessoas, na medida em que confere igualdade perante a lei, *sem distinções de qualquer natureza*. O sexo sempre foi um fator de descriminação. O sexo feminino, por exemplo, sempre esteve inferiorizado na ordem jurídica, e só mais recentemente vem ele, a duras penas, conquistando posições partidárias na vida social e jurídica, à do homem. Não obstante, a discriminação e o preconceito de que tem sido alvo o movimento LGBT tem dado origem a uma categoria social digna da mais alta proteção (DIAS, 2001, p. 1).

Em nossa sociedade, a discriminação e a exclusão de pessoas homossexuais, lésbicas e transexuais raramente são questionadas, devido à predominância de uma cultura que considera a heterossexualidade como uma condição normal e saudável, em comparação com a homossexualidade, que é considerada uma anormalidade, uma doença ou um pecado. Aliado a isso, a naturalização da discriminação contra esses indivíduos baseia-se na crença de que há uma maneira de ser uma mulher e uma maneira única de ser um homem, negando as variadas construções do

masculino e do feminino, que podem variar de acordo com a etnia, classe social, comunidade onde vive, entre outros aspectos (GARCÍA, 2007, p. 8).

São muitas as simplificações que direta ou indiretamente favorecem a lógica de negação e/ou de obstáculo a aceitação da liberdade sexual, promovida pelo movimento social LGBT, como condição relevante da individualidade. Destacamos, especialmente neste ponto, a noção do "*politicamente correto'* em face das implicações que geram no entendimento da diversidade sexual (SANTOS, 2017, p. 10).[6] Um exemplo que bem se aplica a temática que pretendemos explicar reside na denominada "Cura Gay": campanha que teve origem na Câmara dos Deputados, promovida pelo Deputado Pastor Marco Feliciano (PSC-SP), que pretendeu realizar uma audiência pública para ouvir os denominados "ex-gays". Fato que invariavelmente acabou culminando, meses depois, na liminar concedida pelo juízo da 14ª Vara do Distrito Federal que, na prática, torna legalmente possível que psicólogos ofereçam pseudoterapias de reversão sexual.[7]

É grande o contingente de pessoas que deixaram de usar expressões que representam preconceito como bichinha, viadinho, machona, sapata, traveco e etc., mas que nem por isso deixaram, ao mesmo tempo, de alimentar em suas práticas cotidianas a cultura da homofobia. A *LGBTfobia* assume dia após dia novas e variadas formas de manifestação e reprodução e, quando a linguística utilizada se transmuta no *politicamente correto* acaba-se modificando e valorizando a linguagem do discurso, mas não na

[6] O uso do politicamente correto integra um modo de entendimento da realidade que se insere no universo da linguagem, pluralidades de espaços, cultura e discursos. A linguagem, deste ponto de vista, se torno tudo o que é possível conhecer do mundo, sendo por seu intermédio que se estruturam as relações sociais e humanas. Compare em SANTOS, Silvana Mara de Morais. Diversidade sexual: fonte de opressão e de liberdade no capitalismo. Argumentum. Vitória, ano 9, n. 1, p. 8-20, jan.-jun., 2017, p. 13.

[7] As normas que o juízo faz referência estão na Resolução 01/99 do Conselho Federal de Psicologia, que determina que "os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados"

mesma densidade e direção, o conteúdo das práticas cotidianas. (SANTOS, 2017, p. 14).

Em certa medida a mudança na linguagem é um dado positivo, mas o apelo em si, ao *politicamente correto* consiste numa espécie de resposta insuficiente e superficial (SANTOS, 2017, p. 14). Precisamos, invariavelmente, retornar aos conceitos de liberdade, igualdade e dignidade. A Lei não pode servir como manancial de privilégios e desigualdades, mas de instrumento regulador da vida social, que deve assegurar a liberdade de orientação sexual de todos os indivíduos que compõe a sociedade.

Neste contexto, é plausível afirmarmos, mais uma vez, que o direito de liberdade sexual na forma da Constituição brasileira, significa que as pessoas podem viver mais ou menos como bem lhes aprouver, garantida igual e simultaneamente a liberdade de escolha de gênero e de orientação sexual. Desta forma, a recursa de toda conduta homossexual e seu registro na área jurídica está edificada na negação ao indivíduo de sua autodeterminação individual para o exercício de sua sexualidade.

Esta invisibilização, que é estrutural na sociedade, não é compatível com os avanços apresentados pela Constituição e pelo Tribunal Constitucional, uma vez que ao entrar na garantia de seus direitos para algumas de suas gerações, a ignorância aparece explicitamente, e é evidente que, na estrutura social, esse exercício ainda não ocorre, identificando permanentemente a negação de direitos com discriminação (CASTRO, 2010, p. 5).

Obviamente, são inúmeras as alegações críticas ao entendimento ora defendido, que na maioria das vezes partem de concepções morais e/ou religiosas. Atualmente verificamos uma grande confusão entre Direito, cultura e homossexualidade. Instâncias da Justiça e do Poder Legislativo acabam por firmar entendimentos contrários aos direitos do movimento social LGBT, baseando-se na ideia de que a homossexualidade não estaria prevista na legislação pátria, muito menos faria parte das bases culturais ou religiosas do

país (LOPES, 2007, p. 57). Ocorre que estas concepções também se inserem dentro da esfera de liberdade negativa do indivíduo, ou seja, de negação à autoridade e na maioria das vezes acabam sendo transmutadas em autoritarismo (SILVA, 2006, p. 232).

Notadamente, torna-se cada vez mais imprescindível uma construção progressiva no sentido de assistência ao movimento LGBT, garantindo-lhe, pelo menos, os direitos fundamentais que diariamente lhe são tolhidos, bem como a adoção de políticas públicas que eliminem a homofobia e o preconceito, por tratarem-se de ofensas imorais aos direitos humanos (AMARAL, 2010, p. 145).[8] O reconhecimento das minorias como tais e a efetivação de todos os direitos inerentes a estes grupos são requisitos indispensáveis para que possamos falar em Estado Democrático de Direito. Isto porque, o respeito as especificidades individuais e coletivas do movimento LGBT que se distinguem por origem, sexto, orientação sexual, idade, etc., é a maneira mais moderna de exteriorização da preocupação com os direitos humanos.

Uma vez que a situação dos direitos humanos no Brasil passe por uma crise profunda, aplicando a devida diligência que incumbe ao Estado e aplicando ações afirmativas, bem como dando atenção primordial aos direitos mais afetados em certos grupos historicamente oprimidos, como no caso do movimento LGBT, que sofre de falta de garantias em relação aos direitos humanos. As pessoas LGBT são vítimas constantes de homicídios, assaltos e desaparecimentos, bem como tratamentos físicos, psicológicos e cruéis, desumanos e degradantes na ausência de proteção do Estado (CASTRO, 2010, p. 6).

O processo de democratização do Brasil ainda é recente e passa pela compreensão de diversos espaços de consenso ainda não

[8] Existem vários projetos de lei no Congresso Nacional que buscam garantir, pelo menos, o mínimo de Direitos para os homossexuais. Estes projetos, porém, emperram nas comissões ou nas gavetas, devido, em última análise, ao conservadorismo dos legisladores, via de regra, representantes, na sua quase totalidade, de parcelas religiosas reacionárias, machistas e em consequência homofóbica. Cite-se, a título de exemplo, o PL nº 5.003-B/2001; que foi posteriormente apresentado no Senado Federal sob a insígnia PLC 122/2006.

definidos. A criação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, em outubro de 2001,[9] foi umas das primeiras medidas criadas pelo Governo brasileiro para atender demanda de parcela da sociedade que vem continuamente sofrendo com o processo de discriminação. Contudo, as reivindicações do movimento LGBT estão muito além do que já vem sendo paulatinamente realizado no Estado brasileiro (SANTOS, 2011, p. 269).

Evidentemente, estamos muito longe de tornar o ideal de igualdade e liberdade para o movimento social LGBT. Trata-se de um percurso demasiadamente árduo e com inúmeros obstáculos, que são, contudo, necessários. Nesse sentido, é indiscutível utilizarmos o princípio da isonomia em sua vertente substancial: desigualando os desiguais, tendo como objetivo a busca da igualdade material entre os indivíduos, pois somente assim conseguiremos alcançar um ideal de liberdade pretendido pelo movimento (SANTOS, 2011, p. 308).

Isso não quer dizer que podemos abrir mão de uma igualdade formal. O Estado deve garantir que não haverá distinções de tratamento a determinados grupos diante do sistema jurídico implementado. Todavia, é do mesmo modo papel do Estado a adoção de medidas e criação de ferramentas que promovam determinados grupos historicamente excluídos do protagonismo social. A Constituição Federal já em seu preâmbulo define como programa do Estado a manutenção de uma sociedade justa, igualitária, pluralista e sem preconceitos. Destarte, o texto constitucional demonstra, de forma clara, a intenção do legislador constitucional de instituição de políticas públicas de inserção social e de busca à justiça, com a pretensão de erradicarmos as disparidades sociais e as injustiças (SANTOS, 2011, p. 308-309).

Embora o exercício da identidade sexual seja tão inato para o ser humano como sua própria identidade e dignidade, a ignorâncias é o resultado da estrutura social assumida como heterossexual, com

[9] BRASIL, Decreto nº 3.952, de 04 de outubro de 2001.

identidades de gênero pré-estabelecidas, negando qualquer possibilidade diferente, fazendo do exercício de orientação sexual e da identidade de gênero um processo de luta permanente pelo reconhecimento, baseado na pressão social, na mobilização e no desafio para a comunidade, de modo que rompa com parâmetros normativos que ignoram a diversidade no ser humano, e é assumida como uma sociedade que precisa de processos imediatos de transformação (CASTRO, 2010, p. 6).

Mas quais seriam as medidas a serem adotadas pelo Estado de forma a erradicar o preconceito e eliminar a homofobia? Essa temática será analisada no próximo subtítulo.

3. Criminalização da homofobia? O combate ao discurso de ódio à luz de políticas públicas.

Nos últimos meses, questões relativas à sexualidade e à homofobia tomaram conta das manchetes digitais, redes sociais e da TV brasileira, e por razões diversas. Se por um lado voltam à cena discussões a respeito da cura gay, revitalizadas graças a já referida decisão liminar concedida pelo juízo da 14ª Vara do Distrito Federal, que possibilita a psicólogos o oferecimento de psicoterapias voltadas a reversão sexual, e que tem por base um forte apoio da igreja, por outro, a novela de maior audiência da emissora mais popular da televisão brasileira discute a transexualidade de forma aberta, e Pablo Vittar (uma *drag queen* brasileira), desponta em popularidade, constando com mais de 4,8 milhões de seguidores no *Instagram* e três músicas entre as mais executadas no país.[10]

Mas o que será que tais fatos representam em nossa sociedade? Há uma real tendência de evolução da sociedade em termos de aceitação das individualidades ou apenas os preconceitos encontram-se mais escondidos? E mais: é realmente necessário que

[10] Dados extraídos dos aplicativos para celular Instagram e Spotify em: 16 de outubro de 2017.

a homofobia seja criminalizada para que se consiga combater o preconceito de forma efetiva?

Os avanços obtidos pela comunidade LGBT nos últimos anos são inegáveis. União civil entre pessoas do mesmo sexo, possibilidade de casais do mesmo sexo realizarem adoções, concessão de direitos previdenciários e hereditários, cirurgias de mudança de sexo. Podemos afirmar com segurança que nossos tribunais têm reconhecido, com uma maior freqüência, direitos a homossexuais (BORGES, 2010, p. 276). Todavia, tais perspectivas representam o básico em termos de direitos humanitários, de forma que ainda é preciso uma atuação mais agressiva por parte da sociedade e, principalmente, do poder público.

Toda essa noção, no entanto, passa pela premissa de que as variantes e possibilidades de orientação sexual constituem um patrimônio inviolável de direitos e garantias fundamentais das pessoas, e que se encontram tutelados na Declaração Universal de Direitos Humanos e em nossa carta magna. (SILVA JÚNIOR, 2011, p. 281)

Evidentemente, o debate a respeito da criminalização da homofobia tem gerado opiniões radicais, e muito disso se deve ao fato de estarmos tratando de temática tão complicada que é a sexualidade. Se por um lado, temos o movimento LGBT que quer a criminalização da homofobia (geralmente apoiado por movimentos de minorias como o das mulheres e dos negros), postulando a inclusão desta categoria na Lei nº 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor; Por outro lado, temos os que repudiam essa ideia, e que se dividem entre aqueles que são guiados, em grande parte, pela religião e que defendem a cura gay, geralmente identificados com um direito penal mínimo e o abolicionismo (CARVALHO, 2012, p. 190).

Em primeiro lugar, é preciso destacar aqui o papel do psicólogo no meio social. Este tem como missão auxiliar a sociedade na constituição de um processo de construção de identidade das

pessoas. Este é um cientista, pois a ciência é o instrumento de trabalho e como qualquer outro cientista está submetido a regras. Afirmar que a homossexualidade é doença em meios de comunicação de massa, dirigidos a pessoas orientadas pelo senso comum e desprovidas de uma visão científica, é uma falha profissional que pode ocasionar a responsabilização do profissional, que pode até mesmo ser processado e ter o seu exercício profissional suspenso (BOCK, 2000, p. 10). Ademais, em que pese o retrocesso que vivemos com a liminar já aqui referida, que autorizou o tratamento da cura gay, é importante lembrar que desde a década de 70 a Associação América de Psicologia e a Associação América de Psiquiatria deixaram de considerar a homossexualidade como doença e que a OMS (organização mundial da saúde) deixou de considerar o homossexualismo como doença mental nos anos 90.[11]

Nenhuma pessoa irá se realizar como ser humano se não tiver o seu direito à sexualidade respeitado, no que se inclui liberdade sexual e a livre orientação sexual, de forma que nenhuma forma de resistência à aceitação da homossexualidade se traduz como legítima (DIAS, 2000, p. 552). Desta forma, tentativas como a de tratar a orientação sexual de alguém como uma doença devem ser rechaçadas de forma expressa. Ademais, a sociedade e o direito penal não deveriam se preocupar com questões que dizem respeito ao foro íntimo dos indivíduos e que não ultrapassam a esfera do próprio autor, em forte congruência com o princípio da lesividade.

No que se refere à igreja, é claro o combate ao homossexualismo. Veja-se que leitura rápida pode passar a impressão de que a opinião da igreja, em especial a Católica e a Evangélica, contribui apenas para a realização de uma interpretação das escrituras, mas, o fato é que, uma citação de natureza bíblica tem grande peso ao fiel, por se trata da "palavra de Deus", e que por isso ganha um caráter inquestionável e assim penetra nos

[11] Disponível em: http://www.emdialogo.uff.br/content/ha-23-anos-homossexualidade-deixava-de-ser-considerada-pela-oms-uma-doenca-mental. Acesso em: 17 de outubro de 2017.

inconscientes individuais. Desta forma, o que se legitima é a liberdade de crença e de consciência assegurada a todos. A Constituição Federal não legitima pensamentos fundados em preceitos religiosos que pregam a intolerância.

Evidentemente, ainda que esse tipo de argumento não incite a violência, eles sustentam e legitimam preconceitos e discriminações. O discurso de ódio contribui para práticas discriminatórias e violadoras de direitos humanos e por isso não está protegido pela liberdade de expressão. A liberdade de expressão guarda relação com os fundamentos da democracia e a busca por direitos e, não se legitima quando representa um óbice a busca por direitos, especialmente quando tem por objetivo aniquilar grupos minoritários que não afetam o direito das maiorias (ZAPATER, 2013, p. 325).

Não há como negar que o homossexual, na maior parte das vezes, é reduzido à sua orientação sexual, razão de foro íntimo que em nada interfere na vida dos demais cidadãos. Outro fato que deve ser considerado é que a maior parte dos crimes contra homossexuais sequer entram nas estatísticas, uma vez que por vergonha, as vítimas não chegam a prestar queixa e quando prestam, muitas omitem sua condição de homossexual, por pressão familiar (CARRARA, 2010, p. 328). Não resta dúvida de que condutas como tais devem ser combatidas, não devendo haver diferenciação se estas advêm de indivíduo particular ou de uma instituição como a igreja.

No entanto, a saída não é a criminalização.

Salo de Carvalho nos ensina que o crime homofóbico seria aquele motivado por questões como o preconceito ou pela descriminação a pessoas que não "não aderem ao padrão heteronormativo". Com isso, qualquer conduta prevista em lei poderia ser inserida ao conceito de crime homofóbico, desde que a motivação do crime fosse o preconceito (CARVALHO, 2012, p. 199).

Todavia, é preciso que se rompa com o idealismo ingênuo que perpetua na sociedade de que a criminalização de condutas possui o

condão de reduzir violências e provocar mudanças reais na sociedade. Incriminar uma conduta em pouco auxilia na solução do problema, uma vez que a redução da violência passa pela adoção de políticas públicas, pela educação e em diferentes planos, familiar, individual, social e econômico e, principalmente, por um processo de conscientização da sociedade como um todo, que se diz não preconceituosa, mas que está com os preconceitos arraigados em sua cultura e que se manifesta, muitas vezes, sem sentir (CARVALHO, 2012, p. 200).

Em verdade, a criminalização da homofobia em nada surtiria efeitos práticos à comunidade LGBT, salvo um efeito meramente simbólico, já aqui abordado, principalmente porque a maior parte das agressões ocorre no seio da família da vítima e, na maior parte das vezes, sequer chegam a registrar queixas.

Notadamente, não podemos ignorar o efeito simbólico da criminalização, no sentido de mostrar a sociedade que se está tratando de um valor tão fundamental que foi dado a ele o tratamento mais severo que se tem em nosso ordenamento jurídico, possuindo um caráter pedagógico no sentido de mostrar que a homofobia é uma conduta repugnante. Todavia, agindo desta forma, estaremos mais uma vez concedendo aos nossos governantes a possibilidade de dar uma aparente solução a um problema real e que por isso, merece solução real.

Precisamos romper com o paradigma que contamina o discurso jurídico no sentido de que a não aplicação do direito penal correspondente a uma demanda perdida automaticamente, a uma aprovação tácita da sociedade e até mesmo a um incentivo à conduta que se deseja reprimir. Eis aqui a dificuldade que temos em propor outra resposta que não seja a violência estatal, a qual incutiria nos criminosos a ideia de que não se deve praticar crime pelo simples fato de existir a tipicidade penal (ZAPATER, 2013, p. 327).

Na verdade, qualquer restrição de liberdade deve ser vista com desconfiança pela sociedade, principalmente quando representa a exclusão de um grupo social. No que sou mais

importante que meu semelhante que me faz ter um direito e excluir esse mesmo direito a outro? A lógica de quem restringe direitos dessa forma parece ser a mais perversa a ser utilizada e, infelizmente, ainda sim encontra guarida em nossos tempos, disfarçada por crenças religiosas e repletas de preconceitos. Trata-se, é preciso lembrar, no entanto, de uma demanda baseada em uma construção histórica injusta e que legitima discursos de ódios, nos quais o sofrimento do outro é a base que demanda o reconhecimento (HONNETH, 2015, p. 154).

É preciso que sejam implementadas políticas públicas que visem a extirpação do preconceito no seio da sociedade, medidas essas que efetivamente trariam um resultado prático à comunidade LGBT, e que passam obrigatoriamente pela educação. A resposta não é rápida, o que faz com que a solução enfrente dificuldades de aceitação nas sociedades de velocidade e da informação em que vivemos, mas não há outro caminho[12]. Ademais, a esfera civil poderia ser buscada a fim de proteger os atingidos, e que trazem resultados muito mais efetivos, além dos tipos penais já existentes como a injúria.

De qualquer forma, resta inegável que é preciso buscar alternativas. Em que pese os avanços ocorridos, há ainda muito a ser feito e o caminho que levará a uma real solução não é o da criminalização. Todavia, como bem nos ensina Salo de Carvalho, negar ao movimento LGBT um vínculo com o sistema penal talvez leve a conclusão de que a lógica punitivista é homofóbica, racista e misógina, pois concede tais direitos a outros movimentos sociais, mas talvez esta seja a "estratégia efetivamente revolucionária em termos de ruptura com cultura homofóbica" (CARVALHO, 2012, p. 202).

4. Considerações finais.

[12] Sobre o tema ver VIRILIO, Paul. Velocidade e Política. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

Vimos que a sexualidade é um elemento da própria natureza humana, seja individualmente, seja genericamente considerada. Sem liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual livre, o próprio gênero humano não se realiza, na medida em que lhe falta a liberdade e a igualdade de tratamento – direitos fundamentais inerentes ao homem –.

Invariavelmente, não só no Brasil, mas também no mundo, os direitos sexuais têm se revelado necessários e também desafiadores. Isto porque, surgem cada vez mais na realidade social, política e jurídica brasileira demandas e reivindicações no que diz respeito à homofobia em sua vertente de descriminalização em razão de orientação sexual. A emergência do tema é tão marcante que diariamente somos invadidos por notícias veiculadas nas mais diversas modalidades de mídias no sentido da necessidade de instituição de políticas públicas mais afirmativas e, porque não, a criminalização de condutas.

Ocorre que não é simples definir onde está localizado o limite entre a sexualidade humana normal e/ou anormal, na medida em que estes conceitos estão umbilicalmente relacionados a compreensão de uma liberdade geral e suas respectivas vertentes, como a liberdade sexual e também da noção do princípio da isonomia. É importante ressaltar, que o trabalho não teve como objetivo discutir as causas da homossexualidade. Até porque tal questão que historicamente tem obcecado cientistas, psicólogos e juristas, nas palavras de Trevisan "*parece dispensável e equivocada*" (TREVISAN, 2002, p. 31).

A discussão aqui pretendida reside na necessidade da instituição de políticas públicas voltadas a erradicação dos preconceitos e eliminação de qualquer forma de discriminação em razão da liberdade ou orientação sexual. Isto porque, o Estado deve garantir que não haverá distinções de tratamento a determinados grupos diante do sistema jurídico implementado.

É preciso estabelecer que os indivíduos LGBT são vítimas colaterais dos conflitos que o Brasil testemunhou e continua a

testemunhar, com a particular conotação de que a violência contra os LGBT é uma violência discriminada, direta e contundente, uma violência disciplinar que pretendem apagar o que representa: desvios de conduta, transgressões sociais, violação aos direitos fundamentais. São indivíduos que não assassinados por sua orientação política como uma orientação geral, eles não são considerados de esquerda ou direita, não são os objetivos políticos de nenhum grupo armado, são condenados à morte ou a qualquer série de tratamentos cruéis ou vexações por possuir uma realidade sexual diferente da ordem heterossexual e por ousar manifestá-la.

Todavia, a criminalização da homofobia não traria qualquer resultado prático à comunidade LGBT além de um direito penal simbólico, que viria arraigado de um discurso político vazio e que apenas afastaria a sociedade da real solução do problema, o qual passa pela educação.

Inegável ainda que tivemos avanços. No entanto, ainda há muito a ser feito e o caminho não é fácil. Não existe a solução mágica da criminalização. Apenas um processo efetivo educacional fará com que tenhamos uma mudança de paradigma que colocará a comunidade LGBT no local em que merece, livre de preconceitos e com direitos iguais.

Referencial

AMARAL, Sylvia Mendonça do. Histórias de amor num país sem leis: a homoafetividade vista pelos tribunais: casos reais. São Paulo: Scortecci, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BEZERRA, Ricardo dos Santos. Discriminação por orientação sexual na perspectiva dos direitos humanos: um panorama da legislação, jurisprudência e ações afirmativas no Brasil. Enrique Cabero Morán

(Orientador). Salamanca: Doutorado em Direito. Universidade de Salamanca, 2011. 345p.

BOCK, Ana Mercês B. Guerra ao preconceito. *Revista Veja*. Ano 33. n. 17. São Paulo: Editora Abril, 26.04.2000.

BORGES, Fernando de Sousa Pinheiro. O princípio da dignidade humana e a adoção por homossexuais em união homoafetiva ou solteiros sob o paradigma do direito civil constitucional. *Revista de Direito Privado*.São Paulo, vol. 43, jul-set. 2010, p. 275-310.

CARRARA, Mariana Salomão. Ponderações sobre a criminalização de condutas homofóbicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 18, n. 84, mai.-jun., p. 312-386, 2010.

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer about the criminalization of homophobia: perspectives staring from queer criminology. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 20, n. 99, p. 187-212, nov.-dez., 2012.

CASADO FILHO, Napoleão. Direitos humanos e fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Wilson Castañeda. Acción colectiva LGBT: Por el reconocimiento de la diversidad sexual y las identidades de género en el Caribe Colombiano. *Revista Cuadernos de Literatura del Caribe e Hispanoamérica*. Caribe, ano 5, n. 11, p. 231-251, jan.-jun., 2010.

DIAS, Maria Berenice. Liberdade sexual e direitos humanos. Disponível em <www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais>. Acesso em: 11 de outubro de 2017.

DIAS, Maria Berenice. Liberdade Sexual e os direitos humanos. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*. São Paulo, ano 3, n. 5, p. 551-557, jan.-dez., 2000.

EYMERICH, Nicolau. Directorium Inquisitorum: Manual dos Inquisidores: Escrito por Nicolau Eymerich em 1376, revisto e ampliado por Francisco de La Peña em 1578. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, Brasilia: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

GLUCKSMANN, Andre. O discurso de ódio. Rio de Janeiro: Difel, 2007.

HONNETH, Axel. O direito da liberdade. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna. *In*: RIOS, Roger Raupp (organização). Em defesa dos direitos sexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MASIERO, Clara Moura. A tutela penal diante da homofobia e o PLC 122/2006: sobre a legitimidade da demanda político-criminal do movimento LGBT. Ney Fayet Júnior (Orientador). Porto Alegre. Mestrado em Ciências Criminais. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013.

MASIERO, Clara Moura. Criminalização da homofobia e política-criminal brasileira: análise-crítica do PLC 122/2006. *Sistema Penal e Violência*. Porto Alegre, ano 5, n. 2, p. 171-186, jul.-dez., 2013.

Oliveira, Assis da Costa. A criminalização dos movimentos sociais. *In*: Mundo Jovem: um jornal de ideias. Porto Alegre, ano 46, n. 387, p. 17, 2008.

RIVAS, Roxana Reyes. La diferencia entre los otros: homofobia en el discurso subalterno. *Cuadernos Intercambio sobre Centroamérica y el Caribe*. Caribe, ano 14, n. 1, p. 97-111, jan.-jun, 2017.

SALINAS, Giancarlo Cornejo. La guerra declarada contra el niño afeminado: Una auto etnografía ¿queer? *Revista de Ciencias Soci*ales. Venezuela, ano 11, n. 39, p. 79-95, jan.-mar., 2011.

SANTOS, Silvana Mara de Morais. Diversidade sexual: fonte de opressão e de liberdade no capitalismo. *Argumentum*. Vitória, ano 9, n. 1, p. 8-20, jan.-jun., 2017.

SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de. Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império. Rio de Janeiro, Ministério da Justiça e Negócios Interiores: Imprenta, 1958.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. MATTOS, Isabela Alves. A discriminação no trabalho em razão da orientação sexual. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 907, p. 281-318, maio, 2011.

TREVISAN, Janine Bendorovicz. A atuação política pentecostal em confronto com o movimento LGBT no Brasil redemocratizado. Emil Albert Sobottka (Orientador). Porto Alegre. Doutorado em Ciências Sociais. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2015.

TREVISAN, João Silvério. Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia a atualidade. 5.ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

VIRILIO, Paul. Velocidade e Política. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A Questão Criminal. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2007.

ZAPATER, Maíra Cardoso. Quando o poder da palavra constrói a palavra do poder. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 21, n. 103, p. 323-352, jul.-ago., 2013.

ZAYAS, Manuel. Homofobia en revolución. *Revista hispano cubana*. Cuba, ano 10, n. 31, p. 64-67, jan.-dez., 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GARCÍA, Cantor. **Diversidad sexual en la escuela**. Dinámicas pedagógicas para enfrentar la homofobia. Bogotá: Colombia Diversa, 2007.

Eixo 6

Direitos fundamentais e a autodeterminação do indivíduo

16

Os direitos da personalidade e a possibilidade de renúncia aos direitos à integridade física

Danielle Antpack Bettim[1]

1 Introdução

Esta investigação versa sobre os Direitos de Personalidade e a possibilidade – ou a vedação – de o particular dispor de seus direitos à integridade física. Para esse fito, encontra-se dividido em duas partes; a primeira delas trata sobre aspectos gerais e delimitações conceituais trazidas pela Teoria Geral dos Direitos de Personalidade[2]. Desse modo, uma vez abordado o assunto de forma geral, pretende-se, na segunda parte, abordar o tema especificamente quanto ao problema de disposição de direito – ou renúncia, ou autolimitação [3] - em determinados casos no âmbito do direito à integridade física. Desde logo, frisa-se que os direitos à

[1] Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGDir/UFRGS), na área de concentração Direito Privado. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela mesma instituição. Bolsista "*Baden Württemberg Stipendium*", tendo realizado intercâmbio acadêmico junto à Universität Heidelberg no semestre 2015/01. Foi bolsista "*Hochschulwinterkurs*", fomentada pelo DAAD (*Deutsches Akademisches Austauchdienst*), para fins de realização de curso intensivo de alemão junto à Universität Freiburg (jan. – fev., 2015). Bolsista CAPES-CNPq. Contato: *danielleantpack@gmail.com*

[2] É importante destacar o marco teórico utilizado. Nesse sentido, foram consultadas, sobretudo, as obras de Pontes de Miranda, Francisco Amaral, Orlando Gomes, Rabindranath Capelo de Sousa, Anderson Schreiber e Silvio Beltrão.

[3] A autolimitação voluntária dos direitos fundamentais é trazida por alguns autores (como Cantali, Sousa e outros), mas não terá sua análise pormenorizada neste artigo.

personalidade se dividem em três grupos[4]: (i) direito à integridade física, (ii) direito à integridade moral e (iii) direito à integridade intelectual. Assim, quanto a este último, discute-se a polêmica possibilidade de renúncia aos direitos fundamentais, uma vez que, segundo Pontes de Miranda, eles seriam, contudo, irrenunciáveis. [5]

Para fins de explicitação da delimitação do tema, impõe-se salientar que não serão abordados os institutos da ausência e comoriência, os quais integram o estudo que se pretende estudar. Outrossim, excluem-se da presente pesquisa questões relativas a aborto, personalidade jurídica de embriões ou mesmo do nascituro,[6] bem como questões específicas relativas à disposição de cadáver.

2 Os direitos de personalidade

2.1 Preliminarmente: delimitações conceituais pertinentes

Inicialmente, cumpre delinearem-se os conceitos de "pessoa", "sujeito de direitos" e "titularidade de direitos". Nesse sentido, consoante Pontes de Miranda, ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito, de modo que ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito (MIRANDA, 2012, p. 243). Para Francisco do Amaral, a pessoa é aquela que tem aptidão para a titularidade de direitos e deveres, ser sujeito de direitos, sendo humano ou entidade com personalidade (AMARAL, 2014, p. 270).

---

[4] A classificação proposta é elaborada por Francisco do Amaral (2014, p. 313).

[5] Conforme o referido doutrinador: "Os direitos de personalidade são irrenunciáveis. Há outros direitos a que se não pode renunciar, tais como aqueles direitos a cujo titular incumbem deveres, de igual ou de maior monta (*e. g.* direitos de famílias). A razão para a irrenunciabilidade é a mesma da intransmissibilidade: ter ligação íntima com a personalidade e ser eficácia irradiada por essa. Se o direito é direito de personalidade, irrenunciável é. Não importa, em consequência, qual seja". (MIRANDA, 2012b, p. 62).

[6] No sentido de colisão de interesses envolvidos no caso de a genitora poder dispor, ou não, do direito à vida (incluído no rol de direitos à integridade física) do nascituro ou embrião. Nesse diapasão, não se olvidam o julgamento da Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental nº 54 pelo Supremo Tribunal Federal, o qual decidiu sobre a interrupção de gestação de anencéfalos, bem como o art. 2º do Código Civil vigente ("A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro").

Conforme o mesmo autor, os sujeitos de direito constituem o elemento subjetivo das relações jurídicas, sendo aquele que é titular de direitos e deveres. (AMARAL, 2014, p. 269). Assim, os sujeitos de direito podem ser as pessoas naturais (seres humanos) e as pessoas jurídicas (grupo de pessoas ou de bens a quem o direito atribui titularidade jurídica). Desse modo, os animais e as coisas não são abarcados pelo conceito de sujeito de direito. Apesar disso, aqueles são objeto de proteção jurídica, na qualidade de seres vivos autônomos, sendo-lhes reconhecidas a sensibilidade psicofísica e a reação à dor – nesse sentido, menciona-se a Declaração dos Direitos dos Animais elaborada pela Unesco (1978), em que se discute a possibilidade de os animais serem sujeitos de direitos e de interesses (AMARAL, 2014, p. 270).

Quanto à titularidade de direitos, cumpre destacar que se trata da união do sujeito com esse direito. Assim, não há sujeitos sem direitos, como não há direitos sem titular. Ademais, para Castan Tobeñas, conforme citado por Francisco do Amaral, as teorias dos direitos sem sujeito encontram-se, atualmente, abandonadas pela opinião científica (AMARAL, 2014, p. 270).

Tratar-se-á, adiante, dos conceitos de "personalidade jurídica" e "capacidade jurídica". Assim, conforme Pontes de Miranda, a personalidade é a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações e exceções e também de ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções (MIRANDA, 2012, p. 243-244).

Historicamente, no direito romano, a personalidade jurídica do homem dependia de requisitos físicos (nascimento com vida, forma humana) e da existência de três estados: de liberdade (isto é, que não fosse escravo), de cidadania (ou seja, que não fosse estrangeiro) e de família (dito de outro modo, que fosse *sui iuris* ou chefe de família) (AMARAL, 2014, p. 270-271).

No direito moderno, contudo, houve a extinção da escravidão, de forma que a capacidade jurídica passou a prescindir dos requisitos de estados de família e de cidadania. Assim, a

personalidade surgiu como uma projeção da natureza humana (AMARAL, 2014, p. 271).

Nesse sentido, a evolução doutrinária concebeu duas concepções: (i) a naturalista e (ii) a formal (jurídica). A naturalista entende que todos os seres humanos têm personalidade, uma vez que isso é inerente à condição humana. Por sua vez, a concepção formal compreende que a personalidade é outorgada pelo direito. Assim, "pessoa" e "ser humano" não coincidiriam, de modo que a "pessoa" não seria o "ser humano" dotado de razão, mas simplesmente o sujeito de direito criado pelo direito objetivo (AMARAL, 2014, p. 271).

Por sua vez, Pontes de Miranda entende que "personalidade é o mesmo que (ter) capacidade de direito, poder ser sujeito de direito" (MIRANDA, 2012, p. 244). [7] No mesmo sentido, Orlando Gomes leciona que o termo "capacidade" teria dois significados: (i) a capacidade de fato e (ii) a capacidade de direito (ou de gozo), que teria o mesmo significado de personalidade, porquanto toda pessoa é capaz de ter direitos, ainda que haja casos de restrição de caráter especial (GOMES, 2001, p. 165-166).

Contudo, a doutrina não é unânime: para Francisco Amaral, não são, porém, sinônimos. Para este autor, a personalidade é a possibilidade de alguém ser titular de relações jurídicas, sendo um valor. Por sua vez, a capacidade seria a medida desse valor, a quantidade, podendo ser mais ou menos capaz, mas não menos pessoa. Para o referido autor, a personalidade não se identifica com a capacidade, uma vez que pode existir personalidade sem capacidade, como se verifica no caso do nascituro (que ainda não tem capacidade) e dos falecidos – que já perderam a personalidade (AMARAL, 2014, p. 272). [8]

---

[7] "A personalidade é a possibilidade de se encaixar em suportes fáticos, que, pela incidência de regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos; portanto, a possibilidade de ser sujeito de direito. A personalidade, como possibilidade, fica diante dos bens da vida, contemplando-os e querendo-os, ou afastando-os de si; o ser sujeito de direito é *entrar* no suporte fático e *viver* nas relações jurídicas, como um dos termos delas" (MIRANDA, 2012a, p. 243).

[8] Observa-se que, apesar de Francisco do Amaral discordar da doutrina majoritária, este conceitua "capacidade de direito" como "a aptidão para alguém ser titular de direitos e deveres, ser sujeito de

Por oportuno, ressalta-se que Clóvis Beviláqua conceitua a "capacidade" como a "manifestação do poder de ação implícito no conceito de personalidade" (BEVILÁQUA *apud* AMARAL, 2014, p. 271).

A respeito do conceito de "pessoa natural", trata-se do ser humano como sujeito de direitos e deveres. Conforme Amaral, sua teoria obedece a três princípios fundamentais: (a) todo ser humano é pessoa, pelo simples fato de existir e, devido a essa razão, ser capaz de direitos e deveres na ordem civil (conforme o artigo 1º, Código Civil); (b) todos têm a mesma personalidade, uma vez que têm a mesma aptidão para a titularidade de relações jurídicas e (c) ela seria irrenunciável. Desse modo, a pessoa natural teria, no nascimento com vida, o marco inicial de sua existência e, da mesma forma, o início da sua capacidade jurídica (AMARAL, 2014, p. 272-273).

Quanto ao conceito de "nascimento", este constitui o fato, natural ou artificial, da separação do feto do ventre materno. Assim, com a primeira respiração do recém-nascido, constata-se o início do ciclo vital da pessoa, momento que marca, também, o início da capacidade de direito. Desse modo, ainda que esse venha a morrer, porquanto já tenha adquirido direitos, esses que serão transmitidos aos herdeiros (AMARAL, 2014, p. 273).

A respeito do fim da existência da pessoa natural e de sua capacidade jurídica, elas terminam com a morte (artigo 6º, Código Civil). Entretanto, vale mencionar que, outrora, havia o instituto da morte civil, o qual tratava da perda da personalidade por outros motivos que não o falecimento – a título de exemplo, quando a pessoa se tornava escrava no direito romano; já no direito moderno, esta ocorria com a prisão perpétua (AMARAL, 2014, p. 276).

Quanto aos efeitos jurídicos da morte, estes se manifestam nas relações jurídicas em que o falecido figurava como parte, extinguindo-as ou modificando-as, conforme sejam intransmissíveis ou

relações jurídicas". Nesse ponto, é importante analisar que o seu conceito proposto é muito semelhante ao de Pontes de Miranda sobre "personalidade", de modo que o entendimento de Amaral não é tão dissonante da doutrina assente.

transmissíveis. Desse modo, o extinto não mais adquire direitos - a não ser, excepcionalmente, no caso em que a aquisição ocorra por ocasião do evento da morte, como pode acontecer com o seguro de vida não estipulado em favor de terceiros, o qual passa a integrar o patrimônio do falecido (AMARAL, 2014, p. 276).

A propósito, é digno de nota que a morte extingue as situações jurídicas intransmissíveis, como nos casos que envolvem direitos relacionados à personalidade e ao ramo de família (usufruto, uso, habitação, mandato). Por sua vez, quanto às transmissíveis, conforme recorrentemente ocorre em relação às patrimoniais, estas se transmitem aos herdeiros (AMARAL, 2014, p. 277).

Ainda no que concerne à temática, debate-se a respeito da possibilidade de prolongamento da personalidade após a morte da pessoa para que se protejam seus respectivos direitos da personalidade, bem como para justificar a condenação à ofensa moral contra o morto. Busca-se, desse modo, a garantia do seu direito à honra e à reputação, de modo que se faculta ao respectivo cônjuge, ou aos herdeiros, em nome e no interesse do defunto. Desse modo, argumenta-se que a personalidade humana projetar-se-ia para além da morte (AMARAL, 2014, p. 277).

Nesse sentido, demonstram-se a permanência de traços da personalidade *post-mortem* por meio de alguns exemplos: o testamento, o respeito ao cadáver, a sepultura, a autorização para autópsia e para transplantes, a proteção da memória do falecido contra injúria e difamação (AMARAL, 2014, p. 277).

2.2 Os direitos de personalidade: aspectos relevantes e classificação

Uma vez feitas essas considerações conceituais iniciais, cumpre tratar, especificamente, dos direitos de personalidade. Por isso, versa-se, neste subitem, sobre seus aspectos relevantes, bem como sobre a sua classificação.

Os direitos da personalidade "são direitos subjetivos, isto é, tratam-se de situações jurídicas existenciais que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, de natureza física, moral e intelectual" (AMARAL, 2014, p. 301). Eles conferem ao seu titular o poder de agir na defesa dos bens ou valores essenciais da personalidade. Desse modo, no seu aspecto físico, engloba o direito à vida e ao próprio corpo; no aspecto intelectual, compreende o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor; por fim, no seu aspecto moral, o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem à identidade e, além disso, o direito de exigir que terceiros não atentem contra esses direitos (AMARAL, 2014, p. 302).

O fundamento de existência dos direitos de personalidade encontra-se na necessidade de uma disposição normativa que discipline o reconhecimento e a proteção jurídica que o direito e a política dispensam à pessoa – sobretudo após a ocorrência da Segunda Guerra Mundial -, tendo por escopo proteger o indivíduo do exercício arbitrário do poder por parte dos órgãos estatais (AMARAL, 2014, p. 302). [9]

Nesse contexto, ressalta-se que o progresso científico e tecnológico (biologia, genética, etc.), bem como o desenvolvimento dos instrumentos de comunicação e da difusão de informações desencadeiam problemas novos para os aspectos essenciais e constitutivos da personalidade jurídica, exigindo do direito respostas jurídicas adequadas à proteção da pessoa humana (AMARAL, 2014, p. 302-303).

Assim, a importância dos direitos de personalidade é de tal monta que estes se encontram inscritos nos documentos internacionais sobre direitos humanos, bem como nos textos constitucionais de diversos países (AMARAL, 2014, p. 303). Ainda,

[9] Além da proteção jurídica na relação entre Estado e indivíduo, aqui não se olvida a eficácia horizontal de direitos fundamentais (*Drittwirkung*), no sentido de a ordem jurídica proteger, também, os direitos fundamentais nas relações havidas entre particulares. Sobre o tema, vide CANARIS (2009).

pode-se dizer que os direitos da personalidade são o "terreno de encontro" privilegiado entre o direito privado, as liberdades públicas e o direito constitucional, uma vez que disciplinam matéria de natureza privada (como são os direitos subjetivos e a personalidade), mas têm guarida no texto constitucional (AMARAL, 2014, p. 303).

Acerca do debate doutrinário sobre a existência histórica de direitos da personalidade, conforme Orlando Gomes, os autores que primeiramente reconheceram, na Alemanha, os direitos de personalidade enfrentaram a oposição de Savigny, "que se insurgira contra a existência de direitos originários, ao considerar falso o princípio de um direito do homem sobre sua pessoa (o que conduziria, entre outras consequências, a legitimar o suicídio)"[10]. Nessa linha de pensamento, propuseram-se objeções que combatiam a ideia de que os direitos de personalidade constituiriam uma categoria especial de direitos subjetivos (entre os filiados a essa corrente, na Alemanha, encontram-se civilistas como Zitelman, Crome, Enneccerus e Oertmann). Contudo, houve quem concordasse com a inserção desses direitos numa categoria especial – nesse aspecto, sublinha-se a posição de Gierke. Portanto, disseminou-se o dever de reconhecimento legal dos direitos de personalidade no âmbito do direito privado (GOMES, 2001, p. 149).

A propósito, a definição de Gierke é no sentido de que "os direitos da personalidade são os direitos que asseguram ao sujeito o

[10] Nesse sentido, conforme referido por Beltrão, depara-se com a ideia de que "a pessoa seria ao mesmo tempo sujeito e objeto [de direito] de si própria, representando um *ius in se ipsum*". (BELTRÃO, 2014, p. 33). Acerca da discussão doutrinária a respeito de se os direitos da personalidade consubstanciariam eventuais direitos da pessoa sobre o próprio corpo e, nessa medida, como direitos de propriedade, ingressariam na órbita da legislação civil (consoante Teixeira de Freitas) (BELTRÃO, 2014, p. 37; 33-44). Por fim, citando Adriano de Cupis, Beltrão entende que: "não é possível concordar com a redução do direito à honra, o direito sobre o próprio corpo, com a consideração da defesa da própria honra como defesa gozo do próprio corpo, uma vez que não é possível reconduzir ao corpo do homem todos os valores e as utilidades inerentes ao mesmo homem. Conclui-se que a personalidade humana como expressão espiritual e física da pessoa representa uma categoria especial de direitos subjetivos, que se manifesta através das qualidades essenciais da pessoa, as quais devem ser objeto de um correspondente e determinado direito da personalidade" (BELTRÃO, 2014, p. 43).

domínio sobre uma parte da própria esfera da personalidade" (GOMES, 2001, p. 150).

Quanto às características dos direitos de personalidade, a doutrina de Orlando Gomes indica traços comuns que os colocam em uma categoria à parte das formas tradicionais do Direito Privado, de modo que não é possível classificá-los entre os direitos pessoais ou reais (GOMES, 2001, p. 152). Pode-se dizer que são intransmissíveis, irrenunciáveis, indisponíveis, [11] imprescritíveis, pessoais e extrapatrimoniais, imprescritíveis, inatos ou adquiridos, bem como absolutos (BELTRÃO, 2014, p. 13-20). Para Orlando Gomes, ainda, são vitalícios e necessários (GOMES, 2001, p. 152).

Quanto ao caráter intransmissível dos direitos de personalidade, uma vez que se trata de um direito que expressa a personalidade da própria pessoa do seu titular, esses direitos não podem ser objeto de cessão, nem de sucessão, impedindo a sua aquisição por um terceiro por via da transmissão (BELTRÃO, 2014, p. 13-14).

Conforme a lição de Rabindranath de Sousa, os poderes que incidem sobre a personalidade física e moral da pessoa são insuscetíveis de serem transmitidos deste para outro sujeito jurídico, de modo que "os bens jurídicos da personalidade humana física e moral constituem o *ser* da pessoa do seu titular, pelo que são inerentes, inseparáveis e necessários à pessoa do seu titular", não podendo ser cedidos, alienados, onerados ou sub-rogados a favor de outrem (SOUSA, 1995, p. 402-403).

Portanto, a transmissão de direitos de personalidade é vedada inclusive na modalidade *mortis causa*, já que os bens da personalidade não podem ser acrescidos aos bens dos herdeiros, em virtude da natureza de bem infungível, uma vez que o objeto dos direitos da personalidade está ligado ao seus respectivo titular, sujeito de direito (BELTRÃO, 2014, p. 14).

[11] A irrenunciabilidade e indisponibilidade são características que, como já mencionado, são objetadas neste trabalho.

Conforme Beltrão, pode-se ainda dizer que os direitos da personalidade são irrenunciáveis, uma vez que à pessoa é defeso abdicar de seus direitos da personalidade. Nesse sentido, resta indiferente o fato de a pessoa não poder exercitá-los por longo tempo, já que eles são inseparáveis da personalidade humana. Entretanto, apesar de o direito da personalidade não ser passível de renúncia, o seu exercício pode ser restringido em alguns casos, sem que haja a perda do direito, e restabelecido a qualquer tempo (BELTRÃO, 2014, p. 15).

Assim, podem ser estabelecidas limitações lícitas aos direitos da personalidade em relação ao exercício desses próprios direitos, desde que tal limitação se dê de forma voluntária, bem como que não viole o princípio geral da dignidade da pessoa humana (BELTRÃO, 2014, p. 16), nem seja contrária aos princípios da ordem pública (SOUSA, 1995, p. 407).

Desse modo, ainda que a pessoa tenha autorizado limitações voluntárias no exercício da sua capacidade de fato, importa frisar que tal autorização é sempre revogável, discricionária e unilateral pelo titular do direito da personalidade, tendo por fito a preservação dos poderes jurídicos dele decorrentes (BELTRÃO, 2014, p. 16). Ocorre que tal atitude lícita ao titular do direito da personalidade poderá incorrer na sua obrigação de indenizar o terceiro que teve as suas legítimas expectativas frustradas (BELTRÃO, 2014, p. 16).

Os direitos de personalidade são imprescritíveis, de modo que, ainda que o titular do direito dele não se utilize por determinado período de tempo, tal atitude não acarreta o perecimento do direito, uma vez que são vitalícios. Assim, mantêm-se na esfera jurídica até o falecimento de seu titular (BELTRÃO, 2014, p. 17-18).

Eles também são pessoais em face de seu caráter não patrimonial, o que não impede que embasem ações de responsabilidade civil. Outrossim, guardam uma relação com o direito patrimonial em razão do nexo instrumental que existe entre os bens inerentes à pessoa e os bens patrimoniais (BELTRÃO, 2014, p. 17).

Os direitos da personalidade, em razão de sua própria definição de direitos inerentes à pessoa humana, nascem com a pessoa, e por esse motivo são compreendidos como direitos inatos. Além disso, são inseparáveis da pessoa humana, pontuando a existência dos bens da personalidade ao desenvolvimento da pessoa desde o seu nascimento até a sua morte – sem que se olvide as formas especiais de tutela da personalidade que se aplicam antes do nascimento e ultrapassam o limite da morte do seu titular (BELTRÃO, 2014, p. 18).

Dessa forma, no momento em que a pessoa passa a ser sujeito de direitos, adquirindo personalidade jurídica, também adquire os direitos da personalidade, os quais emergem naturalmente, "não se tornando necessário para a sua existência qualquer outro pressuposto ulterior" (SOUSA, 1995, p. 415-416).

Quanto a seu caráter absoluto, os direitos da personalidade são assim entendidos em virtude do seu caráter *erga omnes*, isto é, a sua atuação se faz em toda e qualquer direção, sem a necessidade de que haja uma relação jurídica direta para se respeitar este direito. Desse modo, há uma obrigação negativa, indiretamente, de forma que todas as pessoas devem respeitar a personalidade do titular do direito (SOUSA, 1995, p. 19).

Nesse diapasão, salienta-se que o caráter absoluto dos direitos de personalidade se contrapõe ao caráter relativo do direito contratual, pois, neste último, a obrigação de respeitar o direito de outrem decorre de um acordo previamente estabelecido, e a avença alcançada traduz uma conjugação de cedências de direitos disponíveis (SOUSA, 1995, p. 20). Entretanto, apesar do caráter absoluto, os direitos de personalidade não são ilimitados. Assim, são suscetíveis a limitações impostas pelo próprio direito objetivo, bem como em razão da necessidade de conjugação com outras situações protegidas (BELTRÃO, 2014, p. 20).

Quanto à titularidade, frisa-se que todos os seres humanos podem figurar como titulares dos direitos da personalidade, desde a

concepção, como decorrência da garantia constitucional do direito à vida. A personalidade humana extingue-se com a morte. Todavia, isso não impede que haja o reconhecimento de manifestações da personalidade *post mortem*, como ocorre nos casos do direito ao corpo, à imagem, ao direito moral do autor e o direito à honra. Nesses casos, é cabível aos herdeiros a promoção da tutela desses direitos em face de terceiros (AMARAL, 2014, p. 305-306). [12]

Entretanto, é digno de nota que as pessoas jurídicas podem titularizar alguns direitos de personalidade, tais como o direito ao nome, à marca, aos símbolos e à honra, etc. (AMARAL, 2014, p. 306).[13]

Acerca da sistematização jurídica, os direitos da personalidade são oriundos da elaboração doutrinária que se iniciou no século XIX, atribuindo-se a Otto Von Gierke a criação desta denominação (AMARAL, 2014, p. 306). Modernamente, encontra a sua positivação "mais perfeita" no direito italiano e no português (GOMES, 2001, p. 149). Quanto à topografia legislativa, no Brasil, esses direitos encontram-se disciplinados e protegidos, sobretudo, no Código Civil (artigos 11 a 21), assim como na Constituição Federal, no Código Penal e em leis especiais (Lei de Imprensa, Lei dos Transplantes, Lei dos Direitos Autorais, Lei dos Registros Públicos, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei de Cessão de Produtos Biológicos - como o sangue -, Lei de Proteção à Propriedade Intelectual, etc.). (AMARAL, 2014, p. 309-313).

A respeito da tutela jurídica dos direitos da personalidade, o Código Civil dispõe, em seu art. 12, a possibilidade de o sujeito lesado exigir que cesse a ameaça ou lesão ao direito da personalidade. Além disso, com base no mesmo dispositivo, pode-se reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Finalmente, sublinha-se que os direitos da personalidade, enquanto direitos subjetivos, acarretam o fato de que o seu titular possui o poder sobre

[12] Sobre o mesmo tema, BELTRÃO (2014, p. 121-123).

[13] Quanto ao assunto "direitos de personalidade da pessoa jurídica", vide (PINTO, 2004).

eles para que sejam exercidos conforme seus fins e interesses (BELTRÃO, 2014. p. 65).

Nesse contexto, a ordem jurídica traz diversos mecanismos de garantias dos direitos da personalidade, das quais são exemplo: a tutela privada, a tutela indenizatória e a tutela preventiva e atenuante (BELTRÃO, 2014. p. 66).

Quanto à classificação dos direitos de personalidade, [14] a doutrina costuma estabelecer uma categorização bipartite ou tripartite. Além de Francisco do Amaral (2014, p. 313), Bittar e Limongi França adotam esta vertente em detrimento daquela:

> No que diz respeito à classificação dos direitos da personalidade, podemos visualizar classificações diversas, assumindo relevo a classificação bipartida (direito à integridade física e direito à integridade moral) de Orlando Gomes e as classificações tripartidas de Carlos Alberto Bittar (integridade física, psíquica e moral) e de Rubens Limongi França (intelectual, física e moral), sem olvidar da classificação de Silmara Juny de Abreu Chinellato que propõe que o direito à vida deve ficar como espécie à parte, pois dele decorrem os demais direitos da personalidade (MORATO, 2013, p. 58).

Desse modo, sublinha-se que neste estudo foi adotada a classificação tripartite, de modo a considerarem-se o direito à integridade moral, intelectual e física.

A respeito do direito à integridade moral, este consiste na proteção que a ordem jurídica concede à pessoa no que concerne a sua honra, liberdade, intimidade, imagem e nome, cuja proteção, no âmbito do Código Civil, encontra-se insculpida nos artigos 16 a 21 (AMARAL, 2014, p. 313).

---

[14] Nesse contexto, quanto aos direitos de personalidade em espécie, na lição de Pontes de Miranda: "Os principais direitos de personalidade são: a) o direito à vida; b) o direito à integridade física; c) o direito à integridade psíquica; d) o direito à liberdade; e) o direito à verdade; f) o direito à igualdade formal (isonomia); g) o direito à igualdade material que esteja na Constituição; h) o direito de ter nome e o direito ao nome, aquêle inato e êsse nato; i)o direito à honra; j) o direito autoral de personalidade". (2012b, p. 62).

O direito à integridade intelectual abarca, no bojo de seu objeto, a liberdade de pensamento e o direito autoral de personalidade. Neste último, inclui-se o direito que possui o autor de ligar seu nome à obra que produziu – sobretudo as obras literárias, artísticas e científicas, as quais constituem a chamada propriedade intelectual –, bem como as criações técnicas voltadas para a atividade industrial, as quais constituem objeto da "propriedade industrial". Trata-se, portanto, da proteção jurídica às obras da inteligência (AMARAL, 2014, p. 326).

Finalmente, o direito à integridade física engloba a proteção jurídica à vida e ao próprio corpo (seja na sua totalidade; seja em relação a tecidos, órgãos e partes do corpo humano passíveis de separação e individualização; seja quanto ao corpo sem vida, o cadáver). Outrossim, refere-se ao direito à liberdade de o sujeito se submeter ou não a exame e tratamento médico. No Código Civil, sua proteção consta nos artigos 13 a 15 (AMARAL, 2014, p. 313).[15]

Pode-se elencar como questões correlatas ao direito à vida e à integridade física: quanto ao início da vida (a proteção do nascituro e do embrião), acerca da sua criação por meios técnicos (reprodução assistida), sobre a sua interrupção (aborto), a respeito da sua extinção (morte), bem como ao seu prolongamento artificial (AMARAL, 2014, p. 314).

No que diz respeito ao tema da engenharia genética, trata-se de intervenções destinadas a alterar as condições normais da existência. Nesse sentido, existem as ações sobre o DNA (que consiste na análise do genoma humano), as ações sobre células humanas (processos de fecundação *in vitro* e congelamento) e as ações sobre os indivíduos (a transferência de genes, transplante de órgãos, a reprodução assistida, eutanásia e a proibição ou recusa de transfusão de sangue por motivo religioso) (AMARAL, 2014, p. 315).

[15] "Assim, a integridade física se trata da incolumidade do corpo humano, o estado ou a qualidade de intacto, ileso, que não sofreu dano. O corpo humano é a própria pessoa, sendo o conjunto de órgãos e tecidos que, formando uma unidade, constituem a parte material do ser humano". (AMARAL, 2014, p. 314).

Sobre a transfusão de sangue em testemunhas de Jeová, é curioso ressaltar que esses crentes se recusam a receber a hemotransfusão total de hemácias, leucócitos ou plaquetas, ou mesmo de plasma sanguíneo, em que pese a origem desse sangue seja deles próprios, mas previamente armazenado em ambiente exterior ao seu corpo. Dito de outro modo, a testemunha de Jeová não pode reservar o seu próprio sangue para, dias depois, submeter-se a procedimento cirúrgico. Contudo, como forma alternativa para esse impasse, esses crentes defendem a ideia de que, no lugar da hemotransfusão, pode-se utilizar a "eritropoietina humana recombinante", a "Interleucina-11 recombinante", entre outros componentes. A eritropoietina, por exemplo, serve como um estimulador para que o corpo produza os componentes do sangue, de modo que o próprio paciente catalisaria o processo de produção sanguínea, sem necessitar, contudo, de transfusão de sangue para o seu restabelecimento (FRANCA; BAPTISTA; BRITO, 2008, p. 500).

Portanto, feitas essas considerações conceituais, bem como abordados os aspectos relativos às principais características e classificação dos direitos de personalidade, passa-se à análise específica quanto à possibilidade de disposição dos direitos relativos à integridade física.

3 A possibilidade de renúncia a direitos fundamentais acerca da tutela dos direitos à integridade física

3.1 Doutrina clássica e a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais

Entre os grupos de direitos da personalidade que foram tratados, encontram-se aqueles que tutelam a integridade física do sujeito. Dentre as características dos direitos de personalidade, uma delas apontada pela doutrina é a irrenunciabilidade, conforme já referido anteriormente na lição de Pontes de Miranda (2012b, p. 62).

Porém, apesar dessa concepção trazida pela referida lição clássica, questiona-se se ao particular é vedada a disposição de seus direitos fundamentais à integridade física, renunciando a eles, como expressão da sua autonomia da vontade.

Para responder a essa problemática, cumpre inicialmente conceituar os termos "renúncia" e "autonomia da vontade".

No que tange à renúncia, conforme a definição de Jorge Reis Novais, trata-se do "poder individual de dispor sobre posições jurídicas próprias, tuteladas por normas de direitos fundamentais, de cujo exercício resulta, tendo como consequência jurídica, uma diminuição da proteção do indivíduo", seja em face do Estado ou de outros particulares. Dito de outra forma, a renúncia, realizada através de um ato voluntário emanado por seu titular, tem como consequência a mitigação efetiva de um direito fundamental (MAC CRORIE, 2013, [Livro Digital; trecho próximo à nota de rodapé 39]).

Ainda seguindo a doutrina desse autor, Novais esclarece que a renúncia a direito fundamental "enseja um enfraquecimento voluntário de uma posição jurídica individual protegida por uma norma de direito fundamental, determinado por uma declaração de vontade do titular que o vinculou juridicamente a aceitar o correspondente alargamento da margem de atuação da entidade pública (ou privada) face às pretensões que decorriam daquela posição" (MAC CRORIE, 2013, [Livro Digital; trecho próximo à nota de rodapé 28]).

Uma vez que se admita possível, a renúncia a direitos fundamentais acarreta a existência de uma declaração de vontade. Assim, a renúncia resulta de uma vontade "livre, esclarecida, isenta de erro e inequívoca". Por esse motivo, é imprescindível garantir que essa vontade manifestada não se encontra condicionada por qualquer tipo de coação física, moral ou econômica. Consequentemente, a renúncia deve ser de livre revogação (ainda que seja possível efetuar a obrigação de indenizar os prejuízos causados). Entretanto, existem direitos que, em virtude de sua natureza, não admitem a livre revogabilidade, já que envolvem uma

renúncia definitiva necessariamente. Por outro lado, a limitação do poder de renúncia dá azo a uma restrição ao exercício de direitos, já que o poder de renúncia é embasado na dignidade e na autonomia presentes nos direitos fundamentais. Desse modo, só poderá ter lugar se houver outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que justifiquem a restrição e na estrita medida do necessário para a garantia desses outros direitos ou interesses. (MAC CRORIE, 2013).

Nesse sentido, é de se questionar a intervenção do Estado em casos nos quais não está se tratando da tutela de direitos da comunidade, mas naqueles em que se pretende tutelar o titular do direito fundamental, mesmo que contra a sua vontade, para o seu "próprio bem". Nesse sentido, aborda-se a ideia de paternalismo estatal, consubstanciando-se como paternalistas as medidas que excluem ou limitam a liberdade de escolha do indivíduo, em razão do entendimento de que este poderá desempenhar ações que contrariam os seus próprios interesses (MAC CRORIE, 2013).

Nesse aspecto, para Mac Crorie, são legítimas as medidas de caráter paternalista sobre indivíduos capazes apenas nas situações em que a renúncia possa contender com as possibilidades de "autodeterminação futura" da pessoa. Portanto, é justificável uma abordagem paternalista nos casos em que o titular de direitos se trata de menor, incapaz de se autodeterminar ou daquele que se encontre em estado de fragilidade. Nessas hipóteses, é imprescindível que se observe o princípio da proporcionalidade a fim de se efetivar a restrição de direito fundamental. Quanto ao princípio da proporcionalidade, este determina a ação do Estado quando visa a restringir o poder de o titular dispor do direito – o que só poderá ocorrer na hipótese de haver outros direitos ou interesses com proteção constitucional e que, na situação concreta, devam preponderar sobre o poder de renúncia (MAC CRORIE, 2013). [16]

[16] A respeito da colisão de princípios, vide ALEXY (2008, p. 85-108).

Por sua vez, a autonomia privada pode ser traduzida nas escolhas, feitas pelos particulares, que produzem efeitos jurídicos (CARVALHO, 2016, [Livro Digital; trecho próximo à nota de rodapé 18]). Assim, a autonomia privada abrange a possibilidade de livre conformação das relações jurídicas entre as partes, de modo a permitir a celebração de contratos ou, mais genericamente, de negócios jurídicos, quer o exercício (ou não exercício) de um direito. Portanto, pode-se dizer que a autonomia privada corresponde a uma área de licitude, ou a um espaço de liberdade, dentro do qual os particulares dispõem da possibilidade de praticar os atos que entenderem pertinentes (CARVALHO, 2016, [Livro Digital; trecho próximo às notas de rodapé 19-20]).

3.2 Os direitos à integridade física seriam renunciáveis?

Definidos os conceitos de renúncia e de autonomia privada, passa-se ao último ponto deste trabalho: o questionamento quanto à renúncia de direitos relacionados à integridade física, bem como daqueles que envolvam um conteúdo moral e que alegadamente violam a dignidade da pessoa humana e têm implicações na integridade física do sujeito. [17]

Tratam-se de "casos difíceis", que envolvem a mesma problemática quanto à disposição da integridade física como deliberada expressão da autonomia da vontade, como a renúncia ao direito à vida nos casos de eutanásia, ou mesmo nos de renúncia ao direito fundamental à integridade física (participação em experiências médicas, amputação deliberada (*wanabe amputee*), a análise consentida do genoma (MAC CRORIE, 2013, [Livro Digital; trecho próximo às notas de rodapé 1-8]), a renúncia na transfusão de sangue pelas "testemunhas de Jeová", castração química de autores de crimes sexuais).

[17] Reitera-se, aqui, que a autolimitação voluntária dos direitos fundamentais é tratada como uma possibilidade por alguns autores, mas não será objeto de análise aprofundada neste artigo.

Quanto a esse grupo de casos, com a exceção da castração química, observa-se que há em comum o instituto jurídico da renúncia, verificando-se neles o interesse do titular do direito fundamental em dispor desse direito, de forma a decidir sobre a conformação de sua própria existência (MAC CRORIE, 2013, [Livro Digital; trecho próximo à nota de rodapé 9]).

Contudo, uma vez que se entende que alguns direitos fundamentais seriam indisponíveis, em virtude da tutela do Estado direcionada ao cidadão, seria o particular impedido de dispor desses direitos, sendo "protegido dele mesmo", ao expressar sua autonomia da vontade, ainda que contra a sua vontade e mesmo que não sejam lesados quaisquer bens de terceiros ou da comunidade? (MAC CRORIE, 2013, [Livro Digital; trecho próximo à nota de rodapé 475]) Se a resposta a essa pergunta for afirmativa, é importante se questionar se é válido o fundamento que embasa essa proibição. Como solucionar a colisão de princípios que embasam a proteção legítima de bens jurídicos *versus* o direito de autodeterminação do titular do direito? (MAC CRORIE, 2013, [Livro Digital; trecho próximo à nota de rodapé 476]). Nesse sentido, existe um grupo de casos cuja referência é válida, os quais serão mencionados na sequência.

No caso *Laskey, Jaggard e Brown vs. Reino Unido*, houve a condenação de adultos em razão da prática de atos sadomasoquistas. Entretanto, é digno de nota que todos os adultos envolvidos manifestaram seu consentimento para a execução da atividade; do mesmo modo, os referidos atos não causaram lesões sérias, nem sequer permanentes, em que pese tivessem o potencial de causá-las. (MAC CRORIE, 2013, [Livro Digital; trecho próximo às notas de rodapé 1051-1052]).

Provocado em sede de recurso, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos ratificou a decisão emanada pelo juízo *a quo* do Reino Unido, sob o fundamento de que "a acusação e a condenação dos recorrentes seriam necessárias numa sociedade democrática

para a proteção da saúde, nos termos do nº 2 do artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos" (MAC CRORIE, 2013, [Livro Digital; trecho próximo às notas de rodapé 1051-1052]). Diante dessa decisão, questiona-se se a decisão tomada por essas autoridades não consubstanciaria exacerbado paternalismo estatal. Isso porque se entende que o Poder Judiciário estaria a sancionar e, consequentemente, a proibir condutas praticadas na esfera íntima do cidadão, de modo a tolher-lhe a liberdade sexual. [18] Portanto, é no mínimo passível de crítica o juízo de valor emanado pelo Judiciário que venha a sancionar condutas que não causem danos (permanentes e graves) a terceiros e digam respeito apenas aos indivíduos que assentiram, livremente, com a concretização dessas ações.

Ainda, vejam-se os célebres casos de discussão de disposição de direitos fundamentais em confronto com a dignidade da pessoa humana, oriundos da jurisprudência alemã e francesa - respectivamente, o caso "*Peep Show*" e o do "Lançamento de Anões".

O *Peep Show* se trata de uma performance sensual realizada por uma atriz, à qual o espectador tem acesso mediante pagamento, de modo que um compartimento para a visualização do espetáculo é oferecido. A peculiaridade da apresentação reside no fato de que a dançarina não visualiza quem a está observando. Em face disso, o Tribunal Administrativo Federal alemão (*Bundesverwaltungsgericht*) entendeu que o "*Peep Show*" violava a dignidade da pessoa humana, uma vez que "objetificava o corpo da dançarina" (MAC CRORIE, 2013, [Livro Digital; trecho próximo à nota de rodapé 475]). Dessa forma, a realização desse tipo de espetáculo restou proibida. [19]

---

[18] Sobre a "teoria das esferas da individualidade", proposta por Heinrich Hubmann, vide SOUSA (1995, p. 143-148). O mesmo tema é tratado em BELTRÃO (2014, p. 143-148).

[19] Cumpre destacar que essa decisão foi emanada pelo juízo competente alemão. De outra sorte, na Holanda, a prática do *Peep Show* é permitida, assim como a prostituição, que é legalizada. Sendo assim, em se tratando de "*hard cases*", não há que se falar em soluções auto-evidentes, tampouco fundamentações tautológicas que bastem, sobretudo, para restringir o direito geral de ação

De outra sorte, quanto ao caso do "Lançamento de Anões", ocorrido na França, havia um estabelecimento comercial que oferecia, entre suas atrações de entretenimento, o lançamento de anões. A atração consistia em arremessá-los; por questões de segurança, eles protegiam seus corpos com roupas protetivas de futebol, sendo lançados sobre um tapete pneumático. Nesse jogo, o vencedor seria aquele que arremessasse o anão em distância maior do que a dos demais concorrentes. (MARELLA, 2006, p. 271).

Em 1991, entretanto, dois municípios franceses proibiram a atividade, argumentando que a referida prática dava azo à infringência da dignidade humana. Em face disso, o Sr. Wackenheim, anão empregado nesse estabelecimento e que tinha por função "ser lançado" nesse tipo de jogo, insurgiu-se contra essa vedação. Em defesa de seu emprego, aduziu que percebia um bom salário para desempenhar o seu ofício. Em que pese dois tribunais administrativos tivessem julgado favoravelmente o seu pedido, o *Conseil d'Etat* cassou a decisão, declarando que a atividade atentava contra a ordem pública, uma vez que maculava a dignidade de pessoas portadoras de nanismo. Recorrendo da decisão, o Sr. Wackenheim argumentou que enfrentava discriminação no que dizia respeito aos seus direitos trabalhistas, já que estava sendo impedido de trabalhar. Entretanto, sua argumentação não foi acolhida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que, em 1996, rejeitou o seu recurso. Em suas razões, afirmou o juízo que ocorreu efetivamente a violação à dignidade humana, negando a ocorrência de qualquer discriminação direcionada à pessoa do Sr. Wackenheim. (MARELLA, 2006, p. 271-272).

Observando-se ambos os casos apresentados, pode-se concluir que os dois tratam de situações em que o indivíduo é impedido de exercer alguma atividade interpretada como "contrária a direito" em razão de alegada violação ao princípio da dignidade

(*Handlungsfreiheit*) previsto pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso II ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei").

humana. Em outras palavras, a proibição de espetáculos de lançamento de anões lesaria a dignidade dos portadores de nanismo, enquanto que a vedação de apresentações do tipo *Peep Shows* se embasa, da mesma forma, na suposta violação da dignidade das mulheres (MARELLA, 2006, p. 272).

Dessa forma, a interpretação de dignidade humana realizada pelos tribunais francês e alemão ensejam uma forte oposição do pensamento da comunidade em relação ao interesse individual, reforçando a identidade de grupo (ou minoria) contra a escolha individual (MARELLA, 2006, p. 272), de modo que toma relevo a discussão a respeito dos limites da autonomia privada (CARVALHO, 2016). Portanto, uma vez que a Constituição Federal garante o direito fundamental à liberdade de ação e ao livre desenvolvimento da personalidade, questiona-se se o Estado deve (ou mesmo pode) promover a restrição da autonomia privada do indivíduo a fim de "defendê-lo" de si mesmo – como se esse não fosse dotado da capacidade jurídica de determinar para si o seu próprio projeto de vida. Em suma, a questão que se coloca é: cabe ao indivíduo dispor de direitos fundamentais de sua titularidade?

Para responder a essa pergunta, aponta-se que, atualmente, cogita-se a possibilidade de renúncia total ou de disponibilidade parcial do exercício dos direitos da personalidade. Nesse sentido:

> [...] cogita-se a possibilidade de renúncia total ou de disponibilidade parcial do exercício dos direitos da personalidade. Destaca-se que tal possiblidade é própria do exercício destes direitos e não deles em si. Juridicamente, no Brasil, tais direitos não são passíveis de serem elididos (em situações normais), muito embora o seu não-exercício pelo titular possa ter efeitos aproximados à destruição.
>
> De qualquer sorte, entende-se como acertada a posição que reconhece a possibilidade de renúncia total ou parcial do exercício dos direitos da personalidade como efetiva deferência à dignidade humana. Afinal, é a partir de tais comportamentos que uma pessoa pode ser o que ela é ou pretende ser (livre desenvolvimento da personalidade), sentindo-se bem consigo mesma. É a partir disso

> que ela pode buscar seus projetos de vida (BOLESINA; SCHROEDER, 2016, p. 14).

A propósito, no mesmo sentido, Fernanda Cantali entende que:

> A plena realização de um direito fundamental da personalidade inclui a possibilidade de o titular dele dispor, mesmo que este ato importe em restrição do direito, já que tal restrição é a expressão do direito de autodeterminação pessoal, o qual, além de ser fundamental para o livre desenvolvimento da personalidade, é uma das dimensões da própria dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o poder de disposição é o pressuposto para a renúncia e para a limitação. Se é possível dispor, é possível limitar o exercício ou até renunciar ao direito em si, desde que a restrição seja voluntária, objeto de consentimento livre e esclarecido (2009, p. 256).

Derradeiramente, seguindo a mesma lógica de raciocínio, na visão de Mac Crorie, em que pese existam teorias em sentido contrário, uma vez que a autonomia do indivíduo assume um papel de relevo no Estado de Direito, não é razoável condicionar o exercício dos direitos fundamentais por fins supra-individuais que devessem *sempre* prevalecer. Portanto, a possibilidade de disposição dos direitos fundamentais tem fundamento no conteúdo de dignidade e autonomia presentes em cada um destes direitos. Como consequência disso, conclui-se pela admissibilidade da renúncia, ainda que tal se sujeite a condições e limites (MAC CRORIE, 2013).

4 Considerações finais

O presente artigo tratou da possibilidade de renúncia a direitos fundamentais relativos à integridade física. Nesse sentido, na primeira parte, abordaram-se aspectos iniciais acerca dos direitos da personalidade. Ultrapassado esse ponto, passou-se à análise do instituto da renúncia, bem como da autonomia privada. Ato contínuo, relataram-se casos da jurisprudência internacional pertinentes ao tema.

Por fim, trouxe-se a posição de doutrinadoras como Cantali e Mac Crorie, segundo as quais é possível a restrição de um direito de personalidade, uma vez que tal restrição conforma a expressão do direito de autodeterminação pessoal e o livre desenvolvimento da personalidade. Logo, conclui-se que uma vez sendo possível dispor de um direito, é também possível limitar o seu exercício, assim como dele renunciar, desde que essa restrição seja voluntária e objeto de consentimento livre e esclarecido.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução.** 8. ed. rev., mod. e aument. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos de personalidade.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BOLESINA, I.; SCHROEDER, H. C. A "limitação" voluntária dos direitos da personalidade no direito civil contemporâneo. In: **XII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2016**, Santa Cruz do Sul. Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2016. v. 1. p. 1-17.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2009.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARVALHO, Jorge Morais. **Os Limites à Liberdade Contratual.** Coimbra: Almedina, 2016.

FRANCA, Inacia Sátiro Xavier de; BAPTISTA, Rosilene Santos; BRITO, Virgínia Rosana de Sousa. Dilemas éticos na hemotransfusão em Testemunhas de Jeová: uma análise jurídico-bioética. **Acta paul. enferm**., São Paulo , v.

21, n. 3, p. 498-503, 2008 . Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002008000300019&lng=en&nrm=iso. Acesso em 23/04/2017.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MAC CRORIE, Benedita. **Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares.** Coimbra: Almedina, 2013.

MARELLA, Maria Rosaria. The old and the new limits to freedom of contract in Europe, **European Review of Contract Law**, Vol. 2, nº 2, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Tomo I, Pessoas Físicas e Jurídicas; atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (2012a)

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Tomo VII, Direito de personalidade, Direito de família, Direito matrimonial (existência e validade do casamento); atualizado por Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (2012b)

MORATO, Antônio Carlos. Quadro Geral dos Direitos de Personalidade. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. Vol. 31, Jan.-Jun., p. 49-96, 2013.

PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil Português e no novo Código Civil Brasileiro. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, n. 96, dez., p. 407-437, 2004.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

17

A dignidade da pessoa humana: contradições da eutanásia

Maria Carolina Santini Pereira da Cunha[1]

Introdução

O instigante âmbito bioético enfrenta diversos dilemas clínicos, cuja dimensão encontra na eutanásia alicerce provocativo no quotidiano hodierno. Consequentemente, seu escopo de pesquisa se mantém em reflexão no cerne científico. Inicialmente, não se pretende fazer, por meio de um debate eutanásico, considerações prevalecentes na seara penal ou processual, uma vez que tais matérias não pressupõem um caminho ao encontro de um enfoque extraordinário nem condizente com a intenção a ser desenvolvida.

A proposta é analisar a prática da eutanásia de modo neutro e isento; fazer um panorama internacional, demonstrado por casos

[1] Laureada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Mestranda em Filosofia na PUC-RS, bolsista integral CAPES. Orientador: Professor Doutor Nythamar de Oliveira. Pós-Graduanda em Direito Público na Universidade Cândido Mendes (UCAM-RJ). Advogada. Foi bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), orientanda do Professor Doutor Fabio Roberto D'Avila. Investigadora atuante nas áreas de: Direito Penal, Criminologia e Filosofia do Direito. Participante de diversos grupos de pesquisa. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Criminologia (GEPCrim), sob coordenação do Professor Doutor Álvaro Filipe Oxley da Rocha, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Criminologia (PPGCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Possui Curso de Argumentação Jurídica (2015); Curso Superior de Complementação de Estudos em Linguagem e Comunicação para a Área Jurídica (2013); Extensão Universitária em Filosofia e Direito (2013); Grupo de Estudos de Teoria Geral do Processo Civil (2013); Extensão Universitária em Violência: Aspectos Psicológicos, Biológicos e Sociais (2012). E-mail: maria.cunha.001@acad.pucrs.br

concretos. Além disso, busca-se levantar aspectos filosóficos: na perspectiva do Utilitarismo, seria permitido aplicá-la em favor de esvaziar leitos dos hospitais. Uma ilustração dessa abordagem é o caso da médica Virgínia Soares, cuja ótica se contrapõe a filosofia kantiana sobre a eutanásia, na qual o indivíduo não tem permissão para contrariar o dever para consigo, de manter a vida, e não pode ser usado como meio e desrespeitado como fim. Uma ilustração desse dilema da autonomia foi a decisão da Suprema Corte da Inglaterra no caso do bebê Charlie ocorrido em 2017. A metodologia tem por fito primordial a utilização de material bibliográfico relativo ao tema. A revisão da literatura abarca correntes filosóficas que tratam sobre o assunto de maneira contraposta. Ou seja, representa-se a contraposição de ideias, por meio do método dialético.

Nesse intuito, o artigo divide-se em duas seções: a primeira, *eutanásia: aspectos para sua compreensão* abarca sua denominação e origem; a segunda, *reflexões clínicas,* subdividida por *casos emblemáticos* na aplicação da eutanásia, seguida da terceira seção, *contraponto filosófico: lente kantiana e utilitária* trata das teorias de Kant e Jeremy Bentham.

1 Eutanásia: aspectos para sua compreensão

Etimologicamente, o termo Eutanásia tem origem no grego *euthanatos*: *eu* significa bom; *thanatos*, morte. Designa-se morte boa ou calma. Pode-se dizer que a distanásia – morte lenta, com sofrimento – seja o oposto da eutanásia, convergindo apenas em seu conteúdo moral; ambas eticamente inadequadas. A atuação correta perante a morte (GOLDIM, 2003) seria a ortotanásia, que adota cuidados prestados aos pacientes nos momentos finais de suas vidas. Há ainda mistanásia ou eutanásia social. Leonard Martin sugere morte miserável, fora e antes da hora, que focaliza-a em três situações: "primeiro, a massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chegam a ser pacientes" por não conseguirem "ingressar no sistema de atendimento

médico"; segundo, os doentes pacientes que se tornam vítimas de erro médico e, "terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má-prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos" (GOLDIM, 2003).

Goldim (2003) informa que a eutanásia se diferencia de diversas formas. Quanto ao tipo de ação: eutanásia ativa, por fins misericordiosos, provoca-se a morte sem sofrimento; eutanásia passiva, ou indireta, é a morte do paciente terminal, ou pela falta de ação médica ou pela interrupção de medida extraordinária, a fim de minorar o sofrimento; eutanásia de duplo efeito é a morte acelerada, como consequência indireta das ações médicas, executadas visando o alívio do sofrimento de um paciente terminal. Quanto ao consentimento do paciente, eutanásia voluntária é a morte provocada atendendo a vontade do paciente; a eutanásia involuntária é a morte provocada contra a vontade do paciente, e a eutanásia não-voluntária é a morte provocada sem manifestação de posicionamento do paciente (GOLDIM, 2003). Atualmente, em alguns países, a eutanásia é aceita; e em outros, se equipara ao homicídio.

O reconhecimento universal do direito à vida foi preterido pela Sociedade da Eutanásia, do Reino Unido (1935) e pela sociedade americana (1938). No século XVII, o termo "eutanásia" foi proposto pela primeira vez, por Francis Bacon na sua obra "Tratado da vida e da morte". Em 1931, na Inglaterra, Dr. Millard propôs uma lei para Legalização da Eutanásia Voluntária, que foi discutida até 1936 sendo rejeitada pela Câmara dos Lordes. Durante os debates, o médico real, Lord Dawson, revelou que tinha "facilitado" a morte do Rei George V, utilizando morfina e cocaína (GOLDIM, 2000). O Uruguai, em 1934, possibilitou a eutanásia no seu Código Penal, "homicídio piedoso", possivelmente a primeira regulamentação nacional sobre o tema, mantida em vigor. Em 1968, a Associação Mundial de Medicina adotou uma resolução contrária à eutanásia.

Em 1990, a Real Sociedade Médica da Holanda e o Ministério da Justiça estabeleceram rotina de notificação para a eutanásia, tornando o profissional que a realiza isento de procedimento criminal. Em 1991, houve tentativa frustrada para introduzir a eutanásia no Código Civil da Califórnia (EUA). Em 1996, na Austrália, aprovaram lei possibilitando a eutanásia, revogada meses depois. No mesmo ano, o Brasil apresenta proposta semelhante, sem resultados. A Corte Constitucional da Colômbia, na década de 97, instituiu em sua legislação que o profissional que praticasse a eutanásia não poderia ser punido criminalmente. Nesse mesmo ano, legalizou-se o suicídio assistido no Oregon, nos Estados Unidos.

O primeiro país do mundo a legalizar a eutanásia foi a Holanda, em 2001, inclusive podendo ser aplicada a menores, desde que com o consentimento dos pais. Em 2002, a Bélgica tornou-se o segundo país a legalizar a eutanásia, que tem sido aplicada mundialmente, e continua sem obter consenso, divergindo os posicionamentos sobre o direito à morte, versus o direito à vida. Médicos, pacientes e familiares têm opiniões opostas acerca dessa prática. A seguir serão expostos os aspectos médicos em torno da eutanásia.

2 Eutanásia: reflexões clínicas

Segundo Clotet (2006, p.24), a Bioética deve "fornecer os meios para fazer uma opção racional de caráter moral referente à vida, saúde ou morte, em situações especiais, reconhecendo que esta determinação terá que ser dialogada, compartilhada" e optada entre indivíduos com valores distintos. Para Terra et al. (1994, p.102), a humanidade se depara desde a Antiguidade com dificuldade em determinar com exatidão a ocorrência da morte do indivíduo, e afirma que o conceito de morte encefálica "modificou-se nos últimos anos em decorrência do desenvolvimento de novas técnicas de ressuscitação e suporte avançado para o atendimento de doentes criticamente enfermos". Os autores (TERRA et al., 1994, p.103)

afirmam que atualmente se define pela "cessação irreversível de todas as funções de todo o encéfalo, incluindo o tronco cerebral", sendo sinônimos morte encefálica e morte do indivíduo. É importante ressaltar que há diferença entre morte encefálica e morte cerebral: este termo tem sido preterido em prol daquele, tendo em vista que para um diagnóstico clínico é preciso cessar as atividades do córtex e imperiosamente do tronco cerebral. Existindo sinais de persistência de atividade do tronco encefálico, não há morte encefálica, isto é, o paciente não pode ser considerado morto. Um exemplo disso é o estado vegetativo persistente. Entretanto, os autores discordam da aplicação do conceito de eutanásia nesse caso: há respaldo legal no Brasil para "o diagnóstico de morte encefálica".

Os pesquisadores (TERRA et al., 1994, p.110) informam que a eutanásia implicaria "em utilizar meios para abreviar a vida do paciente, mas no presente caso, não existe mais vida". Para ilustrar, trazem argumentos de Leocir Pessini, em seu livro Eutanásia e América Latina: "para uma maior clareza conceitual, deveríamos desfazer o equívoco em falar de eutanásia quando se tratar de desligar os aparelhos sustentadores da vida, estando a pessoa já em morte cerebral comprovada por todos os exames necessários". O ato de cuidar é dever ético e legal que incumbe a todos os médicos em relação a seus pacientes. No entanto, nem sempre esses deveres são cumpridos (SOUZA, 2006).

Aristóteles refletia que não se delibera sobre os fins, mas sobre os meios: "um médico, por exemplo, não delibera sobre se deve ou não curar, [...] nem um estadista se deve assegurar a ordem pública, nem qualquer outro homem delibera a respeito da própria finalidade de sua atividade" (ARISTÓTELES, 2007, p.62-63). "A estrutura do juízo, assim, garante ao direito ou deveria garantir-lhe a função da justiça" (CARNELUTTI, 2003. p.8). O Código de Ética Médica brasileiro (CRM-RJ, 2012, p.11), no Cap. I, art.6º, providencia que o médico deve respeito pela vida humana, em benefício do paciente. "Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o

extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade." Kipper (KIPPER et al., 2000 apud PITHAN, 2004) relata que "os próprios médicos têm entendido que fazem uso abusivo dos recursos terapêuticos de que dispõe, sem que haja benefício para os pacientes". Punível de acordo com o projeto de Parte Especial do novo Código Penal, essa conduta não deve ser admitida.

Jussara de Azambuja Loch (LOCH; GAUER; CASADO, 2008, p.156) explica a análise da vontade do paciente, três critérios principais a serem considerados: a) Critérios objetivos para avaliar, com aspectos técnicos: se aceitar o desejo do paciente, quais os riscos e os benefícios que a determinada conduta trará para a saúde e a vida? A conduta é beneficente? O paciente é autônomo, não está sendo coagido a tomar esta decisão? b) Critérios subjetivos: considerar os valores do paciente: o valor da vida, a qualidade de vida que o paciente considera adequada para si próprio, suas crenças religiosas, os argumentos morais com os quais o paciente justifica sua vontade; c) Os melhores interesses: é um balanceamento entre os critérios objetivos e subjetivos, é analisar, diante dos fatores já citados, qual a melhor alternativa, do ponto de vista do próprio paciente, visando seu melhor benefício.

Roque Junges relata que a "bioética surgiu como preocupação pelas incidências da intervenção tecnológica do ser humano no ambiente natural e como resposta aos dilemas éticos provocados pelas novas descobertas biológicas e pelos avanços da medicina sobre a saúde do ser humano" (JUNGES, 2005, p.29). O sistema penal estabelece o constrangimento ilegal, que não se pune a fim de evitar suicídio e preservar a vida. A Bioética precisa [...] "de um paradigma de referência antropológico-moral que, implicitamente, já foi colocado: o valor supremo da pessoa, da sua vida, liberdade e autonomia" (CLOTET, 2006, p.24). Esse princípio, parece conflitar com o relativo à qualidade de vida digna que os seres humanos são dignos, princípios que nem sempre se amoldam sem conflitos. Em determinadas circunstâncias, não é fácil tomar uma decisão (CLOTET, 2006, p.24).

A filosofia, cremos, é a ciência que melhor pode pensar e elaborar argumentos sobre a eutanásia. Michael Sandel, professor de Harward, elucida teorias de filósofos como Kant, John Mills e Jeremy Bentham e traz, em seu livro "Justiça: o que é fazer a coisa certa", correntes filosóficas que refletem os anseios da sociedade moderna do século XXI. Passa-se a analisar as teorias propostas para este trabalho.

2.1 Casos emblemáticos na aplicação da eutanásia

Seguem alguns exemplos de casos concretos, para se questionar sobre a realidade, como tem sido tratada a eutanásia na prática, universalmente.

2.1.1 O caso do bebê Charlie Gard

Nascido em agosto de 2016, aos dois meses Charlie Gard necessitou de internação no Hospital Great Ormond Street, em Londres (BBC, 2017). O bebê sofria de síndrome de miopatia mitocondrial, doença genética rara e incurável que ocasiona danos cerebrais (BBC, 2017), fraqueza muscular progressiva no coração e em outros órgãos essenciais, tornando necessária a ventilação artificial por estar impossibilitado de respirar sozinho (FRANCE-PRESSE, 2017). Para o serviço de saúde pública do Reino Unido (NHS), os danos cerebrais eram irreversíveis. Assim, com problemas no coração, fígado e rins, Charlie não se movia, escutava ou enxergava (BBC, 2017).

Seus pais, Connie Yates e Chris Gard, travaram uma batalha judicial de cinco meses para conseguir uma autorização para tirá-lo do hospital onde estava internado, no Reino Unido, e levá-lo aos Estados Unidos, a fim de submetê-lo a um tratamento experimental, mas perderam várias apelações em tribunais britânicos (FRANCE-PRESSE, 2017). O processo se estendeu por três instâncias até a Suprema Corte britânica (BBC, 2017), e alcançou visibilidade internacional com o

apoio da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) em favor das instâncias inferiores no Reino Unido (G1, 2017). O hospital pediátrico do Vaticano se ofereceu para assumir o tratamento do bebê, mas houve impedimento da transferência por razões legais.

Chris Gard e Connie Yates arrecadaram 1,3 milhão de libras (R$ 5,5 milhões) de um financiamento coletivo para custear o tratamento nos Estados Unidos, doando o dinheiro a uma ONG voltada para a síndrome de miopatia mitocondrial no caso de Charlie não ser beneficiado. Um comitê do Congresso americano aprovou uma emenda para conceder o status de residente permanente para o bebê e a família, a fim de obter o tratamento no país (G1, 2017). Após manifestações de Trump e do Papa, o Great Ormond Street Hospital anunciou que reavaliaria novas possibilidades de tratamento (G1, 2017). Os pais de Charlie Gard colocaram um fim na batalha legal em 24 de julho do ano de 2017, porque exames mostraram que a criança tinha sofrido danos irreversíveis (HOLDEN, 2017). Esse caso concreto remete a uma discussão sobre a autonomia dos pais ou, melhor, a falta dela, em relação à decisão sobre a vida e a morte de seu filho. O exemplo seguinte trata de uma questão de utilitarismo, que ocorreu no cotidiano de uma UTI hospitalar.

2.1.2 O caso do hospital evangélico

A médica Virgínia Helena Soares de Souza, chefe da Unidade de Terapia Intensiva do Hospital Universitário Evangélico, o maior e mais antigo de Curitiba, ficou conhecida como “a doutora morte” e a “assassina da UTI”. A equipe médica acelerava a morte de doentes em estado grave, ao manipular padrões de oxigênio de aparelhos respiratórios e ministrar um coquetel de sedativos e bloqueadores neuromusculares. A combinação dos procedimentos comprometia a respiração e dificultava a passagem de ar para os pulmões dos enfermos. O motivo, segundo ela, era “liberar os leitos da UTI” para acomodar novos pacientes. (PINHEIRO, 2013)

Virgínia e mais sete pessoas foram acusadas pelo Ministério Público do Paraná por homicídio qualificado e formação de quadrilha no início de 2013, com a investigação do Núcleo de Repressão aos Crimes contra a Saúde (Nucrisa) e denúncias de ex-funcionários do hospital e de familiares de pacientes (G1, 2017). A polícia prendeu Virgínia e outros funcionários da UTI, subordinados à médica, sob acusação de antecipação de óbitos. De acordo com a denúncia, eles teriam usado técnicas médicas para que oito pacientes viessem a óbito, com o objetivo de liberar leitos na unidade. (NUNES; MAZZA; RIBEIRO, 2017) Conforme a acusação, os paientes foram mortos por asfixia, com uso do medicamento Pavulon, que paralisava a respiração, e diminuição de oxigênio no respirador artificial (G1, 2017).

Em julho de 2016, análise de perícia feita Ministério Público apontou excesso de medicamentos como bloqueadores musculares, analgésicos e sedativos, o que teria acelerado a morte dos pacientes (RIC MAIS, 2017). Em laudo, ao ser questionado sobre quais indicações terapêuticas da aplicação de três medicamentos que foram usados juntos em casos suspeitos, o perito respondeu que não havia nenhuma (G1, 2017). A defesa manteve a alegação de que as práticas de Virgínia na UTI foram "atos típicos de medicina intensiva, vinculados todos à literatura médica - protocolos nacionais de anestesiologia, de medicina intensiva e de farmacologia", como declarou Elias Assad (RIC MAIS, 2017).

Acusada de ter praticado eutanásia em sete pacientes, foi absolvida em vinte de abril de 2017. O juiz da 2ª Vara do Júri de Curitiba, “julgou improcedente a denúncia, absolveu sumariamente e impronunciou a médica Virgínia (RIC MAIS, 2017). A médica ganhou uma ação trabalhista contra o hospital que totaliza 4 milhões de reais (PINHEIRO, 2017). Eis o caso famoso de uma médica que assumiu a doutrina do utilitarismo, calculando que o bem dos próximos pacientes deveria predominar sobre os antigos. Por isso, a fim de liberar leitos de UTI para outros pacientes, optou

por antecipar as mortes dos enfermos ali presentes. A seguir, aprofunda-se as teorias filosófias a respeito do assunto nos quais encaixam-se os casos trazidos.

3 Contraponto filosófico: a perspectiva kantiana e utilitária

Michael Sandel (SANDEL, 1997, p.27, tradução livre) expõe que, enquanto quase todo o estado proíbe suicídio, a Suprema Corte o declarou como um direito constitucional. Filósofos dizem que a autonomia e liberdade de escolha implica da posse sobre a vida. A ética da autonomia, longe de ser neutra, parte "de muitas tradições religiosas e também do ponto de vista dos fundadores da filosofia política liberal, John Locke e Immanuel Kant". Locke e Kant opõem-se ao direito de suicídio e "rejeitaram a ideia de que nossas vidas são bens para dispor como nos agradar". Para Kant, o respeito pela autonomia implica em deveres para si mesmo, em tratar a humanidade como um fim em si mesma. Em seu raciocínio, "o homicídio é errado, porque usa a vítima como um meio e não a respeita como um fim, mas o mesmo pode ser verdade do suicídio". O fato de que uma pessoa queira morrer não torna moralmente admissível matá-la, ainda que seu desejo seja sem coerção e bem informado. Sandel (1997, p.27, tradução livre) diz que não necessariamente deva se opor à eutanásia em todos os casos. Até quem encara a vida como sagrada pode admitir que "alegações de compaixão às vezes podem substituir o dever de preservar a vida". O desafio é o de encontrar uma maneira de honrar estas alegações que preserva o peso moral de apressar a morte e que retém a reverência pela vida, como algo que prezamos não é algo que possamos escolher.

A primeira visão filosófica abordada será o Utilitarismo. Michael Sandel (2012, p.48) define a visão utilitária: "maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor". Para Bentham, justiça maximiza a utilidade, definida como aquilo que "produza prazer ou felicidade e que evite a dor ou o sofrimento" (SANDEL, 2012, p.48). A soma reduzida dos custos produz mais

felicidade do que uma decisão alternativa. Assim, o sofrimento da maioria é maior do que da minoria. Desse modo, a promoção do bem-estar geral resolveria um problema que afeta a felicidade social. Entretanto, há algumas objeções, tais como direitos individuais. "Para o utilitarista, os indivíduos têm importância mas apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais" (SANDEL, 2012, p.51). A teoria utilitária defende o máximo bem-estar para o maior número de pessoas. Seguindo essa lógica, a eutanásia seria permitida, para liberar leitos para novos pacientes. Essa filosofia sugere que, por haver dois bens jurídicos em disputa, a vida do ser humano pode ser abandonada em detrimento de outro. Partindo desse princípio, defende-se o suicídio assistido também. Para os utilitários, leis proibitivas de eutanásia e suicídio assistido são injustas pelo fato de que a vida de uma pessoa predomina sobre outra, em determinadas ocasiões.

Ingo Sarlet (2006, p.29) leciona que a ideia de dignidade da pessoa humana é intrínseca ao pensamento e ideário clássico cristão. Immanuel Kant, filósofo iluminista, acreditava na razão, que emanava os homens, buscando seu fundamento na ciência. A ideia de ser dono de si mesmo traz implicações que apenas um libertário poderia aceitar: mercado sem proteção alguma, Estado mínimo, sem medidas para diminuir a desigualdade e promover o bem comum; e uma celebração do consentimento que permita infligir afrontas à própria dignidade, como canibalismo ou venda de si mesmo, feito escravo. Das mais influentes questões de direitos e deveres feita por um filósofo, Kant parte de que somos seres racionais merecedores de dignidade e respeito, e argumenta que a moral fundamenta-se no respeito às pessoas como fim em si mesmas. Essa importância da dignidade humana define conceitos universais. O filósofo associa justiça e moralidade à liberdade (SANDEL, 2012).

Ao afirmar que a moralidade não deva ser baseada em considerações empíricas, interesses, vontades, desejos, Kant diz que alicerçar a moralidade em interesses aniquila sua dignidade.

Merecemos respeito por sermos racionais, capazes de pensar; autônomos, capazes de agir e escolher livremente. A capacidade de raciocinar está ligada à capacidade de ser livre. Costuma-se definir liberdade como poder fazer o que se quer sem obstáculos. Kant define de maneira mais rigorosa, com o raciocínio de que quando buscamos o prazer ou evitamos a dor, não agimos livremente, mas de acordo com determinação exterior. Não é livre o desejo condicionado ou biologicamente determinado (SANDEL, 2012).

Quando se pensa a vontade, ainda que esta possa estar ligada a leis por meio de um interesse, é impossível que seja legisladora suprema. Dependendo de um interesse qualquer, "precisaria ainda de uma outra lei que limitasse o interesse do seu amor próprio à condição de uma validade como lei universal" (KANT, 2005, p.74). Nomeia este princípio de autonomia da vontade, que é fundamento da "dignidade da natureza humana e de toda natureza racional" (KANT, 2005, p.79). Entretanto, Kant (2005, p.80) prefere "no juízo moral, proceder sempre segundo o método rigoroso e basear-se sempre na fórmula universal do imperativo categórico." A obrigação é a "dependência em que uma vontade não absolutamente boa se acha em face do princípio da autonomia (a necessidade moral)". O agir autônomo é conforme a lei imposta pelo indivíduo, e não pela natureza ou por convenções sociais, ao contrário da heteronomia que se impõe por determinações exteriores.

A autonomia distingue pessoas de coisas, o respeito à dignidade humana exige tratar as pessoas como fins em si mesmas. Para Kant, o valor moral não consiste nas consequências, mas na intenção da ação. Deve-se fazer o que é certo, e não por motivo exterior à coisa. Se agir por outro motivo que não por dever, a ação não terá valor moral. Kant diferencia dever de inclinação, mas estes com frequência coexistem (SANDEL, 2012). Kant (2005, p.50, sic) esclarece que os imperativos são hipotéticos – "representam a necessidade prática de uma acção possível com meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira)" – ou categóricos - representam uma ação "necessária por si mesma,

sem relação com qualquer outra finalidade." Se a ação é "representada como boa em si, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme à razão como princípio dessa vontade", o imperativo é categórico. O imperativo categórico é: "Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal" (KANT, 2005, p.52).

Sandel (2012) explica que a moral é conferida pela motivação do dever, e não por ser útil ou conveniente. Kant (2005, p.30-31) diz que o valor do caráter consiste em fazer o bem não por inclinação, mas por dever, uma vez que "o amor enquanto inclinação não pode ser ordenado", mas o bem-fazer por dever é "amor prático e não patológico, que reside na vontade e não na tendência da sensibilidade, em princípios de ação e não em compaixão lânguida. E só esse amor é que pode ser ordenado (...)." (KANT, 2005, p.28) Representação de um princípio objetivo, obrigado pela vontade, mandamento da razão, cuja fórmula denomina-se Imperativo. "Todos os imperativos se exprimem pelo verbo dever", relação de uma lei objetiva da razão "para uma vontade que segundo a sua constituição não é por ela necessariamente determinada (uma obrigação)" (KANT, 2005, p.48, sic). Para Kant (2005, p.23), "a boa vontade não é boa por aquilo que promove ou realiza, pela aptidão para alcançar qualquer finalidade proposta, mas tão-somente pelo querer, isto é, em si mesma". Segundo ele, ser caritativo podendo sê-lo é dever, ademais há "muitas almas de disposição tão compassiva que, mesmo sem nenhum motivo de vaidade ou interesse", sentem prazer em "espalhar alegria à sua volta e se podem alegrar com o contentamento dos outros, enquanto este é obra sua". Essa ação, conforme ao dever e amável que seja, não tem valor moral para o filósofo, já que falta o conteúdo moral, "que tais ações se pratiquem, não por inclinação, mas por dever".

Kant (2005, p.60) diz: "uma pessoa, por uma série de desgraças, chegou ao desespero e sente tédio da vida, mas ainda está bastante em posse da razão para poder perguntar a si mesma se não

será talvez contrária ao dever para consigo mesma atentar contra a própria vida". O princípio objetivo da sua autodeterminação é o fim [motivo] que, se dado pela razão, tem validade. Fins relativos que são a base de imperativos hipotéticos. Se vive por gostar da vida, e não por dever moral de fazê-lo. Kant coloca em questão a motivação do dever: cita um caso imaginário de que um indivíduo infeliz e sem esperança não deseje viver mais. Se reunir forças para continuar sua vida, sua ação terá valor moral se o fizer por dever e não por inclinação. Não há valor moral em boas ações advindas de compaixão, pois importa que a boa ação seja feita, prazerosa ou não, por ser a coisa certa.

Incompatíveis com o imperativo categórico são o homicídio e o suicídio. Se para escapar de condição dolorosa põe-se fim à vida, usa-se a si mesmo como meio para aliviar o sofrimento. Kant afirma que o ser humano não é coisa para ser meio. Não há mais direito de dispor sobre si do que sobre outra pessoa. O respeito pelo ser humano, diferentemente do amor, empatia, solidariedade, e companheirismo, sentimentos morais é pela humanidade em si e sua capacidade racional. Aplica-se aos direitos humanos universais. Estão interligadas liberdade e moralidade: agir por dever obedecendo a lei moral, um imperativo categórico, que obriga "a respeitar as pessoas como seres racionais independentemente do que possam desejar em uma determinada situação" (SANDEL, p.157).

A dignidade humana consiste na sua capacidade de criar leis universais, sujeita a essas leis. A concepção kantiana de autonomia impõe limites paradoxais ao tratamento que podemos nos dar. É preciso ser governado por uma lei outorgada a si mesmo, o imperativo categórico. O respeito é uma finalidade exigida pelo imperativo categórico que se trate a si mesmo e as pessoas com respeito e não transforme o corpo em objeto, não o utilizando como bem entender. Os seres humanos não têm o direito de fazer a si mesmos uma coisa como a um bife por meio do qual os outros saciam sua fome, cujo princípio moral básico é não ter propriedade de si. Atos entre adultos inconformes com o autorrespeito e dignidade são condenados por

Kant, que defende uma teoria de justiça fundamentada em um contrato social. Para ele, uma Constituição justa objetiva harmonizar a liberdade individual e coletiva. No seu entender, que cada um busque sua felicidade, não infringindo a dos outros. Assim como a lei moral não pode ter interesses ou desejos particulares ou de um determinado grupo de pessoas (SANDEL, 2012).

Kant não poderia aceitar ou concordar com a degradação do ser humano. Para ele, manter-se vivo trata-se de um dever, sendo imoral atentar contra a própria vida. A eutanásia é um direito individual? Um ponto de vista utilitário possibilitaria quantificar ou qualificar a vida. Stuart Mill (apud SANDEL, 2012, p.66) diz que percepção, julgamento, atividade mental e preferência moral só são exercitadas ao se fazer escolhas, e quando estas são feitas por costume se é incapaz de discernir o melhor: "as capacidades mentais e morais, assim como as musculares, só se aperfeiçoam se forem estimuladas".

Desse modo, conforme Mill, quem abdica da capacidade de escolha não necessita de outra que não a de reproduzir, como imitação, pois, para o filósofo, só quem exercita todas suas faculdades pode decide por si.

Conclusão

Há diversas perspectivas a respeito da práxis milenar da eutanásia. Com sua exploração, elucidaram-se as implicações legais e médicas, além das apreciações filosóficas. Nesse diapasão, é relevante que o profissional da medicina resguarde a vida humana como mencionado em seu código de ética. Conforma a corrente filosófica adotada, percebe-se uma postura diferente em relação a eutanásia. Kant concebe que é dever manter a vida; exterminá-la violaria a dignidade a qual é fundada na autonomia, isto é, obedecer à lei universal, e não à vontade do indivíduo. Cada ser, para ele, tem um fim em si mesmo. Averígua-se que o utilitarismo torna a vida quantificável e qualificável, o que afronta a ética e a moral

tradicionais. Enfermos recuperam-se do coma, ainda que posteriormente a longos períodos. Não se pode obliterar que o ser humano, civilmente capaz, está sujeito a ter sua lucidez circunscrita, dada sua vulnerabilidade. É imprescindível obter proteção multidisciplinar. Tal é o mister do Estado: a intervenção e garantia de direitos, primordialmente o direito vital.

Um caso emblemático foi o caso de caso Charlie Gard, ocorrido na Inglaterra em 2017. Nesse episódio, a família queria um tratamento alternativo e o hospital entrou com dissídio judicial e obteve a autorização para desligar os aparelhos. A discussão gira em torno da dignidade da pessoa humana, dos direitos à vida e à liberdade, e também da autonomia da vontade. A autonomia foi central no caso Charlie Gard, em que o bebê não poderia expressar sua vontade, sendo representado pelos pais. No entanto, o Hospital venceu a batalha judicial em todas as instâncias, inclusive na Corte Internacional Europeia. Os pais não puderam decidir sobre a vida e a morte de seu filho. Houve intervenção estatal. Do mesmo modo, houve polêmica no caso da médica Virgínia Soares de Souza, do Hospital Evangélicos, acusada em 2013 de ter realizado eutanásia. Denúncias de familiares e ex-funcionários, bem como a investigação do Ministério Público do Paraná indicaram sete mortes por asfixia com medicamento que interrompia a respiração e por diminuição do índice de oxigênio em respiradores artificiais. A acusada foi absolvida em abril deste ano. Quanto à prática da eutanásia houve resultados diferentes quanto a permissibilidade: no caso do bebê Charlie, foi autorizado o desligamento dos aparelhos, enquanto no caso da médica Virgínia, decidiu-se por inocentar; entretanto, ela foi indiciada pelo Ministério Público pelos procedimentos realizados não terem sido autorizados.

Por fim, cabe no neste escrito uma reflexão de que deve prevalescer a mente, a alma da pessoa, em detrimento do corpo. Rejeitá-la é desconsiderar o que há de mais profundo no ser humano, reduzindo-o a um objeto. Não se pode escusar a atribuição de tratar uma pessoa que não pode fazê-lo por si, o contrário denota

perversidade. Compreende-se que existem demasiados direitos e escassez do que é essencial: benignidade, compaixão e misericórdia.

Referências

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BBC Brasil. *Caso Charlie Gard: a polêmica sobre bebê britânico em estado terminal que envolveu Trump e o papa*. Publicado em 5 julho 2017. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/internacional-40508731. Acesso em: 03 jan. 2018.

CARNELUTTI, Francisco. *A Morte do Direito*. Belo Horizonte: Lider, 2003.

CLOTET, Joaquim. *Bioética uma aproximação*. Porto Alegre: Edipucrs, 2006.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica: legislação dos conselhos de medicina*. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: http://www.cremerj.com.br/publicacoes/download/167. Acesso em 11 dez.2014.

FRANCE-PRESSE, Agência. Morre Charlie Gard, o bebê britânico de 11 meses portador de doença rara: O caso de Charlie provocou debates em nível mundial e demonstrações de apoio do papa Francisco e de Donald Trump. *Correio braziliense*. Postado em 28/07/2017. Disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2017/07/28/interna_mundo,613329/morre-charlie-gard-o-bebe-britanico-de-11-meses-portador-de-doenca-ra.shtml. Acesso em: 09 jan. 2018.

G1. *Bebê Charlie Gard morre no Reino Unido após batalha judicial*. Publicado em 28/07/2017. Disponível em: https://g1.globo.com/mundo/noticia/bebe-charlie-gard-morre-no-reino-unido-diz-imprensa.ghtml. Acesso em: 09 jan. 2018.

G1. *Novo laudo aponta que médica foi responsável por antecipar mortes*. G1 PR, com informações da RPC Curitiba. Publicado em 12 jul. 2016. Disponível em: http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/07/novo-laudo-aponta-que-medica-foi-responsavel-por-antecipar-mortes.html. Acesso em: 16 out. 2017.

GOLDIM, José Roberto. *Eutanásia*. Porto Alegre: UFRGS, 2003. Disponível em: http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm. Acesso em 14 set.14.

_____. *Breve Histórico da Eutanásia*. Porto Alegre: UFRGS, 2000. Disponível em: http://www.ufrgs.br/bioetica/euthist.htm. Acesso em 15 jul. 2013.

HOLDEN, Michael. Pais do bebê Charlie Gard concordam em deixá-lo morrer. Publicado em 24 jul. 2017. Disponível em: https://br.reuters.com/article/worldNews/idBRKBN1A91YO-OBRWD. Reuters. Acesso em: 03 jan. 2018

JUNGES, José Roque. Bioética como casuística e como hermenêutica. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, v. 1, n. 1, 2005.

KANT, Imannuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2005.

KIPPER et al., 2000 apud PITHAN, Lívia Haygert. *A Dignidade humana como fundamento jurídico das "ordens de não-ressucitação" hospitalares*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

LOCH, Jussara de Azambuja. Metodologia de análise de casos em Bioética clínica. In: LOCH, Jussara de Azambuja; GAUER, Gabriel José Chittó; CASADO, María. *Bioética, interdisciplinaridade e prática clínica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

NUNES, Samuel. MAZZA, Malu; RIBEIRO, Diego. Juiz inocenta médica acusada de matar pacientes em UTI de hospital em Curitiba. A médica Virgínia Soares de Souza foi acusada por ter supostamente abreviado a vida de oito pacientes no Hospital Evangélico. G1 PR e RPC, Curitiba. Publicado em: 20/04/2017. Disponível em: https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/juiz-inocenta-medica-acusada-de-matar-pacientes-em-uti-de-hospital-em-curitiba.ghtml. Acesso em: 13 jan. 2017.

PINHEIRO, Daniela. A doutora. Os feitos da médica Virgínia Soares de Souza, acusada de matar sete pacientes numa UTI em Curitiba. Anais da medicina. Edição 81, junho 2013. Disponível em: http://piaui.folha.uol.com.br/materia/a-doutora/. Acesso em: 13 jan. 2018.

PINHEIRO, Daniela. "Não espere de mim comiseração. Não é meu estilo". Inocentada pela Justiça quatro anos depois de ter sido acusada de matar pacientes em uma UTI em Curitiba, a médica Virgínia Soares de Souza

reflete sobre o passado, o futuro e os efeitos da *cannabis*. Publicado em: 28 de abril de 2017. Disponível em: http://piaui.folha.uol.com.br/nao-espere-de-mim-comiseracao-nao-e-meu-estilo/. Acesso em: 12 jan. 2018.

RASKIN, Salmo. *Veja*. Publicado em 7 jul. 2017. O caso Charlie Gard: eutanásia de Estado ou ortotanásia? Disponível em: http://veja.abril.com.br/blog/letra-de-medico/o-caso-charlie-gard-eutanasia-de-estado-ou-ortotanasia/. Acesso em: 16 out. 2017.

RIC Mais. Publicado em 20/04/2017. *Dra. Virgínia é absolvida de acusação de eutanásias no Hospital Evangélico*. Publicado em 20 abr. 2017. Disponível em: https://pr.ricmais.com.br/saude/noticias/dra.-virginia-e-absolvida-de-acusacoes-de-eutanasia-no-hospital-evangelico/. Acesso em: 16 out. 2017.

SANDEL, Michael. Last Rights. *The New Republic*, 14. abr. 1997, v.216.

_____. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *O médico e o dever legal de cuidar: algumas considerações jurídico-penais*. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/24/27. Acesso em 11 dez.2014.

TERRA C.M.; Bousso A.; Martins F.R.P.; SILVA A.F.A. et al. Divisão de Pediatria do hospital Universitário da USP. *Morte Encefálica: Análise*. Disponível em: http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/163.pdf. Acesso em: 19 jan. 15.

Eixo 7

Direitos fundamentais no direito estrangeiro e internacional

18

Engenharia constitucional e desafios interculturais: possibilidades a partir da experiência boliviana

Ricardo Silveira Castro[1]

1. Introdução

O estudo da história constitucional latino-americana revela que – pelo menos a partir de meados do século XIX – há a afirmação de um modelo institucional de matriz liberal-conservadora (GARGARELLA, 2014), marcado pelo discurso integracionista em matéria de direito dos povos originários. Nesse sentido, as comunidades compostas pelos povos originários são tratadas pelos textos constitucionais da região como objeto de tutela do Estado.

A abertura para o reconhecimento da diversidade cultural e para a proteção dos direitos dos povos originários latino-americanos ocorreu por meio das reformas constitucionais ocorridas na região a partir da década de 1980. O constitucionalismo pluralista (FAJARDO, 2011) se propõe a romper com o monismo jurídico inerente às estruturas do Estado-nação que foram alicerçadas pelos princípios liberais do final do século XVIII.

[1] Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Integrante do Grupo de Pesquisa "Constitucionalismo na América Latina" (PPGD/UFRGS); Integrante do Grupo de Pesquisa "Direito à Verdade e à Memória e Justiça de Transição" (PPGCCrim/PUCRS); E-mail: silveiraricardocastro@gmail.com.

O primeiro ciclo de constituições que assumiram essa abordagem de proteção da diversidade cultural é denominado de "multicultural" (FAJARDO, 2011), e é compreendido pelas experiências constitucionais do Canadá (1982), da Guatemala (1985), da Nicarágua (1987) e do Brasil (1988). O segundo ciclo, batizado de "pluricultural" (FAJARDO, 2011), constituído pelas experiências da Colômbia (1991), do Paraguai (1992), do Peru (1993), da Argentina (1994), do Equador (1998) e da Venezuela (1999), aprofundou a institucionalização do pluralismo jurídico de modo que princípios jurídicos declarados pela Convenção 189 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes (1989) foram reconhecidos em dispositivos constitucionais.

O presente estudo se debruça sobre uma das experiências constitucionais dos terceiro ciclo, denominado de "plurinacional", qual seja, a Constituição boliviana de 2009. Em 25 de janeiro de 2009, um referendo popular foi realizado e aprovou o novo texto constitucional com um pouco mais de 61%. A intensa participação de movimentos sociais nos debates em torno das escolhas político-institucionais a serem consignadas no texto constitucional boliviano repercutiu de modo significativo na estruturação do Estado e dos desenhos institucionais. O novo texto constitucional foi considerado revolucionário (PATANA, 2009) e de interesse para a região latino-americana, sobretudo pelo binômio "Estado plurinacional" - "democracia intercultural" que promete romper definitivamente com a lógica monista do Estado-nação moderno.

2. A institucionalização constitucional da pluralidade: os contornos da ruptura na Bolívia

O processo de marginalização dos povos indígenas originários e das massas populares latino-americanas figurou como alicerce tanto do modelo de colonização da região (entre os séculos XV e XVIII) quanto do modelo estatal construído após as independências

(a partir do século XIX), de forma que a pretensão descolonizadora (de emancipação) do exercício do poder proposta pelo novo constitucionalismo latino- americano no século XXI no tocante à questão da soberania popular tem como desafio o enfrentamento de uma cultura secular que estigmatiza, inferioriza e marginaliza do processo político setores sociais marcados pela vulnerabilidade econômica.

Nesse sentido, a compreensão da ordem sócio-política estabelecida nas sociedades latino-americanas – bem como dos entraves institucionais essencialmente elitistas – depende da percepção do autoritarismo intrínseco ao pensamento colonizador que reverbera cotidianamente em diversos campos, das mais variadas formas e na atuação de incontáveis atores políticos. Pensar a democratização do exercício do poder político nesses contextos pressupõe o rompimento com a visão colonizadora, que outra perspectiva não aceita senão a do centralismo e a da verticalidade nas relações sociais – seja entre os indivíduos, seja entre esses e o Estado.

Dessa forma, o primeiro passo para a abertura à perspectiva pluralista que tenha condições de desmistificar as formas de organização e as práticas sociais das comunidades historicamente marginalizadas da esfera política é o reconhecimento de que a fundação da América Latina se dá com base na negação do outro (o "índio", o "selvagem") enquanto sujeito de direitos que poderia, por essa circunstância, ser objeto de práticas atrozes necessárias à implementação do projeto colonizador. Convencidos de sua superioridade, os europeus colonizadores chegaram no "Novo mundo", leram aos que nele se encontravam a declaração oficial do Papa relativa à doação daquelas terras aos reis católicos e deram prosseguimento ao plano de exploração (RUIZ, 2002). O estabelecimento de diálogo com os povos originários não era uma questão relevante, já que o livre consentimento desses povos foi imediatamente substituído pela ameaça - e pela prática efetiva - de

violência[2]. Objetivamente, o processo exploratório de colonização interrompeu as dialéticas existentes nos núcleos das comunidades indígenas originárias e impôs novas dialéticas, com perspectivas diametralmente opostas tanto na maneira do indivíduo se relacionar com os demais (individual ou coletivamente) quanto na forma de interação com o meio ambiente.

É somente no final do século XX que o movimento de reivindicação do pluralismo jurídico na América Latina alcança êxito na institucionalidade estatal, na medida em que obteve importantes conquistas nos processos constituintes que ocorreram no período de redemocratização durante as décadas de 1980 e 1990. Especificamente no caso boliviano em 2009, experiência enfocada na presente análise, importa destacar o impacto do debate travado na esfera internacional – com destaque para a elaboração da Declaração Sobre Direitos dos Povos Indígenas, em 2007, pela Assembleia Geral das Nações Unidas – no âmbito local.

O artigo que abre o texto constitucional de 2009 consagra que a "Bolívia se constitui em Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, livre, independente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado e com autonomias", registrando que o Estado se funda "na pluralidade e no pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico". A inovação constitucional de origem andina repercute um projeto "pós-republicano" (SCHAVELZON, 2015) que se empenha em evidenciar os limites do sistema político-institucional liberal hegemônico desde a emergência do Estado moderno.

A promessa dessa nova perspectiva constitucionalista – "transformadora" e "plurinacional" – é romper com o monismo jurídico que esteve presente em toda a evolução constitucional na América Latina. O projeto de rompimento está embasado no

[2] "A situação de miséria do índio mostra-nos, cabalmente, a ausência de todo Direito, ou seja, a ausência de todo exercício real e eficaz dos direitos humanos básicos ou elementares, a impraticabilidade da justiça e a total ineficácia de nossa normatividade, ou direito objetivo, quanto às suas pretensões de postular direito e fundar relações justas entres os homens" (RANGEL, 2004).

reconhecimento de que a principal condição para o processo de mudanças nas sociedades desiguais, subdesenvolvidas e tradicionalmente instáveis é a reorganização do Estado e a redefinição de uma ordem normativa "identificada com as carências e necessidades de novos sujeitos emergentes" (WOLKMER, 1998, p.151).

A ideia de plurinacionalidade é resultado, como se depreende do preâmbulo da Constituição boliviana de 2009, de lutas descolonizadoras que tinham por base a reivindicação de participação política efetiva dos grupos étnicos historicamente marginalizados do processo de tomada de decisão política. A compreensão da expressão plurinacional do atual Estado boliviano pressupõe o esclarecimento quanto à noção de nação – que pode ser lida a partir de dois paradigmas básicos: o liberal e o comunitário (SANTOS, 2007). O primeiro conceito de nação – de recorte liberal – faz coincidir "nação" e "Estado", isto é, a nação é compreendida como o conjunto de indivíduos que pertencem ao espaço geopolítico do Estado (daí porque os Estados modernos são chamados de "Estados-nação"). Por outro lado, o conceito comunitário de nação não carrega em si, necessariamente, a figura do Estado, ou seja, a identidade que integra a nação desde essa perspectiva é cultural e não política. É por meio dessa segunda concepção, de cunho comunitário, que a pauta do Estado plurinacional ganhou os debates constituintes havidos na Bolívia entre 2007 e 2008.

É importante ressaltar que o reconhecimento da "plurinacionalidade" do Estado boliviano implica na articulação de transformações que recoloquem no mesmo patamar hierárquico cosmovisões culturais bastante distintas, de modo que uma não seja subjugada pela outra, e que uma etnia não tenha suas práticas e crenças reduzidas à invisibilidade pela institucionalidade estatal de orientação cultural diversa (dominante), como ocorrido nos dois séculos de história constitucional da região latino-americana. De modo expresso, reivindicações historicamente pleiteadas pelas

comunidades indígenas foram tomadas enquanto compromisso do Estado plurinacional, como o direito à educação descolonizadora, intracultural, intercultural e plurilíngue e o respeito à natureza – de forma a preservar o equilíbrio necessário aos ciclos vitais e aos processos evolutivos

O impacto do reconhecimento da plurinacionalidade do Estado boliviano pode ser sentido em toda a estrutura institucional, como por exemplo, na afirmação da legitimidade da jurisdição indígena, na assunção e promoção de princípios ético-morais dos povos originários (tais como *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* e *suma qamaña*) e na adoção de todos os idiomas das nações e povos indígenas originários campesinos como idiomas oficiais do Estado boliviano, além do castelhano. Nesse contexto, a remodelação da base político-institucional boliviana ensejou a reflexão sobre uma nova perspectiva de ordenamento jurídico, capaz de promover uma combinação de ferramentas de participação política sem precedentes na histórica constitucional latino-americana.

A ideia de "democracia intercultural" é a marca de distinção da experiência constitucional boliviana em relação às duas outras que ocorreram no mesmo período histórico (Venezuela, em 1999, e Equador, em 2008). Esta modalidade de democracia está associada à mescla de regras da democracia representativa democracia participativa e democracia comunitária, entendida esta como a utilização de usos e costumes dos povos indígenas na eleição de representantes e autoridades (MAYORGA, 2017). A implementação da democracia intercultural teve início já em 2009 nos comícios gerais ocorridos no território boliviano e na eleição de representantes indígenas nas assembleias legislativas, nacionais e departamentais que aconteceram em 2010.

É necessário sublinhar que além de inovar na parte dogmática do texto constitucional, a experiência boliviana de 2009 pretendeu romper com a organização do poder político dentro dos seus limites territoriais, por meio da adoção de uma nova perspectiva de democracia, que considerasse a diversidade cultural presente entre os

integrantes da comunidade. Além de conceder o direito de representação no parlamento (em âmbito local e nacional), do reconhecimento da autonomia e da jurisdição indígenas (com as implicações práticas que daí decorrem, como a afirmação da legitimidade das cosmovisões dos povos originários, por exemplo), há uma nova engrenagem no desenho institucional que merece destaque, qual seja, o Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP). O TCP é o órgão competente para velar pela supremacia constitucional, por meio do exercício do controle de constitucionalidade. A Constituição impõe que a sua composição deverá obedecer a critérios de plurinacionalidade, de tal modo que autoridades dos povos indígenas tenham assento na Corte Constitucional.

A rigor, a democracia intercultural acena para uma forma descolonizadora de análise do direito, na medida em que impõe a compreensão das categorias, normas, práticas, autoridades e lógicas culturais dos sistemas de direitos dos povos indígenas (SIEDER, 2011) Assim, no que diz respeito às rupturas propostas pelo movimento constitucional denominado pela doutrina como "novo constitucionalismo latino-americano", em especial pela Constituição boliviana de 2009, destacam-se as inclusões de concepções e princípios tradicionalmente vinculados à cultura indígena, o reconhecimento de direitos individuais e coletivos que radicam sua essência na condição especial de vulnerabilidade dos povos originários e a adoção de uma engenharia constitucional que rompe com a lógica liberal-conservadora de concentração de poder embasada na perspectiva monista de exclusão de fontes jurídicas alternativas ao direito "estatal" delimitado pela cultura capitalista ocidental.

3. O desafio da efetivação da promessa de ruptura: entraves ao pluralismo jurídico

A preocupação em refundar as molduras institucionais bolivianas carrega em si o potencial de revelar o ponto de inflexão mais

desafiador nesse processo de construção do constitucionalismo emancipador do século XXI: a efetivação das suas promessas pressupõe o rompimento definitivo com a cultura institucional monolítica e homogeneizante forjada nos Estados latino-americanos há mais de dois séculos. A partir do reconhecimento dessa premissa, o presente trabalho se propõe a problematizar a engenharia constitucional boliviana de 2009, especificamente em relação ao órgão máximo na estrutura do Poder Judiciário, responsável pela "guarda" do novo texto constitucional. A opção por tomar como objeto referido órgão jurisdicional justifica-se na medida em que o modo de exercício da interpretação constitucional nesse contexto de ruptura com a perspectiva do monismo jurídico pode representar verdadeiro bloqueio às mudanças pretendidas pelos constituintes de 2009.

O ponto de partida adotado pela presente abordagem em relação aos desafios da democratização da jurisdição constitucional foi o debate travado entre dois grandes pensadores que influenciaram de modo direto o campo jurídico no século XX, quais sejam, Carl Schmitt e Hans Kelsen. A diferença de perspectiva de ambos no momento de enfrentar a polêmica sobre quem deve ser o guardião da Constituição é reflexo da própria distância conceitual no âmbito da delimitação do termo "constituição". Para o presente trabalho é fundamental a compreensão de aspectos nucleares de cada um desses dois modelos – que carregam em si um vício comum: vinculam a guarda da constituição como atribuição de um "poder instituído", sem qualquer espaço de ingerência direta por parte do "poder constituinte".

A premissa que sustenta a perspectiva de Carl Schmitt é a de que por se tratar de uma atividade política, a guarda da Constituição deveria ficar a cargo do "poder neutro", isto é, da autoridade que representa uma neutralidade dentro do Esta do – especificamente no contexto de Schmitt, essa autoridade seria o chefe do *Reich*. A neutralidade do chefe do poder executivo se refletiria na atuação orientada no sentido de contrabalancear o pluralismo dos grupos sociais e econômicos de determinada sociedade, ou seja, é a

pretensão de um agir com vistas a preservar a unidade (a totalidade)[3]. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade (a guarda da Constituição) figuraria como atividade política e não jurisdicional, razão pela qual tal atribuição deveria restar ao alcance exclusivo do ator institucional com competência para decidir sobre as questões políticas fundamentais daquela sociedade: o soberano, o representante da totalidade, o chefe do *Reich*.

Em contrapartida, Kelsen constrói uma concepção idealizada de controle constitucional fundamentada na atividade jurisdicional. Nesse diapasão, a guarda da Constituição deveria ficar aos cuidados de um órgão jurisdicional independente do Parlamento e do governo. Como se pode perceber a concepção de neutralidade kelseniana – pressuposto importante para justificar a legitimidade da sua atuação – está vinculada à menor suscetibilidade do Tribunal Constitucional às pressões políticas do cotidiano. Importa destacar que Kelsen não nega o caráter político da jurisdição[4], sobretudo tendo em vista que o pronunciamento jurisdicional em sede de controle de constitucionalidade cria direitos, ou seja, o Tribunal Constitucional funcionaria como ume espécie de "legislador negativo".

A perspectiva kelseniana prevaleceu nos desenhos constitucionais elaborados a partir do século XIX – e na América Latina não foi diferente. A tradição centralizadora difundida pelos

[3] Nesse ponto em particular é importante enfatizar a compreensão de Schmitt do termo "constituição" enquanto "constitución del Estado, es decir, de la unidad política de un pueblo. En esta delimitación puede designarse al Estado mismo, al Estado particular y concreto como unidad política, o bien, considerado como una forma especial y concreta de la existência política; entonces, significa la situación total de la unidad y ordenación políticas" (SCHMITT, 1982).

[4] "O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a „verdadeira" jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar , dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto, um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter „político" que possui – ainda que em menor medida – a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa" (KELSEN, 2013, p.251).

adeptos do pacto liberal-conservador combinava com o modelo kelseniano de verticalização e isolamento dos órgãos de cúpula do judiciário, sobretudo porque inacessíveis ao controle popular, tais órgãos jurisdicionais representavam instâncias de afinação do discurso monista hegemônico[5].

A avaliação do texto constitucional boliviano de 2009 revela que a adoção a um a perspectiva transformadora sob o viés do pluralismo jurídico não importou em modificações substanciais em termos de "guarda da Constituição". Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Plurinacional foi criado para desempenhar a função de controle de constitucionalidade, isto é, prezar pela soberania da Constituição de 2009. O risco assumido por engenharias constitucionais como esta é o de resultarem distorcidas as conquistas políticas alcançadas durante o processo constituinte, na medida em que a dissociação entre "vontade da Constituição" e "interpretação da Constituição" pode impor à realidade um caminho diametralmente oposto aquele planejado na articulação da Constituição emancipadora.

Registre-se que o presente trabalho não ignora os avanços promovidos pela Constituição de 2009 em termos de ruptura com a perspectiva monista – inclusive em sede de organização do órgão responsável por promover o controle de constitucionalidade. O fato de o Tribunal Constitucional Plurinacional ser composto por magistrados eleitos a partir de critérios de plurinacionalidade e com representação de autoridades de comunidades indígenas revela o

[5] "Como tanto nossos políticos quanto nossos ditadores sempre controlaram as cúpulas dos judiciários, jamais sentiram a necessidade de horizontalizar nem de distribuir organicamente o poder dessas cúpulas, diferentemente do que experimentaram os operadores políticos europeus no último pós - guerra. Ao contrário, acentuou-se a tendência de aumentar e centralizar ainda mais o poder das cúpulas, quer dizer, de verticalizar mais a estrutura judiciária para melhor controla-la. Nossos operadores políticos de todos os tempos perceberam, claramente, que para submeter mais eficazmente os cidadãos o melhor procedimento de domesticação consistia em fortalecer seu corporativismo verticalizante e hierarquizado, assegurando ao mesmo tempo o domínio da cúpula da corporação. A lógica de nossos executivos foi pelo caminho mais simples: é mais simples controlar um pequeno corpo de amigos que mandam sobre os demais do que controlar diretamente todo um poder judiciário, isto é, juízes de todas as instâncias" (ZAFFARONI, 1995, p.119-120).

grau de comprometimento com a pretensão emancipadora de afirmação do pluralismo jurídico enquanto princípio de composição social; o que não é pouco diante da constância do "discurso de ameaças"[6] do pensamento liberal-conservador. Entretanto, é forçoso reconhecer a continuidade de um modelo institucional de interpretação constitucional que não privilegia o debate público a respeito da questão política que sustenta o conflito, delegando a um corpo jurisdicional – que pode ouvir a população envolvida, mas não se vincula aos seus pronunciamentos – o poder de – em última instância – dizer qual o sentido da Constituição.

Para evidenciar o ponto de tensão que tal continuidade provoca, tomemos como exemplo a questão envolvendo o reconhecimento da legitimidade da jurisdição indígena enquanto mecanismo de composição de conflitos no núcleo das comunidades indígenas na Bolívia. A Constituição de 2009 é inovadora ao afirmar que as nações e povos indígenas exercerão função jurisdicional através de suas autoridades e aplicarão seus princípios, valores culturais, normas e procedimentos próprios. Tal decisão política está intimamente conectada com a afirmação da plurinacionalidade, do pluralismo jurídico e da interculturalidade enquanto pilares de sustentação do novo Estado Plurinacional Comunitário. Contudo, cabe perguntar: diante de uma decisão tomada por autoridades indígenas em conformidade com suas respectivas interpretações do direito próprio respaldado em cosmovisões diferentes daquela dominante no mundo capitalista ocidental, quem deve fazer o controle de constitucionalidade de tal decisão? Pela engenharia constitucional em vigor, o Tribunal Constitucional Plurinacional.

Partindo para a análise de um caso em concreto, aponta como extremamente curiosa a decisão (sentença n. 1422/2012) tomada pelo Tribunal Constitucional Plurinacional na ocasião do julgamento

[6] "La ideología liberal del Estado moderno como entidad unitaria y monolítica, tanto en el plano cultural como en el institucional, sigue siendo muy fuerte. En América Latina, el argumento más utilizado en contra del proyecto plurinacional es que la plurinacionalidad pone en peligro la unidad y la coh esión sociales, ya de por sí frágiles en países que surgieron de la dominación colonial" (SANTOS, 2012).

da Ação de Liberdade interposta por Balvino Huanca Alavi e Viviana Gonzáles Conde contra Juan José Cruz Pérez e Apolinar Cayo, dirigentes da Junta Vecinal de Poroma (província Oropeza do departamento de Chuquisaca).

O Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano foi provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade da decisão proferida pelas autoridades indígenas da comunidade de Poroma, que expulsaram um indígena e toda a sua família da circunscrição territorial sob a jurisdição dessa comunidade étnica específica.

No processo constou que o indígena condenado e alguns outros integrantes de sua família apresentavam histórico de roubos praticados no núcleo comunitário, razão pela qual se adotou medida mais gravosa na oportunidade da punição do ato criminoso. Perícia de natureza cultural-antropológica realizada por órgão especializado da Corte apontou que a comunidade indígena de Poroma, a partir de sua cosmovisão, tem o costume de aplicar a pena de expulsão (dentre outras, como sanções econômicas, trabalhos comunitários, ressarcimento e reparação da vítima e destituição do cargo) para atos de transgressão que impliquem o desequilíbrio comunitário.

Ao conhecer a ação de liberdade ajuizada por integrantes da família expulsa do núcleo comunitário pela jurisdição indígena, o Tribunal Plurinacional firmou entendimento a respeito dos limites intransponíveis que subordinam o exercício legítimo da justiça ancestral indígena. A premissa estabelecida pela Suprema Corte boliviana foi a da inafastabilidade dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos que, delineados pela interpretação intercultural, devem servir como limite objetivo ao exercício da jurisdição indígena. Nesse compasso, afirmou-se que os direitos fundamentais vigentes para os integrantes das comunidades indígenas originárias não poderia seguir as mesmas técnicas interpretativas nem poderiam apresentar os mesmos elementos próprios do núcleo de direitos fundamentais característico em contextos diferentes daquele objeto da jurisdição indígena, razão pela qual deveria emergir um novo

paradigma de interpretação dos direitos fundamentais: o "paradigma do *vivir bien*" (BOLÍVIA, 2012, p.14).

Tal paradigma apresenta quatro testes a serem realizados pelo intérprete, que podem ser resumidos em quatro perguntas, para indicar a constitucionalidade da decisão proferida em sede de jurisdição indígena: a relação entre fins e meios utilizada pela autoridade indígena materializa "valores plurais supremos" como a igualdade, a solidariedade e a harmonia? A decisão proferida pela autoridade indígena está em conformidade com a cosmovisão da comunidade? A decisão construída respeitou os rituais e os procedimentos tradicionais tidos como referência pela cosmovisão da comunidade? E, finalmente, o critério de proporcionalidade foi utilizado para definição da gravidade e indispensabilidade da pena aplicada?

A promessa que acompanhou a elaboração do novo paradigma interpretativo foi a de garantir a proteção de direitos fundamentais em contextos interculturais por meio de um controle plural de constitucionalidade. No caso concreto, o Tribunal Constitucional Plurinacional concluiu que a decisão indígena questionada não utilizou como parâmetro a relação entre fins e meios substancialmente solidária (teste 1), não estava de acordo com os pressupostos da cosmovisão da comunidade (teste 2), não respeitava os rituais e os procedimentos determinados pela cosmovisão da comunidade indígena em tela (teste 3) e impôs sansão desproporcional (teste 4), razão pela qual reconheceu a sua inconstitucionalidade. Ao final, portanto, a Suprema Corte concedeu a tutela solicitada no sentido de suspender os efeitos da decisão proferida pelas autoridades indígenas da comunidade de Poroma.

É preciso registrar a ausência da participação de autoridades indígenas na articulação e organização do paradigma do *vivir bien*. Em que pese estar expressamente delimitado que em sua atividade interpretativa o Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como critério preferencial de interpretação a vontade do constituinte (artigo

196 do texto constitucional) – referido órgão jurisdicional impôs uma perspectiva axiológica sobre outra, na medida em que exigiu a realização de determinados valores interpretados desde uma lógica específica, sem permitir um diálogo intercultural – em evidente afronte aos princípios da plurinacionalidade e do pluralismo jurídico.

4. Conclusões

A análise do projeto plurinacional proposto pela Bolívia no marco do novo constitucionalismo latino-americano aponta para transformações importantes na forma de pensar a organização e o exercício do poder político. É evidente que o compromisso com a diversidade cultural assumido pelo Estado Plurinacional traz uma série de desafios nos mais variados âmbitos. O presente estudo enfatizou aquele que considera um dos mais complexos: a resistência demonstrada pela estrutura institucional do Estado em concretizar os postulados do novo constitucionalismo latino-americano, tendo em vista a marca colonialista encontrada nas raízes históricas do seu funcionamento.

As questões envolvendo a democratização do exercício da jurisdição constitucional retornam ao centro do debate, na medida em que o afastamento de setores sociais (de culturas historicamente marginalizadas, como os povos originários latino-americanos) do processo de interpretação constitucional reduz drasticamente a probabilidade de concretização dos valores proclamados pelo Estado Plurinacional. O projeto emancipador do novo constitucionalismo latino-americano não tem chances reais de ser efetivado enquanto o "poder constituinte" (povo) continuar sendo substituído - dentro da organização institucional do exercício do poder político - pelo "poder constituído".

É evidente que essa mudança de paradigma demanda tempo para ajustes e concretização de meios capazes de atingirem os fins afirmados em sua base, mas é inegável que o bloqueio das próprias instituições estatais dificulta o movimento em direção do pluralismo

jurídico. Nesse sentido, o período de transição para uma institucionalidade "plurinacional" tem como maior desafio evitar que o modelo excludente do sistema colonial (de exploração dos setores mais vulneráveis) ajuste-se e remodele-se na estrutura básica do Estado que surge após a publicação do novo texto constitucional, em 2009. A permanência de posturas conservadoras nos núcleos da institucionalidade do Estado boliviano revela que há um caminho longo a ser percorrido para a efetiva construção de condições de base para sociedades menos desiguais e injustas na América Latina.

Referências

BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. **Sentencia Constitucional Plurinacional 1422/2012**. Relatora: Dra Lígia Velásquez Castaños. Julgado em 24/09/2012 Disponível em: http://www.tcpbolivia.bo/tcp/. Acesso em 20 jun.2016.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. p.139-160. In: GARAVITO, César Rodríguez (org.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintinuno Editores, 2011.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz, 2014.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3.ed. Tradução de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MAYORGA, Fernando. Estado plurinacional y democracia intercultural em Bolivia.p.1-14.In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol.34, n.94, jun./2017.

PATANA, Evelin Mamani. Direitos, meio ambiente e nova constituição na Bolívia. p.51-64. In: SERAFIM, Lizandra; MORONI, José Antônio. **Sociedade civil e novas institucionalidades democráticas na América Latina: dilemas e perspectivas**. São Paulo: Instituto Pólis, 2009.

RANGEL, Jesus Antonio de La Torre. Pluralismo jurídico enquanto fundamentação para a autonomia indígena. p.311-326. In: WOLKMER, Antônio Carlos. **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

RUIZ, Rafael. **Francisco de Vitoria e os direitos dos índios americanos: a evolução da legislação indígena espanhola no século XVI**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. p.11-48. In: SANTOS, Boaventura de Souza; RODRÍGREZ, José Luis Exeni (orgs). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad em Bolivia**. La Paz: Fundación Rosa Luxemburgo/ Ediciones Abya -Yala, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza**. La reinvención del Estado y el Estado plurinacional**. Santa Cruz de la Sierra: Alianza Interinstitucional CENDA-CEJIS-CEDIB, 2007.

SCHAVELZON, Salvador. **Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir: dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes**. Buenos Aires: CLACSO, 2015.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constituición**. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editoria, 1982.

SIEDER, Rachel. Pueblos indígenas y derecho(s) em América Latina. p.303-322. In: GARAVITO, César Rodríguez (org.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintinuno Editores, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

19

A proteção de gênero e o empoderamento feminino segundo a ONU: uma breve análise sobre a evolução dos objetivos de desenvolvimento sustentável em relação aos objetivos de desenvolvimento do milênio

Gabriela Ferreira Dutra[1]
Liziane da Silva Rodríguez[2]

Introdução

O presente estudo tem como principal objetivo realizar uma breve análise sobre o progresso da igualdade de gênero promovida pela ONU por meio de uma análise da evolução dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) que vigorarão até 2030.

Primeiramente, pretende-se estabelecer o *link* entre o papel da ONU, os direitos humanos e a promoção da igualdade de gênero. Isso

[1] Doutoranda em Direito Internacional Público pela Universidade de Milão-Bicocca. Mestre em Direito pela Birkbeck College, University of London, pós-graduação em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Formou-se em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Advogada. E-mail: gabefdutra@gmail.com

[2] Mestranda em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos pelo Programa de Pós - Graduação Lato Sensu da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Formou-se em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Advogada. E-mail: lizianeoo@hotmail.com

é importante para a compreensão do problema do ponto de vista jurídico e do papel dos Estados no cumprimento dessas proposições.

Logo após, pretende-se demonstrar as principais críticas tecidas aos ODM no que diz respeito a promoção da igualdade de gênero e a promoção do *empoderamento* feminino. Em seguida, pretende-se comparar de que forma essas críticas foram incorporadas nos ODS para melhor atender aos interesses de mulheres e meninas ao redor do globo, assim como identificar pontos que sejam críticos na sua implementação.

Por fim, pretende-se concluir se a atual estratégia proposta pela Agenda 2030 representa uma evolução (ou não) na promoção da igualdade de gênero no que diz respeito à incorporação dos aprendizados colhidos por meio da estratégia implementada anteriormente.

A relação entre os direitos humanos, os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e a desigualdade de gênero

Garantir a efetiva implementação dos direitos humanos não é somente meio de promover a democracia e a justiça, mas também de contribuir para a segurança e a paz mundial. É por meio do desenvolvimento econômico e social que um país é capaz de garantir mínimas condições de vida para a sua população, o que impacta diretamente a estabilidade de suas relações internas – com aqueles sob sua proteção – e na manutenção de suas relações exteriores, que são essenciais para a existência plena em um mundo globalizado[3].

Enquanto os direitos humanos de primeira geração - civis e políticos - contribuem para o fortalecimento das instituições democráticas e garantem as liberdades individuais[4], os direitos humanos de segunda geração - econômicos, culturais e sociais -

[3] No contexto desse trabalho entende-se como globalização o processo de integração global que aumentou interdependência das relações econômicas, sociais e culturais entre os países do globo.

[4] O rol de direitos encontra-se positivado no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1976).

impactam de maneira direta a qualidade de vida das pessoas por se preocuparem com condições de trabalho, educação, proteção social e outros[5]. Nesse sentido, torna-se imperativo reconhecer a relevância desses direitos básicos, uma vez que a sua ausência expõe os indivíduos à diversas vulnerabilidades.

Apesar da diferenciação dos direitos humanos entre as categorias "primeira, segunda e terceira geração", deve-se observar que essa classificação é muito criticada na doutrina e deve servir apenas a título teórico, não sugerindo uma hierarquia entre os direitos de uma categoria e o da outra. Pelo contrário, é pacífico na doutrina o entendimento de que o rol de direitos previstos na Carta das Nações Unidas[6] são indivisíveis, complementares e interdependentes (PORTELA, 2017).

Importa explicar que enquanto os direitos humanos de primeira geração sugerem uma não interferência dos Estados (direitos-garantia ou de liberdade), os direitos humanos de segunda geração exigem que os Estados tomem providências para garantir a sua realização (direitos de providência ou de igualdade). Já os direitos de terceira geração (ou direitos de fraternidade) estão voltados a superar as diferenças entre os povos, promover o bem comum e garantir os direitos das gerações futuras (PORTELA, 2017).

Por tratarem de problemas complexos que exigem significativos recursos financeiros e humanos, existe o entendimento de que seria difícil para todos os Estados realizarem de maneira plena e imediata todos os direitos de segunda geração previstos no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Assim, deve-se reconhecer que os direitos humanos de segunda geração têm caráter progressivo, ou seja, os Estados devem

[5] Tais direitos foram positivados no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1976).

[6] A Carta das Nações Unidas é a designação utilizada para se referir aos três principais instrumentos que compõe o direito internacional dos direitos humanos: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

buscar realizá-los ao longo do tempo, na medida de suas capacidades econômicas e de forma gradual (PORTELA, 2017).

Deve-se reconhecer também que com o advento da globalização os países encontram-se cada vez mais interconectados econômica, social e culturalmente. Eventos que acontecem em uma determinada localização do globo tem hoje (e cada vez mais) o potencial de causar significativo impacto também em regiões geograficamente distantes[7]. Dessa forma, pode-se dizer que é cada vez maior o interesse em combater e superar as mazelas globais, como a própria pobreza, para garantir uma maior estabilidade nas relações internacionais, que acabam tendo um impacto direto no âmbito doméstico[8].

Como organização internacional de maior relevo nos dias de hoje e com o objetivo de garantir a paz mundial, a Organização das Nações Unidas (ONU) tem o papel de promover níveis mais altos de vida nas nações que dela fazem parte e dentre elas, principalmente, naquelas que mais sofrem com as mazelas do mundo global e desigual[9]. Diversos são os meios utilizados pela ONU e suas agências derivadas para atingir esse objetivo, dentre eles encontram-se a promoção da cooperação econômica e do desenvolvimento entre os Estados por meio da adoção de objetivos comuns, como a Agenda de Desenvolvimento Sustentável que vigorará até o ano de 2030.

Adotada por lideranças globais dos estados-membros da ONU, a Agenda de Desenvolvimento Sustentável estabelece 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) que têm por finalidade principal erradicar a pobreza mundial, reconhecida como o maior desafio da atualidade e um fator indispensável ao

---

[7] Como exemplo disso traz-se a questão dos fluxos migratórios: enquanto muitas pessoas decidem deixar os seus países em busca de lugares seguros, quando essa migração é feita de forma massiva e o preparo do país que recebe essas pessoas, a migração em si pode gerar instabilidade no país "recebedor";

[8] Observa-se a necessidade dos Estados assumirem um papel ativo na concretização de direitos como o combate a pobreza, que também é considerada causa e consequência das violações de direitos humanos (PROVE, Peter N. **World Development Report 2000/2001: Attacking Poverty World Bank.** Development In Practice, 2/3, JSTOR Journals, EBSCOhost, viewed 2 January 2018, p. 364).

[9] Artigo 10 da Carta das Nações Unidas (1945).

desenvolvimento sustentável. Além de reconhecer a importância dos instrumentos de promoção dos direitos humanos, a Agenda 2030[10] atua diretamente no combate a pobreza, que é considerada uma das maiores ameaças aos direitos humanos o que conecta de maneira muito íntima essas duas áreas de atuação.

Apesar de não ser um instrumento vinculante, a referida agenda impulsiona os Estados para a ação e estabelece metas que devem ser alcançadas pelos estados-membros até o ano de 2030. Além disso, estabelecem-se mecanismos de monitoramento e avaliação do desempenho dos estados-membros no que diz respeito ao atingimento dos objetivos, o que torna a Agenda 2030 um instrumento ainda mais importante para se estabelecer uma cooperação internacional entre os países, no que diz respeito a promoção da dignidade da pessoa humana ao redor do globo.

Importa observar que os ODS contêm diversos direcionamentos para a ação dos Estados que correspondem aos direitos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e, mais especificamente, àqueles positivados no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Como evidência disso, cita-se o direito a ser livre da fome que se encontra presente no artigo 11 do Pacto *supra* citado e também, de forma similar, como o objetivo número 2 da Agenda 2030; ou ainda o direito à saúde previsto no artigo 12 no mesmo Pacto e o objetivo número 3 da Agenda 2030, que também traz provisões nessa área. Para corroborar o argumento da íntima relação entre os direitos humanos e a Agenda 2030, deve-se trazer também o disposto no preâmbulo da última que descreve como objetivo dos ODS "alcançar a plena realização dos direitos humanos para todos e alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento de mulheres e meninas" (ONUBR, 2018).

É importante notar que os ODS fazem parte de uma estratégia de longo prazo, uma vez que foram desenvolvidos com base no dito

[10] Resolução A/70/1 adotada em 25 de setembro de 2015 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, entrou em vigor em 01 de janeiro de 2016.

"sucesso" dos 8 Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) propostos pelas Nações Unidas e implementados por seus estados-membros entre os anos de 2000 à 2015. O considerável sucesso que os ODM atingiram até o ano de 2015, porém, não foi suficiente para por fim a alguns problemas complexos e persistentes, como é o caso das desigualdades de gênero.

A discriminação sistemática sofrida pelas mulheres não é assunto novo[11], porém foram necessárias décadas para que as denúncias do problema adquirissem notoriedade da comunidade global, o que se deu somente a partir dos anos 70. Foi apenas em 1976 que a ONU criou o Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM) que tinha por objetivo promover a igualdade de gênero, porém essa agência continha fundos limitados e pouca capacidade política para alcançar avanços significativos na causa feminista (WILKINSON; HULME, 2012) [12].

A década de 90 foi significativa para o desenvolvimento da sensibilização quanto a necessidade de promover a igualdade de gênero em função dos diferentes estudos que denunciaram a discriminação sofrida pela mulher em múltiplos setores da sociedade e virtualmente em todos os lugares[13]. Nesse sentido, destaca-se o Relatório Mundial de Desenvolvimento de 1995 que foi categórico ao afirmar que "a pobreza tem o rosto de uma mulher -

[11] Como exemplo, pode-se citar o movimento feminista que, inicialmente, reivindicava por direitos civis e políticos (educação das mulheres, o direito ao voto e a igualdade no casamento). Após, a luta foi marcada por indagações quanto às diferenças de poder entre os sexos e o controle que as mulheres sofriam de seus corpos. Hoje, as discussões se dão quanto à diversidade, problematizando as categorias "gênero" e "mulher"; ademais, permeia também considerações de que a opressão pode ser resultado das mais variadas formas de exclusão que estão intrínsecas na sociedade, como raça, classe social e sexualidade. (BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e Política**: uma introdução. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 21; PEDRO, Joana Maria. Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica. **História**, São Paulo, v. 24, n. 1, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742005000100004&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 22 jun. 2017, p. 79; PRECIADO, Beatriz. **Manifesto contrassexual.** Tradução Maria Paula Gurgel Ribeiro. São Paulo: n-1 edições, 2014, p. 21).

[12] Foi apenas em 2011 que a UNIFEM foi substituída pela ONU Mulheres que possui uma maior autonomia e relevância no cenário global para a promoção da causa feminista (Ibid, 2012).

[13] Relatório do Banco Mundial 2001.

de 1,3 bilhão de pessoas em situação de pobreza, 70 por cento são mulheres"[14].

A promoção dos direitos das mulheres estava presente de maneira explícita na agenda até 2015 em dois dos oito ODM, sendo o que um deles versava sobre a "promoção da igualdade de gênero e *empoderamento* feminino" (ODM 3) e o outro sobre a "melhora da saúde materna" (ODM 5). Além disso, menções a proteção das mulheres podiam ser encontradas de maneira indireta, na forma de indicadores, em outros dos objetivos.

Sobre esses, importa primeiramente observar que a inclusão de provisões relativas aos direitos das mulheres nos ODM foram *per si* consideradas um avanço pela causa feminista que luta pela igualdade de gênero (KABEER, 2003). Isso se deve ao fato de que até a "inauguração" dos ODM, a igualdade de gênero somente tinha sido abordada pela agenda internacional de desenvolvimento em subordinação a outros objetivos de desenvolvimento. O estabelecimento da igualdade de gênero como um objetivo a ser atingido a nível global demonstra não só o alcance e a gravidade do problema, mas o reconhecimento dado pela comunidade internacional à essa questão (KABEER, 2003).

De antemão, deve-se observar que apesar dos ODM terem um impacto positivo na igualdade de gênero por tratarem de maneira específica a igualdade de gênero, eles também apresentam problemas no que diz respeito ao reforço dos estereótipos de gênero. O ODM 5 que dedica atenção especial às mulheres, pois tem por objetivo melhorar a saúde materna, presta um desserviço a luta pela igualdade de gênero ao posicionar o investimento na saúde mulher subordinado a mulher na condição de mãe. Isso evidencia o problema da discriminação de gênero também ao nível internacional.

O ODM 3 deve ser analisado com maior profundidade uma vez que ele almejava, de maneira específica, promover a igualdade

[14] Disponível em: [http://documents.worldbank.org/curated/en/365821468168543533/World-development-report-1995-workers-in-an-integrating-world]

de gênero e o empoderamento feminino. O ODM 3 escolheu atingir esse objetivo por meio da educação que foi apontada por diversas ONGs como um dos principais meios para isso e, dessa maneira, estabeleceu como meta "eliminar as disparidades de gênero na educação primaria e secundaria preferencialmente até 2005 e em todos os níveis da educação não mais tarde que 2015".

Primeiro, deve-se observar que uma crítica a esse objetivo e aos ODM de maneira geral é o caráter apenas indicativo de suas provisões. Isso significa dizer que os ODM estabeleceram objetivos e metas a serem atingidas, porém pouco diziam sobre a causa de tantas desigualdades ou direcionaram os Estados sobre o modo como fazer isso (FENNELL; ARNOT, 2007). Isso é um problema, pois, na maioria das vezes, o combate aos problemas estruturais que os ODM tentavam resolver exigiam soluções complexas e altos investimentos.

No caso em questão, deve-se reconhecer que existem diversas razões que impedem que as mulheres tenham o mesmo acesso que os homens a educação primária, que podem ser atribuídas a questões culturais, ao trabalho doméstico, a disponibilidade de serviços e a própria pobreza (KABEER, 2003). Pode-se afirmar que esses problemas são muito mais complexos de serem resolvidos do que o simples acesso à educação e, ainda, essenciais para que as mulheres não somente tenham acesso, mas para que possam aproveitar as oportunidades disponíveis por meio dos estudos.

Conforme apontado por múltiplas ONGs a época do estabelecimento dos ODM, a educação é uma poderosa ferramenta para a promoção da igualdade de gênero, porém pode-se dizer que ela é apenas um dos meios que podem ser utilizados para tal (KABEER, 2003). Para uma promoção efetiva da igualdade de gênero é necessário que diversos setores da sociedade se engajem no processo para que se promova também, por exemplo, a maior representação política das mulheres, igualdade salarial e em posições de liderança no mercado de trabalho, combate a violência doméstica, entre tantos outros.

Promover a igualdade de gênero somente por meio do foco na educação contribui pouco para a efetiva mudança na discriminação sofrida pelas mulheres ao redor do globo. A escolha de oferecer uma solução "simples" a um problema complexo também parece reduzi-lo, o que pode ter impedido os Estados de investirem esforços em outras áreas igualmente necessárias para a promoção da igualdade.

É notório também que a educação pode ser tanto uma ferramenta de empoderamento quanto uma ferramenta de opressão, dessa forma, o simples acesso a educação não poderia ser necessariamente relacionado a melhoria na igualdade de gênero. As metas estabelecidas pelos ODM falharam ao mensurar somente a paridade e não a maneira com que as meninas estavam acessando o ensino, ou seja, a qualidade no acesso à educação (FENNELL; ARNOT, 2007).

Apesar das mulheres receberem tratamento diferenciado negativo em virtualmente todos os lugares do globo, sabe-se que as desigualdades de gênero se manifestam de maneira diferente em cada contexto. A solução da "paridade na educação primária e secundária" se aplica, portanto, apenas a uma parcela das mulheres que sofrem com esse problema, mais especificamente aquelas que vivem em países em desenvolvimento; porém exclui milhões de outras que também sofrem as consequências desse problema dos esforços internacionais para combatê-lo (FENNELL; ARNOT, 2007).

Por fim, importa esclarecer que não é objetivo do presente trabalho diminuir a importância dos ODM para a promoção dos direitos humanos e da igualdade de gênero. Pretende-se, porém, identificar os pontos falhos dessa estratégia para compreender como ela pode ou poderia ter melhorado na sua renovação por meio dos ODS.

2) Os ODS, a igualdade de gênero e a evolução (ou não) da estratégia

Primeiramente, deve-se observar que a continuação da estratégia utilizada pelos ODM por meio de uma "renovação" com ODS sugere um relativo sucesso da mesma. Reforça esse argumento o fato de que enquanto os ODM contavam com um total de 8 objetivos, os ODS contam com um total de 17 objetivos - o que demonstra também a expansão do escopo de atuação da estratégia (ONUBR, 2018). Resta saber se as críticas feitas aos ODM foram incorporadas na nova estratégia dos ODS.

Na agenda de desenvolvimento em vigor, a proteção direta da condição da mulher é encontrada no ODS 5 que tem como escopo "o alcance da igualdade de gênero e o *empoderamento* de mulheres e meninas". Além do objetivo geral, o ODS traz 6 metas específicas a serem atingidas pelos Estados no que diz respeito a igualdade de gênero e, ainda, estabelece 3 metas que referem aos meios para o atingimento desse objetivo.

Importa observar agora se o ODS 5 evidencia uma evolução da estratégia presente na Agenda 2030 por meio da incorporação das críticas tecidas aos ODM e, mais especificamente, ao ODM 3. Deve-se lembrar de que os principais pontos de melhoria, conforme apontado anteriormente neste trabalho, são os seguintes: 1) Falta direcionamento aos Estados sobre a forma como atingir os objetivos; 2) Escopo limitado da promoção da igualdade de gênero somente por meio da educação; 3) Reforço dos estereótipos de gênero (mulher-mãe); 4) Ausência de indicadores de qualidade; e 5) Foco dos objetivos em problemas que atingem principalmente as mulheres em países em desenvolvimento e falta de aplicabilidade em outros contextos.

Sobre a primeira crítica, deve-se reconhecer que enquanto os ODMs simplesmente direcionaram para o alcance das metas de paridade na educação para se alcançar a igualdade de gênero, os ODS parecem tratar também de questões mais profundas que são

causas do tratamento diferenciado negativo das mulheres. A simples menção a essas causas parece *per si* demonstrar uma evolução na estratégia, uma vez que elas servem como norte dos problemas a serem resolvidos pelos Estados, como é o caso, por exemplo, a menção da necessidade de combater a violência nas esferas públicas e privadas praticada contra a mulher, a necessidade de se combater o casamento prematura e/ou forçado, entre outros.

Além disso, algumas metas trazem dentro do seu próprio texto o meio que os Estados devem utilizar para atingi-la. É o caso, por exemplo, da meta 5.4 que estabelece a necessidade do reconhecimento e da valorização do trabalho doméstico e de assistência não remunerado "por meio da disponibilização de serviços públicos, infraestrutura e políticas de proteção social, bem como a promoção da responsabilidade compartilhada dentro do lar e da família, conforme os contextos nacionais" (ONUBR, 2018). Apesar de não ser garantia de sucesso, pode-se dizer que a indicação do "como" a ser seguido pelos Estados pode direcionar a conduta do Estado e garantir uma implementação mais uniforme da estratégia. Deve-se notar, porém, que nem todas as metas são definidas de modo tão claro quanto a meta 5.4, o que pode também dificultar o trabalho de implementação.

Se a estratégia anterior tinha escopo limitado por promover a igualdade de gênero por meio da paridade entre meninos e meninas na educação, a Agenda 2030 adotou uma estratégia *multissetorial*. O Objetivo 5 parece incorporar na sua escrita os aprendizados tidos com a agenda anterior e escolhe promover a igualdade de gênero por meio do combate a violência nas esferas públicas e privadas, do combate as mazelas que parecem acometer mais as mulheres que os homens, como é o caso dos casamentos prematuros e das mutilações genitais, o reconhecimento e a valorização do trabalho doméstico, a igualdade de participação em oportunidades de liderança em todos os níveis, entre outros. A *multissetorialidade* da estratégia faz com que a mesma se torne também mais complexa, porém essa parece

ser uma resposta mais adequada em relação ao problema do que aquela apresentada pela agenda anterior.

A menção a estereótipos de gênero que reforçam o tratamento negativo dado as mulheres parece ter sido evitado na agenda atual. Enquanto os ODM referiram-se diversas vezes a mulher na condição de mãe, os ODS 5 em contrapartida menciona a necessidade de proteção à saúde sexual e reprodutiva da mulher. Nesse sentido, a linguagem utilizada parece ser muito mais neutra e, dessa forma, chama a atenção dos Estados para a proteção da saúde tanto mulheres-mães como das mulheres que não são nem pretendem ser mães.

A inclusão da menção à proteção saúde sexual da mulher também funciona como um avanço na causa feminista, uma vez que a sexualidade feminina tende a ser tratada como um *taboo* em diversos momentos da história, o que também contribui para a opressão do sexo feminino. O simples reconhecimento de que a mulher tem uma vida sexual e que essa vida sexual é digna de proteção representa um avanço para quebra dos estereótipos que inferiorizam a mulher, principalmente nas sociedades reconhecidas como patriarcais.

Outro ponto importante no combate ao estereotipo de gênero é a menção à "promoção da responsabilidade compartilhada dentro do lar e da família", o que torna esse documento um dos únicos âmbito internacional à dispor sobre o papel do homem na esfera doméstica. Essa meta, porém, não menciona a igualdade nessa partilha e, ainda, dispõe que o compartilhamento dessas responsabilidades deve ser feito "conforme os contextos nacionais", isso é um problema uma vez que leva a crer que algumas mulheres têm mais direito à igualdade do que outros, a depender do país em que se encontram. Enquanto a inclusão de certa flexibilidade na agenda pode ter garantido uma maior aderência dos países, ela também se torna permissiva para que mulheres ao redor do mundo continuem a ser responsáveis pela maioria das tarefas dentro do lar

e da família, o que continuará a limitar as possibilidades de emancipação a que tem (ou deveriam ter) direito.

Conforme mencionado anteriormente, os ODM falharam ao escolher apenas a paridade para mensurar e direcionar a estratégia de promoção do *empoderamento* feminino, uma vez que as duas coisas não são necessariamente conectadas e sendo imperativo a observância da forma para que se estabeleça a correlação entre as duas. O ODS 5 não limita as metas estabelecidas a indicadores numéricos, o que parece indicar uma evolução da estratégia, porém a utilização de um direcionamento mais qualitativo pode ocasionar que Estados não tão comprometidos com a igualdade de gênero atinjam resultados aquém do que poderiam atingir.

No que diz respeito à critica referente a limitada aplicação das metas estabelecidas pelos ODM que pareciam se dirigir a um grupo específico de mulheres que viviam em países menos desenvolvidos, deve-se observar que os ODS apresentaram evolução significativa nesse aspecto. Conforme mencionado anteriormente, a ampliação do escopo dos ODS para incluir o combate a problemas como a violência ou ainda da exclusão das mulheres em cargos de liderança chamou a atenção dos Estados para situações de discriminação que acometem virtualmente todas as mulheres do mundo, em maior ou menos escala. Nesse sentido, pode-se dizer que os ODS se tornaram muito mais inclusivos e passaram a contribuir para o *empoderamento* feminino nos mais diversos lugares do globo, ao combater a exclusão das mulheres nas mais diversas formas que ela se apresenta.

Conclusão

Dentre as diversas diferenças observadas entre as agendas, primeiramente, deve-se notar que na agenda anterior, o *empoderamento* da mulher estava relacionado com o acesso à educação, sendo a educação o único meio explicitamente

estabelecido pelos ODM de se alcançar o *empoderamento* feminino. Como foi provada em algumas ocasiões, a educação é uma ferramenta poderosa para melhorar a qualidade de vida de mulheres, uma vez que ela contribui com a entrada no mercado de trabalho (segurança econômica), contribui para aspectos da saúde da mulher como o controle da natalidade, melhora as conexões sociais da mulher o que aumenta a sua participação política e social, entre outros.

A escolha dos ODM de gerar *empoderamento* feminino por meio da educação permitiu uma ação multidimensional e, na maioria das vezes, positiva na vida das mulheres ao redor do mundo. Porém, é necessário perceber que a educação não é o único meio e que, ainda, existem diversos outros problemas sociais que dificultam ou até mesmo impedem que as mulheres tenham acesso à educação; isso significa dizer que a estratégia escolhida pelos ODM pode ter agido mais em um sintoma do problema da desigualdade de gênero, do que nas raízes que, de fato, o causam.

Nesse sentido, por meio da análise realizada nesse estudo pode-se perceber que os ODS são uma estratégia para gerar *empoderamento* feminino muito mais compreensiva do que seus antecessores, uma vez que agem sobre os diversos empecilhos impostos às mulheres e geram a desigualdade de gênero, como a violência de gênero, o não reconhecimento do trabalho doméstico, a falta de participação política, entre outros. Ao estabelecer objetivos nessas diferentes esferas, os ODS podem vir a agir de maneira mais completa para gerar o *empoderamento* feminino.

Além disso, enquanto os ODM definiam objetivos a serem atingidos pelos Estados, eles pouco diziam sobre como fazer isso: para gerar o *empoderamento* feminino devia-se alcançar a paridade no acesso a educação, porém, como fazer isso? Os atuais ODS parecem ter evoluído nesse sentido, uma vez que detalham metas e indicadores a serem atingidos pelos Estados para que se alcance o *empoderamento* feminino.

A escolha de uma estratégia mais detalhada parece sugerir um caminho a ser percorrido pelos Estados, o que pode gerar mais eficácia na sua implementação e mais sucesso no atingimento desses objetivos. O fato de se ter uma "estratégia comum" a nível global também pode gerar um maior alinhamento entre os países no combate a desigualdade de gênero.

É também importante observar que os ODM, no objetivo que se referia ao *empoderamento* feminino e nos demais que contribuíam para a melhoria da saúde da mulher, pareciam posicionar a mulher muitas vezes na posição de "mãe" e contribuíam para o reforço dos estereótipos de gênero que muitas vezes reforçam (e pioram) as desigualdades. Em contrapartida, os ODS parecem ter evoluído ao estabelecerem indicadores que colocam as mulheres posições de liderança na sociedade, como as metas que se referem participação política da mulher, o que demonstra a necessidade e o incentivo para que elas assumam uma posição de maior protagonismo social. Nesse sentido, os ODS parecem abandonar a visão da mulher como responsável pelos filhos, contribuem para a quebra do preconceito e modificam o paradigma social quanto ao papel da mulher na sociedade.

Outro passo importante na evolução da estratégia da ONU na adoção dos ODS parece ter sido a escolha de objetivos que se aplicam as mais diversas regiões do globo. Apesar do problema da desigualdade de gênero estar presente em maior ou menor grau em virtualmente todas as sociedades, ele se apresenta de maneira distinta em cada uma delas. A escolha dos ODM em combater a desigualdade de gênero por meio de métricas de paridade na educação básica entre meninos e meninas; e o foco dado à saúde materna parecia restringir a luta pela igualdade de gênero a países em condição de menor desenvolvimento econômico, que parecem estar mais suscetíveis a esses problemas. Enquanto isso, a condição da desigualdade de gênero em países mais desenvolvidos, que se manifesta por diferenças salariais, violência doméstica, entre

outros; parecia não se encaixar na estratégia da ONU deixando grandes grupos de mulheres sem o benefício que atenção global à causa e os avanços que decorrem disso podem gerar. Nesse sentido, a evolução dos ODM para os ODS parece ter ampliado o alcance dessa estratégia para contribuir com a igualdade de gênero para mais grupos de mulheres independentemente dos lugares onde elas se encontram e da classe social à qual pertencem.

Enquanto o aumento do escopo de atuação dos ODS no que se refere ao *empoderamento* da mulher parece ter trazido benefícios e significar uma evolução na estratégia da ONU, é importante observar que a implementação desse objetivo se tornou mais complexa. Enquanto o estabelecimento de apenas metas de paridade na educação e saúde materna direcionavam o foco dos Estados para dois problemas, a atual estratégia da ONU cobra que uma gama mais complexa de ações seja implementadas com a necessária colaboração de diferentes setores da sociedade. Isso irá requerer mais esforços e recursos dos Estados, o que pode representar um risco na implementação dos ODS.

Referências

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e Política**: uma introdução. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução Renato Aguiar. 10º ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

COLCLOUGH, C; LEWIN, K. **Educating All the Children: Strategies for Primary Schooling in the South.** Oxford: Clarendon Press. 1993.

FENNELL, S; ARNOT, M. **Gender, Education and Equality in a Global Context: Conceptual Frameworks and Policy Perspectives.** United Kingdom: Taylor & Francis. 2007.

GEDIN, H. **Formal or Substantive Equality? – Gender Equality in European Community law.** Sweden: University of Lund. 2009.

JAQUETTE, J. S; SUMMERFIELD, G. **Women and Gender Equity in Development Theory and Practice: Institutions, Resources, and Mobilization.** 1st edn. Edited by J. S. Jaquette and G. Summerfield. Durham, NC: Duke University Press. 2006.

KABEER, N. **From feminist insights to an analytical framework: an institutional perspective on gender inequal- ity.** In: Kabeer, N., Subrahmanian, R. (Eds.), Institutions, Relations and Outcomes: A Framework and Case-Studies for Gender-aware Planning. Kali for Women, New Delhi. 1999.

_____. **Gender Mainstreaming in Poverty Eradication and the Millennium Development Goals: A Handbook for Policy-makers and Other Stakeholders.** London: International Development Research Centre. 2003.

MCLEOD, Ian. **Legal Theory.** New York, Palgrave Macmillan. 2003.

ONUBR. Nações Unidas – Brasil. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.** Disponível em: < https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 23 fev. 2018.

_____. **ODS5: Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil 5 (igualdade de gênero).** Disponível em < https://nacoesunidas.org/pos2015/ods5/>. Acesso em: 25 de fev. 2018.

PARPART, Jane L; RAI, Shirin M; STAUDT, Kathleen A. **Rethinking empowerment: gender and development in a global/local world.** Edited by J. L. Parpart, S. Rai, and K. Staudt. New York: Taylor & Francis. 2002.

PEDRO, Joana Maria. **Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica.** História, São Paulo, v. 24, n. 1, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742005000100004&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 20 fev. 2018.

PICHEN, M. **Ethical foreign policies and human rights: dilemmas for non government organisations.** In: Smith, K.E., Light, M. (Eds.), Ethics and Foreign Policy. Cam- bridge University Press, Cambridge, pp. 93–111. 2001.

PRECIADO, Beatriz. **Manifesto contrassexual.** Tradução Maria Paula Gurgel Ribeiro. São Paulo: n-1 edições, 2014, p. 21.

PORTELA, P. H. G **Direito Internacional Público e Privado**. 9ª Ed, 2017.

PROVE, Peter N. **World Development Report 2000/2001: Attacking Poverty World Bank.** Development In Practice, 2/3, JSTOR Journals, EBSCOhost, viewed 2 January 2018, p. 364.

SUBRAMANIAN, R. **Gender equality in education: definitions and measurements.** United Kingdom: International Journal of Educational Development 25, pp. 395–407. 2005.

THE WORLD BANK. **Interview with Waafus Ofosu-Amaah, Senior Gender Specialist.** World Bank, 28 April 2006, Washington, DC; Harmann, The World Bank and HIV/AIDS.

THE MILLENIUM DEVELOPMENT GOALS REPORT. United States: United Nations. 2014. Disponível em < http://www.un.org/millenniumgoals/2014%20MDG%20report/MDG%202014%20English%20web.pdf >. Acesso em: 02 de novembro de 2016.

UNESCO, 2003. **Gender and Education For All.** The Leap to Equality. UNESCO, Paris.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em < https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html>. Acesso em: 08 de novembro de 2016.

UNIFESP. **A origem e a história dos direitos humanos: a discussão contemporânea.** Disponível em: <http://www.comfor.unifesp.br/wp-content/docs/COMFOR/biblioteca_virtual/EDH/mod1/Unidade1_EDH_VF.pdf>. Acesso em: 08 de novembro de 2016.

UNTERHALTER, E. **Global inequality, capabilities, social justice: The millennium development goal for gender equality in education.** United Kingdom: International Journal of Educational Development 25. 2005.

VERLOO, Mieke. **Multiple Meanings of Gender Equality.** New York: CPS BOOKS. 2007. Disponível em: < http://pendientedemigracion.ucm.es/info/target/Art%20Chs%20EN/CH1Intr_MAGEEQbookVerloo_07EN.pdf>. Acesso em: 03 de novembro de 2016.

WIEGERSMA, N. **The women, gender, and development reader.** Edited by N. Visvanathan, L. Duggan, and L. Nisonoff. London: Zed Books. 1996.

WILKINSON, R; HULME, D. **The Millennium Development Goals and Beyond: Global Development After 2015.** Edited by R. Wilkinson and D. Hulme. New York, NY: Routledge. 2012.

ZAMMIT, A. and BERIK, G. **Social Justice and Gender Equality: Rethinking Development Strategies and Macroeconomic Policies.** Vol. 1. Edited by A. Zammit and G. Berik, Yana van der Meulen Rodgers. New York: Taylor & Francis. 2008.

Eixo 8

Fundamentos teórico-filosóficos dos direitos fundamentais

20

Direitos fundamentais e sua abordagem constitucional como regras ou princípios[1]

Cíntia Schurmann[2]
Patrícia Pasqualini Philippi[3]

1 Introdução

A história nos ensina e mostra que inúmeras são as variantes que determinam a interpretação e aplicação do Direito. Neste artigo, tratar-se-á de apenas duas das vertentes: a distinção que se estabelece entre as famílias do direito – *common law e civil law*[4] - e

[1] O presente resumo foi tema abordado no artigo Constituição, Normas de Direitos Constitucionais e os Riscos à Ordem Constitucional e Democrática Advindos da sua Incompreensão pelos Aplicadores do Direito, apresentado no 5º Seminário Internacional de Democracia e Constitucionalismo: Novos Desafios na era da Globalização, pela doutoranda Patrícia Pasqualini Philippi, na Universitá Degli Studi de Perugia - Perúgia, Itália, nos dias 11 e 12 de setembro de 2017.

[2] Técnica Jucidiária, Assessora de Gabinete; Pós-graduada em Processo e em Processo Civil; Pós-graduanda em Processo Civil e em Direitos Humanos; Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Email: cschurmann@tjsc.jus.br

[3] Advogada; Professora de Direito Penal, Direito Processual Penal e Introdução ao Estudo do Direito da UNIDAVI – Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí; Mestre e Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: philippi@unidavi.edu.br

[4] Segundo ABREU: "O problema da criação do Direito, enquanto fenômeno histórico-social, segundo Wolkmer, leva a duas expressões técnico-formais que dão plena efetividade ao Direito positivo, que são a lei e a jurisprudência. Em torno dessas duas principais fontes jurídicas sobressaem duas orientações extremamente significativas: a chamada Escola Clássica, ligada à tradição jurídica latino-românica que identifica o direito com a lei escrita – o *jus scriptum;* e a representada pela cultura jurídica da *Common Law,* cunhada como *Escola Jurisprudencial.* [...] A força criadora da jurisprudência tem se revelado importante mesmo nos países de tradição no direito escrito (*Civil Law*), em que os denominados

a compreensão de que as normas constitucionais se dividem em regras e princípios, na razão de que a compreensão, interpretação e aplicação dessas normas na ordem brasileira, deve perpassar pelo modelo da nossa tradição, ou melhor, na família da *civil law*.

Inicialmente é preciso deixar claro que nos países de tradição *civil law*[5], como no Brasil, o Direito tem sua força no que foi legislado. Para os países de tradição na *common law*, o Direito tem sua força no que foi decidido. Assim, no Brasil a força e a principal fonte do direito deveria se mostrar na Lei e não nas decisões judiciais. Esse será o objeto do primeiro capítulo.

Daí que, além de compreender que nossa base no Direito deita-se no solo fecundo da lei (*civil law*) e que argumentos de princípio e de moral são propostas de uma outra base teórica, própria ao terreno mais arenoso e permeável da *common law*, é preciso ainda perceber que no momento em que se interpreta e se aplica a Constituição, em *terra brasilis,* na análise aqui detida dos

---

"precedentes judiciais" mais e mais têm invocados por advogados e juízes. Essa acepção é irrefutável pelo menos em relação à súmula vinculante, dado seu caráter normativo e cogente. O ponto fundamental de gravitação de toda a criação judicial, seja nos parâmetros da *Common Law,* seja nos sistemas jurídicos de direito codificado, advém da resolução de casos particulares e não na formulação de regras gerais e abstratas, mesmo porque a criação judicial enunciada por decisões dos juízes nos tribunais representa a fonte autêntica do direito objetivado." ABREU, Pedro Manuel. **Processo e Democracia:** o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa da cidadania inclusiva do estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.305-307.

[5] Segundo ABREU: "O problema da criação do Direito, enquanto fenômeno histórico-social, segundo Wolkmer, leva a duas expressões técnico-formais que dão plena efetividade ao Direito positivo, que são a lei e a jurisprudência. Em torno dessas duas principais fontes jurídicas sobressaem duas orientações extremamente significativas: a chamada Escola Clássica, ligada à tradição jurídica latino-românica que identifica o direito com a lei escrita – o *jus scriptum;* e a representada pela cultura jurídica da *Common Law,* cunhada como *Escola Jurisprudencial.* [...] A força criadora da jurisprudência tem se revelado importante mesmo nos países de tradição no direito escrito (*Civil Law*), em que os denominados "precedentes judiciais" mais e mais têm invocados por advogados e juízes. Essa acepção é irrefutável pelo menos em relação à súmula vinculante, dado seu caráter normativo e cogente. O ponto fundamental de gravitação de toda a criação judicial, seja nos parâmetros da *Common Law,* seja nos sistemas jurídicos de direito codificado, advém da resolução de casos particulares e não na formulação de regras gerais e abstratas, mesmo porque a criação judicial enunciada por decisões dos juízes nos tribunais representa a fonte autêntica do direito objetivado." ABREU, Pedro Manuel. **Processo e Democracia:** o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa da cidadania inclusiva do estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.305-307.

direitos fundamentais, tais normas constitucionais possuem divisão em regras e princípios, e como tal, dentro das suas pecularidades.

Assim, no segundo capítulo tentar-se-á realizar uma distinção entre regras e princípios, lembrando da discussão sobre a legitimidade da Suprema Corte para decidir questões importantes afetas aos direitos fundamentais.

E, em um terceiro momento, aprofundar-se-á na confusão entre regras e princípios, que permeia por todo o sistema brasileiro, misturando institutos ou famílias diversas – *da civil law e da common law* – seja por incompreensão de suas dimensões e acepções, seja por comodismo ou até mesmo por modismo, tanto o legislador, como os Juízes e Tribunais, vêm fazendo do Direito uma não tão simbólica assim, "salada de frutas", demonstrando uma crise de identidade do Direito no Brasil.

Tudo isso, para, por fim, alcançar o objetivo de demonstrar a importância do respeito à Constituição, especialmente no tocante aos direitos fundamentais, para a sustentação e manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Na elaboração do artigo foi utilizado o Método hipotético-dedutivo e, conjuntamente, foi adotada a Técnicas da Pesquisa Bibliográfica[6], com utilização da legislação e da doutrina, bem como pesquisa jurisprudencial.

2 Distinções entre common law e civil law

A troca de lentes e a incompreensão semântica e estrutural desses modelos poderá e, no que se vê em prática, efetivamente servirá de impulso ao ativismo judicial moldado no voluntarismo, o que no plano brasileiro também se dá porque com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sob a égide de um Estado

[6] Pesquisa Bibliográfica é expressão que indica a "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais." (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.209).

Democrático de Direito, as questões políticas foram deslocadas do campo legislativo e executivo e lançadas ao campo do judiciário, acentuando ainda mais a necessidade de sua atuação e consequentemente o seu poder.

Tudo isso implica estabelecer diferenças na forma de interpretar e aplicar o Direito, sobretudo, aqueles previstos na Constituição, ordem máxima de um país. Para isso é preciso primeiro deixar claro que nos países de tradição *civil law*, o Direito tem sua força no que foi legislado. Para os países de tradição na *common law*, o Direito tem sua força no que foi decidido. No Brasil, que segue a família *civil law*, a força e a principal fonte do direito deveria se mostrar na Lei e não nas decisões judiciais, como ocorre nos países que adotam a *common law*.

Esse é um primeiro aspecto que se observa e que em tese pode sustentar decisionismos. Muito embora isso pareça não merecer maior debate, o que se constata é uma verdadeira crise de identidade do Direito no Brasil. Misturando institutos ou famílias diversas – *da civil law e da common law* – seja por incompreensão de suas dimensões e acepções, seja por comodismo ou até mesmo por modismo, tanto o legislador, como os Juízes e Tribunais, vêm fazendo do Direito uma não tão simbólica assim, "salada de frutas". Nesse contexto, pode-se citar como exemplo o novo Código de Processo Civil que traz institutos específicos do *common law* e diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, que se valem de princípios para excluir a regra.

Outra questão resulta de como o operador ou aplicador do direito, de famílias distintas, e que no caso do Brasil, segue a *civil law*, deve se portar diante das normas constitucionais de direitos fundamentais.

A mistura de focos, ideias e comportamentos toma maior relevância quando o intérprete se coloca à frente da Constituição e da análise e interpretação dos Direitos Fundamentais. Nessa perspectiva, em que a democracia é o jogo, a Constituição seu manual de regras, os agentes políticos seus julgadores, e à jurisdição

constitucional cumpriria o papel de árbitro do jogo democrático (ABREU, 2011, p.293). E quando o assunto é jogo, há que se respeitar regras!

Esse desdobramento teórico prático de compreensão, interpretação e aplicação das normas constitucionais de direitos fundamentais pelos aplicadores do Direito, dentro cada qual das respectivas famílias – *civil law e commow law* - é essencial para a manutenção da força da Constituição e consequementemente, dos direitos fundamentais.

Daí que, além de compreender que nossa base no Direito deita-se no solo fecundo da lei (*civil law*) e que argumentos de princípio e de moral são propostas de uma outra base teórica, própria ao terreno mais arenoso e permeável da commow law, é preciso ainda perceber que no momento em que se interpreta e se aplica a Constituição, em *terras brasilis,* na análise aqui detida dos direitos fundamentais, tais normas constitucionais possuem divisão em regras e princípios, e como tal, dentro das suas pecularidades.

3 Regras versus princípios e a legitimidade democrática

Alerta Mendes que as constituições hodiernas são compostas de regras e princípios, implicando tal condição na ideia de que uma constituição feita apenas por regras prestigiaria a segurança jurídica, mas seria limitada na sua praticidade, por exigir miticulosa disciplina, sem deixar espaço para o desenvolvimento da ordem social, num sistema que nem seria aberto. Contudo, por outro lado, um sistema que congregasse apenas princípios seria absolutamente minaz à segurança das relações (MENDES; BRANCO, 2014, p.75).

Olhar para a díade regras e princípios das normas fundamentais constitucionais importa saber para o intérprete e aplicador do direito: que entre uma regra e um princípio, prevalece a regra; que na colisão de regras, aplica-se as fórmulas de superação

das antinomias e que na colisão de princípios, a análise perpassa pela dimensão peso ou valor.[7]

Em outras palavras, o direito fundamental composto na norma constitucional ou será uma regra ou será um princípio. Se for uma regra, não há como corroê-lo, ou se aplica, ou não.

Tratando-se, contudo, de princípio, deve o intérprete atentar ao fato de que este se modula em: princípios constitucionais implícitos e que servem instrumento de densidade da Constituição; princípios como parâmetros hermenêuticos da Constituição, ou ainda, como uma espécie de norma constitucional.

Percebe-se assim que se for um princípio, e nesse aspecto o custo da discussão é bem mais cara e tormentosa, precisam os juízes e tribunais compreender e admitir primeiramente, que o modelo adotado pelo Brasil é de tradição romano-germânica – *civil law* – e que tem uma compreensão muito mais fechada que os países de tradição baseada no fenômeno anglo-saxão da *common law*, cuja base teórica admite a leitura moral e a argumentação por princípios.

Ora, a se tratar dos Estados Unidos, por exemplo, cuja tradição se alicerca na *common law*, no trato dos direitos fundamentais a interpretação teria seu campo mais aberto, especialmente, na análise dos princípios e os Tribunais e a Suprema Corte, uma voz muito mais forte e atuante na produção do Direito, até porque, hierarquicamente, por lá, as leis estariam abaixo dos precedentes.

Conforme esclarece Dworkin (2007, p.426), esse papel forte e determinante dos Tribunais e dos precedentes pode ser conferido pelo exemplo de quando a Suprema Corte norte-americana, pelo seu presidente, Jonh Marshall (1803 *apud* DWORKIN, 2007, p.426), rejeitou a fraqueza do judiciário, e em decisão célebre declarou "O poder e o dever da Corte de fazer cumprir a Constituição derivava

[7] Ver mais em DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007 e ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

da própria declaração contida nesse documento, de que a Constituição era a norma jurídica suprema do país."

Mais que isso. Afirmou e decidiu Marshall que os tribunais em geral e a Suprema Corte como última instância é que têm o poder de decidir pelo governo o que a Constituição tem a dizer e dois séculos depois, o vasto poder dos Tribunais e da Suprema Corte ainda se mantêm, na interpretação e na aplicação dos direitos (MARSHALL *apud* DWORKIN, 2007, p.427), neste discurso tratados, só na base dos direitos constitucionais.

A propósito, apenas para fins ilustrativos, cita-se que foi baseado no memorável aresto de Jonh Marshall proferido pela Suprema Corte no caso Willinam Marbury versus James Madison, em 1803, que o controle de constitucionalidade das leis se incorporou categoricamente à experiência constitucional americana, cumprindo a Suprema Corte a invalidade ou nulidade da lei inconstitucional. Esse modelo americano irradiou-se por diversos países, inclusive o Brasil (ABREU, 2011, p.297-299).

Por aqui, sustenta Dobrowolski (2000, p.314) que o Poder Judiciário exerce o papel de guardião dos direitos fundamentais e da própria Constituição, cabendo-lhe, inclusive, controlar os outros poderes, para mantê-los dentro dos limites traçados pelas normas constitucionais, garantindo assim, por meio da função protetora dos direitos fundamentais, a democracia substancial em que se funda a própria Constituição.

Como o espaço é pequeno e o debate é longo, a ideia não é trilhar no espaço do legislativo. Por essa razão, retoma-se a problemática e a crise de identidade dos juízes e tribunais brasileiros ao enfrentar questões e demandas que tratam de direitos fundamentais perpassando pela ideia de voluntarismo, que infelizmente, parte das decisões possuem.

Pois bem. Partindo-se do pressuposto que o Brasil pertence à família *civil law*, a lei em tese deveria ter maior poder que a decisão judicial, aqui a se falar em jurisprudência ou súmula.

Diferentemente do que ocorre nos países que adotam o *common law*, não é o juiz "a boca da lei".

Contudo, dadas as incompreensões desses institutos e a ideia prê-à-porter que ronda os juristas e o Poder Judiciário brasileiro, não é de hoje que na prática, o que se vê é a flagrante intervenção do Poder Judiciário na produção do direito, ruindo os alicerces da separação dos poderes e corroendo, por vezes, sob a camuflagem do largo uso de princípios, de voluntarismos extremos e da troca de conceitos do que é regra (e nesse caso a ideia é de tudo ou nada) e do que é princípio (o que tem peso, valor, e pode ser atendido na medida do possível, do razoável) o que de mais sólido pode existir num Estado Democrático de Direito, que é a mitigação ou a negativa de aplicabilidade dos direitos fundamentais.

4 Confusão entre regras e princípios, protagonismo judicial e ameaça a direitos fundamentais

Esclarece-se que para a justiça norte-americana a interpretação e o uso dos princípios se dá de maneira muito mais forte e ampla da que poderia ser dada no Brasil, até porque, pela sua família e pela tradição, isso lhes é permitido. A argumentação por princípios e a leitura moral, faz parte do modelo americano e da *common law*.

Quando isso ocorre no Brasil, possivelmente regras e princípios de direitos fundamentais são violados em homenagem a um perigoso voluntarismo judicial, que aliás, não é admitido em qualquer das famílias ou bases teóricas dos direito.

Ao que tudo indica, o protagonismo judicial no Brasil, também chamado de ativismo, voluntarismo, para citar apenas essas designações, só faz crescer e muito preocupa, pois, faz irromper e promove contingencialmente o desmache da Costituição e a violação dos direitos fundamentais.

Destarte, é por demais absurdo manter-se no dilema já anunciado de que: ou se garante e se concretiza os direitos

fundamentais ou se renuncia a estes e se ora pela política (MOTTA, 2012, p.122).

Dadas as devidas proporções, é certo que a neutralidade judicial é uma quimera e que num sistema jurídico, não se espera um juiz burocrata, técnico, um ser apolítico, que não pode interpretar e que também por consequência não fundamenta suas decisões (MOTTA, 2012, p.118).

Mas daí a ficar entre o juiz "boca da lei" e o juiz "que nada interpreta e fundamenta", é uma escolha difícil. Na verdade, isso mais parece um "carma"; uma tentativa grosseira de minar a Constituição.

O que por certo se tem e o que por democrático pode-se afirmar é que nada pode escapar à Constituição. Esta, mais que uma técnica de salvamento da lei ou de ato normativo, consiste em técnica de decisão (BASTOS, 2010, p.108). Logo, a resposta à fundamentação das decisões e por outro lado, o escape à voluntariedade das mesmas está na própria Constituição.

E mais, qualquer limite a direitos fundamentais somente pode ser concebido dentro do que prevê a própria Constituição. Somente a Constituição pode limitar direitos fundamentais, ainda que os de *status* especiais (HESSE, 1995, p.261).

A decisão, especialmente quanto aos direitos fundamentais, deve, portanto, pautar-se pela Constituição, sua principal fonte e diretriz. Qualquer decisão que escape a esse máxima, indiscutivemente, causará afronta à Constituição.

Nessa infeliz e perniciosa toada de afronta à Constituição, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em julgado histórico – HC 126.292[8] de 17/02/2016, mudou seu entendimento e dando azo à prisão logo após a decisão condenatória de segunda instância. Tal decisão é uma amostra perigosa da violação à regra prevista no

[8] Decisão proferida e 17/02/2016 pelo Supremo Tribunal Federal em Habeas Corpus do Tribunal de Justiça de São Paulo. Em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153. Aceso em 18/07/2016.

artigo 5º, inciso LIV da Constituição (BRASIL, 2016, p.8) em vigor, que reza: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

Referida decisão é uma demonstração de um ativismo aniquilador de direitos fundamentais, porquanto, rechaça uma regra, regra que a propósito sustenta um dos pilares democráticos que é a presunção de inocência e que vale no formato "tudo-ou – nada", até porque, regra é regra e não permite meio-termo.

Pior que isso é observar que tal decisão partiu de quem deveria guardar a Constituição. E mais, esse é apenas uma exemplo, porquanto, outros existem como a mitigação do direito de defesa, regra prevista no artigo 5º, inciso LV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Constituição (BRASIL, 2016, p.18), nesse inciso, assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, tanto o contraditório como a ampla defesa, como meios e recursos a ela inerentes.

No entanto, é do próprio entendimento do Ministro Gilmar Mendes que se vê como a Corte Máxima[9] o admite mitigado. Em suas palavras:

"Entretanto, é imperativo perceber que a amplitude do princípio da ampla defesa comporta mitigações, uma vez que o próprio direito se submete à restrições de determinadas por outros direitos ou deveres fundamentais que operam, nos casos concretos, sem sentidos opostos." (MENDES; BRANCO, 2014, p.451).

A relativização desses direitos fundamentais é inaceitável. Alerta nesse sentido Hesse (1995, p.250): "Como as garantias de

[9] Corte Máxima – expressão que substitui Supremo Tribunal Federal. Ver mais sobred decisões do Supremo Tribunal Federal que mitigaram a regra da ampla defesa e do contraditório em Súmulas Vinculantesque dispõem – Súmula Vinculante nº 5: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição" e Súmula Vinculante nº 14 "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa." E ainda e Súmula 523: "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.", todas do mesmo Tribunal.

liberdade jurídico-fundamentais são fundamentadas pela Constituição, assim também podem os limites dessas garantias encontrar sua base somente na Constituição."

Partindo disso, por vezes resta óbvia a intenção do aplicador do Direito, que parecendo esquecer da família em que consiste o Direito no Brasil – *civil law*; da divisão e conceituação que se estabelece entre regras e princípios, as quais dividem as normas de direitos fundamentais; e do próprio império da Constituição, quer fazer crer, por meio de Súmulas Vinculantes, Súmulas ou decisões comuns, que detém o poder maior em reduzir, relativizar ou mitigar direitos fundamentais, negando o texto constitucional e produzindo por meio dessas decisões, seu nefasto desmanche.

Outra forma de disfarce dos decisionismos e de violação dos direitos fundamentais, tem-se na prática escamoetada e apregoada como legítima do uso demasiado dos princípios. A pan-principiologia[10], como se refere Streck, é uma prática largamente utilizada pelos juízos e Tribunais, inclusive, a Corte Máxima – Supremo Tribunal Federal – para justificar o injustificável e reduzir, limitar ou negar direitos fundamentais.

A falsa ideia de que a toda norma constitucional pode ser resolvida como um princípio e não como regra; a criação de novos e infinitos princípios a exemplo do que se mostra a pan-principiologia; o uso flagrante da interpretação por princípios como o da proporcionalidade, reserva do possível, o consequencialismo, a teoria da argumentação jurídica, entre outros, mostram que na

[10] Pan-principiologia. Termo utilizado por Lenio Luiz Streck para definir a produção em larga escala de princípios, a fabricação de princípios. "Assim, está diante de um fenômeno que pode ser chamando de pan-principiologismo" caminho perigoso para um retonro à "completude" qu caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX a partir de uma "adptação darwiniana": na "ausência" de "leis apropriadas" (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial) o intérprete "deve" lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um "princípio" aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo." STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. *In:* FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *In:* FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.67.

prática, decisões judiciais nesse sentido e baseadas nesse modelo, são pano de fundo a esconder um ativismo judicial desmetido, estulto e corrosivo às normas e garantias que constituem os direitos fundamentais e que democrativamente, sustentam a Constituição.

É como afirma Hesse (1995, p.266-267) "a escavação de direitos fundamentais". Essa prática constantemente protagonizada por juízes e Tribunais poderá acarretar a queda da própria ordem constitucional.

A retaliação, a mitigação ou a "escavação" das normas de direitos fundamentais é algo que preocupa e que requer, além da prudência, a lembrançca de que sem o respeito à Constituição, irrompe-se com a ideia de um Estado Democrático de Direito e com isso, com todas as modulações políticas e sociais de afirmação de direitos e de garantias dos indivíduos.

O retrocesso, nesta perspectiva, advirá com o (res)surgimento dos antigos traumas que permearam o país antes da redemocratização e ao passo do surgimento do Estado Democrático de Direito e que somados a novas mazelas, farão quedar a Constituição e com ela todas as conquistas democráticas.

Nessa linha e mais do que nunca é que a Conssituição e aqui especificamente tratada, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deve ser respeitada, cumprida e honrada, sobretudo, na salvaguarda das normas de direitos fundamentais, cujo limite só encontra limite dentro da própria Constituição. Como talvez diria hoje Ruy Barbosa[11], fora da Constituição, não há salvação.

5 Considerações finais

O presente artigo buscou evidenciar a importância do respeito à Constituição especialmente no cumprimento das normas de direitos fundamentais, movimento esse de sustentação de um

[11] Frase histórica dita por Ruy Barbosa: "Com a lei, pela lei e dentro da lei, porque fora da lei, não há salvação." **Trecho do Manifesto à Nação**. Rio de Janeiro (DF). Obras Completas, V. 19, Tm1, 1892, p.289.

Estado Democrático de Direito, como afirmado no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, alvo desse ensaio.

A *praxis* jurídica, no entanto, tem demonstrado que nem sempre as normas de direitos fundamentais previstas na ordem constitucional brasileira são honradas. Esse fenônemo de mitigação, desmanche ou limitação desses direitos encontra raízes em várias determinantes e se manifesta via de regra, pela atuação equívocada do legislativo, cujo tema será tratado em outra oportunidade, e por mandos e desmandos do judiciário, por meio de decisões judiciais eivadas de voluntarismo e onde o Estado-Juiz se apresenta como protagonista principal do elenco e da produção do Direito.

Por certo que a incompreensão de que os sistemas como o da *civil law* e da *common law* são diferentes e que nosso ordenamento jurídico tem sua origem no primeiro, fortalece o protagonismo ameaçador dos direitos fundamentais, haja vista que ao confundí-los, associá-los, juntá-los ou mesclá-los, estão juízes eTribunais dando margem à interpretação e à aplicação do Direito de forma a, por exemplo, admitir argumentos de princípios e da moral, não admitidos pela família da *civil law*, onde se deita raízes.

Sem contar que em nosso ordenamento jurídico não há a tradição do precedente como fonte primeira ou principal do direito, como estabele a família da *common law*. Em *terras brasilis,* a fonte substancial ou dominante é a lei.

O modismo e a inapropriação no uso indistindo de família distintas do Direito provoca graves problemas, sobretudo, em se tratando de direitos fundamentais, da sua corrosão em face de decisão baseadas em ativismos e voluntarismos.

Outro ponto que merece atenção é a divisão das normas constitucionais em regras e princípios, melhor dizendo, as normas de direitos fundamentais, são normas e como normas, ou são regras e nesse caso deverão funcionar na condição como afirmado de

"tudo-ou-nada", ou são, princípios, e nesse caso, são aferidas pelo seu peso ou valor.

Isso, contudo, não permite dizer que tratando-se de princípio, tudo pode ser decidido conforme a subjetividade do aplicador do direito, ou seja, pela "sua moral" ou pelos "seus princípios".

Bem pelo contrário. Sabe-se que os princípios podem ser implícitos e serem entendidos como instrumentos que dão densidade à Constituição; como também, podem se revelar como parâmetros hermenêuticos da Constituição, ou ainda, como uma espécie de norma constitucional.

Logo, a adoção equivocada de algum desses critérios poderá resultar não apenas no protagonismo judicial, mas também no desmanche de um ordenamento que tem na Constituição sua matriz; nos direitos e garantias fundamentais a força que garante a sustenção do Estado Democrático de Direito; o qual pressupõe para além dos direitos de cidadania, da ordem pacificadora entre os indivíduos e entre esses e a Sociedade, aquela que talvez seja sua principal função, ou seja, a limitação de poder do próprio Estado.

A essa altura, exemplos não faltam. Decisões baseadas em voluntarismos e que violam de forma direta direitos fundamentais, inclusive proferidas pela Corte Máxima, se mostram rotineiras. E sem qualquer dificuldade em lembrá-las, pode-se citar duas apenas, de um universo muito maior, mas cujo espaço aqui não é suficiente, como: a violação da regra que estipula a presunção de inocência, permitindo prisões condenatórias antecipadas e ausência de ampla defesa e contraditório em processo judicial e administrativo.

Também se destaca a impropriedade e o perigo das Súmulas, inclusive as Vinculantes, que parecem ter o condão de atropelar a própria Constituição e ainda, do fenônemno chamando de "pan-principiologia", correspondente a fabricação e uso acentuado de princípios para solução de qualquer demanda, uma válvula de escape utilizada em nosso ordenamento como justificativa e acobertamento de decisões políticas, baseadas muita vezes na moral individual e também coletiva do aplicador do Direito – Juízes e

Tribunais - e que se mostra uma tendência perigosa e castradora de Direitos, aqui sob enfoque nas normas de direitos fundamentais.

Por fim, é evidente que o assunto não se mostra esgotado, pelo contrário, merece debate, crítica, entendimento e aprofundamento, até porque, trata-se de dar força e honrar a Constituição. Evitar o enfrentamento da questão ou concebê-la de forma equivocada, por modismos, incompreensões, sensos de moral pessoal ou simples desconhecimento certamente levará à sua fragilidade e nos flancos abertos pela escavação desses direitos, o que se vê infelizmente é um caminho fértil, aberto a políticas autoritárias e tiranas e ao desmanche dos poderes que sustentam o Estado Democrático de Direito e com ele, das normas de direitos e garantias fundamentais.

Referências

ABREU, Pedro Manuel. **Processo e Democracia:** o processo jurisdicional como um locos da democracia participativa da cidadania inclusiva do estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal brasileira. Coligidos e ordenados por Homero Pires.** São Paulo: Saraiva, 1934. Vol. VI.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão proferida em 17/02/2016 pelo Supremo Tribunal Federal em Habeas Corpus do Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153. Aceso em 18/07/2016.

DOBROWOLSKI, Sílvio (Org.). **A constituição no mundo globalizado.** Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 261.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério:** uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.