

Marcia Andrea Bühring
Jaci Rene Costa Garcia
João Hélio Ferreira Pes

(orgs.)

DIÁLOGOS DE

DIREITO CONSTITUCIONAL APLICADO



Os artigos que compõem este livro são resultado da Linha de Pesquisa Direito Constitucional Aplicado, do curso de Direito da Universidade Franciscana, que reúne a preocupação dos professores com temas atuais, nos quais se aplica o Direito Constitucional e que sofrem demandas e desafios decorrentes da inovação tecnológica. Assim, num conjunto de esforços foram reunidos 13 textos, pareceres e notas técnicas, a fim de divulgar a pesquisa. E dessa forma, apresenta-se os textos.



**Diálogos de
Direito Constitucional Aplicado**



COMITÊ EDITORIAL

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

Prof. Dr. Leandro Cordioli

ULBRA, Brasil



Diálogos de Direito Constitucional Aplicado

Organizadores

Marcia Andrea Bühring

Jaci Rene Costa Garcia

João Hélio Ferreira Pes



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

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.



A Editora Fi segue orientação da política de distribuição e compartilhamento da Creative Commons Atribuição-Compartilhual 4.0 Internacional
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BÜHRING, Marcia Andrea; GARCIA, Jaci Rene Costa; PES, João Hélio Ferreira (Orgs.)

Diálogos de direito constitucional aplicado - UFN [recurso eletrônico] / Marcia Andrea Bühring; Jaci Rene Costa Garcia; João Hélio Ferreira Pes (Orgs.) – Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

391 p.

ISBN - 978-65-5917-326-6

DOI - 10.22350/9786559173266

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

1. Direto Constitucional; 2. Tecnologia; 3. UFN; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação **11**

Marcia Andrea Bühring
Jaci Rene Costa Garcia
João Hélio Ferreira Pes

1 **17**

Técnicas de inteligência artificial aplicadas ao direito: breve discussão sobre raciocínio automatizado

Alexandre Zamberlan
Robertson E. dos Santos
Darci Guimarães Ribeiro
Francielle Benini Agne Tybusch
Márcia Andrea Bühring
Márcio de Souza Bernardes
Paulo J. T. Dos Santos
Cristiano Becker Isaia

2 **27**

Notas sobre a tutela processual inibitória ambiental na perspectiva constitucional

Cristiano Becker Isaia
Darci Guimarães Ribeiro

3 **49**

Os desastres de Mariana e Brumadinho – MG como ecocídio e a possibilidade de julgamento destes pelo Tribunal Penal Internacional

Leandro S. Tessaro
Francielle Benini Agne Tybusch

4 **87**

Interesse público e remoção de servidor público: a redefinição conceitual do instituto a partir da aplicação do art. 36 da lei 8.112/90

Jaci Rene Costa Garcia 87

5 **108**

Elementos da historicidade do direito de propriedade sobre a água: ameaças a um bem comum

João Hélio Ferreira Pes

6 **141****O processo de inclusão de deficientes nas organizações: uma análise sob a perspectiva constitucional e empresarial**

Liege Alendes de Souza

Patrinês Aparecida França Zonatto

Robsom Araujo Santos

7 **162****A reparação do dano ambiental/ecológico e os dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ /2021**

Marcia Andrea Bühring

8 **199****O comum e o direito às cidades: aportes teóricos para repensar o direito ao espaço urbano**

Márcio de Souza Bernardes

9 **223****Escravidão e direito de reparação: sobre a necessidade de novas narrativas**

Márcio Paulo Cenci

10 **243****O viés histórico das políticas públicas de acesso ao ensino superior: uma visão inclusiva na educação**

Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcellos Terra

11 **267****Direito e publicidade em perspectiva constitucional: a monetização da infância e o tratamento jurídico das ações de marketing realizado por influenciadores mirins no Youtube**

Rosane Leal da Silva

Tais Steffenello Ghisleni

12 **298****Recontextualização dos atores sociais em acórdãos do STF**

Valeria lensen Bortoluzzi

13 **320**

A (nova) ordem pública global diante da COVID-19: governança e confiabilidade na experiência da comissão europeia sobre inteligência artificial

Diógenes Faria de Carvalho

Parecer 002/2020/CG-GAA, de 09 de junho de 2020 **355**

Jaci Rene Costa Garcia

Parecer jurídico 17/2021 **361**

Cristiano Becker Isaia

Nota Técnica nº 3/2021 **369**

Marcia Andrea Bühring

Parecer na Tese **381**

É cabível indenização por dano moral quando o consumidor de veículo zero-quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes para reparo de defeitos apresentados no veículo

Fabiana D'Andrea Ramos

Vitor Hugo do Amaral Ferreira

Apresentação

*Marcia Andrea Bühring
Jaci Rene Costa Garcia
João Hélio Ferreira Pes*

Os artigos que compõem este livro são resultado da Linha de Pesquisa Direito Constitucional Aplicado, do curso de Direito da Universidade Franciscana, que reúne a preocupação dos professores com temas atuais, nos quais se aplica o Direito Constitucional e que sofrem demandas e desafios decorrentes da inovação tecnológica.

Assim, num conjunto de esforços foram reunidos 13 textos, pareceres e notas técnicas, a fim de divulgar a pesquisa. E dessa forma, apresenta-se os textos.

O Primeiro texto de Alexandre Zamberlan, e outros... sobre “Técnicas de inteligência artificial aplicadas ao direito: breve discussão sobre raciocínio automatizado”, representa bem o momento atual, pois vive-se um momento ímpar na sociedade dita tecnológica, com inúmeras facilidades e oportunidades, mas também com desafios e situações que merecem discussões mais atentas e pontuais. A Inteligência Artificial, (IA), aparece como uma expressão que está no arsenal de empresas, no universo de jogos digitais, em filmes e seriados, e na área Jurídica. Assim, os autores trazem uma revisão geral sobre as subáreas da Inteligência Artificial e uma discussão de como utilizá-las em alguns contextos, como a área Jurídica. Além disso, apresenta uma modelagem inicial da dinâmica de um possível sistema com o uso de representação de conhecimento e raciocínio automatizado via Ontologia.

O Segundo texto de Cristiano Becker Isaia e Darci Guimarães Ribeiro sobre “Notas sobre a tutela processual inibitória ambiental na perspectiva

constitucional”, apresentam inicialmente as tutelas contra o ato ilícito na perspectiva de proteção constitucional a direitos transindividuais, assim como a tutela inibitória, de remoção do ilícito e ressarcitória na forma específica: o exemplo privilegiado das ações ambientais. Para ao final, mostrar, que o Código de Processo Civil de 2015 inovou ao trazer a tutela contra o ato contrário ao direito no parágrafo único de seu artigo 497, para além da concepção estritamente ressarcitória, previu o legislador processual a tutela inibitória e a de remoção do ato ilícito, sem menosprezar as modalidades repressivas tradicionais.

O Terceiro texto de Leandro S. Tessaro e Francielle Benini Agne Tybusch sobre “Os desastres de Mariana e Brumadinho – MG como ecocídio e a possibilidade de julgamento destes pelo Tribunal Penal Internacional”, ponderou responsabilidades, pois discutiu a fundo o cenário antes e pós derramamento de rejeito de minério provocado pelo rompimento das barragens de contenção do Córrego do Feijão e do Fundão. Também apresentam o Tribunal Penal Internacional e a possibilidade de julgamento do Ecocídio dos desastres de Mariana e Brumadinho – MG e abordou características e seu surgimento, salientando como este tribunal se posiciona diante crimes ambientais de grande magnitude, e assim, sustentar o oferecimento de denúncia referente aos desastres.

O Quarto texto de Jaci Rene Costa Garcia sobre “Interesse público e remoção de servidor público: a redefinição conceitual do instituto a partir da aplicação do art. 36 da lei 8.112/90”, apresenta inicialmente a questão do interesse público na dogmática, e uma exceção legal ao interesse público, questionando: em que medida um interesse particular relevante também é público?. Assim, parte da transição de um modelo interpretativo conceitual para um modelo hermenêutico e apresenta algumas questões

teóricas com implicações na aplicação do direito, para ao final mostrar o direito como integridade em Dworkin.

O quinto texto de João Hélio Ferreira Pes sobre “Elementos da historicidade do direito de propriedade sobre a água: ameaças a um bem comum”, inicia a sua incursão pelo reconhecimento da água como um bem ambiental de fundamental importância, e que esta seja tratada como um bem comum. Apresenta traços da evolução histórica do direito de propriedade sobre a água, assim como a inapropriabilidade da água a partir da Constituição de 1988 e, por fim, adverte, que é necessário estar permanentemente atento as ameaças de apropriação a esse bem ambiental comum.

O sexto texto de Liege Alendes de Souza, Patrinhês Aparecida França Zonatto e Robsom Araujo Santos sobre “O processo de inclusão de deficientes nas organizações: uma análise sob a perspectiva constitucional e empresarial”, os autores comentam a contextualização terminológica: Os erros e imprecisões das expressões capacitistas, assim como, a legislação pátria sobre a inclusão das PcD no mercado de trabalho, para demonstrar o processo de inclusão/exclusão das pessoas com deficiência no contexto da reestruturação produtiva do capital, com estudo de casos nas empresas de grande porte na Bahia; São Paulo, Rio de Janeiro. Para ao final, mostrar, o caso dos servidores com deficiência na Universidade e as barreiras para a inclusão e as oportunidades no mercado de trabalho.

O Sétimo texto de Marcia Andrea Bühring sobre “A reparação do dano ambiental/ecológico e os dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ /2021” adverte que a consolidação no Brasil da Responsabilidade Civil Ambiental, objetiva, se dá com a Jurisprudência nos Estados, mas principalmente com os julgados do Superior Tribunal de Justiça - STJ e Supremo Tribunal Federal - STF, que sempre levam em consideração a ponderação, interpretação e a adequação ao caso concreto. Refere ainda,

que a Responsabilidade Civil Ambiental, pelo qual o poluidor/infrator é obrigado a ressarcir o prejuízo, o dano causado em razão da sua conduta ou da sua atividade, ou seja, refere ademais, que a regra geral é a reparação integral, e em termos práticos, os números do CNJ bem demonstram essa situação.

O Oitavo texto de Márcio de Souza Bernardes sobre “O comum e o direito às cidades: aportes teóricos para repensar o direito ao espaço urbano”, faz uma análise panorâmica das aproximações teóricas que permitam repensar o direito à cidade a partir do conceito de comum, enquanto nova categoria político-jurídica capaz de modificar as formas de pensar e produzir na sociedade contemporânea. Enfatiza o comum: etimologia e significações históricas de um termo polissêmico, assim como o comum como tema contemporâneo central no debate político-jurídico: para além do público e do privado, para ao final, mencionar, o direito à cidade: entre os comuns urbanos e a cidade como produção do comum.

O Nono texto de Márcio Paulo Cenci sobre “Escravidão e direito de reparação: sobre a necessidade de novas narrativas” apresenta o Direito de reparação e justiça de transição conforme o Parecer na indicação n. 036/02019 – IAB. E neste contexto, retrata “Sobre a Arte de los Contractos de Bartolomé de Albornoz (1519 - 1573)” e “Sobre o De Instauranda Aethipopum Salute de Alonso de Sandoval S.J. (1577-1652)”. Para ao final, aduzir, que a recuperação do respeito incondicional à liberdade como um direito constitucional fundamental e necessário ao estabelecimento de um Estado Democrático de Direito.

O Décimo texto de Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcellos Terra sobre “O viés histórico das políticas públicas de acesso ao ensino superior: uma visão inclusiva na educação” avalia as políticas públicas de acesso ao ensino superior pelo viés inclusivo na educação, no cenário nacional, formatado após a Constituição de 1988, a partir da análise da aplicação dos

direitos fundamentais, para tanto, ressalta a educação superior e a inclusão social, com uma análise histórica, e revisita os delineamentos constitucionais, os aportes teóricos fundamentais, para ao final, lembrar, que é necessário, para a melhoria da qualidade de vida, que esse direito seja cada vez mais reconhecido e tutelado.

O Décimo primeiro texto de Rosane Leal da Silva e Taís Steffenello Ghisleni sobre “Direito e publicidade em perspectiva constitucional: a monetização da infância e o tratamento jurídico das ações de marketing realizado por influenciadores mirins no youtube”, apresentam as autoras, a proteção jurídica dos consumidores hipervulneráveis, com abordagem em perspectiva constitucional, assim como a verificação da passagem de público consumidor infantil a influenciador mirim, e as possíveis respostas jurídicas para a proteção da infância em face da publicidade realizada por estes. Para ao final, destacar, a proteção integral e a exigência de novas posturas das famílias, da sociedade e do Estado.

O Décimo segundo texto de Valeria Iensen Bortoluzzi sobre “Recontextualização dos atores sociais em acórdãos do STF”, destaca com base nas categorias sociossemânticas propostas por Van Leeuwen, que a inclusão de atores estabelece quem participa das práticas sociais e a sua importância nas atividades realizadas. Incluir linguisticamente os atores sociais, quer por personalização, quer por impersonalização, atribui-lhes tempo e espaço específicos na estrutura da instituição, legitimando sua existência. Ativar ou passivar os atores torna claro quais os papéis sociais que cada um vai exercer na atividade. E por fim, uma análise dos tipos e das formas de recontextualização dos atores sociais constitui-se em um ferramental importante na definição de um determinado gênero.

O Décimo terceiro texto de Diógenes Faria de Carvalho e Vitor Hugo do Amaral Ferreira sobre “A (nova) ordem pública global diante da COVID-19: governança e confiabilidade na experiência da comissão

européia sobre inteligência artificial”, destacam os autores, que a mundialização como fenômeno econômico oportunizou o imaginar de um mundo sem fronteiras. Trazem a sociedade da informação a partir da mundialização da mídia e o cenário da Covid-19 na ordem pública global: perspectivas de governança e confiabilidade diante da Covid-19, assim como a governança: desafios da sociedade em rede e o modelo da comissão européia sobre inteligência artificial, para ao final, chamar atenção para a necessidade de um ecossistema de confiança, com um quadro regular para IA e possíveis ajustes ao quadro legislativo da EU.

Também se oportunizou um espaço para Pareceres e Notas técnicas, com as contribuições dos professores:

Jaci Rene Costa Garcia, com o tema: “Consulta sobre a irrepetibilidade de verba de caráter alimentar percebida sob a tutela jurisdicional concedida em ação ordinária movida por militares da Aeronáutica contra a União envolvendo parcela denominada “adicional de inatividade”.”.

Cristiano Becker Isaia com o tema: “Direito de Família. União Estável. Reconhecimento e Dissolução. Nulidade de Instrumento Particular. Observância do Art. 733 do CPC e dos Arts. 166, IV, e 108 do Código Civil”.

Marcia Andrea Bühring, com o tema: “Excludentes de Responsabilidade Civil por Dano Ambiental”

Fabiana D’Andrea Ramos e Vitor Hugo do Amaral Ferreira, com o tema: “É cabível indenização por dano moral quando o consumidor de veículo zero-quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes para reparo de defeitos apresentados no veículo”.

Porto Alegre/Santa Maria

Dezembro 2021

Técnicas de inteligência artificial aplicadas ao direito: breve discussão sobre raciocínio automatizado

Alexandre Zamberlan¹
Robertson E. dos Santos
Darci Guimarães Ribeiro
Francielle Benini Agne Tybusch
Márcia Andrea Bühring
Márcio de Souza Bernardes
Paulo J. T. Dos Santos
Cristiano Becker Isaia

1. Introdução

Vive-se um momento ímpar na sociedade dita tecnológica, com inúmeras facilidades e oportunidades, mas também com desafios e situações que merecem discussões mais atentas e pontuais. A tão badalada Inteligência Artificial, ou simplesmente IA, aparece como uma expressão que está no arsenal de empresas, no universo de jogos digitais, em filmes e seriados, e na área Jurídica.

Inteligência Artificial é algo profundo e que envolve outras áreas do conhecimento, como Matemática, Psicologia, Sociologia, Letras (linguística) e Computação (engenharia de software, processamento de imagens e computação de alto desempenho). De fato, a Inteligência Artificial possui técnicas para construção de sistemas com comportamento inteligente, com autonomia, adaptação, iniciativa e capacidade de interação por comunicação falada ou escrita. Esses sistemas aprendem por repetição e buscam reconhecer padrões em imagens, em textos, perfis de

¹ "Doutor em Nanociências pela UFN. Mestre em Ciência da Computação pela PUCRS. Professor dos cursos Ciência da Computação, Jogos Digitais e Sistemas de Informação da UFN. Professor pesquisador do Laboratório de Práticas da Computação UFN".

redes sociais e tendências em sites de compras, por exemplo. E, certamente, existem não só para auxiliar pessoas em suas tarefas diárias, mas também para potencializar negócios de grandes empresas.

Especificamente, um sistema com comportamento inteligente poderia coletar e tratar dados referentes a: i) quais foram as decisões sobre o tema Direito Ambiental nos tribunais; ii) qual padrão seguido ou utilizado por esses tribunais, nas essas decisões iii) quais outras decisões, leis ou autores invocam em suas fundamentações iv) qual a questão ambiental (desastres ou sustentabilidade) que usualmente mais enfrentam? V) quais as tentativas de conciliação ou mediação (ou qualquer outra forma de solução) que antecede a judicialização restou exitosa e, não havendo êxito, quais razões.

Para isso, o sistema inteligente deve ser composto por um modelo conceitual, da área de Direito Ambiental, conhecido como Ontologia, o qual deve representar o conhecimento e, logo, inferir (deliberar) automaticamente sobre essa representação. Os conceitos desse modelo devem ser elencados e relacionados por especialistas da área. Dessa forma, a ontologia deve especificar todos os conceitos que sejam consensuais por especialistas, que possam ser facilmente compartilhados (em geral via Internet) e que possam ser processados por computadores ou dispositivos (GRUBER, 1992).

Assim, este trabalho traz uma revisão geral sobre as subáreas da Inteligência Artificial e uma discussão de como utilizá-las em alguns contextos, como a área Jurídica. Além disso, apresenta uma modelagem inicial da dinâmica de um possível sistema com o uso de representação de conhecimento e raciocínio automatizado via Ontologia.

2. Revisão bibliográfica

A área da Ciência da Computação, certamente, promove a integração com outras áreas de conhecimento, sempre com o propósito de ser o meio ou o recurso facilitador para essas áreas, justamente por possuir algoritmos (conjunto de passos ou procedimentos lógicos bem definidos que levam à solução de um problema), metodologias de projeto e/ou desenvolvimento de sistemas, ferramentas computacionais (software e hardware), linguagens de programação de dispositivos eletrônicos, como ilustra a Figura 1.

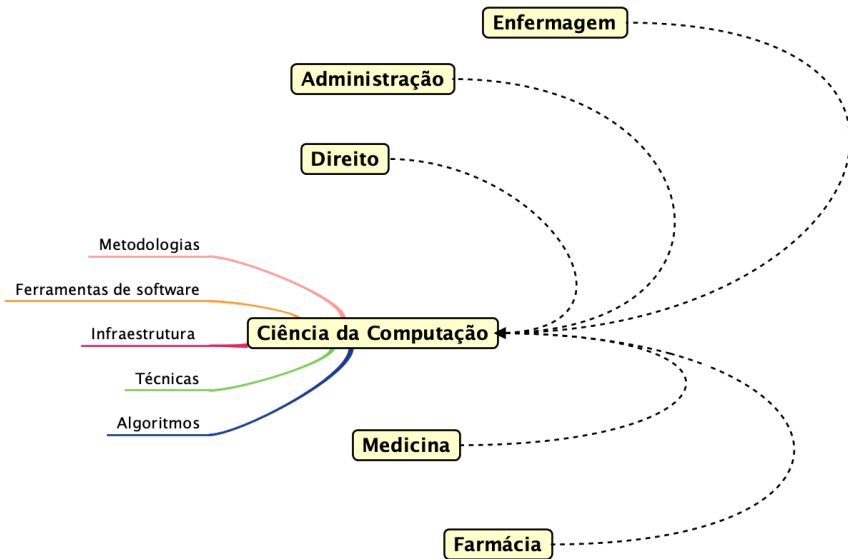


Figura 1 – Mapa mental da relação da Ciência da Computação com algumas áreas.

Em especial, a Inteligência Artificial (IA) tem sido uma das subáreas da Ciência da Computação que mais tem sido comentada, empregada e promovida nas diversas soluções computacionais, como em sistemas administrativos, comerciais, industriais, jogos eletrônicos, redes sociais (relacionamento), entre outros. A aplicação de IA nessas áreas de

conhecimento pode ser vista como um campo de estudo em constante transformação e essa evolução só acontece devido ao incremento dos recursos computacionais, como memória e processador dos dispositivos (*smartphones*, computadores, etc.) que executam esses sistemas.

A Figura 2 mostra o papel da IA na resolução de problemas, que em geral deveriam ser resolvidos por especialistas humanos, mas que estão sendo resolvidos por sistemas informatizados projetados e construídos com as técnicas de Processamento da Língua Natural (capacidade de reconhecer elementos da fala e da escrita humana), Métodos de Busca (algoritmos para raciocínios dedutivos e/ou indutivos), Sistemas Multiagentes (técnica para construção de sistemas autônomos, proativos, adaptáveis e com habilidade de comunicação entre seus elementos), Ontologia (capacidade de representação de conhecimento e de raciocínio automatizado), Mineração de Dados (algoritmos para descoberta de conhecimento oculto em base de dados) e Redes Neurais (algoritmos para aprendizagem de máquina, via treinamento repetitivo, para reconhecimento de padrões em base de dados) (NORVIG; RUSSEL, 2014).

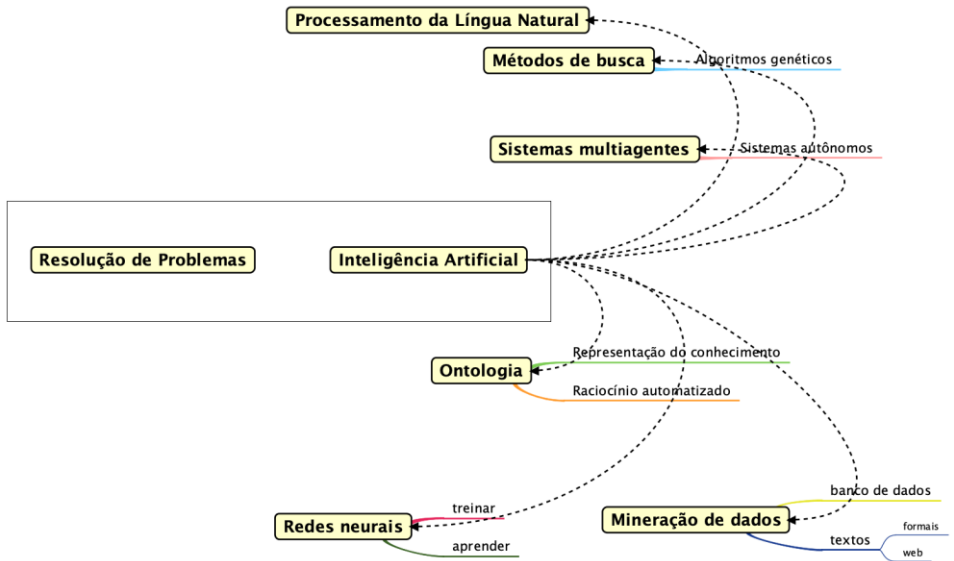


Figura 2 - Mapa mental da relação da Inteligência Artificial e suas subáreas.

As aplicações da IA são diversas e, muitas vezes, inesperadas, surpreendendo consumidores, gestores, empresários e comunidades inteiras. Contudo, é possível afirmar, baseado pelo que se percebe no uso de sistemas de venda *online* de produtos/serviços, redes sociais, sistemas de *streaming* de música e vídeo, por exemplo, que o nicho dessas aplicações está em sistemas de recomendação (análise de perfil e padrões de comportamento), automação de tarefas, classificação e diagnóstico de textos, imagens, vídeos e áudios (Figura 3).

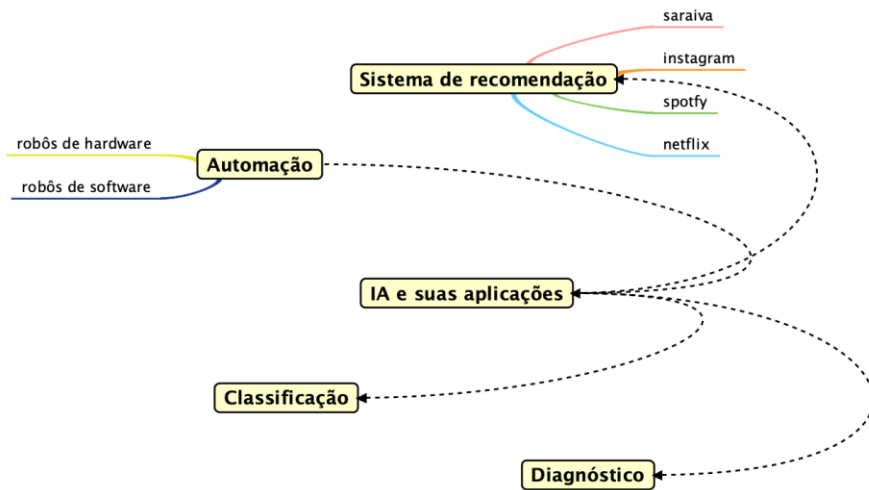


Figura 3 – Mapa mental da IA e suas possíveis aplicações.

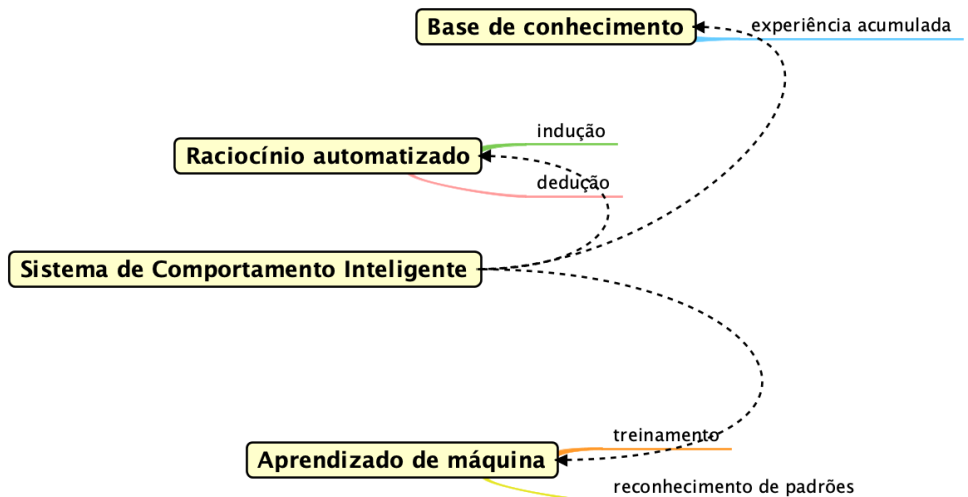


Figura 4 – Mapa mental dos elementos que formam o sistema de comportamento inteligente.

Os sistemas projetados e construídos com técnicas de IA podem ser considerados como Sistemas de Comportamento Inteligente, como ilustra a Figura 4. Esses sistemas devem possuir: i) base de conhecimento (repositório de experiências ou situações ou casos, em formas de fatos e regras, acumulados em uma linha de tempo); ii) um motor de raciocínio

automatizado, capaz de realizar deduções ou induções lógicas sobre as experiências armazenadas na base; iii) um recurso que por meio de treinamento repetitivo, o sistema reconheça padrões existentes na base de conhecimento, gerando assim, aprendizado de máquina.

Na Figura 5, então, é possível observar a relação das técnicas de IA no projeto e construção de Sistemas de Comportamento Inteligente, além de como as soluções deveriam tratar os problemas (estruturados ou não estruturados), por exemplo em uma área como Direito Ambiental.

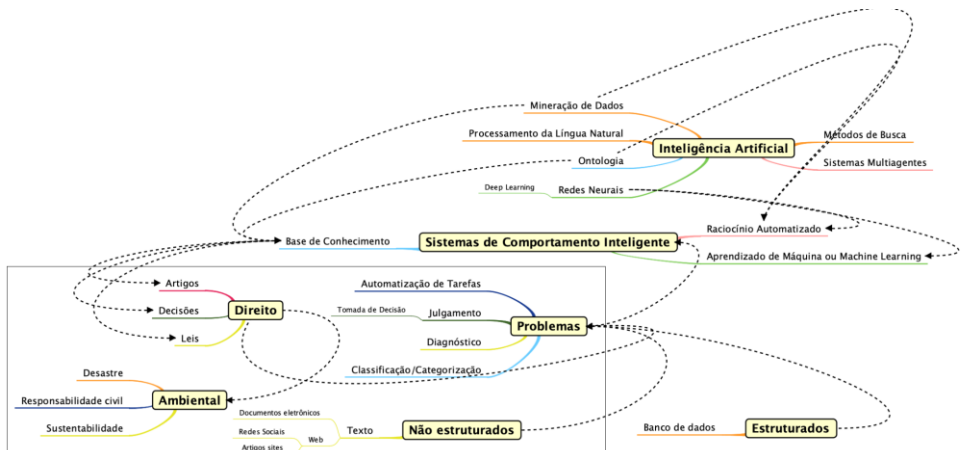


Figura 5 – Mapa mental de Sistemas de Comportamento Inteligente na área do Direito.

Por fim, na Figura 6, é possível observar a aplicação da técnica Ontologia para a construção de base de conhecimento no domínio do Direito, por exemplo. Uma vez criado esse modelo conceitual, que detalha conceitos e suas relações (de forma consensual, compartilhada e processável pelo computador), é possível aplicar mecanismos automatizados de raciocínio (*reasoners*) que são capazes de deduzir ou induzir logicamente sobre esse domínio.

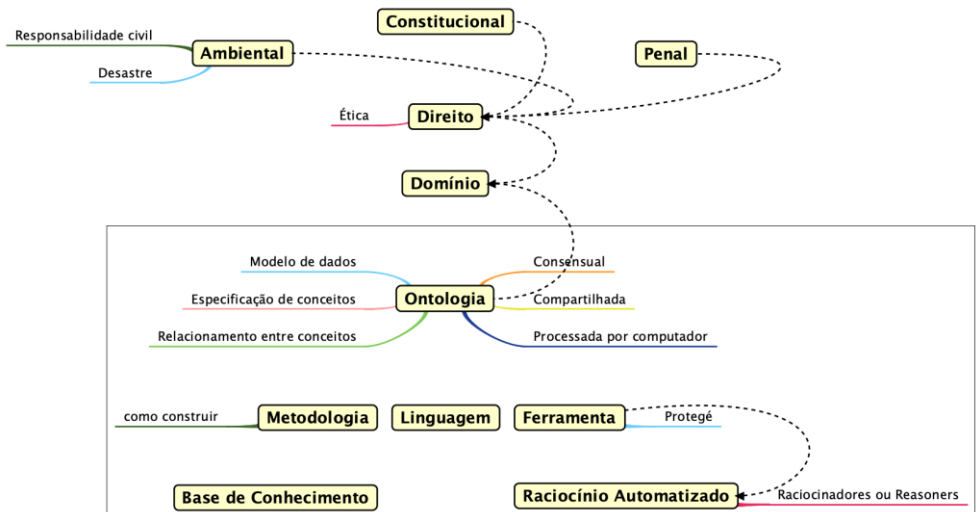


Figura 6 – Mapa mental de Ontologia, sua aplicação e seus elementos.

3. Metodologia, resultados e discussões

A metodologia deste estudo (inicial) é baseada em revisão bibliográfica amparada por um estudo de caso, que busca modelar a dinâmica de um possível sistema com uso de representação de conhecimento e raciocínio automatizado via Ontologia.

Na Figura 7, encontra-se um Diagrama de Casos de Uso, que na Engenharia de Software, apresenta as principais funcionalidades de um sistema, como elas se relacionam e seus principais atores, neste caso, estudantes e advogados. A ideia do sistema é ser disponibilizado na Web, com acesso via software navegadores, em que usuários, previamente, cadastrados possam realizar pesquisas em bases jurídicas. Aqui, o sistema seria um concentrador de busca e de resultados, permitindo ao usuário armazenar os resultados de forma categorizada. Uma vez que o usuário dispara uma consulta, via palavras-chave ou expressões, o sistema também dispara consultas em revistas eletrônicas (doutrinas), em sites de tribunais (jurisprudência) e no site do Governo Federal – planalto.gov.br

- (legislação). A relação de textos capturados ou selecionados são armazenados na base de dados desse sistema, que passa por um tratamento de limpeza dos textos (excluindo artigos, preposições, etc.). Em seguida, via uma representação de domínio (Ontologia) e uma ferramenta de raciocínio (*reasoner*), os textos da base são analisados com o objetivo de identificar e quantificar os acórdãos (decisão final proferida sobre um processo por tribunal superior, que funciona como paradigma para solucionar casos semelhantes) e os embasamentos jurídicos utilizados nesses textos, por exemplo.

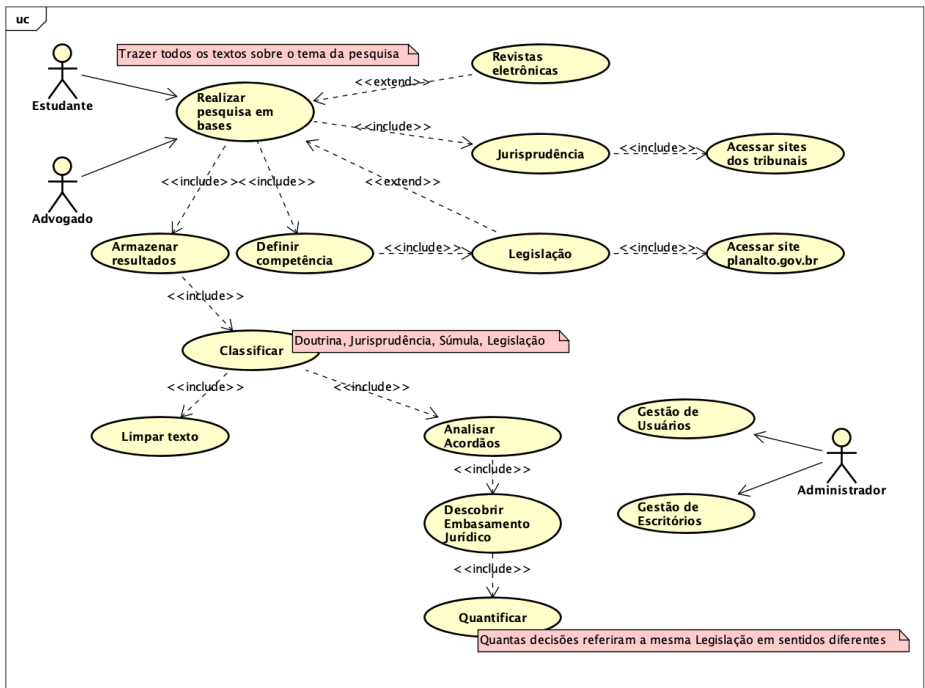


Figura 7 - Diagrama de casos de uso da proposta de um sistema online.

Conclusão

Ao longo do texto, tentou-se apresentar e discutir as principais técnicas de Inteligência Artificial e como são aplicadas em problemas

estruturados e não estruturados, nos quais a área Jurídica encaixa-se. Ademais, buscou-se trazer Mapas Mentais para ilustrar os conceitos e suas relações. E nesse ponto, é possível fazer uma relação com Ontologia, ou seja, uma Mapa Mental é também uma representação formal de um domínio, que neste caso não é processada por máquina, pois não se gera seu código a partir dos diagramas, mas que ilustra adequadamente o conceito de Ontologia.

A Inteligência Artificial, com suas técnicas e aplicações, tem um foco claro no processo de compreender (e talvez substituir) o comportamento humano, que pode nos levar a situações negativas de monitoramento e controle, muitas vezes sem que tenhamos plena consciência dessa ingerência em nossa vida. Por isso, as discussões sobre o tema precisam ser mais profundas e difundidas, uma vez que a IA está presente em nosso dia a dia e veio para ficar. Ser parte ativa e interessada nessas discussões pode ser tanto uma estratégia de abertura de possibilidades de negócios como um mecanismo de proteção.

Referências

GRUBER, Tom R. **Toward principles for the design of ontologies used for knowledge sharing**. In International Journal of Human-Computer Studies, Vol. 43, Issues 4-5, November 1995, pp. 907-928. Disponível em <https://web.archive.org/web/20100715223053/http://tomgruber.org/writing/onto-design.htm>. Acessado em Setembro de 2021.

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. Inteligência Artificial. Elsevier: Brasil, 2014.

Notas sobre a tutela processual inibitória ambiental na perspectiva constitucional ¹

Cristiano Becker Isaia ²
Darci Guimarães Ribeiro ³

Introdução

A doutrina civilista, ao tratar do tema *responsabilidade civil*, o associa ao dever de reparar um dano a quem deu causa. Sem dano, sem responsável. Tome-se, a título exemplificativo e em representação a tantos autores da área, a clássica obra de Rui Stoco intitulada *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. Segundo o autor (1999, p. 61-62) não se cogita da responsabilidade jurídica (no texto, em contraposição à responsabilidade moral) enquanto não há prejuízo. Daí que a responsabilidade civil envolveria o agente que pratica o ato ou infringe a norma, o atingido por isso, o nexo causal entre ambos e o prejuízo ocasionado, bem como a sanção aplicável e a reparação, que consistente no retorno da situação fática ao *status quo ante* à produção do dano.

¹ Parte dos resultados desta pesquisa foi publicada no texto *Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais: A proteção constitucional a direitos transindividuais e a necessidade de se repensar a relação entre ilícito civil, dano e processo*. In: *Processo Coletivo, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Diferenciada dos Direitos Fundamentais* (2019).

² Doutor e pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor Adjunto lotado no Programa de Pós-Graduação em Direito e no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Franciscana. Professor da Antonio Meneghetti Faculdade. Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Processo Civil da Universidade Federal de Santa Maria.

³ Pós-Doutor pela Università degli Studi di Firenze, área de Concentração em Direito Processual Constitucional (2014). Doutor em Direito, área de Concentração em Direito Processual - Universitat de Barcelona (2001). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1997). Especialista em Processo Civil pela PUC/RS (1991). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1989). Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado, Doutorado e Pós-Doutorado), Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), Professor Adjunto da Universidade Franciscana (UFN). Advogado.

A obrigação de indenizar resultante dessa compreensão se conectaria ao processo judicial na mesma medida em que o conceito de ação processual está relacionado à primitiva *actio* romana e, séculos após, à influência das filosofias racionalistas dos séculos XVII e XVIII. Isso porque o direito romano concebia a ação como o direito de exigir aquilo que é devido, ou seja, aquilo que a outra parte deve prestar em relação à dada obrigação decorrente do contrato ou do delito (SILVA, 1997, p. 64-65). Veja-se que, nesse passo, a própria função jurisdicional foi reduzida ao procedimento da *actio*, que pressupunha sempre uma obrigação como causa (SILVA, 2008, p. 194-195).

Já as filosofias racionalistas (e sua neutralidade), que a seu modo mantiveram o direito processual civil afastado do mundo da vida e, assim, aprisionado a uma série de dogmas e conceitos, foram decisivas – a partir da sedimentação dos postulados da verdade, certeza, poder, etc. e de um sistema jurídico geometricamente completo – à transformação de direitos em obrigações (declaradas) no ambiente processual, especificamente no processo de conhecimento.

Disso se verifica o estreito vínculo entre responsabilidade, dano, obrigação e declaração (em processo), o que de algum modo explica a tradicional dificuldade de aceitação de tutelas unicamente preventivas, até mesmo porque nestas, em especial para este estudo a inibitória, não há dano, não há repressão ou sanção. Há tão somente *prevenção*. Por influência da filosofia racionalista que concebeu um direito processual civil imóvel e atemporal, geometricamente estruturado a reprimir, onde a função jurisdicional está limitada à declaração da vontade contida na lei (Hobbes), é visível o ranço da doutrina processual civil em reconhecer a manifestação da jurisdição a atos ainda não ocorridos, os quais constituem o sentido das tutelas preventivas.

O *ser* dessas tutelas, principalmente na feição inibitória, é o da probabilidade de ato contrário ao direito, não de dano, razão pela qual cede a certeza matemática em prol da aparência. Isso faz lembrar Ovídio Baptista, para quem “*Se o magistrado deve prover para o que possa ocorrer no futuro, a sentença terá de apoiar-se em juízos hipotéticos. Em última análise, seu juízo será, nestes casos, necessariamente condicional, com o risco de a sentença não representar a vontade do legislador, mas a vontade do juiz, caso em que a sentença, dizia Hobbes, seria por definição injusta. A dificuldade encontrada pela tutela preventiva reside nisto*” (2004, p. 99).

Mas afinal de contas, qual o objetivo em se investigar esta questão? Ele caminha na mesma direção do dever constitucional de proteção de direitos fundamentais, em especial os de natureza transindividual, notadamente os relacionados ao meio ambiente. Isso porque tais direitos não são *necessariamente* patrimoniais, e por isso não podem ser *necessariamente* reparados monetariamente, o que leva à necessidade de se investigar o ilícito civil e suas formas de tutela enquanto mecanismos protetivos de direitos. Neste particular, impossível deixar de reconhecer o trabalho profundo e sério dos processualistas Luiz Guilherme Marinoni⁴⁵, Sérgio Cruz Arenhart ⁶ e Joaquim Spadoni ⁷, que pioneiramente reconheceram a importância da investigação do tema.

Nesta pesquisa utilizou-se como teoria de base (“metodologia”) a ontologia hermenêutica. O retorno ao desvelamento. A recondução do olhar do ente para o ser, incompatível, portanto, em tese, com a caracterização de “método”. A matriz teórica (“método” de abordagem) adotada foi a fenomenológico-hermenêutica, que constitui um “deixar ver”

⁴ Consultar: *Tutela inibitória: individual e coletiva*, 1998.

⁵ Consultar: *Tutela inibitória*, 2002

⁶ Consultar: *Perfis da tutela inibitória coletiva*, 2003.

⁷ Consultar: *Ação inibitória*, 2007.

que o fenômeno é essencial para o desvelamento, para que o jurista (que desde-já-sempre tem experiência de mundo antecipada pela pré-compreensão) possa então compreender a realidade abnegada pelo positivismo jurídico e pela filosofia da consciência a partir da tradição em que está inserido e da finitude de seu conhecimento. A referida matriz aproxima-se da constatação de que o ser dos entes só se dá na *applicatio*, o que será possível diante da condição de ser-no-mundo do intérprete e de sua consciência histórica. Já os “métodos” de procedimento adotados foram o histórico e o monográfico.

1 As tutelas contra o ato ilícito na perspectiva de proteção constitucional a direitos transindividuais

Realmente não há como dar azo à consecução das previsões constitucionais a respeito da matéria relacionada ao direito ambiental sem que se leve a sério a complexidade das tutelas contra o ato ilícito, em especial as preventivas, o que inclusive encontra respaldo no artigo 5.^o, XXXV, da CF, ao dispor que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*. Tal previsão leva a crer que a Constituição se preocupa em que se evite a violação a direitos, exigindo a construção de sistemas e medidas de caráter executivo com tendência direta à obtenção de provimentos protetivos de direitos fundamentais.

Em vista disso, e como reação ao legado de uma tutela eminentemente repressiva no universo do direito processual civil – onde o ato ilícito pressupõe a ocorrência do dano e o corolário da condenação ao resultado equivalente, fenômeno que, como se viu, apresenta-se diretamente relacionado à influência da tradição romano-canônica processual e ao paradigma racionalista – o código de processo civil de 2015, no parágrafo único do artigo 497, reconheceu que *“para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação*

de um ato ilícito, ou sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”.

A tutela específica condiz com o direito material. Nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 503), trata-se de uma modalidade processual que contraria a lógica da tutela pelo resultado equivalente ao valor do dano. E é gênero, cujas espécies são as tutelas inibitórias, de remoção do ilícito, ressarcitória na forma específica, específica do cumprimento de dever legal de fazer, do adimplemento na forma específica e do adimplemento perfeito. Por opção metodológica, a presente pesquisa investigará as três primeiras.

O supracitado dispositivo legal, portanto, traz previsão expressa de mecanismos processuais que se destinam a impedir a ocorrência de um ato ilícito, podendo ir além para possibilitar a imposição a alguém a fazer algo quando este alguém ameaça não fazê-lo (MEDINA, 2016, p. 797), o que incluiu a tutela de remoção do ilícito e a tutela ressarcitória na forma específica, para além das medidas repressivas tradicionais.

O mais interessante é que a referida previsão legal desassocia a proteção de direitos à ocorrência do dano, tutelando processualmente o ilícito não danoso. Assim, o ressarcimento passa a não ser a única forma de tutela contra o ilícito (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO 2017, p. 301). A ideia do legislador, ao que parece, é a de evitar a ocorrência de atos ilícitos a direitos invioláveis e a consequente lesão a bens jurídicos a eles correspondentes, rompendo com o paradigma processual que estabeleceu vínculo medular entre o reconhecimento do ato ilícito somente na ocorrência de evento danoso e seu equivalente monetário. Por isso, tem maior serventia a direitos que não podem ser reparados pecuniariamente.

É o que ocorre, a título exemplificativo, com o direito ambiental. Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 299), o direito a um meio ambiente saudável depende de uma tutela séria contra o ato ilícito,

já que *“as normas atributivas de direitos nada valem sem a disposição de formas de tutela dos direitos. Uma norma que atribui ou afirma um direito inviolável obviamente só tem sentido quando tem ao seu lado uma forma de tutela capaz de impedir a violação”*. Para os processualistas, contudo, nestes casos está-se a trabalhar num contexto de iminente ameaça a direitos e por isso se impõe o acompanhamento da trajetória da agressão. Bastaria, nessa senda, que um só ato violasse uma norma dessa natureza para que viesse à baila a possibilidade de instituição processual da tutela prevista no artigo 497, parágrafo único, do código de processo civil de 2015, sem que para tanto preexistisse fato danoso (2017, p. 299).

Obviamente, na ocorrência do dano, estar-se-ia diante das tutelas repressivas e da afirmação da responsabilidade civil, condicionada pela tradição à ocorrência de evento danoso. Neste trabalho deu-se foco, como mais a frente se poderá verificar, à tutela ressarcitória na forma específica.

Nos casos em que o dano ainda não ocorreu, o que interessa com mais ênfase a este estudo (principalmente diante das peculiaridades da tutela inibitória e de remoção do ato ilícito), a tutela preventiva tem o condão de assumir o protagonismo procedural na defesa do direito, razão pela qual a ideia é justamente a de evitar a lesão, o dano em si. Conforme a lição de Medina, o que deve ficar esclarecido em relação a isso é que o processo, nestes casos, tem por escopo a tutela contra um ato ilícito potencialmente gerador de evento danoso, sem necessidade de se fazer prova do risco de ocorrência do dano (2016, p. 798).

Elementos procedurais que visam à tutela contra ato ofensivo a direito não podem ter unicamente como consequência o ressarcimento do valor correspondente à lesão. No seio desta pesquisa, o ato que se está preponderantemente a investigar é contrário ao direito, não estando necessariamente condicionado à preexistência do dano em si, que pode até jamais ocorrer ou é, no mínimo, de ocorrência eventual.

Não há como pensar essa questão de forma desassociada dos propósitos do Estado Constitucional. Lembre-se que o Estado Constitucional dos séculos XVIII e XIX (de atuação absenteísta) não mais satisfaz as exigências da coletividade, dando proeminência ao limite estatal em relação a seu então poder de interferência diante do indivíduo. Esse quadro se alterou sensivelmente com o constitucionalismo do século XX, que trouxe aos textos constitucionais a chamada *questão social*, fazendo-o através de uma intenção protetiva dos direitos sociais, o que exigiu uma maior interferência do Estado em relação aos mesmos (ISAIA, 2017, p. 154-155).

Mesmo ante a crise do Estado Constitucional Social é possível qualificar o direito (e em especial a jurisdição, como órgão legitimado a “dizê-lo”) deste modelo através de uma postura que, ao pretender assumir uma nova função diante da inefetividade do Poder Executivo, aproximou o Estado da sociedade civil a partir da possibilidade que exsurge a qualquer cidadão do povo de fazer exigir o cumprimento dos direitos de ordem social, o que se intensificaria no Estado Constitucional Democrático de Direito: um Estado transformador, fruto de conquistas que ao longo dos anos se destinaram a traçar uma plataforma que superasse – sem absolutamente esquecer – os direitos individuais, concentrando-se nos movimentos sociais. E que, dessa forma, agregou o qualitativo da busca pela igualdade da comunidade, o fazendo por intermédio da vinculação a uma ordem constitucional que organize democraticamente a sociedade com um complexo sistema de direitos e garantias fundamentais individuais, coletivos e difusos.

A jurisdição processual, nesse contexto, passou a ter uma importante contribuição na instituição da questão social, no interior da qual o direito assumiu um novo papel transformador, superando o próprio modelo de Estado Social (STRECK, 2004, p. 03). Processualmente falando, isso levou

à necessidade de instituição de formas de tutela também protetivas, diretamente condizentes a textos constitucionais de característica comunitária.

A tutela cautelar foi a grande precursora disso. Ao conceituá-la – principalmente em razão da premissa sedimentada desde Calamandrei, referente ao fato de que aquela sempre fora provisória, já que dependente de um procedimento (principal) definitivo –, Ovídio Baptista, contrariando o renomado processualista italiano, teve o cuidado de alertar que o desiderato do processo cautelar era o de assegurar a realização dos direitos subjetivos, sem satisfazê-los. A não satisfação, portanto, revestida pelo objetivo da assecuração (proteção) do direito subjetivo, consistiria a marca fulcral dos procedimentos cautelares (2007, p. 26).

Na mesma toada de evolução do Estado situa-se a dos direitos fundamentais. Sobre eles, ensina Ingo Sarlet (1998, p. 46-47) que, desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, passaram os mesmos por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, natureza e eficácia. Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta e quinta geração.

É justamente na geração que se preocupou com a instituição dos direitos de natureza transindividual de fraternidade e solidariedade à presente e futura geração que este trabalho se conecta, dada principalmente a necessidade de *prevenção* desses direitos, o que agora é possível associar mais diretamente aos intentos do Estado Constitucional Democrático de Direito. A ênfase foi dada às formas de tutelas processuais capazes de evitar a ocorrência de eventos danosos oriundos de ato ilícito, já que a preocupação, nestes casos, é com o ato contrário ao direito, e não

necessariamente com o ressarcimento do dano. Como leciona Marinoni, a ideia reclama a tutela jurisdicional para que os efeitos concretos do ato ilícito sejam evitados (2017, p. 302). E isso se coaduna perfeitamente ao desiderato protetivo presente na modalidade estatal democrática de direito.

É, portanto, constitucional o motivo pelo qual, nas tutelas a que se está a focar, não há necessariamente dano a gerar indenização, mas uma simples conduta ofensiva a direitos, o que não retira dos legitimados à sua defesa a possibilidade de requererem sua proteção pela inibição de prática delituosa ou a remoção de efeitos concretos do ilícito, ambas hipóteses contempladas pelo código de processo civil de 2015 no parágrafo único do artigo 497.

As demandas processuais de natureza comunitária, que neste trabalho vinculam-se diretamente à proteção dos direitos fundamentais transindividuais, serviram com o viés de “pesquisa aplicada” ao estudo. Isso porque é justamente nelas que se desvela a transcendência dos limites do paradigma processual tradicional, vinculado essencialmente a direitos subjetivos individuais e sua reparação em caso de ato ilícito danoso.

Vale aí resgatar que a literatura processual costuma passar ao largo do fato de que na modernidade, uma vez recepcionando o ideal burguês de índole liberal, o processo sedimentou-se enquanto ferramenta à tutela de direitos individuais em conflitos eminentemente privados, principalmente com foco na propriedade, na posse e no crédito. Ao receber essa influência, o código de processo civil de 1973, idealizado por Alfredo Buzaid, chegou a conferir um livro específico a esse ideário, enfatizando interesses de um Estado mínimo, excludente e alheio às questões sociais.

O código de processo civil de 2015, por isso, tem um importante lugar a ocupar na estrutura do Estado Constitucional Democrático de Direito. No que tange especificamente aos direitos transindividuais, o processo

necessita passar realmente a incorporar o fenômeno da constitucionalização. Quando se fala em constitucionalização do processo comunitário, a ideia é revistar seu papel no que tange a questões como acesso à justiça, eficiência (qualidade) da judicialização, proteção de direitos e democratização processual. Isso pressupõe trabalhar com uma perspectiva constitucional do sistema processual em que sua estrutura dê-se a partir do modelo de processo constitucional para além de uma visão dogmática e técnica, visando viabilizar o exercício desses direitos.

Mesmo que o novel diploma processual não tenha contemplado diretamente os direitos aqui estabelecidos como foco da investigação, é salutar referir que alguns de seus institutos, sim. Indo-se mais longe, tais institutos parecem ter sido criados à proteção desses direitos: é o caso das tutelas preventivas (em especial as inibitórias), principalmente quando pensadas a direitos relacionados à proteção do meio ambiente.

Neste, em havendo ato contrário a direito, mesmo que sem dano, ou efeitos concretos da ação ilícita, é sim possível falar em provocação da jurisdição justamente para evitar que o dano ocorra. Esta investigação depende, portanto, do reconhecimento da existência e efetividade das tutelas preventivas e ressarcitórias não tradicionais, que servirão justamente a reclamar que os efeitos concretos do ato ilícito sejam inibidos, removidos ou eliminados, possibilidades reconhecidas principalmente pelo supracitado artigo 497 e parágrafo único, do código de processo civil de 2015. É o que se passa a investigar no capítulo que segue.

2 A tutela inibitória, de remoção do ilícito e ressarcitória na forma específica: o exemplo privilegiado das ações ambientais

A questão ambiental, no campo do direito processual civil brasileiro, tem à sua disposição, como regra geral, procedimentos de tutela repressiva sedimentados sob a influência do liberalismo-racionalista, que passaram a

proporcionar ao magistrado a possibilidade de um julgamento “seguro”, condicionando praticamente todo o processo de conhecimento a mais exaustiva instrução probatória que a causa possa oferecer.

O legado da jurisdição processual de tradição romano-canônica retroalimenta o trato da matéria ambiental no processo. O faz diante da preponderância na lógica do reconhecimento de responsabilidades na ocorrência de evento danoso, associada primordialmente ao ressarcimento monetário. É o que acabou sendo a conclusão de importante julgado no Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto, em sede de recurso repetitivo, quando o referido Tribunal decidiu que “o dano material somente é indenizável mediante prova efetiva de sua ocorrência, não havendo falar em indenização por lucros cessantes dissociada do dano efetivamente demonstrado nos autos” (vide REsp n.º 1354536/SE⁸).

No encontro do direito processual civil com o direito ambiental, em especial com o procedimento da ação civil pública, principal meio de tutela desse direito, é possível perceber que o sonho racionalista (onde a lei teria sentido único e o processo interpretativo seria inconciliável na prática processual), que sustenta o moderno conceito de jurisdição desde Chiovenda, certamente vem também contribuindo para embaraçar a utilização de outras formas de tutelas nestes processos, em especial as protetivas de direitos.

Ainda, é característica das ações ambientais que o juiz julgue o mérito na sentença final. Essa, inclusive, é uma das causas que justifica porque as medidas preventivas, já que construídas sob o manto da probabilidade, são concebidas pelo sistema processual como medidas do processo, nunca do mérito da causa, esse exclusivo da sentença. Em tais ações, é

⁸ Consultar a íntegra do julgado em:

<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=34455662&tipo=91&nreg=201202466478&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJdr=&dt=20140505&formato=PDF&salvar=false>

absolutamente metafísico o motivo pelo qual se nega que uma decisão antecipatória preventiva seja tratada como uma questão sobre o mérito da causa. Como se o juiz, ao inserir-se naquele contexto de urgência, naquela situação hermenêutica, ainda não julgasse, ou não interpretasse tal fato ou tal lei, medidas exclusivas que a jurisdição processual moderna reservou para o ato de sentença final.

Ainda assim, nas ações ambientais, a questão central reside justamente na necessidade de correlação entre responsabilidade civil e dano efetivo, o que de certa forma embaraça (sem negar) a instituição de outras formas de tutela de natureza protetiva, como a inibitória e a ressarcitória na forma específica.

Partindo-se da concepção protetiva constitucional e do pressuposto de que o direito ao meio ambiente saudável não pode ser obrigatoriamente relacionado à indenização monetária – e que a própria Constituição Federal estabelece o dever de equilíbrio e preservação do meio ambiente (vide artigo 225) –, calha mencionar interessante julgado da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, registrado sob n.º 70075054510, o qual reconheceu a importância da tutela inibitória para coagir o demandado, em ação ambiental proposta pelo Ministério Público, a não deixar de cumprir as disposições legais protetivas ao meio ambiente, sob pena de incidência de pena pecuniária.

O caso em si fazia referência a uma ação civil pública em que o Ministério Público buscou a interdição de oficina mecânica clandestina, sob o fundamento de que o empreendimento não possuía licenciamento ambiental, além de efetuar o lançamento irregular de resíduos em um curso d'água em área de preservação permanente. O *Parquet* postulou, assim, a interdição do estabelecimento e a concessão de tutela inibitória para proteção do meio ambiente, consistente em obrigação de não fazer pelo demandado, bem como não permitir que outros realizassem, em área

sob sua responsabilidade, atividades que afetassem o ambiente, a vegetação arbórea nativa e os recursos hídricos.

Sobreveio sentença que determinou a interdição do estabelecimento, mas deixou de reconhecer a tutela inibitória sob o fundamento de que a legislação ambiental já criava obrigação ao demandado a abster-se da prática de tais condutas. Interposta apelação, reconheceu o Tribunal, com fulcro no artigo 497, parágrafo único, do código de processo civil de 2015, que,

[...] no caso, a interdição do estabelecimento tem por objeto estancar o dano ambiental praticado pelo réu, de forma a impedir a perpetuação da atividade ilegal. No entanto, a condenação do apelado à obrigação de não fazer é muito mais ampla, tendo por objeto coagir o réu a não deixar de cumprir as disposições legais protetivas ao meio ambiente.

Tratando-se, portanto, de tutelas que se complementam, não tendo, o deferimento da interdição da oficina mecânica, caráter excludente das demais tutelas protetivas que podem ser aplicadas à hipótese. Ademais, cumpre salientar que o simples fato da obrigação de não fazer estar prevista na legislação não afasta a procedência do pedido. Pelo contrário, a base legal confere ainda mais legitimidade ao pedido do autor, o qual pretende, com a presente demanda, ter seu direito resguardado através de título executivo judicial. Não se está diante, portanto, de hipótese de “reincidência”, mas sim de um meio coercitivo, a fim de ampliar a efetividade da proibição de agir, impedindo que a parte venha – novamente, convém destacar – a descumprir a obrigação imposta pela lei e chancelada pelo Poder Judiciário (Apelação Cível Nº 70075054510, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em 22/11/2017).

Este é um exemplo bastante interessante para se compreender que o ressarcimento não é a única forma de tutela contra o ilícito, e que um direito dessa natureza só pode se afirmar enquanto direito se houverem tutelas adequadas à sua proteção. Veja-se a força da tutela inibitória, neste

caso, voltada para o futuro como mecanismo que visa a inibir a prática, a repetição ou o prolongamento de atos ilícitos, atuando justamente por isso no âmbito da probabilidade da ocorrência ou continuação de ato contrário ao direito e extrapolando, assim, a classificação trinária (declaratória, condenatória e constitutiva) das sentenças, já que as tutelas preventivas situam-se, como regra, no campo da eficácia mandamental.

O fato de semanticamente estar situada na estrutura das probabilidades de ilicitude é que explica a clássica dificuldade da doutrina no trato de juízos unicamente preventivos, os quais, pelo que se sabe, constituem-se sobre os pilares da verossimilhança. A dificuldade em sua aceitação está em que tais juízos, como se disse, adviriam da vontade do juiz (que não poderia considerar fatos ainda não ocorridos, já que sua atividade foi severamente marcada pela repreensão, não pela prevenção). Por mais incrível que possa parecer, esse é o paradigma que ainda sustenta o direito processual civil de que se dispõe atualmente, cujo comprometimento com a tutela repressiva traria a reboque a dificuldade na construção de decisões desprovidas de cognição exauriente.

Uma das dificuldades da doutrina processual moderna em trabalhar com esses conceitos está na própria confusão da doutrina italiana de processo em relação ao termo verossimilhança. Esse é um equívoco conceitual, haja vista que o vocábulo alemão *wahrscheinlichkeit*, quando traduzido à doutrina italiana por Calamandrei (1955) no ensaio *Verità e verosimiglianza nel proceso civile*, não considerou uma parte do vocábulo que guarda relação à expressão probabilidade, enfatizando unicamente o termo verossimilhança. A questão é que na doutrina alemã, local onde esses conceitos ocupam um lugar importantíssimo no plano processual, verossimilhança e probabilidade são conceitos diferentes (TARUFFO, 2005, p. 183-184).

O problema é que a doutrina italiana, desde então, tem reconduzido, ao mesmo, dois significados distintos. O primeiro guarda relação específica com o termo verossimilhança, da forma como conhecido, o qual se refere a algo que tem a aparência de ser verdadeiro. O segundo equivale verossimilhança à probabilidade, advertindo que no processo a verossimilhança/probabilidade se usa como substituto da verdade. Para Taruffo (2005, p. 186), tais significados são distintos e não podem ser usados conjunta e alternativamente, como se não houvesse diferença entre eles. Sustenta o processualista italiano que quando se está a tratar de probabilidades em processo não se deve associá-las a algo próximo ou representativo de algo a respeito da realidade, senão a existência de razões que sustentam que tal asserção é verdadeira naquela situação concreta.

Logo, tudo o que respeita à verossimilhança, à verdade processual ou à probabilidade de um fato em processo – o que tem uma relação direta ao modo como ele se apresenta e como o intérprete está inserido em seu contexto – também guarda relação à sua fundamentação, sua credibilidade e sua aceitabilidade sobre a base dos elementos de prova disponíveis, ou seja, sobre os elementos de prova que se apresentam, recurso que não advém e nem pode advir da subjetividade do magistrado. Não se trata de uma hipótese plausível, sem relação ao instrumento probatório.

Por isso, a proposta em sobrelevar o papel da tutela inibitória no contexto das ações ambientais não deve significar, às avessas, a possibilidade de deixar às mãos do julgador e sua consciência o trato dos elementos de prova que se apresentam em juízo, o que leva a crer que as decisões dali decorrentes carecem de uma fundamentação condizente ao plano fático que se apresenta e com o que a Constituição tem a dizer sobre ele.

Ademais, a determinação dos fatos em processo, quando se está a trabalhar com tutelas preventivas, não tem a ver com a obtenção de

certezas ou verdades absolutas, consistindo, em sentido contrário, na determinação do grau de fundamentação que se pode atribuir à hipótese de existência do fato a partir do modo como ele se mostra, razão pela qual essa determinação constitui-se numa verdade provável. Essa não é a verdade do procedimento comum, que em sentido contrário se sustenta, principalmente pela necessidade cartesiana da cognição exauriente, no incontestável.

Ao se associar a tutela inibitória às ações ambientais, parte-se do pressuposto de que a renúncia à segurança do iter fase a fase do procedimento ambiental e a aposta em estruturas de sumarização processual (ambiente das tutelas preventivas e da inibitória, por consequência), ainda que em ação civil pública, encontra justificativa justamente na necessidade de atenção ao risco ambiental, o que coloca a referida tutela num outro patamar processual em relação aos propósitos do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Falar em risco ambiental é falar em sociedade de risco, em riscos socialmente produzidos, ainda que abstratamente (CARVALHO, 2007, p. 65-66), o que reverbera na sedimentação dos princípios da precaução e da prevenção em matéria ambiental (AYALA, 2005, p. 167), com vistas principalmente a evitar a ocorrência do dano ambiental. Isso tem como condição a condução do risco à jurisdição processual, local onde a tutela inibitória encontra lugar privilegiado, notadamente porque nela não se confundem o ilícito e o dano, já que o direito ambiental não pode ser reduzido a uma questão meramente patrimonial e de ressarcimento.

Dessa forma, nesses casos a tutela inibitória *“mostra-se hábil para remover a ameaça de ilicitude ou a ameaça de dano”* (PAULA, 2009, p. 195), assumindo caráter preventivo. O processualista Jônatas de Paula ainda lembra o case dos transgênicos no Estado do Paraná, momento em que o Tribunal daquele Estado decidiu pela aplicação da tutela inibitória a

impedir o cultivo de produtos geneticamente modificados até que se comprovasse cientificamente a ausência de contaminação do solo e águas subterrâneas em respeito ao princípio da prevenção, base do direito ambiental (PAULA, 2009, p. 196-197).

Registre-se, igualmente, que as ações ambientais também se conectam à tutela ressarcitória na forma específica, o que também rompe com a relação tradicional entre agir processual e reparação pelo resultado equivalente, ainda que possa ser cumulada com ela. Com efeito:

A prioridade do ressarcimento na forma específica é imposição que decorre do próprio direito material. Na realidade, se o lesado tem direito ao ressarcimento, cabe-lhe escolher a forma de reparação, que pode ser na forma específica ou pelo equivalente. Apenas quando, diante da situação concreta, o ressarcimento na forma específica for impossível ou configurar uma forma excessivamente onerosa é que o ressarcimento deverá ser pelo equivalente monetário. Isso quer dizer que, nos casos em que a tutela ressarcitória na forma específica for concretamente possível, ela somente será excluída por opção do próprio lesado ou quando o ressarcimento na forma específica, ainda que possível, não for justificável ou racional em vista da sua excessiva onerosidade. Deixe-se claro, contudo, que se o lesado sempre tem a opção do ressarcimento na forma específica, o legitimado à tutela dos direitos transindividuais dela não pode abrir mão em troca de ressarcimento em dinheiro. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO 2017, p. 304)

A lição de Marinoni, na passagem acima reproduzida, condiz com a necessidade de instituição de uma jurisdição processual ambiental atenta ao perigo ambiental, o que traz à luz a regra do princípio da reparação específica ambiental, pressupondo a imposição de obrigação de fazer ou não fazer na proteção do meio ambiente às gerações presentes e futuras (PAULA, 2009, p. 216).

Isso transcende o simples ressarcimento pelo resultado monetário equivalente, justamente porque o lesado, que nos danos ambientais é a

própria sociedade (de risco), tem direito de exigir que o dano seja reparado de forma semelhante à destruição, hipótese contemplada pelo artigo 497 do código de processo civil de 2015, o qual reza que “*Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente*”.

A tutela ressarcitória na forma específica “*objetiva estabelecer a situação que existiria caso o dano não houvesse sido produzido*” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO 2017, p. 303), o que leva, por exemplo, ao estabelecimento judicial de obrigação de recuperação de área degradada, de retirada de material poluente do mar e, até mesmo, de “suportar” acompanhamento técnico ambiental na empresa poluidora ou desfazer obra levantada em área verde ou protegida. A prioridade, mesmo diante de todos esses elementos, por força sistêmica, é a da reparação *in natura*, sempre quando possível, o que inclusive já foi objeto de discussão no Superior Tribunal de Justiça, em especial no REsp. 1071741⁹.

Para destacar a importância do tema, assim também decidiu a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. O art. 225 da Constituição Federal estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e futuras gerações. O meio ambiente é bem de fruição geral da coletividade, de natureza difusa, caracterizado como coisa de todos, incluindo as gerações vindouras, cabendo ao Estado e à coletividade a sua preservação. *Muito embora se esteja diante da matéria*

⁹ Ver íntegra em: https://www.mpma.mp.br/arquivos/ESMP/Responsabilidade_Civil_do_Estado.pdf

controversa na arena jurisprudencial nacional, em alinhamento ao entendimento majoritário desse Tribunal de Justiça, considera-se que a reparação em pecúnia (ressarcimento) é exceção no sistema da responsabilização ambiental: só deve ser feita quando se mostrar impossível, total ou parcialmente, a reparação específica. (Apelação Cível Nº 70076264597, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em 11/04/2018)”. Grifo do autor.

Considerações finais

O código de processo civil de 2015 inovou ao trazer a tutela contra o ato contrário ao direito no parágrafo único de seu artigo 497. Para além da concepção estritamente ressarcitória, previu o legislador processual a tutela inibitória e a de remoção do ato ilícito, sem menosprezar as modalidades repressivas tradicionais.

Neste trabalho, este contexto foi associado à proteção de direitos que, por sua natureza, não podem ser quantificados monetariamente. É o caso do direito a um meio ambiente saudável. Pelo que se viu, a indissocialidade entre ato ilícito e evento danoso acabou sendo a condição de possibilidade para a instituição dos procedimentos investigados, até mesmo porque neles o tema central não é o dano, mas sim a inibição de ato contrário ao direito ou a remoção de efeitos concretos de atos ilícitos.

Já a importância de se relacionar o tema aos direitos transindividuais serviu para se compreender uma nova postura processual voltada não somente à repressão, mas à prevenção de direitos que ultrapassam a perspectiva individual, situando a questão no seio do Estado Democrático de Direito. É esta modalidade estatal que clama pela transformação social, o que pressupõe um complexo conjunto de proteção de direitos, afinal de

contas um direito só é um direito na medida em que há sistemas que impedem sua violação.

Se o sonho do processo, na perspectiva liberal e racionalista, é o sonho da exatidão, da certeza, da descoberta e da demonstração – o que vem da filosofia de Welzel, Descartes, Hobbes, Leibniz, Locke, Rousseau, Savigny, Montesquieu, dentre outros da tradição racionalista –, na perspectiva social democrática de direito o sonho do processo deve ser o sonho da satisfação de direitos fundamentais, o que pressupõe a correta proteção desses direitos, em especial os de índole transindividual.

Nesse passo, quando se fala em um processo civil no interior do constitucionalismo do Estado democrático de direito, surge a exigência de instituição de uma compreensão jurídica processual que proporcione a aproximação funcional dos poderes na realização de um projeto efetivamente solidário. Justamente por isso é que o exercício jurisdicional recebeu, no Estado Democrático de Direito, tanto a função de zelar quanto a de implementar, a partir dos textos constitucionais, os direitos sociais.

O problema é que o sistema jurídico, de alguma forma, em tempos de economia globalizada e interesses supra-individuais, ainda continua a reconhecer preponderantemente a resolução de conflitos entre sujeitos iguais, indo de encontro ao movimento constitucional contemporâneo, notadamente a partir da inserção dos princípios e do resgate do mundo prático pela filosofia. Tal problema se agrava ainda mais diante da resistência positivista no exercício da jurisdição, que tem como característica justamente a admissão da discricionariedade e de decisionismos (subjetivismos), ignorando o fato de que os textos não são plenipotenciários.

Esse quadro somente poderá ser alterado quando o processo passar realmente a incorporar o fenômeno da constitucionalização. Quando se fala em constitucionalização do processo, a ideia é revistar seu papel no

que tange a questões como acesso à justiça, eficiência (qualidade) da judicialização e, para este trabalho, proteção/prevenção de direitos fundamentais. É aí que principalmente a tutela inibitória e a tutela de remoção do ato ilícito são inovadoras e representam um salto paradigmático. Do foco condenatório a partir da relação entre ato ilícito e evento danoso, passou-se a pensar na diferença ontológica entre ato ilícito e dano, o que serve como base epistemológica para a devida compreensão desses institutos processuais.

Referências

- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2003.
- AYALA, Patryck de Araújo. *O princípio da precaução e a proteção jurídica da fauna na Constituição brasileira*. In: Revista de Direito Ambiental. Volume 39. Ano 10. Jul.-Set. 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel proceso civile*. In: Rivista di diritto processuale. Padova: Ed. CEDAM, 1955.
- CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. In: Revista de Direito Ambiental. Volume 45. Ano 12. Jan.-Mar. 2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- ISAIA, Cristiano Becker. *Processo civil e hermenêutica: os fundamentos do novo CPC e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo*. Curitiba: Editora Juruá, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação inibitória*. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5041>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. Volume 1. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 3.^a edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: art. 497, parágrafo único, do CPC/2015*. Rev. TST, Brasília, vol. 81, n.º 4, out/dez 2015. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/100342/2015_marinoni_luiz_tutela_contra.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jun. 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 4.^a edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Direito processual ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do Direito*. 2.^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutelas de urgência)*. Volume II. 4.^a edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

SPADONI, Joaquim. *Tutela inibitória*. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2002.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4.^a edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução para o espanhol de Jordi Ferrer Beltrán. Madri: Ed. Trotta, 2005.

Os desastres de Mariana e Brumadinho – MG como ecocídio e a possibilidade de julgamento destes pelo Tribunal Penal Internacional

*Leandro S. Tessaro ¹
Francielle Benini Agne Tybusch ²*

Introdução

Durante muitos anos o ser humano utilizou os recursos naturais de forma abusiva e descontrolada fazendo com que muitos desses recursos chagassem a exaustão. Apenas nos últimos 40 anos começou-se a debater sobre meio ambiente de uma forma mais aberta e eficaz, inicialmente no âmbito interno de cada estado, pois, presenciamos os resultados que desastres ambientais conseguem gerar no cotidiano de nossas vidas. Assim, a evolução do Direito Ambiental transpassou as fronteiras dos países tornando-se umas das principais pautas nos discursos globais, sendo de suma importância que se coloque em destaque a possibilidade de desastres ambientais de grande magnitude, o ecocídio, possa ser tipificado como crime contra humanidade e julgado pelo Tribunal Penal Internacional.

O presente trabalho tem como objetivo geral categorizar os desastres de Mariana e Brumadinho - MG como ecocídio, verificando a possibilidade desse ser caracterizado como crime contra humanidade e ser julgado pelo Tribunal Penal Internacional. Da mesma forma, ao se estudar como o TPI

¹ Autor. Discente do 10º semestre do Curso de Direito da Universidade Franciscana – UFN. Graduado em Engenharia Ambiental – Centro Universitário Franciscano - UNIFRA. MBA Perícia, Auditoria e Gestão Ambiental no Instituto de Pós-graduação e Graduação – IPOG, E-mail: leandro-lst@hotmail.com.

² Orientadora. Doutora em Direito pela UNISINOS. Mestra em Direito pela UFSM. Professora do Curso de Direito da UFN. E-mail: francielle.agne@prof.ufn.edu.br

tem se posicionado quanto a crimes ambientais, examinar a viabilidade do julgamento dos desastres ambientais de Mariana e Brumadinho por essa Corte.

O Brasil é um país de dimensões continentais, sendo assim, apresenta uma fauna e flora diversas que precisam de cuidados para que não sejam devastadas. Para conservação dessas temos o Direito Ambiental que dispõem normas para o manejo de nossos recursos naturais e impõe sanções para quem as descumpri. Importante salientar que essas normas não têm sido cumpridas, visto que, nos últimos anos nos deparamos com grades desastres ambientais. Diante deste cenário, questiona-se: De que forma os desastres de mineração de Mariana e Brumadinho - MG podem ser configurados como ecocídio? E, sendo categorizados como ecocídio, qual a possibilidade desses serem julgados pelo Tribunal Penal Internacional?

Para o enfrentamento do problema exposto, utilizou-se do quadrilátero: teoria de base, método de abordagem, método de procedimento e técnica de pesquisa. Como teoria de base, utilizou-se da Teoria do Direito dos Desastres. A teoria adotada por este trabalho tem como base os autores Valério de Oliveira Mazzuoli e Délton Winter Carvalho. Referente aos aspectos metodológicos do projeto, esta configura uma pesquisa qualitativa, permitindo ao leitor conhecer a vasta gama de problemas que envolve o ecocídio, as características ambientais e peculiaridades expostas nos desastres de Mariana e Brumadinho - MG para que se enquadrem no conceito de desastres de grande proporção. Posteriormente, será realizada uma análise de como o Tribunal Penal Internacional (TPI) tem se pronunciado nesses casos.

Como método de abordagem, utilizou-se do método indutivo, por meio do qual se iniciou a partir de casos específicos Mariana e Brumadinho, ambas cidades do Estado de Minas Gerais - BR e se chegou

a conclusões mais amplas. Primou pela análise bibliográfica, documental e de vídeo, assim, ocorrendo revisão de ampla literatura nos aspectos jurídicos, econômicos e sociais, como também posicionamentos de pessoas de grande relevância no cenário internacional relacionados a Meio Ambiente e ao Tribunal Penal Internacional.

Como métodos de procedimento, empregou-se o método monográfico ou estudo de caso e o método histórico. O primeiro foi utilizado em razão da realização de pesquisas com intuito de caracterizar e posteriormente tipificar os desastres já citados como ecocídio. Tangente ao segundo método, buscou-se expor como e quando foi criado o Tribunal Penal Internacional, e as possibilidades deste julgar crimes contra o meio ambiente. A pesquisa empregou como técnicas a bibliográfica, análises de leis e tratados, uma vez que se buscou através de livros e da legislação, demonstrar de que forma o direito vem se posicionado quanto aos crimes ambientais de grande proporção, com foco nos procedimentos adotados pelo TPI.

Diante desse cenário é essencial para sociedade brasileira que os crimes ambientais de Brumadinho e Mariana, no estado de Minas Gerais, tenham um melhor tratamento tanto no âmbito interno do Estado como na esfera global, por isso, da tentativa deste trabalho em evidenciar as características relevantes dos desastres em questão para que possam ser enquadrados como ecocídio. Pois, o meio ambiente é um bem de uso e proteção global, assim, sua destruição merece uma legislação mais vasta e eficaz em âmbito global, assim como, um maior destaque pelo TPI, visto que ainda apresenta competência apenas para tratar de casos de genocídio, crimes de guerra e crimes contra humanidade, assim a única saída é encaixar os crimes contra o meio ambiente dentro de uma das categorias já mencionadas.

Este trabalho foi dividido em dois itens temáticos: No primeiro item “Direito dos Desastres e Ecocídio: uma análise dos casos de Mariana e Brumadinho – MG”, será discutido sobre o cenário antes e pós derramamento de rejeito de minério provocado pelo rompimento das barragens de contenção do Córrego do Feijão e do Fundão. No segundo item denominado - O Tribunal Penal Internacional e a possibilidade de julgamento do Ecocídio dos desastres de Mariana e Brumadinho – MG - foi abordado as características e como surgiu o TPI, salientando como este tribunal se posiciona diante crimes ambientais de grande magnitude, para posteriormente sustentar o oferecimento de denúncia referente aos desastres de Mariana e Brumadinho frente ao Tribunal Penal Internacional.

1. Direito dos desastres e ecocídio: uma análise dos casos de Mariana e Brumadinho – MG

Em resposta aos inúmeros desastres, tanto em âmbito global como no nacional, surgiu o direito dos desastres, que “tem por objetivo uma complexa teia de obrigações, deveres e interesses tutelados na prevenção e no atendimento aos eventos catastróficos” (FARBER, 1986 apud, CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 67). Desastres estes que tendo potencial para causar extenso dano ou perda de vários ecossistemas em determinado local, pode ser conceituado como Ecocídio, não importando se por causa humana ou natural.

Desta forma, tem-se o objetivo de evidenciar, neste capítulo, os detalhes e características dos desastres de Mariana e Brumadinho, ambos no estado de MG – Brasil. Como também, salientar o que é necessário para conceituar um desastre como ecocídio, assim, posteriormente sustentando se é possível ou não o enquadramento destas duas catástrofes no rol dos grandes desastres ambientais mundiais.

1.1 Desastres ambientais de Mariana e Brumadinho em Minas Gerais: características e cenário

De acordo com o Glossário da Defesa Civil Nacional, “desastre” significa: resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem, sobre um ecossistema, causando danos humanos, materiais e/ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais. A intensidade de um desastre depende da interação entre a magnitude do evento e o grau de vulnerabilidade do sistema receptor afetado (CASTRO, 1990 apud TOMINAGA; SANTORO; AMARAL, 2009, p. 14).

Segundo Carvalho (2020, p. 80) os desastres são conceituados a partir de uma triangulação de fatores tais como i) causas (físicos, antropogênicos ou mistos); ii) consequências (vidas, propriedades e meio ambiente)”; iii) estabilidade sistêmica (estado de calamidade ou situação de emergência). A ruptura de uma barragem de rejeitos de minério, como a de Mariana em 2015 e a de Brumadinho (2019), consiste naquilo que se descreve como desastres antropogênicos. Esta espécie de desastre decorre diretamente de uma atividade econômica ou causa humana (*man-made disaster*). Quanto às suas consequências, tal desastre pode ser classificado como um desastre socioambiental, face às perdas de vidas e impactos ambientais significativos. O conceito normativo adotado no Brasil é proveniente do Decreto 7.257/10 que no inciso II, do art. 2, prevê este como um “resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais.”

Em novembro de 2015 na cidade de Mariana (MG) a barragem do fundão pertencente a Bacia do Rio Doce, de propriedade da empresa SAMARCO, vem a romper-se “despejando sessenta bilhões de litros de rejeitos de mineração de ferro por mais de 500 Km, causando danos

mortes de trabalhadores da empresa e moradores das comunidades afetadas, sendo que algumas ainda restam desaparecidas;

desalojamento de populações;

devastação de localidades e a consequente desagregação dos vínculos sociais das comunidades;

destruição de estruturas públicas e privadas (edificações, pontes, ruas etc.);

destruição de áreas agrícolas e pastos, com perdas de receitas econômicas;

interrupção da geração de energia elétrica pelas hidrelétricas atingidas (Candonga, Aimorés e Mascarenhas);

destruição de áreas de preservação permanente e vegetação nativa de Mata Atlântica;

mortandade de biodiversidade aquática e fauna terrestre;

assoreamento de cursos d'água;

interrupção do abastecimento de água;

interrupção da pesca por tempo indeterminado;

alteração dos padrões de qualidade da água doce, salobra e salgada;

sensação de perigo e desamparo na população. (IBAMA, 2015, p. 04).

Na foto abaixo (figura 2) é possível visualizar o cenário pós rompimento da barragem de fundão. Com os diques de Sela, Selinha, Tulipa e a barragem de Germano ao fundo, assim como as áreas próximas ao desastre.

Figura 2- Barragem do Fundão pós rompimento.

Fonte: IBAMA

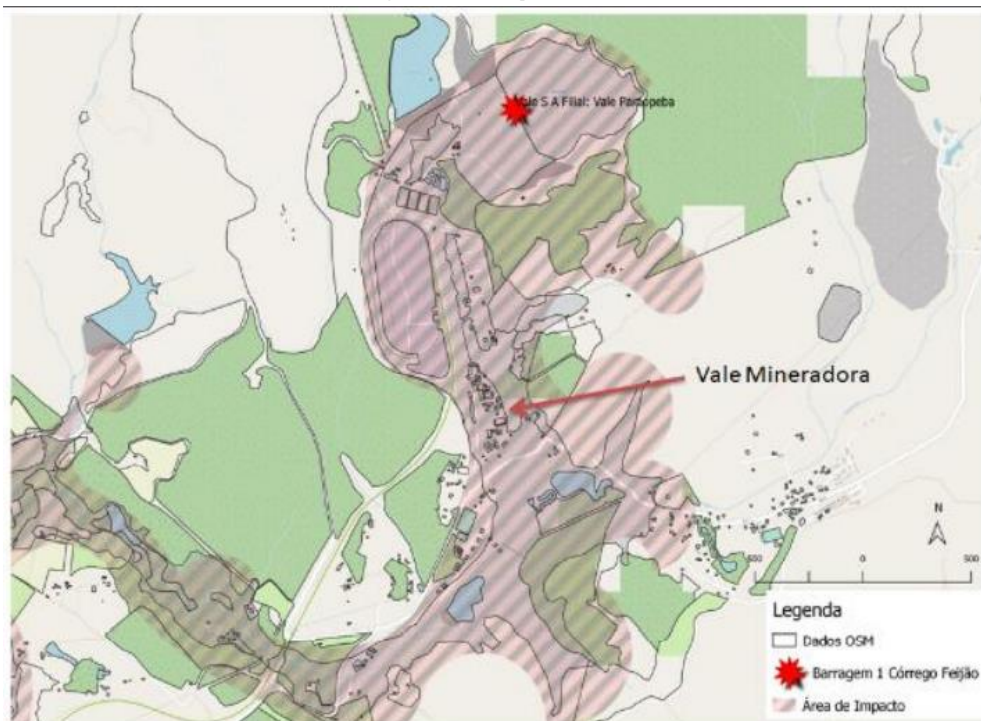
Três anos e dois meses após desastre de Mariana, mais uma tragédia se apresenta, agora na cidade de Brumadinho/MG “dessa vez derramou-se 12 milhões de m³ de rejeitos em toda a extensão da Bacia do Rio Paraopeba, destruindo centenas de hectares de Mata Atlântica, comprometendo a qualidade da água e devastando a biota aquática de 250 quilômetros de extensão do rio, um dos principais afluentes do Velho Chico” (PEREIRA, 2019, p. 18).

A empresa Vale S.A era a mineradora responsável pela extração na Mina Córrego do Feijão onde o rompimento da barragem em questão foi considerado o maior acidente de trabalho da história do Brasil. “Os números indicam que no todo foram 334 acidentados entre trabalhadores, moradores da região e alguns turistas, hospedados em uma pousada. Destes, 312 (trezentos e doze) eram trabalhadores, empregados próprios e terceiros, em que 248 (duzentos e quarenta e oito) restaram mortos e 64

(sessenta e quatro) sobreviveram. Além das vidas perdidas e da produção de impactos sociais e ambientais na comunidade local, percebe-se que o montante total da perda não possui valor estimável” (OLIVEIRA, 2020, p. 22).

A área de deposição dos rejeitos após o desastre foi delimitada comparando-se as imagens de satélite Sentinel-2 dos dias 22/jan/2019 e 27/jan/2019. As imagens foram classificadas e vetorizadas para a obtenção da área soterrada. A área de impacto imediato atingiu cerca de 2 km deste vale (FIOCRUZ, 2019, p.2). A figura 1 mostra a barragem que foi rompida e a área de impacto imediato obtida por meio desta metodologia.

Figura 3. Área de impacto imediato



Fonte: Elaborado pelo Núcleo de Geoprocessamento (LIS/ICIT/Fiocruz).

O caminho percorrido pelos rejeitos de mineração englobava o vale do córrego do Feijão, adentrando pelos córregos adjacentes e desaguardo no leito do Rio Parauapebas. Percurso este que continha residências e áreas rurais, de criação de animais e plantações da população local que acabaram sendo tragadas pela inundação causada pelo rompimento da barragem em questão.

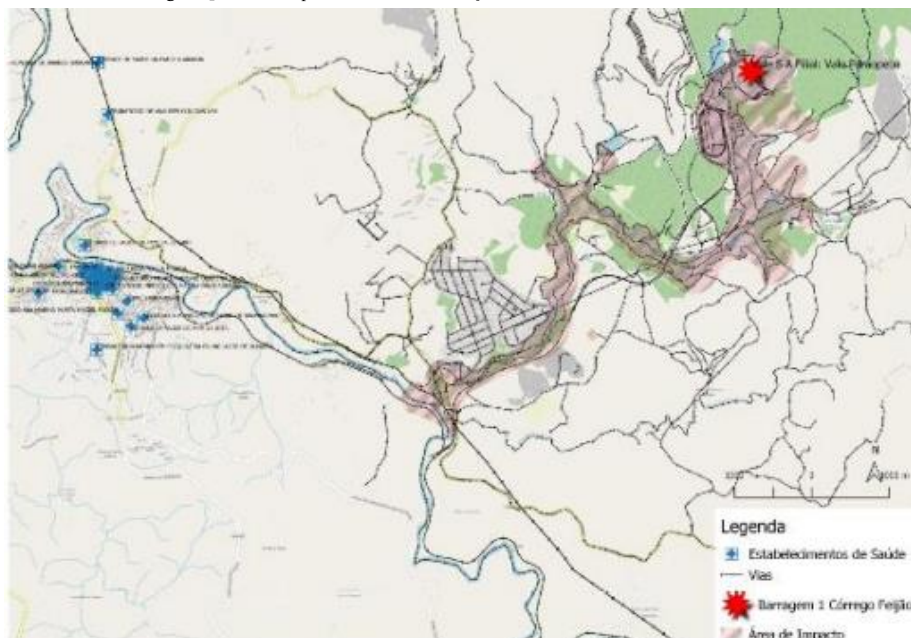
Segundo dados do Censo Demográfico, a cidade de Brumadinho possuía 87 setores censitários e uma população total de 33.792 em 2010. O desastre ocorrido no dia 25 de janeiro atingiu 9 setores censitários com população estimada em 3.485 pessoas e 1.090 domicílios (FIOCRUZ, 2010).

Tabela 1. Número de domicílios e população afetados pela lama de rejeitos.

	Número de Domicílios	População
Setores potencialmente afetados	1.090	3.485
Setores Brumadinho	9.480	30.307
Total Geral	10.570	33.792

Fonte: Censo demográfico de 2010. Elaborado pelo Núcleo de Geoprocessamento (LIS/CIT/Fiocruz).

Com base nos dados do CNES (Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde), organizado pelo Datasus, foram georreferenciadas as unidades de saúde (em azul) do município de Brumadinho e as vias de acesso (estradas, caminhos e trilhas) segundo informações oriundas do serviço web Open Street Map (figura 4).

Figura 4. Área de impacto imediato e localização de estabelecimentos de saúde em azul.

Fonte: CNES 2018, Datasus. Elaborado pelo Núcleo de Geoprocessamento (LIS/ICICT/Fiocruz).

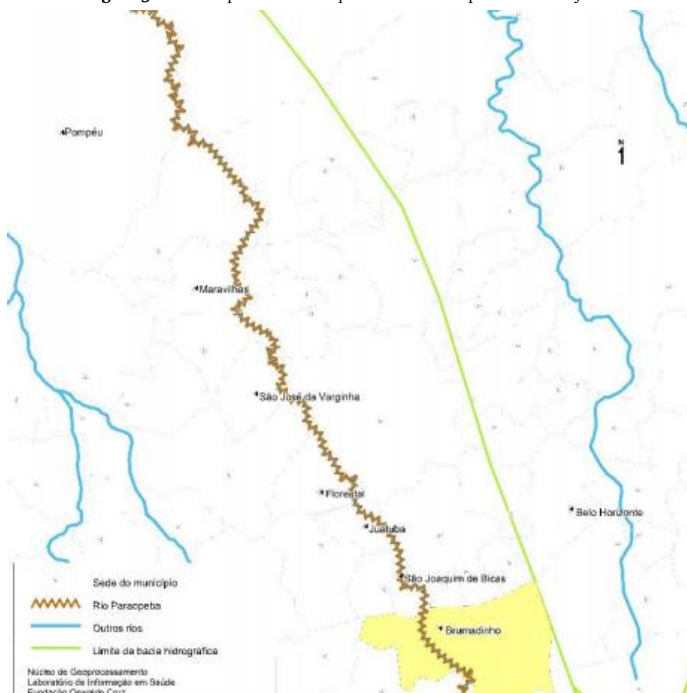
Ao analisar o mapa acima, observa-se que as unidades de saúde estão localizadas fora do raio de impacto imediato, mas bastante próximas do leito do Rio Paraopeba, cidade de Brumadinho, podendo terem sido danificadas. Assim há possibilidades que haja comunidades que ficaram isoladas após o desastre, podendo resultar no agravamento de doenças crônicas já existentes na população afetada. Um aumento significativo de casos de acidentes vascular-cerebrais foi observado após as enchentes de Santa Catarina em 2008 (XAVIER, 2014) e do acidente de Fukushima, Japão (FUKUMOTO, 2012), mesmo depois de meses dos eventos disparadores. Estes casos podem ser consequência, tanto de situações de estresse e transtornos pós-traumáticos, quanto da perda de vínculo com os sistemas de atenção básica de saúde.

As consequências a longo prazo, causadas pelo desastre, podem ser catastróficas, visto que, o abastecimento de água de Brumadinho é

realizado pela captação nos córregos de Catarina e Águas Claras (Rio Paraopeba) atingidos pelos rejeitos, como também, outros municípios serão afetados pela degradação das águas do rio devido ao desastre.

Segundo o mapa abaixo (figura 5), o curso do rio Paraopeba atravessa os seguintes municípios: Betim, Cachoeira da Prata, Caetanópolis, Curvelo, Esmeraldas, Felixlândia, Florestal, Fortuna de Minas, Igarapé, Inhaúma, Juatuba, Maravilhas, Mário Campos, Mateus Leme, Papagaios, Pará de Minas, Paraopeba, Pequi, Pompéu, São Joaquim de Bicas e São José da Varginha. As cidades de Caetanópolis, Paraopeba e Pará de Minas possuem sistemas de abastecimento que usam águas do rio Paraopeba. Outras localidades e comunidades ribeirinhas fazem uso do rio para pesca, irrigação, lazer e abastecimento de água, como os índios Pataxós.

Figura 5. Rio Paraopeba e cidades que serão afetadas pela lama de rejeitos.



Fonte: ANA e IBGE. Elaborado pelo Núcleo de Geoprocessamento (LIS/ICIT/Fiocruz).

Todas essas alterações causadas pela degradação do leito do Rio Paraopeba e seu entorno irão produzir importantes mudanças na fauna e flora, como também decréscimo na biodiversidade local. Semelhante ao que aconteceu em Mariana (2015), pós rompimento da barragem do Fundão, de mesma responsabilidade da companhia Vale, não esquecendo dos surtos epidemiológicos agravados pela degradação do ecossistema aquático e das margens do Rio Doce.

1.2 Os desastres ambientais de Mariana e Brumadinho - MG enquanto ecocídio

A mineração no Brasil faz parte de todo um processo de colonização, desde o Brasil colônia até tornar-se República, economicamente rentável, mas em termos ambientais com reflexos devastadores, visto que, no processo de extração do minério é utilizado um enorme volume de água, resultando em rejeitos que precisam ser destinados para algum local. Estes lugares serão as barragens, estas que por si só afetam o cenário da localidade, quando utilizadas para contenção de rejeitos de minério demanda uma atenção e cuidado maiores, conforme salienta Francielle Agne Tybusch:

Uma barragem de rejeitos possui um impacto ainda maior e deve ser fiscalizada, monitorada e possuir uma gestão de risco. Quando uma barragem de rejeitos se rompe, o dano socioambiental é irreversível, como consequência, em praticamente todos os casos, tem-se vítimas fatais, morte de fauna e flora, contaminação de água e deslocamento de pessoas. (TYBUSCH, 2019, p. 24).

Senário este que se pode conceituar como ecocídio, pois segundo o projeto de criminalização do ecocídio apresentado por Polly Higgins da ONG *Eradicating Ecocide*, com a seguinte definição:

A danificação extensiva, destruição ou perda de um ou vários ecossistemas num determinado território, quer seja por ação humana ou por outras causas, de tal forma que o gozo ao direito a paz, a saúde e a qualidade de vida por parte dos habitantes desse território tenham sido gravemente prejudicado. (BORGES, 2013, p. 6461).

Ou seja, esse crime pode ser determinado como danos de grande extensão com efeitos duradouros ao ecossistema, considerando o número de espécies, tanto da fauna como flora, e de pessoas que foram atingidas. Tendo destaque a elevada área de devastação de cobertura vegetal e o devastador impacto social e econômico na vida das pessoas, visto que, na maioria das vezes tais danos são irreversíveis. Desta forma, é evidente que o ecocídio afronta os direitos humanos, pois ataca o direito à vida, saúde a ao bem-estar e ao meio ambiente equilibrado.

Tais desastres afetam a Biodiversidade “a riqueza e a variedade do mundo natural. As plantas, os animais e os microrganismos fornecem alimentos, remédios e boa parte da matéria-prima industrial consumida pelo ser humano” (WWF, [s.d.]). Como também, os **Ecossistemas, que** são os sistemas de manutenção da vida no planeta. Tanto a Biodiversidade, quanto ecossistemas produzem uma variedade de benefícios para pessoas que deles dependem, incluindo água para o consumo, solos férteis para o plantio, plantas medicinais, regulação do clima, valores estéticos e culturais.

Exemplos de Ecocídio aconteceram em vários países, durante a guerra do Vietnã no período compreendido entre 1961 a 1971 foram despejados/pulverizados pelos EUA sobre o Vietnã milhões de litros de herbicidas, os efeitos foram destrutivos e os cientistas acadêmicos da época chamaram de “Ecocídio”. Na ocasião, herbicidas foram pulverizados em massa, e as quantidades, sem dúvida, prejudicaram mais do que as plantas, o impacto ambiental foi global e uma ameaça para a paz e até

mesmo sobrevivência, pois várias doenças incluindo cânceres, e defeitos congênitos afetaram civis vietnamitas, veteranos da guerra dos EUA e vietnamitas, e sua progênie. (ZIERLER, p.01-07 apud MULITERNO; STOHRER, 2018, p. 44).

Mais recentemente no Brasil presenciou-se na cidade de Mariana e Brumadinho, Minas Gerais (MG), os dois maiores desastres ambientais até hoje, com reflexos tanto na vida humana como animal e vegetal. Ambas com um grande volume de derramamento de rejeitos de mineração de ferro por áreas habitadas, causando suas mortes e milhares de deslocados, destruindo tudo que produziam para custear o próprio sustento, como nos mostram as imagens a seguir:

FIGURA 6. Imagens do local atingido pelos desastres de Mariana e Brumadinho- MG



Fonte: SOUNOTICIA, publicado em 28 de fevereiro de 2019. Acesso em: 21 de agosto de 2021.

Dezenas de cidades do entorno da destruição se depararam com problemas no abastecimento de água, enquanto a lama mineral, no desastre de Mariana, percorria um trajeto de 600 Km até o oceano Atlântico. Conforme Santos e Milanez (2017) os efeitos são continuados e se multiplicam ainda hoje, enquanto as falhas no processo de

licenciamento ambiental, no monitoramento e na fiscalização da barragem são conhecidas.

A falta de regularização (legislações e fiscalização) encontra-se como fator que potencializa os riscos catastróficos, estes que se apresentam na origem histórica dos desastres ambientais. Corroborando para essa análise o Ministério da Integração Nacional por meio de estudos realizados, relata que “há uma baixa cultura de gerenciamento de risco de desastres no país” (PNGRD, 2012, p. 66), assim intensificando as probabilidades de ocorrência de desastres, tanto antropogênicos como naturais.

Na prática obras de grande impacto, como das barragens da cidade de Maria e Brumadinho, obrigam o uso de um estudo de impacto ambiental para seu licenciamento, como também estudos técnicos mais apurados por parte dos estados. O que evidenciamos pós ruptura da barragem em Mariana, foi um descaso por parte da Assembleia legislativa de Minas Gerais, pois, segundo Pereira (2019, p. 30) “os parlamentares não hesitaram em aprovar o PL 2946/2015 que flexibilizou o licenciamento ambiental para torná-lo mais célere na aprovação de licenças para mineração”, com isso mostrando que não foi assimilado nada com a devastação causada por tal desastre.

A menos de 38 meses após a tragédia de Mariana, outra com características idênticas acontece, a de Brumadinho, colocando o Brasil no ranking dos países com piores tragédias ambientais no mundo. O que se mostra assustador é a distância entre as barragens (100 KM) e o lapso temporal tão curto entre o rompimento de uma para outra, evidenciando-se que o Estado, União e Iniciativa Privada – VALE – não aprenderam nada, e nada fizeram para impedir que outro desastre ocorresse (PEREIRA, 2019, p. 19).

Referente a lesões a vidas humanas diretas e indiretas, relacionado aos efeitos da destruição causada pela onda de lama sobre os municípios

de Mariana - MG, Barra Longa, Rio Doce e Santa Cruz do Escalvado, houve um total de 10.482 pessoas afetadas pelo desastre, segundo o Relatório de Avaliação dos efeitos e desdobramentos do rompimento da Barragem de Fundão em Mariana-MG (2016). Já em Brumadinho - MG as perdas humanas passam de trezentas, incluindo as desaparecidas; sem falar em inúmeras pessoas desalojadas. Conforme depreende-se de Zhou et.al (2016, p. 31) os desalojados foram obrigados a viver temporariamente em casas alugadas, realizando negociações diárias até hoje inconclusas para serem ressarcidas, angustiando incertezas sobre seus futuros.

Resultado dos graves danos causados pelos referidos acontecimentos, são, que toda a Bacia Hidrográfica do Rio Doce foi praticamente extinta, gerando um passivo ambiental negativo que não se resumirá apenas à presente geração, mas se estenderá às futuras (conforme figura 7).

FIGURA 7. Brumadinho e Mariana: resultados da ganância pelo lucro e o desprezo pela vida por parte das mineradoras. Fotos: MAB e Corpo de Bombeiros de Minas Gerais



Fonte: VIOMUNDO, 05 de novembro de 2019. Acesso em 21 de agosto de 2021.

Quanto ao que se falar em passivo ambiental, podemos definir que é o dano suportado pelo explorador da atividade econômica geradora da

degradação ambiental, também chamado de externalidades ambientais negativas, já as futuras gerações a Constituição Federal brasileira em seu artigo 225 e inspirada em eventos internacionais como a Declaração de Estocolmo de 1972 e Relatório Brundtland de 1987 fala que é dever do Estado e da coletividade preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Após os terríveis reflexos causados pelos desastres de Mariana e Brumadinho, a comissão de Meio Ambiente em 10 de outubro de 2019 aprovou o Projeto de Lei 2.787/2019 que tipifica o crime de Ecocídio, quando a pessoa causa desastre ambiental com significativa destruição da flora ou mortandade de animais. Essa proposição foi apresentada por deputados da comissão externa da Câmara destinada a fiscalizar as barragens existentes no Brasil, especialmente no acompanhamento das investigações ocorridas após o desastre de Brumadinho ocorrido em 2019. O texto altera a Lei de Crimes Ambientais 9.605/1998, estabelecendo pena de reclusão de 04 a 12 anos e multa a quem causar desastre ambiental. Se o crime for culposos a pena será de 01 a 03 anos e multa.

Assim, resta comprovado que tais desastres, conforme suas características, se encaixam perfeitamente nas definições estipuladas para configurarem como ecocídio. É importante salientar que esses desastres não são apenas um conjunto de danificações materiais que possam ser mensuradas por meio de indenizações, mas sim um processo longínquo de crise social, constantemente alimentado pelos encaminhamentos sociais e possibilidade de um processo de reabilitação repleto de violência, que envilecem ainda mais as condições de vida dos que já sofrem por suas perdas.

Desta forma, com a aprovação do já referido projeto de lei a população dos atingidos por barragens será determinada pelos impactos provocados pela construção, operação ou rompimento de barragens, como

também, será analisado a desvalorização de imóveis e a perda da capacidade produtiva das terras. Assim, poderão ter direito a ressarcimento e realocação coletiva, e ainda receber benefícios assistenciais do Programa de Direitos das Populações atingidas por Barragens.

Por derradeiro, é necessário que seja reconhecido que a Biodiversidade e as mudanças nos ecossistemas provocadas pela influência do ser humano, não geram somente problemas ao meio ambiente, mas também ao desenvolvimento econômico, social e da segurança. É urgente a necessidade de medidas para preservação da Biodiversidade e dos ecossistemas naturais, para que as próximas gerações possam dispor dos benefícios que a natureza continua a nos proporcionar.

2. O Tribunal Penal Internacional e a possibilidade de julgamento do ecocídio dos desastres de Mariana e Brumadinho- MG

O Tribunal Penal Internacional, é a corte responsável para punir os responsáveis por crimes cometidos em âmbito transnacional, onde ocorre a afronta aos direitos de um povo, crime que deve ser de relevante interesse social, como o genocídio, de agressão e contra a humanidade, assim, como consta em seu Estatuto. Ocorre que, desde sua criação, vem se discutindo a internalização, no Estatuto de Roma (1999), dos crimes ambientais de grande magnitude (Ecocídio), para que estes possam ser julgados pela referida Corte.

Assim, de forma mais específica, pós ocorrido os desastres de Mariana e Brumadinho (Minas Gerais), até os dias de hoje, suas vítimas não obtiveram resposta digna de acalantar seus sofrimentos. Desta forma, pretende-se, com base nas características já mencionadas dos dois desastres em questão, tentar enquadrá-los nos crimes já elencados no estatuto do TPI, e com isso suscitar um possível julgamento destes.

2.1 O Tribunal Penal Internacional e sua atuação em crimes ambientais

O Tribunal Penal Internacional (TPI) surge pela necessidade de julgamento de crimes em âmbito internacional, de grande magnitude, como os crimes praticados durante o holocausto; um tribunal que seja permanente, independente e imparcial. Fruto disso, em 17 de junho de 1998 foi aprovado o Estatuto de Roma legitimando o Tribunal Penal Internacional, com sede fixada em Haia (Países Baixos).

O artigo 1º do decreto 4388/2002 dispõe que “será complementar às jurisdições penais nacionais” (BRASIL, 2002), ou seja, opera-se o princípio da complementariedade, visto que o estado tem responsabilidade primaria para processar e julgar seus nacionais, quando este se mostrar incapaz o Tribunal tem o poder de atuar. “Neste sentido, sua atuação apenas é possível em casos particulares de crimes internacionais efetivamente graves e que atinjam a comunidade internacional como um todo” (MAZZUOLI, 2011, p. 950).

De acordo com o artigo 5º do Estatuto de Roma, compete ao Tribunal o julgamento de quatro categorias de delitos: Genocídio, crime contra a Humanidade, crime de Guerra e, a depender de ratificação, o crime de Agressão. Ademais, de acordo com seu artigo 11º, o Tribunal está legitimado a julgar apenas fatos cometidos posteriormente a data da sua instauração (dia 1º de julho de 2002), os quais são imprescritíveis, conforme o artigo 29º do mesmo Estatuto. Quanto as formas pelas quais o Tribunal poderá ser acionado, os artigos 13 e 15 se responsabilizam por disciplinar, dispondo como primeira e a segunda, quando um Estado-parte ou o Conselho de Segurança da Promotoria encaminham denúncia ao Procurador, referente a um ou mais fatos que haja indício serem de competência do TPI, a fim de que se inicie uma investigação. Já a terceira forma se concretiza quando o procurador age de ofício, ou seja, abre

inquérito com base em informações com relação a prática de um crime da competência do TPI.

Mas, e quanto a crimes contra o meio ambiente de grande impacto, como poderá ser levado a julgamento perante a corte internacional penal, visto que não se enquadra, à primeira vista em nenhuma das hipóteses de delitos elencadas no artigo 5º do Estatuto de Roma? Nesse sentido, o artigo 7º, 1, K do Estatuto de Roma (2002) indica um enquadramento para tais crimes, visto que dispõe:

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:
 - k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

Desta forma, crimes contra o meio ambiente em especial os de grande extensão destroem as condições de existência e subsistência de uma população diante da extensão e destruição de todo um ecossistema, configurando um grande sofrimento de forma intencional. Segundo afirma Rocha (2008, [s.p.]), considerar crime ambiental um crime contra humanidade:

É justamente na última figura criminal, em seu artigo 7, do Estatuto, que defendemos a ampliação do seu conceito para incluir os crimes graves contra o meio ambiente. O preâmbulo da Carta da Terra conduz-nos a este entendimento. “A Humanidade é parte de um vasto universo em evolução. A Terra, nosso lar, está viva com uma comunidade de vida única. Os padrões dominantes de produção e consumo estão causando devastação ambiental, redução dos recursos e uma massiva extinção de espécies. Comunidades estão sendo arruinadas. Os benefícios do desenvolvimento não estão sendo divididos equitativamente e o fosso entre ricos e pobres está aumentando.

Assim, é claro a opinião de Rocha (2008) referente a possibilidade de uma ampliação nas competências do TPI, quando defende o entendimento referente a crime contra a humanidade poder encampar todo e qualquer infração que tenha capacidade de influenciar de modo global nas vidas dos seres vivos, podendo então abarcar em no artigo 7º de seu Estatuto os crimes graves contra o meio ambiente.

A discussão quanto a possibilidade do TPI julgar crimes ambientais não é recente, pois 1982 a Comissão de Direitos Internacionais da ONU, a pedido da Assembleia Geral, colocou em pauta o item “projeto de Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade”, buscando retomar os projetos iniciados pela Comissão de 1954 (*Draft code of offences against the peace and security of mankind*, 1954). Fruto desse debate, viria ser criado um estatuto para uma corte penal internacional - Estatuto de Roma -, o Relator Especial Doudou Thiam (1984) emitiu 13 relatórios, dos quais o segundo sugeria que a destruição do meio ambiente constasse como um crime internacional, em conjunto com crimes de guerra, genocídio e crimes contra humanidade.

Já quanto a temática do Ecocídio, na Conferência das Nações Unidas de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, onde Olof Palme, primeiro-ministro da Suécia, em seu discurso de abertura falou explicitamente da guerra do Vietnã como um Ecocídio. Resultando na formação de um grupo de trabalho para discutir sobre crimes contra o meio ambiente, que gerou um projeto sobre Ecocídio apresentado em 1973.

Em 1978 novamente o crime de Ecocídio foi debatido pela Subcomissão de Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias, para que reconhecesse a inclusão do Ecocídio e do genocídio cultural à sua lista de crimes. Sem sucesso, em 1985 o tema Ecocídio foi retomado através de um relatório elaborado por Benjamin Whitaker apresenta a

Subcomissão de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, relatório que enfatizava a importância de expandir e aprofundar os estudos sobre Ecocídio (ERRADICAR ECOCIDE, 1990).

Em resposta aos diversos questionamentos referentes a posição do Tribunal Penal internacional referente a crimes contra o meio ambiente, no dia 15 de setembro a Corte Penal Internacional anuncia “que passará a processar e julgar crimes ambientais. Em documento de 18 páginas, denominado de *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, que anuncia as prioridades para a seleção de casos pela corte, o gabinete do procurador explicitou que a corte dará especial atenção a crimes relacionados à destruição do meio ambiente, à exploração de recursos naturais e à apropriação ilegal de terras” (TPI, 2016).

Decisão essa que é de grande relevância no cenário internacional em se tratando de amparo legal para o manejo referente ao meio ambiente, pois, não há até hoje uma corte internacional específica para dirimir conflitos de matéria Ambiental. Sendo assim, a proteção internacional do meio ambiente deve ser de entendimento comum como uma preocupação da humanidade, ou seja, um valor fundamental do qual depende a coletividade.

Conforme Lehmen (2016, [s.p]) em seu artigo para o Conjur leciona:

O tribunal é vocacionado, nos termos do Estatuto de Roma, a julgar crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e, a depender de ratificação, crimes de agressão. A expansão de seu foco para incluir crimes ambientais entre os casos que priorizará deixa claro que a comunidade internacional passará a contar com uma corte internacional permanente para, ainda que não exclusivamente, julgar crimes ambientais.

Mesmo que o gabinete da promotoria do Tribunal Penal Internacional, tenha externado preocupação, é imperioso ressaltar que,

neste momento, ainda não há no Estatuto de Roma uma cláusula referente à institucionalização de um tipo de crime internacional autônomo relativo ao meio ambiente. Assim, o dano socioambiental somente age como instrumento por meio do qual é cometido um dos quatro crimes já disciplinados no Estatuto.

Vale salientar também que, no projeto que criou o Tribunal Penal Internacional, já existia a previsão de um crime socioambiental autônomo no conjunto dos crimes internacionais próprios, formulado nos seguintes termos: “Dano severo e intencional ao meio ambiente” (DAROS, 2018, p. 172). Entretanto, as pressões políticas de atores internacionais acabaram excluindo o assunto nos procedimentos de elaboração do projeto que acabou conduzindo à formulação do Estatuto (DAROS, 2018).

Necessita-se notar que referente a importância atribuída ao TPI no cenário mundial, suas decisões dependem da cooperação entre os Países, como nos indica o artigo 89 do Estatuto de Roma:

O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. (BRASIL, 2002).

Diante as complexibilidades dos litígios em relação ao meio ambiente, existem movimentos para criar uma justiça ambiental que confere uma resposta mais harmônica com os aspectos que circundam os problemas ambientais, dando uma seguridade jurídica de forma mais célere e eficaz, a existência da vida. Desta forma, os desastres ambientais demandam um pensar integrado por parte dos operadores do Direito, necessitando de uma discussão mais árdua para o enfrentamento dos crimes ambientais, com isso, demandando de agentes especializados, tanto para a persecução

penal, quanto para o julgamento, à semelhança da estrutura que o TPI já adota para outras espécies de crimes, com isso buscando soluções no âmbito cível e criminal que possam realmente garantir a tutela desejada por meio das normas ambientais.

2.2 Condições e possibilidades dos desastres ambientais de Mariana e Brumadinho – MG serem julgados pelo Tribunal Penal Internacional

A jurisdição internacional no século XX não se fez marcar por uma visão puramente interestatal do contencioso internacional, visto que, a Corte Internacional de Presas Marítimas de 1907, previa o acesso à justiça internacional, tanto por parte dos Estados, como também, dos indivíduos, mas tal Corte não chegou a sair do papel, por falta de número suficientes de ratificações para que entrasse em vigor, contudo o ideal de superar tais paradigmas já estava na 2ª Conferência de Paz de Haia em 1907 (TRINDADE, 2013, p. 6). Como resultado destes esforços tem-se um desenvolvimento contínuo das cortes internacionais, conforme discorre Trindade (2013). A “a gradual realização do antigo ideal da justiça em nível internacional vem se revitalizando, nos últimos anos, com a alentadora operação dos múltiplos tribunais internacionais contemporâneos” (TRINDADE, 2013, p. 13).

Deste modo, com a finalidade de uma fidedigna operação da função jurisdicional internacional, os tribunais internacionais buscam a preservação da integridade das bases de sua jurisdição. “É este o complemento inelutável do direito de acesso à justiça. Para preservar a integridade de suas respectivas bases jurisdicionais, os tribunais internacionais contemporâneos contam, para isto, com faculdades inerentes, como mestres que são de sua própria jurisdição, sendo assim dotados da *compétence de la compétence / Kompetenz-Kompetenz*”. (TRINDADE, 2013, p. 15).

Com a criação do Estatuto de Roma em 1998, se inaugura uma nova etapa do direito pena internacional, pois, é proporcionado a oportunidade de as vítimas participarem no processo frente ao Tribunal Penal Internacional. Este atua como um complemento às jurisdições penais nacionais, visto que, é de competência interna dos Estados a investigação e o julgamento dos crimes listados no Estatuto de Roma, sendo o TPI acionado apenas em casos excepcionais.

É importante salientar que o Brasil é signatário do Tratado de Roma, estando submetido à jurisdição deste. Por consequência, as cidades de Brumadinho e Mariana por estarem dentro do território brasileiro, atraem a competência jurisdicional do TPI, cumprindo assim o requisito territorial previsto no art. 12 do Estatuto de Roma.

Já em relação a jurisdição em razão do tempo, o Estatuto adota o princípio da anterioridade, desta forma, o TPI tem competência para julgar crimes cometidos após a entrada em vigor do estatuto. Assim sendo, nos casos de Mariana – MG (com desastre que aconteceu em 2015) e Brumadinho – MG (ocorrido em 2019), cumprem o requisito temporal estipulado pelo art. 11 do Estatuto.

O que se coloca como questão é a possibilidade de tal corte receber o oferecimento de denúncia de crimes ambientais de grande vulto, como os crimes intitulados de Ecocídio, visto que, em seu Estatuto regulamentador não constam tais jurisdições para esse fim. Assim, resta a comprovação (ao longo deste trabalho) de que tais desastres, impactam de tal forma o meio ambiente, como também as vidas humanas que merecem ser configuradas como crime contra humanidade, preenchendo os requisitos da jurisdição do TPI quanto a matéria (art. 13 do decreto 4388/2002).

Daí surge a importância que a comunidade internacional tem para assuntos relacionados ao meio ambiente, visto que, por inúmeras vezes foi demonstrado que os Estados não podem isoladamente resolver os

problemas ambientais. Em muitos casos, as lesões ao meio ambiente são transnacionais impossibilitando as ações dos Estados numa possível intervenção, como por exemplo, na emissão de gases poluentes que produzem efeitos calamitosos na atmosfera, lagos, rios e mares; na devastação das florestas e preservação da biodiversidade.

Os desastres de Mariana e Brumadinho em Minas Gerais, causaram destruição de espécies tanto da fauna como da flora, morte de civis e trabalhadores das empresas que extraíam minério na localidade, como também contaminação de córregos e nascentes de água que serviam para o abastecimento de diversas cidades do entorno. Neste sentido,

Atos de dano ambiental como destruição de habitat ou do acesso a alimento ou a água potável (direitos fundamentais do indivíduo) em escala significativa, dentro de um determinado grupo de pessoas representa um ataque aos direitos humanos fundamentais, sendo assim, seria possível considerar ecocídio como um crime contra a humanidade, uma vez que seria uma infração aos direitos humanos. (FREELAND, 2005, p. 135).

Por mais que no artigo 7º do Estatuto de Roma não conste com clareza o meio ambiente, este tem profunda relação com os direitos humanos, conforme pode-se depreender do que lecionam Klee e Zambiasi “mesmo não havendo menção ao meio ambiente no artigo que trata sobre este crime no Estatuto de Roma, justifica-se esta vinculação através da conexão entre meio ambiente e os direitos humanos” (2018, p. 158). Assim, deve-se lembrar que a proteção ao meio ambiente não se restringe apenas ao tema ecológico, mas também aos direitos humanos, visto que estão intrinsicamente vinculados, exemplificando tem-se como exemplo, os derramamentos de petróleo em águas marinhas que destroem tanto a fauna como a flora, além de impactar nas vidas das populações que dependem da pesca para seu sustento.

Como já foi mencionado, a poluição da água e da atmosfera por tais catástrofes, tem uma escala transfronteiriça, visto que, a partir do instante que ocorre a poluição destes meios não há perspectiva para controlar o dano. Perfeitamente demonstrados pelos episódios de derramamento de rejeitos de minério provenientes do rompimento das barragens do Fundão (Mariana – MG) e do córrego do Feijão (Brumadinho – MG). Mesmo que os dois episódios configurem Ecocídio, e sejam um exemplo cristalino de violação aos direitos humanos, os responsáveis ainda não tiveram um veredito sobre suas responsabilizações.

Compete ainda analisar nos casos em tela que além dos danos ambientais, o artigo 7º do Estatuto de Roma tem como objetivo principal a proteção ao ser humano. Que ao analisar o caso a caso é claro o ato atentatório as vidas dos envolvidos, visto que, houve dezenas de mortos, centenas de desalojados e milhares de impactados pela poluição tanto do solo como da água de vasta faixa dos entornos dos desastres.

Cabe ressaltar que o gabinete do procurador do TPI, no documento nominado *Policy paper on the Interests of Justice (2016)*, informa que priorizará como critério de seleção para os casos que serão admitidos pela corte, aqueles que tiverem conexão com crimes ambientais. Documento este, que menciona fatores que integrariam a gravidade como: extensão dos danos causados as vítimas, número de vítimas e a natureza do crime. Ao final, informa sobre os impactos resultantes dos crimes:

The impact of the crimes may be assessed in light of, inter alia, the increased vulnerability of victims, the terror subsequently instilled, or the social, economic and environmental damage inflicted on the affected communities. In this context, the Office will give particular consideration to prosecuting Rome Statute crimes that are committed by means of, or that result in, inter

alia, the destruction of the environment, the illegal exploitation of natural resources or the illegal dispossession of land³. (TPI, 2007, p. 14).

Não se deve concluir que está ocorrendo a criação de um novo tipo penal perante o TPI, pois, os crimes a serem julgados continuam os mesmos do art. 5º do Decreto 4388/2002, apenas o foco da seleção que modificou, visto que, priorizará os conexos com a devastação do meio ambiente. Por mais que seja cedo para determinar o impacto causado pelo documento na atuação do TPI, pode-se vislumbrar uma dilatação na área de atuação no poder de investigação, deste modo, suscitando uma brecha para possíveis julgamentos de crimes ambientais como de Mariana e Brumadinho.

Outros exemplos podem ser indicados também quanto a possibilidade de julgamento de crimes contra o meio ambiente pelo Tribunal Penal Internacional, como o caso TEXACO-CHEVRON, empresa que executava extração de petróleo em circunscrições Equatorianas nos anos de 1960 - 1990, de forma desastrosa, causando danos à saúde da população além de irreparáveis impactos no meio ambiente. Fruto da má conduta da empresa, ocorreu o extermínio de dois grupos étnicos da fração Equatoriana da Amazônia, deslocamento forçados da população, contaminação das fontes de água e do solo, e câncer em parte dos que ali habitavam (BROGES, 2019).

A corte Equatoriana veio a condenar a empresa no sentido de reparar os danos ambientais, e remediar a poluição desenfreada, assim como os efeitos causados à saúde. Já quanto aos diretores executivos e corporativos da petrolífera, demandou-se o TPI para investigar e julgar tais atos

³ O impacto dos crimes pode ser avaliado à luz, inter alia, do aumento da vulnerabilidade das vítimas, do terror subsequentemente instilado ou dos danos sociais, econômicos e ambientais infligidos às comunidades afetadas. Neste contexto, o Escritório dará especial atenção à ação penal contra os crimes do Estatuto de Roma que sejam cometidos por meio de, ou que resultem, entre outros, na destruição do meio ambiente, na exploração ilegal de recursos naturais ou na expropriação ilegal de terras. Tradução nossa: (TPI, 2007, p.14).

praticados por eles, onde a corte vem a apontar como responsáveis por importantes decisões sobre o caso os diretores executivos e o presidente Jown Watson e seu atual vice-presidente, Hewitt Pate, como também, o ex-vice presidente da TEXACO, Ricardo Reis.

Mesmo com a alegação de que o Equador não era foro competente para processamento do caso, a ré foi condenada ao pagamento de 9,5 bilhões de dólares para promover a recuperação dos danos ambientais frente Amazonia. Ocorre que em manobra sorrateira a CHEVRON retira todos seus ativos do território Equatoriano, restando ao Equador apenas solicitar a ajuda de outros estados para execução da sentença. Mas, o desfecho final acabou sendo favorável a empresa, pois o TPI averiguou fraudes durante o processo, considerando a sentença sem aplicação (BORGES, 2019).

Diante de tantos crimes ambientais que transpassam as fronteiras de cada estado, Peres Esquivel em seu artigo “Poluidor na Corte Global” sustenta que a destruição do meio ambiente constitui um delito tão grave quanto os genocídios ou os assassinatos cometidos em contexto de guerra e por mandatários de regimes ditatoriais. Ainda, justifica tal posição argumentando que:

Nasce da questão “qual a diferença entre o assassinato de milhares de civis em um ataque no Afeganistão e a matança de milhares de pessoas por contaminação da água?”, ou “qual a diferença entre a fome causada pelos conflitos tribais na África e a fome causada pela destruição do solo e uso indevido da terra?”, tendo em vista os danos decorrentes das catástrofes ambientais ao planeta e às pessoas que o habitam, principalmente devidos à contaminação da água e do solo e a destruição da biodiversidade, acarretando doenças, pobreza e falta de comida. (ESQUIVEL, 2009, p. 21).

Deste modo, ao se cometer atos que se destinem a causarem danos com excessivo impacto ao meio ambiente e que afetem seriamente a vida

e o bem-estar de um grande grupo de pessoas, viabiliza um possível julgamento na Corte Internacional Penal, pois comportam uma equiparação a crimes contra humanidade. Muito pertinente salientar que tal dano precisará deveras ser grave ao ponto de chamar atenção do Procurador da Corte, como os crimes objeto deste trabalho, visto que, a comunidade mundial voltou os olhos para o Brasil ao saber que em um estreito lapso temporal, duas tragédias de mesmas características e com impactos devastadores, ocorreram por imprudência das mineradoras em todo processo de execução, como também pela negligência do estado na fiscalização de tais procedimentos.

Perante o que já foi exposto, torna-se cabível o oferecimento de denúncia perante a Corte Penal Internacional, em desfavor dos responsáveis pelos desastres de ocorridos nas cidades de Mariana e Brumadinho, estado de Minas Gerais, pois em ambos os acontecimentos resultaram em danos irreversíveis tanto em loco como aos territórios do seu entorno, visto que tratavam-se de barragens que serviam de recurso hídrico para várias populações, como também desaguavam em rios importantes da bacia Hidrográfica de mais de um estado como o Rio São Francisco que cobre Minas Gerais, Goiás, Distrito Federal, Bahia, Pernambuco, Sergipe e Alagoas; totalizando 505 municípios (CBHSF, [s.d.]).

Em 8 de Maio de 2019, o Brasil foi denunciado na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que segundo Kallás e Caetano (2020, p. 80), “por sua negligência na fiscalização da barragem de Brumadinho”, visto que, os denunciante alegam que o Estado proporciona vantagens para as mineradoras, com um afrouxamento no processo de licenciamento e fiscalização ambiental, por meio de desmantelamento dos órgãos e privatização dos serviços.

Quanto ao rompimento da barragem do córrego do Feijão, no município de Brumadinho já havia sido previsto como relata Kallás (2020, p. 80):

Ocorre que, ao contrário do esperado, o Brasil ignorou os alertas da ONU e dos especialistas ambientais. Ainda que considerando a clara existência de risco da barragem se romper, a instalação para os trabalhadores foi construída em um local evidentemente vulnerável vez que situada abaixo da barragem de rejeitos, em flagrante desrespeito dos direitos humanos dos trabalhadores e moradores da comunidade local.

Pode-se concluir que os flagrantes delitos contra a humanidade praticados nas catástrofes Brasileiras de Brumadinho e Mariana, pelo elevado número de vítimas que se demonstra, como também pela mortandade de animais e vegetação nativa ali existente, causadas pelo deslizamento de rejeito de minério e lama quando as barragens se romperam, cabendo sim, tais crimes serem julgados pela Corte Penal Internacional. Visto que, conforme texto do artigo 7, 1, K do Estatuto de Roma (2002) prevê condutas que servem como ferramenta para que isso aconteça, pois, o tipo penal enquadrado em tal artigo é amplo e permite que os crimes em questão possam ser amoldados como crime contra humanidade.

Conclusão

Desde o início do presente trabalho de pesquisa, necessitou-se evidenciar os terríveis cenários de desastres ambientais que assolam o planeta, para que posteriormente fossem demonstrados que tais desastres são considerados ecocídios. Assim, em seguida, reduziu-se a um ambiente mais restrito, referente apenas aos casos de Mariana e Brumadinho, ambas cidades do Estado de Minas Gerais, que conforme todas as características

apresentadas em suas ocorrências se enquadraram no parâmetro de um ecocídio.

Mas, ainda estava faltando estudar como o Tribunal Penal Internacional costumava se posicionar ao deparar-se com as catástrofes causadas por humanos ao meio ambiente. Como também, se de fato existia a possibilidade de atribuir a corte competência para julgar os responsáveis por todos esses danos, mais especificamente os referentes aos derramamentos de rejeitos de minério ocasionados no rompimento das Barragens do Fundão e córrego do Feijão (Minas Gerais).

Desta forma, a pesquisa teve como objetivo geral categorizar os desastres de Mariana e Brumadinho - MG como ecocídio, estudando a possibilidade desse ser caracterizado como crime contra humanidade e ser julgado pelo Tribunal Penal Internacional. Assim, a corte de forma subsidiária julgará os crimes ambientais nos casos em que não foram aplicadas as devidas sanções pelo Estado brasileiro que até então era competente para tal.

Chega-se à conclusão de que os objetivos foram cumpridos, pois o trabalho possibilitou a demonstração de que é possível um enquadramento de tais desastres de grande magnitude, em um dos crimes tipificados dentro do Estatuto de Roma. Assim sendo, nos casos de Mariana e Brumadinho, é inteiramente plausível serem considerados crimes contra humanidade, possibilitando que o TPI direcione seu julgamento a esses.

Na incumbência de concretizar esse objetivo, primeiramente foi necessário a demonstração para quais crimes a corte apresenta competência para julgar. Posteriormente discorreu-se sobre o histórico de como o TPI vem agindo em causas que envolvem crimes ambientais, como também, se tem intenção de melhorar sua performance frente a cobrança mundial por respostas para tais delitos.

Por fim, averiguou-se com a exposição de um caso concreto (TEXACO-CHEVRON), assim como pelo posicionamento do gabinete do procurador do Tribunal Penal Internacional, no documento *Policy Paper on Case Selectio and Prioritisation*, também por já ter sido solicitado em congressos e simpósios internacionais a inclusão de tais crimes no Estatuto de Roma, foi possível chegar ao epílogo de que crimes ambientais (mais específicos os que transpassam fronteiras e destroem fauna, flora, como também um número significativo de uma ou várias populações) podem ser oferecidos e posteriormente julgados pela Corte Penal Internacional. Desde que, seja comprovado que no âmbito interno dos países, não foi dado a devida atenção a estes crimes, ou seja, seus governantes e cortes se mantiveram inertes perante a destruição de bem de uso comum a todos e essencial a vida de dos seres humanos que é o meio ambiente.

Diante dos reflexos causados pelos desastres de mineração ocorridos em Minas Gerais nos anos de 2015 e 2019, como destruição de centenas de moradias (resultando em vários desabrigados), poluição da água e do solo de grande parte das localidades do entrono das barragens de rejeito, como também pela morte de civis e trabalhadores das empresas mineradoras, configura-se um desastre de grandes proporções e em âmbito transfronteiriço. Assim, resta comprovado que em ambos os desastres (Mariana e Brumadinho – MG), por meio de suas características estão enquadrados em ecocídio, com isso, atingindo diretamente os direitos humanos, podendo serem tratados como crime contra humanidade, diante disso, seus responsáveis que ainda não sofreram sanções em âmbito interno do Estado brasileiro, poderão ser julgados em âmbito internacional pelo TPI.

Referências

BORGES, L. **Caso Chevron-texaco: milhares de atingidos pelo maior crime ambiental já registrado seguem desassistidos**. Terra de Direitos, 2019. Disponível em: <http://terradedireitos.org.br/noticias/caso-chevrotexaco-milhares-de-atingidos-pelo-maior-crime-ambiental-ja-resgistrado-seguem-desassistidos/23077>. Acessado em: 01 de set 2021.

BORGES, O. F. ECOCÍDIO: Um crime ambiental internacional ou um crime internacional maquiado de verde? **RIDB**, vol. nº 7, p. 6457-6495, 2013. www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/07/2013_07_06457_06495.pdf . Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm Acesso em: 20 abr. 2021.

CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

CERVALHO, W. D. **Análise das Narrativas de Uma Catástrofe a partir do Direito dos Desastres: o Desastre de Brumadinho**. 24º CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO AMBIENTAL, 2019.

COMITÊ da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco (CBHSF). Disponível em: <https://cbhsaofrancisco.org.br/a-bacia/>. Acesso em 07 de set de 2021.

DAROS, L. F. **Justiça Ecológica e Crime Internacional: os limites e as possibilidades do Direito no combate ao ecocídio**. Florianópolis, Dissertação (Mestrado em Direito) – UFSC, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/190258/PDPC1380-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 de Set 2021.

DRAFT code of offences against the peace and security of mankind, 1954. Disponível em: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_3_1954.pdf. Acesso em: 02 de Set de 2021.

ERRADICAR ECOCIDE. Disponível em: <http://eradicatingecocide.com/the-law/history>. Acesso em: 03 set. 2021.

ESQUIVEL, P. A. **Poluidor na Corte Global.** In: Revista Veja (matéria da repórter Gabriela Carelli), Ed. 2140, Ano 42 – nº 47, 2009, p. 21.

FIOCRUZ. Nota técnica: **Avaliação dos impactos sobre a saúde do desastre da mineração da Vale** (Brumadinho, MG). Fev. 2019.

FREELAND, Steven. **Direitos humanos, meio ambiente e conflitos:** enfrentando os crimes ambientais. **Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos.** vol.2, nº.2, p. 118-145, 2005.

FUKUMOTO, T. A; YASUDA, S. Y. **The Great East Japan Earthquake Disaster and cardiovascular diseases.** Eur Heart J. 33:2796-2803, 2012.

IBAMA. **Laudo Técnico Preliminar Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão,** em Mariana – MG. Nov. 2015

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Office of the Prosecutor.** Policy Paper on Case Selection and Prioritisation, 15 set. 2016. Disponível em: [https:// www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng. pdf](https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf). Acesso em: 21 abr. 2021.

JACOBI, P. R.; CIBIM, J. A. **Necessária compreensão das Consequências Ampliadas de um Desastre.** Ambiente & Sociedade, vol. 18, nº 4, p. 1-5, 2015.

KALLÁS, F. C. A. **Tragédia de Brumadinho.** Reflexos acerca dos Impactos jurídicos (capítulo 5). Porto Alegre – RS: Editora FI, 2019.

KLEE, P. M. C; ZAMBIASI, V. W. **O julgamento de crimes ambientais pelo Tribunal Penal Internacional.** **Revista Direito e Liberdade,** Natal, V. 20, n. 1, p. 141-177, jan/abr 2018. Quadrimestral. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentação_e_divulgação/doc_biblioteca/bibli_serviços_produtos/

bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.20_n.01.07.pdf. Acesso em 14 de set. de 2021.

LEHMEN, A. **Julgamento de Crimes Ambientais pelo TPI é marco histórico no Direito Ambiental**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-16/julgamento-crimes-ambientais-tpi-marco-historico>. Acesso em: 20 abr 2021.

MAZZUOLI, V. de O. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MINAS GERAIS. Relatório: **Avaliação dos Efeitos e Desdobramentos do Rompimento da Barragem de Fundão em Mariana-MG. Belo Horizonte**: Força-Tarefa Decreto n. 46.892/15, 2016. p. 62.

MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. **Plano Nacional de Gestão de Riscos e Resposta a Desastres – PNGRD**: Diagnóstico 2012. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 66.

MULITERNO, T.; STOHRER, C. M.S. Dano Ambiental de Grande Proporção como Ecocídio e a Possibilidade de Punição pelo Tribunal Penal Internacional. **Ponto de Vista Jurídico** | Caçador | v.7 | nº 2 | p. 34 - 49 | jul./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/juridico/article/view/1498>. Acesso em: 23 abr. 2021.

O QUE é biodiversidade? Disponível em: https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/questoes_ambientais/biodiversidade/. Acessado em 23 de ago de 2021.

OLIVEIRA, A. A. **Responsabilidade Socioambiental e Sustentabilidade no ambiente empresarial – Do capital aos trabalhadores de Brumadinho/MG**. Porto Alegre, RS: Editora FI, 2020.

ONU. **Second report on the draft code of offences against the peace and security of mankind**, by Mr. Doudou Thiam, Special Rapporteur, Yearbook of the International Law Commission, 1984, vol. II (1), parágrafo 79. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_377.pdf. Acesso em: 01 de Set de 2021.

PERREIRA, J. B et.al. **Tragédia de Brumadinho**. Reflexos acerca dos Impactos jurídicos. Porto Alegre – RS: Editora FI, 2019.

ROCHA, Manoel Le Bezerra. **Crimes contra o meio ambiente estão acima da soberania do país**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-abr-10/crimes_meio_ambiente_acima_soberania. Acesso em: 21 abr. 2021.

SANTOS. R; MILANEZ. B. **Mineração, Violência e resistência – Um campo aberto à produção de conhecimento no Brasil**. Capítulo 3 – A construção do desastre e a ‘privatização’ da regulação mineral: reflexões a partir do caso do Vale do Rio Doce, pg. 112. Editora iGuana - ABA, 1º edição, 2017. Nova Marabá – PA.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Gabinete do Procurador. **Policy Paper on Case Selection and Prioritization**. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/items/Documents/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf. Acesso em: 25 abr. 2021.

TRINDADE, A. A. C. **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos**. Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília, 2013.

TYBUSCH, Francielle Benini Agne. **Vidas deslocadas**: O caso de Mariana-MG como modelo brasileiro para aplicação do Direito dos Desastres. Curitiba – PR: Editora Íthala, 2019.

XAVIER et al. **Eventos climáticos extremos e consequências sobre a saúde**: o desastre de 2008 em Santa Catarina segundo diferentes fontes de informação. **Ambiente & Sociedade**, vol. XVII, 2014.

ZHOURI. Et. al. **Mineração, Violência e resistência – Um campo aberto à produção de conhecimento no Brasil**. Capítulo 1 – O desastre no Rio Doce: entre as políticas de reparação e a gestão das afetações, pg. 112. Editora iGuana - ABA, 1º edição, 2017. Nova Marabá – PA.

Interesse público e remoção de servidor público: a redefinição conceitual do instituto a partir da aplicação do art. 36 da lei 8.112/90 ¹

Jaci Rene Costa Garcia ²

Introdução

A motivação da pesquisa tem na base uma inquietação que decorre empiricamente de atuações em processos que envolvem temas do Direito Administrativo, em especial e em muitas causas, decorrente da perplexidade ao defender direitos individuais frente ao Estado e, invariavelmente, ter a convicção de estar defendendo também o interesse público. Porém, paradoxalmente, o Estado produz tese contrária em nome do interesse público. O desconforto ora relatado parece algo corriqueiro no âmbito dos Tribunais, tendo sido cômodo – por uma grande maioria – dizer que se trata de um conceito jurídico indeterminado e que haveria discricionariedade ampla na construção de sentidos, prestando-se o presente trabalho a ver o que a dogmática comumente traz a respeito e qual seria a contribuição da hermenêutica filosófica à compreensão do instituto.

O interesse público na dogmática tem se constituído quase como um correlato do Estado, numa espécie de entificação do instituto no Estado, legitimando os atos dos agentes públicos pelo fato de personificarem o

¹ Pesquisa relacionada ao Grupo de pesquisa Teoria Jurídica no novo milênio, Linha de pesquisa Direito Constitucional, gestão de pessoas e processos. O trabalho contou com a colaboração do Professor Dr. Cristiano Becker Isaia e do Professor Dr. João Hélio Ferreira Pes, aos quais agradeço a leitura atenta e as importantes contribuições visando a continuidade da pesquisa.

² Doutor em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-Doutor em Filosofia - UNISINOS. Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Franciscana - UFN. E-mail: garcia@ufn.edu.br

Estado e, por decorrência lógica, seus atos estarem imantados pelo “interesse público”. Um pouco mais sofisticada, tem-se a teoria que traz uma divisão do interesse público em primário e secundário, demonstrando que o interesse público secundário é problemático, porém salvando o interesse público no conceito de “interesse público primário”.

Vale referir que, no que tange aos Autores do Direito Administrativo eleitos para a conformação do conceito no presente trabalho, a escolha foi pautada levando em consideração a repercussão das obras na academia, especialmente na graduação, dispensando-se outros em razão de que os autores referidos já permitiriam a configuração do problema de pesquisa acrescido ao limite inerente a um artigo científico.

Delimitando-se a pesquisa, o que vai se investigar não é se o interesse público deve ser sopesado com algum outro princípio ou com os direitos fundamentais ou se devem comportar divisões, o objetivo é verificar se a hermenêutica permite uma nova compreensão do instituto e qual a postura do intérprete a partir dessa perspectiva. Para aprofundar o exame, são aproximados Gadamer e Dworkin, elegendo tais teorias como matrizes a permitir a proposta de análise hermenêutica à questão no trato da resposta à pergunta: que é, afinal, interesse público?

A resposta a essa questão envolve a interpretação em direito e a determinação do conceito que, invariavelmente, necessita de uma abordagem que leve em consideração o contexto da aplicação, exame que será aprofundado na perspectiva da investigação proposta.

A pesquisa ganha em relevância quando se vive num cenário/momento em que há uma discussão importante sobre os limites interpretativos, especialmente pela constatação de que as normas e os conceitos normativos são geradores de um indeterminismo em duplo sentido: indeterminismo que afeta a capacidade de predição, ou seja, talvez não seja possível prever a realidade em que o fenômeno jurídico se situa;

indeterminismo ontológico/metafísico, no momento em que percebemos o alto grau de indeterminação da realidade, sendo impossível normatizar previamente (predizer) todas as situações que se apresentam.

Nesse cenário, a investigação desde a hermenêutica pode apontar algumas saídas em termos de construção de respostas, projetando-se que a abertura da linguagem em conceitos altamente indeterminados pode ser solvida a partir de uma reflexão capaz de perceber e ler o contexto, compreendendo que a resposta deve estar situada numa dada realidade.

1 A questão do interesse público na dogmática

Sem pretensão de exaustão, alguns conceitos de autores tradicionalmente reconhecidos no âmbito do Direito Administrativo serão objeto de análise, com fito de verificar como tem se formado o pensamento nacional sobre a questão.

A aproximação da vontade do Estado e do agente público tem sido tratada pela doutrina como uma unidade, a ponto de se afirmar coisas do tipo “o que o agente público quis é o que quis o Estado” (GASPARINI, p. 50), formando no imaginário coletivo uma identidade que pode ajudar na legitimação dos mais variados atos praticados na gestão da coisa pública.

Embora se encontre uma centralidade em relação a importância do instituto junto aos administrativistas, ao investigar o interesse público são encontradas expressões tais como “é o que se refere a toda a sociedade” (GASPARINI, p. 15), procurando, ainda, com exemplos explicitar o conceito. Di Pietro quando trata do “princípio da supremacia do interesse público” (DI PIETRO, p. 63-66), esquia-se de trazer um conceito e traz considerações mais gerais relacionando o princípio com a finalidade

pública e remetendo a referência legal³ do art. 2º, II, da Lei 9.784/99, inferindo a partir da Lei que é irrenunciável o interesse público.

O que se pretende demonstrar é que todas as tentativas de atribuir sentido ao texto fora de um determinado contexto fático esbarram numa redundância e nada acrescentam, como a que aparece em Hely quando diz, que o Direito Administrativo está assentado na “supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais” (MEIRELLES, p. 49) e, novamente, vale citar Gasparini conceituando interesse público como “o interesse do todo social, da comunidade considerada por inteiro”. (GASPARINI, P. 15)

Diante desse quadro, ainda em termos de doutrina nacional, é possível identificar uma tentativa de aproximação do Estado enquanto entidade dos membros da sociedade, nas palavras

“Embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a um dado interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais. É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado).” (MELLO, p. 56)

Numa ilustração, a proposta de Mello se assemelha a um engavetamento no trânsito que é altamente problemático e ele salva na figura do Estado, como se fosse possível, a supressão dos seres num

³ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. [...]

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei.

ser maior apagando às individualidades e, ainda, como se a soma dos interesses particulares tivesse como resultante o interesse público. Em termos de conceituação, constata-se em Mello uma tentativa de sair da abstração conceitual para aterrissar na sociedade, costurando o conceito de interesse público na proposta de harmonização entre os interesses de cada um dos membros da sociedade e do Estado, constatando, ainda, a entificação da sociedade pelo Estado. Acaba, ao final, caindo do seu próprio voo ao retornar a um conceito ainda mais abstrato que o de interesse público.

Em Marçal Justen Filho já se encontra uma posição que se afasta da dogmática tradicional dos autores antes referidos, obviamente porque se dá conta que o instrumental teórico utilizado pelo Direito Administrativo é herança tardia do século XIX, um aparato modelado nas concepções napoleônicas estando a exigir, na contemporaneidade, uma adequação das fórmulas “discrecionabilidade administrativa”, “conveniência e oportunidade” e “interesse público” à dimensão constitucional e democrática do Estado, sob pena de se inviabilizar o próprio controle da atividade administrativa. (JUSTEN FILHO, p. 13-14) Quando trata especificamente do interesse público, o Autor traz algumas questões importantes ao estudo: (i) o interesse público não se confunde com o interesse do Estado ou com o interesse do aparato administrativo ou com o interesse do agente público; (ii) o interesse público existe antes do Estado que é o instrumento de realização daquele; (iii) recoloca o interesse público como resultado e não como pressuposto da decisão. (JUSTEN FILHO, p. 36-46)

Com o afastamento das concepções derivadas do positivismo exegético do século XIX, as posições de Justen Filho, na dogmática brasileira, servem de porta de entrada ao aprofundamento da discussão sobre tema tão caro ao Direito Administrativo, deixando antever o Autor

que o interesse público (i) não pode ser entificado na figura do Estado, (ii) que possui uma existência anterior e (iii) que é algo que se apresenta ao final do processo de interpretação, dando azo a pesquisa que visa, ao fim e ao cabo, a reconstrução de sentido do conceito.

2. Uma exceção legal ao interesse público: em que medida um interesse particular relevante também é público?

A remoção do servidor público é um caso paradigmático e que merece a referência. Com a promulgação da Lei nº 9.527, de 10/12/1997, deu-se nova redação ao art. 36 da Lei 8.112/90, prevendo especificamente três situações de remoção de servidor público, quais sejam: (a) remoção de ofício, no interesse da administração; (b) remoção a pedido, a critério da administração; (c) remoção a pedido, independentemente do interesse da administração.

O texto da Lei 8.112/90 traz:

“Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

I - de ofício, no interesse da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

II - a pedido, a critério da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração: (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional,

condicionada à comprovação por junta médica oficial; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)”

A remoção denominada “a pedido, independentemente do interesse da Administração” ficou reservada para três situações: (a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público, que foi deslocado no interesse da Administração; (b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou seu dependente, condicionada à comprovação por junta médica oficial; (c) em virtude de processo seletivo.

Importante ressaltar que o que atualmente se denomina de “remoção a pedido, independentemente do interesse da Administração”, dá-se na verdade no interesse público, mas sem que a Administração Pública possa manifestar eventual discordância. O objetivo da norma, ao utilizar a terminologia “independentemente do interesse da Administração”, foi simplesmente definir que nesta situação o interesse público já estaria ontologicamente dado, cabendo ao Administrador Público colher o interesse público, isto é, compreender a situação fática e interpretar o conceito à luz dos fatos empiricamente verificáveis.

Este critério fica patente quando analisadas a primeira e a terceira situação previstas na lei, quais sejam, a remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público, que foi deslocado no interesse da Administração e a remoção em virtude de processo seletivo. Em ambas as situações se encontram patente o interesse público, na primeira situação de remoção, tem-se que esta se dará para que o servidor possa acompanhar seu cônjuge ou companheiro (também servidor) que tenha sido deslocado no interesse da Administração, na terceira também se faz

patente o interesse público quando se assegura a remoção em virtude de aprovação em processo seletivo interno (promoção ou concurso interno), sendo claro que processo seletivo interno somente ocorre no interesse da Administração.

A mesma situação de existência de interesse público (e com maior ênfase) se verifica em relação à segunda situação de remoção, qual seja, por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou seu dependente, condicionada à comprovação por junta médica oficial, isto porque a Constituição Federal de 1988, em seu art. 196, transcrito abaixo, estabelece o interesse público na garantia de saúde, ao defini-la como um direito de todos e um dever do Estado.

Cita-se a Constituição:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

E nem poderia ser de forma diversa, isto porque uma norma deve sempre ser interpretada dentro do seu contexto, e o contexto da “remoção a pedido, independentemente do interesse da Administração” evidencia claramente que se trata efetivamente de situações nas quais se encontra patente o interesse público, e em patamar tal que não é cabível à Administração Pública opor qualquer obstáculo.

O próprio fato de a Lei estabelecer que a Administração Pública não poderá opor qualquer fator impeditivo para a ocorrência de remoção nestas situações evidencia, por si mesmo, o interesse público que justifica a ocorrência destas remoções.

Portanto, muito embora a primeira e superficial leitura seja no sentido de que, por se tratar de remoção “a pedido”, esta se daria por

vontade do servidor, uma segunda análise evidencia de forma translúcida que o contrário, isto porque não há efetivamente manifestação de vontade, no sentido de escolha entre alternativas, mas simplesmente necessidade, tal como ocorre na remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro, na remoção em virtude de promoção e na remoção por motivo de saúde do servidor ou de cônjuge, companheiro ou pessoa de sua família.

Por conseguinte, quando a lei, neste caso, fala em remoção a pedido, ela efetivamente dispõe que esta remoção depende tão somente de o servidor evidenciar a sua necessidade, já previamente dada na lei sendo, em linhas gerais, interesse público primário contra interesse público secundário cristalizado em texto normativo.

2 Da transição de um modelo interpretativo conceitual para um modelo hermenêutico: algumas questões teóricas com implicações na aplicação do direito

A metáfora da toupeira em Hegel e Marx produz como sentido a obstinação na construção de um caminho, a toupeira como um trabalhador subterrâneo que possibilita que algo aconteça. Stein (2001) irá dizer que na modernidade, tanto em Hegel quanto em Marx, a toupeira (razão) era um coletivo e que na pós-modernidade cada filósofo é a toupeira (Stein, 2001, p. 12), referindo-se, por certo, que não há mais espaço para uma metafísica produtora de respostas universais e necessárias e que a filosofia, na contemporaneidade, se faz ao filosofar e ao construir o próprio caminho.

Numa transposição para o direito, parece lícito inferir que o sentido atribuído pela dogmática ao interesse público se identifica com a crença na possibilidade de se encontrar um consenso semântico, esquecendo-se que a entificação (como postula Mello, por exemplo), típico de um pensamento

metafísico⁴ (filosoficamente falando), afasta-se do construtivismo inerente a produção de sentidos e que é dependente dos contextos (faticidade) e da tradição (historicidade).

Agora a pergunta se redefine: como a toupeira atribui sentidos na atualidade e qual o sentido correto a ser atribuído ao “interesse público”? Por certo, responder a tais questões exige uma reflexão orientada por Heidegger, Gadamer e Dworkin, rompendo com a filosofia da consciência e procurando encontrar uma resposta ontológica, desentificando⁵ o conceito que, como demonstrado, a dogmática brasileira tende a unir ao Estado e, dentre situações de iniquidades engendradas, ainda legitima a desigualdade jurídica entre o estado e o indivíduo (um dos postulados do Direito Administrativo).

Num momento inicial da investigação é possível dizer que o interesse público só pode ser compreendido diante do caso. E o que é o caso? Caso é o que cai, não é algo abstrato que pode sustentar o caso, como a representação do mundo das ideias em Platão sustentaria o mundo real. Stein com Wittgenstein irá dizer: “Mundo é tudo que é o caso. (Wittgenstein – Tractatus). Caso é Fall em alemão. Fall é o que cai. Caso vem de declinação. Caso é cair.” (Stein, 2008) Para se chegar ao sentido de “interesse público” este deve cair, deve se tornar fato, dito de outra forma, diante do caso concreto é que o intérprete haverá de atribuir sentido ao interesse público, este que pode constituir num universo não descritível (aprioristicamente) de sentidos, em razão do ilimitado número

⁴ Na perspectiva filosófica, as concepções derivadas de um positivismo, inclusive o exegético como um positivismo primevo, são produtos da metafísica moderna (Descartes, Kant, Fichte); em sentido oposto, a hermenêutica filosófica se contrapõe como uma ontologia possibilitadora de uma construção de sentido verdadeira, desvelando o horizonte do ser no mundo (Husserl, Heidegger, Gadamer).

⁵ Quer se dizer que se está devolvendo ao ente a sua entidade que é o ser (recordando a tradição hermenêutica desde Heidegger, na postulação de que a entidade do ente é o ser).

de casos, o que não significa, em nenhuma hipótese, discricionariedade no ato de compreensão.

O que se tem tradicionalmente é uma assujeição ao dado, um sujeito (intérprete) que recolhe o que caiu e que exerce um domínio da realidade, dizendo o que é interesse público e formatando o dado a partir de um conceito/forma previamente construído. Ocorre que a realidade escapa da apreensão pelo conceito e, por estar presa no tempo não admite a atemporalidade do conceito sacralizado, ou seja, a realidade chama o conceito para se reconstruir e produzir sentido na impureza do mundo tal qual se apresenta e se esconde. Não há espaço para a segurança prometida pela metafísica, mas há espaço para produção de respostas corretas e adequadas a partir da relação simétrica entre o sujeito e o “caso” que se expressa na linguagem.

A tentativa da hermenêutica filosófica é a de encontrar o ser⁶ que antecede o logos, numa redução simplista, é a busca de uma ontologia que antecederia a própria metafísica, sendo o embate mais significativo o existencialismo heideggeriano *versus* o racionalismo kantiano (especialmente a primeira crítica – KrV). As notas no direito podem ser representadas pelo positivismo e suas concepções entificadoras (exemplificadas na pesquisa com Helly, Gasparini e Di Pietro) e uma concepção ontologizada (exemplificada com Justen Filho), necessitando, a última, de um aprofundamento que se pretende com a pesquisa.

A questão da viragem ontológico-lingüística irá aparecer em Streck, em esclarecedora nota de rodapé nº 96, onde assinala que o problema da significação das palavras não se resolve sem a consideração dos diversos

⁶ Gadamer ao tratar do ser em Heidegger irá demonstra a essencialidade do tempo na construção do sentido do ser: “O que significa o ser deverá ser determinado a partir do horizonte do tempo. A estrutura da temporalidade aparece assim como a determinação ontológica da subjetividade. Mas ela era mais que isso. A tese de Heidegger era: o próprio ser é tempo. Com isso se desfaz todo o subjetivismo da filosofia moderna e até mesmo, como logo se verá, todo horizonte das questões da metafísica que compreende o ser como o presente (Anweswnde)”. (GADAMER, p. 345)

contextos de uso. (STRECK, 2011, p. 73) Compreender exige um reconhecimento dos mais variados signos, dos contextos informadores, de estar no mundo, advertência que no último Wittgenstein – cirurgicamente – pode ser sintetizada pelo final do § 198 das Investigações Filosóficas: “[...] das sich Einer nur insofern nach einem Wegweiser richtet, als es einen ständigen Gebrauch, eine Geplogenheit, gibt.” “[...] alguém só se orienta por uma placa de orientação na medida em que houver um uso contínuo, um costume.” A referência se presta para demonstrar como Wittgenstein, na maturidade, relaciona a compreensão com a externalidade, com o mundo, afastando-se do apriorismo de um conhecimento *antes* do conhecimento⁷ e recolocando o ser no mundo através da linguagem.

Válido inferir que a tradição, umbilicalmente ligada ao tempo e ao ser no mundo, passa a ser condição de possibilidade da compreensão, esta descrita por Gadamer (a partir de Heidegger) como

“[...] a forma originária da realização da pre-sença, que é ser no mundo. Antes de toda a diferenciação da compreensão nas diversas direções do interesse pragmático ou teórico, a compreensão é o modo de ser da pre-sença, na medida em que é poder-ser e ‘possibilidade’” (GADAMER, vol. I, p. 347)

O círculo hermenêutico se completa, pois a compreensão exige a linguagem que, por sua vez, possibilita a existência, sendo apropriada a citação de Heidegger por Streck quando diz: “não falamos sobre aquilo que vemos, mas sim o contrário; vemos o que se fala sobre as coisas” (STRECK, 2011, p. 255), demonstrando a codependência entre ser, linguagem e mundo.

⁷ Habermas faz dura crítica ao transcendentalismo Kantiano em Conferência realizada em Stuttgart (1981), apontando que o papel da filosofia ao produzir um conhecimento a priori – conhecimento antes do conhecimento – superou as suas forças (papel de juiz e indicador de lugar das ciências), postulando um papel mais moderado (de intérprete e guardador de lugar das racionalidades). (HABERMAS, 2003, p. 17-35).

Dar-se conta que “estamos” e “somos” no mundo pela linguagem, também abre a questão de que possuímos juízos prévios (preconceitos) que, em tese, poderiam falsificar o mundo. Esclarecedora a posição de Gadamer acerca dos problemas inerentes aos preconceitos, demonstrando que os aspectos negativos aplicados seguem uma herança do iluminismo (Aufklärung), defendendo que os preconceitos não possuem uma carga negativa, apenas indicam ao intérprete o cuidado que se deve ter no processo de compreensão, ou seja, quem quer compreender necessita deixar que o texto ou os mais variados símbolos lhe digam alguma coisa⁸. (GADAMER, p. 354-378)

Nessa perspectiva o trabalho irá demonstrar que o método causal explicativo não dá conta da complexidade do conceito de interesse público, uma vez que estaria no plano ôntico (da verdade aparente) e não desvelaria o sentido ontológico do conceito⁹.

Nesse sentido a teoria do direito na atualidade que merece uma breve análise na conjuntura do trabalho é a tese da resposta correta de Dworkin a qual, nos debates travados com o positivismo e o pragmatismo, teria encontrado uma via que sublinha aspectos ligados à tradição e auxilia no resgate ontológico dos conceitos, saindo da superficialidade da verdade ôntica para uma busca de aprofundamento e imersão no mundo da vida.

⁸ A citação de Kant deixa claro o aspecto negativo atribuído: “Preconceitos são juízos provisórios tomados como proposições fundamentais, princípios (Grundsätze). A causa desse engano está no fato de que fundamentos subjetivos são tomados como objetivos (equivoco quanto aos graus do assentimento) por falta de reflexão, porque não devemos julgar sem comparar um conhecimento com a faculdade do conhecimento da qual deve se originar. A ausência de reflexão permite a faculdade de julgar a partir de preconceitos, originados principalmente da imitação (Nachahmung), do hábito (Gewohnheit) e da inclinação (Neigung).” (Kant, 2003, p. 152-154)

⁹ O ontológico é o verdadeiro profundo por desocultar, o fenômeno oculto sobre as aparências que o ser pode trazer à pre-sença. Para um aprofundamento, outras considerações sobre as objetivações ônticas realizadas dos conceitos e seu exemplo no direito podem ser encontradas em Verdade e Consenso. (STRECK, 2012, 302-326)

3 O direito como integridade em dworkin

Partindo do pressuposto teórico de que direito e deveres foram criados pela comunidade personificada, Dworkin irá deduzir que a integridade expressa uma concepção coerente de justiça e equidade, dizendo que o direito como integridade é “mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo” (DWORKIN, 2007, p. 272), afastando-se desses dois modelos por entender que um encontra a lei (uma espécie de exegetismo – a lei é a lei) e o outro inventa a lei.

Com a finalidade de aprofundar o exame, Dworkin supõe que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que, em sequência, o primeiro escreve o capítulo de abertura de um romance, depois manda para o próximo, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro inteiramente diverso e, depois, envia os dois capítulos para o seguinte, e assim por diante. Irá dizer que cada romancista, com exceção do primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. (DWORKIN, 2000, p. 236-237)

No Império do Direito (2007, 281) ao analisar o romance¹⁰, percebe-se que há uma relativa liberdade de criação ao comparar a tarefa daqueles que escrevem o romance a partir do segundo capítulo com uma atividade mais mecânica, como a tradução direta de um texto em língua estrangeira. Mas existem limites ao compará-la a uma tarefa relativamente menos

¹⁰ Dworkin nos demonstra a força da tradição, quando imagina um grupo de romancistas que escreve um romance em série e a dificuldade interpretativa quando se sucedem os romancistas na feitura dos capítulos do romance, apontando que “a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de se decidir um caso difícil de direito como integridade”. (DWORKIN, 2007, p. 276)

dirigida, como começar a escrever um romance. Com isso pretende situar a interpretação jurídica nesse *medium*, como uma atividade na qual: há espaço para criação, por não se encontrar completamente determinada; porém, não uma liberdade que implique uma criação originária do direito.

A fim de marcar a posição dworkiniana vale referir um momento que a situação interativa aponta para a necessidade de uma interpretação, indo além do simplesmente “seguir a regra”, também vale lembrar a história fictícia criada por Dworkin (2007, 56-59) sobre uma comunidade cujos membros seguem um conjunto de regras, que chamam de "regras de cortesia", usando-as em certo número de situações sociais, exemplificando com o fato de que a regra da cortesia exige que os camponeses tirem o chapéu diante dos nobres.

Seguindo no exemplo, narra Dworkin que por algum tempo ninguém questionou, mas lentamente os membros desenvolvem uma complexa atitude "interpretativa" com relação às regras de cortesia, uma atitude que continha dois componentes: [i] o pressuposto de que a prática da cortesia não apenas existe, mas tem um valor, serve a algum interesse ou propósito, ou reforça algum princípio - em resumo, tem alguma finalidade - que pode ser afirmado, independentemente da mera descrição das regras que constituem a prática, ou seja, há uma determinante verdade que não é apenas literal ou puramente descritiva própria dos juízos s; [ii] o pressuposto adicional de que as exigências da cortesia - o comportamento que ela evoca ou os juízos que ela autoriza - não são, necessária ou exclusivamente, aquilo que sempre se imaginou que fossem, mas, ao contrário, são suscetíveis a sua finalidade, de tal modo que as regras estritas devem ser compreendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas segundo essa finalidade.

Irá dizer Dworkin que quando essa atitude interpretativa passa a vigorar, a instituição da cortesia deixa de ser mecânica, passando as

peças a atribuir um significado à instituição “cortesia”, bem como reestruturá-la à luz desse significado.

Pertinente referir que Dworkin sustenta que a objetividade não depende de um pressuposto metafísico popularizado pelos realistas morais, afirmando que os realistas morais pensam que uma proposição só pode ser verdadeira se, além das razões substantivas que sustentam a proposição, ela também estiver fundamentada em algum tipo de realidade que extrapole essas razões. Numa linguagem clara, Dworkin está refutando a instância contrafática como critério de validação da objetividade, inferindo que há um erro na perspectiva metafísica, ou seja, as razões substantivas serão suficientes desde que sejam suficientemente sistematizadas e mútua e reciprocamente examinadas.

Aproximando Dworkin do modelo brasileiro, a justificativa deve densificar a aplicação das regras aos casos concretos, ou seja, a integridade exige que o intérprete elabore em cada caso de aplicação de uma lei “alguma justificativa que se ajuste a essa lei e a penetre, e que seja, se possível, coerente com a legislação em vigor (DWORKIN, 2007, p. 405), combinando princípios e políticas no processo de integração do direito.

Como se dá a densificação de um conceito jurídico indeterminado como o de interesse público? Por certo, trazer à baila um caso defendido pelo articulista pode ser esclarecedor e permitir a aplicação de um modelo interpretativo ontológico¹¹.

Por certo, uma teoria deontológica (com sua onticidade), mesmo na versão mais sofisticada como o positivismo moderado de Hart, ao reconhecer a “zona de penumbra”, deixa ao arbítrio do intérprete a solução

¹¹ No presente artigo não se pretende explicitar as diferenças do modelo ontológico de Dworkin e de Gadamer, registrando-se que em trabalho anterior havia demonstrado a proximidade de Dworkin com a Teoria da Justiça de Rawls e a releitura da original position, encontrando na base da teoria de Rawls uma teoria profunda de direitos (DWORKIN, 2010, p. 235-282). Nesse sentido, existem diferenças em termos de ontologia não examinadas no presente trabalho e que, na espécie, não comprometem a análise do tematizado pelo artigo.

"[...] em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto ". (2001, p. 335)

Nesses casos, entenda-se também na hipótese do trabalho, Hart alerta que ao criar o direito, através da discricionariedade, o juiz deve sempre seguir “certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores” (Hart, 2001, p. 336), portando-se como alguém que se deixa levar por suas pré- compreensões.

Trazer Hart no atual momento tem o desiderato de demonstrar que as teorias positivistas não ajudam, ao contrário, no âmbito do direito administrativo apenas serviriam para manter interpretações do tipo GASPARINI- DI PIETRO - MEIRELLES, não permitindo as possibilidades de atribuição de sentido a partir da faticidade.

Um exemplo irá elucidar a questão. Hércules¹² é militar federal e foi aprovado em concurso público, realizou curso de formação de dois anos e já serviu por um período de oito anos na Força Aérea Brasileira. Como os militares federais (praças) adquirem a estabilidade aos dez anos, recentemente, ao requerer o seu último engajamento por dois anos para adquirir a estabilidade teve o seu pedido indeferido e foi excluído do serviço ativo. Vale ressaltar que atendia todos os requisitos para a continuidade no serviço público (conceito, parecer favorável, existência da vaga), inclusive no mesmo ano da sua exclusão havia edital de concurso aberto para vagas da especialidade que possuía, demonstrando-se que não

¹² Ao utilizar o nome Hércules rendo homenagens a Dworkin e investigo a possibilidade de entregar uma resposta correta em termos de atribuição de sentido ao instituto “interesse público”.

se tratava de cargo em extinção. Ora, entendendo-se que interesse público é idêntico ao interesse do Estado ou o interesse do aparato administrativo ou o interesse manifesto pelo agente público, necessariamente há que se concluir que a decisão administrativa é discricionária e não há nenhum remédio jurídico a socorrer Hércules.

No presente caso, entende-se de forma diferente. Não há ato administrativo discricionário puro, sempre havendo alguma espécie de vinculação ao Direito e a padrões de moralidade compartilhados. Na espécie, onticamente a resposta pode ser a melhor desde que se entenda que não há interesse público que resta evidente quando o agente público não defere o pedido de prorrogação do tempo de serviço para alcançar a estabilidade no serviço público. A questão da busca da verdade na investigação ontológica é que desvela o que está encoberto pelo aparente atendimento ao interesse público.

Como já postulado, o interesse público não pode ser entificado na figura do Estado, é um ser que possui uma existência anterior e é algo que se apresenta ao final do processo de interpretação, exigindo, no caso de Hércules ter ou não o direito à prorrogação de seu vínculo, um aprofundamento do exame do caso para verificar se: (i) houve uma aprovação em concurso público, (ii) houve um custo para o Estado na formação profissional de Hércules (dois anos na Escola da Aeronáutica), (iii) não se trata de cargo em extinção, (iv) não há problema de conceito moral ou conceito profissional.

Em sendo afirmativa as respostas às questões formuladas, a análise mais criteriosa acaba por desnudar a verdade e atribuir novo sentido ao conceito de interesse público, trazendo à lume uma verdade ontológica que se contrapõe a verdade onticamente produzida. Nessa senda, não só a hermenêutica filosófica é produtiva e coerente como a tese da integridade

de Dworkin que postula a busca de uma resposta correta e se opõe, de forma contundente, ao modelo discricionário de herança positivista.

Conclusão

O conceito de interesse público na dogmática comumente se apresenta como algo inerente ao Estado, numa espécie de roupagem que já se tornou uma segunda pele dificultando a percepção de que o interesse público é algo destacado do Estado, embora seja essencial a sua presença nas relações estabelecidas entre Estado, sociedade e administrado.

Para os positivistas que não creem num interesse público destacado do Estado, a própria lei se encarrega de demonstrar que a cisão é possível em situações específicas, como nos casos de remoção a pedido, independentemente do interesse da administração, por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou seu dependente, desde que preenchidos os demais requisitos do art. 36 da Lei 8.112/90.

Assim, se é possível o destaque pela lei, por óbvio que não há relação de pertencimento do interesse público com o Estado, sendo que este deve respeitar o interesse público nas suas relações com a sociedade e os administrados, estando os intérpretes autorizados a – hermeneuticamente – identificar o atendimento (ou não) do interesse público nos atos praticados pelos agentes públicos representando o Estado.

A densificação de um conceito jurídico indeterminado como o de interesse público só pode ser dada no caso, submetida aos contornos da faticidade e da historicidade que permitem a produção de sentido coerente com a concepção de integridade de Dworkin e/ou desvelamento de Gadamer, as quais somente são susceptíveis de acontecer no momento da compreensão contextualizada de um conceito, como na situação apresentada.

Por fim, a pesquisa aponta que a resposta à pergunta sobre o conceito de interesse público não pode ser dada a priori. Em nenhuma hipótese se estabelece como um conhecimento a ser dedutivamente aplicado a partir de um processo de subsunção; ao contrário, nas relações em que o Estado é parte, o interesse público deve ser buscado e compreendido no mundo e, através da linguagem, abre-se a possibilidade de justificação, sendo passível de apreensão por todos e de validação intersubjetiva.

Referências

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. **Uma questão de princípio**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 12 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- KANT, Immanuel. **Manual dos Cursos de Lógica Geral**. Tradução Fausto Castilho. 2 ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

STEIN, Ernildo. **Racionalidade e Existência**. 2 ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

_____. **Epistemologia e Crítica da Modernidade**. 3 ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations [Investigações Filosóficas]**. Bilingue Alemão/Inglês. G.E.M. Anscombe & Rush Rhees (eds.). Trad. G.E.M. Anscombe. Oxford: Blackwell, 2000.

Elementos da historicidade do direito de propriedade sobre a água: ameaças a um bem comum

João Hélio Ferreira Pes¹

1. Introdução

O reconhecimento da água como um bem ambiental de fundamental importância é o que justifica a tutela do direito para assegurar às atuais e às futuras gerações a garantia de acesso a esse bem imprescindível para a manutenção da vida e, para tanto, é necessário que a água seja tratada como um bem comum.

A ‘água’ é considerada no ordenamento jurídico brasileiro um bem de domínio público. Por ser um bem ambiental de uso comum de todos deve ser tratado como um bem difuso, cuja titularidade é transindividual e que não admita mais o exercício do direito de propriedade.

A partir da Constituição brasileira de 1988, com a vigência das normas que determinaram a dominialidade pública das águas e da definição da água e dos demais bens da natureza como bens ambientais, ocorreu a superação da legislação que previa, na classificação das águas, a espécie águas particulares. Essa mudança é significativa em relação à propriedade sobre os recursos hídricos fazendo com que ficasse nítida a opção do sistema jurídico brasileiro pela dominialidade pública dos recursos hídricos. Inegavelmente, isso reforça a interpretação de que a água deve ser tratada como um bem ambiental não passível de

¹ Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; Pós-Doutorando com estágio no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, SC, Brasil; Professor do Curso de Direito da Universidade Franciscana, Santa Maria, RS, Brasil; E-mail: joaoheliopes@gmail.com.

apropriação por particulares. Além disso, o Estado deve figurar apenas como um dos gestores desses recursos, numa gestão compartilhada, como já está previsto na legislação brasileira sobre a gestão das bacias hidrográficas pelos comitês de bacias, considerando que a 'água' é um bem ambiental de uso comum de todos.

O objetivo central do presente trabalho consiste em verificar a evolução histórica do direito de propriedade sobre a água e do direito de propriedade das águas no ordenamento jurídico brasileiro para analisar a possibilidade de reconhecer a inapropriabilidade da água a partir da interpretação de normas constitucionais e de legislação infraconstitucional e, ainda, analisar as recorrentes ameaças de apropriação de um bem comum.

A metodologia utilizada no tocante a abordagem é a dedutiva, considerando a problemática enfrentada de efetuar análise a partir do ordenamento jurídico brasileiro sobre a impossibilidade da apropriação privada das águas. No tocante ao delineamento da pesquisa, enfatiza-se a coleta de dados a partir das chamadas fontes de "papel", por meio de pesquisa bibliográfica e documental. Quanto aos métodos que indicam os meios técnicos da investigação é utilizado, com ênfase, o método monográfico. Utiliza-se, ainda, quanto ao procedimento, os métodos comparativo e histórico, notadamente, para verificar a evolução histórica e as normas jurídicas sobre o direito de propriedade das águas.

O texto está dividido em três partes. Na primeira, verifica-se alguns traços da evolução histórica do direito de propriedade sobre a água, enfatizando aspectos do direito romano, do feudalismo e do antigo direito português. Na segunda parte, é apresentada a legislação em vigor sobre o domínio das águas no Brasil e as demais normas que vigoraram desde a consolidação do Estado brasileiro. Na terceira e última parte, analisa-se a possibilidade de reconhecer a não apropriação das águas no período

posterior à Constituição Federal de 1988, a partir da interpretação das normas constitucionais e da legislação vigente.

Este trabalho foi realizado durante o estágio Pós-Doutoral junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - PPGD/UFSC, sob supervisão do Prof. Dr. Arno Dal Ri Junior.

No final, a conclusão é de que a água por ser um bem ambiental imprescindível para a manutenção da vida é um bem que o ordenamento jurídico brasileiro determina não ser passível de apropriação por particulares. Além disso, o Estado deve garantir a manutenção do regime jurídico aplicável às águas de bem ambiental comum e figurar apenas como o gestor desses recursos, que são de uso comum de todos, portanto, bens ambientais que o direito deve proteger e garantir para a atual e as futuras gerações.

2 Traços da evolução histórica do direito de propriedade sobre a água

A propriedade sobre a água em toda a história da humanidade teve tratamento diferenciado. Para verificar a evolução histórica das normas jurídicas que estabeleciam o direito de propriedade sobre a água, é necessário fazer um recorte temporal desde o direito romano. O estudo da dominialidade das águas no direito romano tem significância especial, porque os ordenamentos jurídicos de parte considerável dos países da Europa² e da América Latina adotaram institutos jurídicos formulados pelos romanos.

Os países que tiveram a sua legislação influenciada pelo código Napoleônico ou preservaram na legislação marcas significativas da administração romana, mantêm na legislação da água um vínculo evidente ao direito romano. É o caso de Portugal, Espanha, França, Itália, Bélgica,

² Exclui-se o Reino Unido e, consequentemente, as suas ex-colônias, EUA, Austrália e Canadá.

Países Baixos e muitos outros países europeus, assim como de vários países noutros continentes, devido aos processos de colonização. Esses países com muitas variantes nas normas referentes às águas chegaram a admitir três tipos de propriedade, demonstração clara da influência do direito romano. Quanto aos três tipos de propriedade sobre as águas, Mario Tavarela Lobo (1999, p. 22) assim se referiu: “em correspondência com a classificação geral das coisas, adoptaram os romanos a classificação tripartida das águas, agrupando-as em três grandes categorias: comuns, públicas e particulares”.

Antes da classificação tripartida do regime das águas, referida na compilação de Justiniano, as águas tiveram tratamento diferenciado no direito romano mais remoto. Pode ser citada a diferenciação de estatutos entre águas públicas e águas privadas no período republicano da antiguidade romana (509-27 AC). É nesse período que surge o conceito de ‘domínio público das águas’ como ‘*res publica*’ associada à captação livre de águas, regime que se prolongará até ao último período do império, de monarquia absoluta (286-565 DC). No século IV DC, há uma redução drástica aos ‘direitos públicos’ e de ‘coisa pública’ associados ao conceito de ‘domínio público’; instalaram-se privilégios, abusos e exclusões da captação de água. É no final desse período de queda que o último imperador romano, Justiniano, elaborou e compilou um largo acervo legislativo, incluindo o *Codex Justinianus*, de 529 DC. O estudo do regime das águas no direito romano é feito no essencial através da sua legislação dispersa, porém, as Institutas de Justiniano têm um papel considerável (LOBO, 1999).

Eram denominadas comuns as águas reputadas insusceptíveis de apropriação por parte do Estado ou dos particulares, aquelas que eram inapropriáveis coletiva ou individualmente. Não estavam por isso

ocupadas, não tinham dono (*res communis*), mas sendo essenciais à vida humana, todos podiam usá-la livremente.

A contraposição entre *res nullius* e *res communis* traduz-se basicamente no conhecido confronto entre os defensores da apropriabilidade dos recursos disponíveis situados nos espaços não-ocupados (tese da *res nullius*) e a teoria da *res communis* que vem afirmar a inapropriabilidade, por definição, não só dos espaços em causa, mas, igualmente dos seus recursos. A concepção romana da *res nullius* apresenta-a como coisa que, “como os animais selvagens, as aves ou os peixes, não sendo objeto de qualquer direito de propriedade previamente determinado, é suscetível de apropriação e exploração por quem quer que de tal se mostre capaz” (PUREZA, 1995, p. 277). Enquanto o animal é livre, qualquer um que o possa caçar ou matar tem o direito de o fazer. Mas, uma vez feito, o animal torna-se propriedade do caçador.

Ao regime do *res nullius* o Direito Romano contrapunha o da *res communis*, ou seja, daqueles bens que, como ar, água corrente (*aqua profluens*) e o mar, o direito natural (*jus naturale*) destina-se ao uso comum de todos (PUREZA, 1995, p. 277-278). Trata-se de um regime de conteúdo duplo. Pois, se é certo que nele vai afirmada a regra da não apropriabilidade, também nele impera o princípio da liberdade de utilização por todos.

Integravam-se nessa categoria *das comuns* as águas dos barrancos, as pluviais e as águas correntes (*aqua profluens*), relativamente às quais era permitida a utilização para gastos domésticos (beber, lavar, etc); nessa categoria se incluem também, na opinião de alguns juristas romanos, as águas do mar com as suas margens e praias, porque a todos era facultado o seu uso por direito natural. Não havia um direito de propriedade sobre essas águas (LOBO, 1999, p. 22).

Na categoria das águas públicas, o Estado figurava como titular do domínio. Eram públicas as águas destinadas pelo Estado ao uso público, mediante a observância por todos os usuários dos respectivos regulamentos. Ao contrário do que sucedia com as águas comuns, nessa categoria verificava-se a apropriação: o sujeito do direito de propriedade era o povo romano, ou seja, o Estado. Eram consideradas públicas as águas que corriam pelos grandes rios sempre susceptíveis de navegação, o *flumen* ou curso de água perene (*flumina perennia*), os canais, os lagos (*lacus*) destinados ao uso público de navegação, os depósitos de água temporária (*stagnum*) formados no inverno, as fossas ou receptáculos de água artificial (*fossa*). “Na opinião de certos juristas romanos era nessa categoria de águas públicas e não das águas comuns que se integravam as águas do mar, com suas margens e praias” (LOBO, 1999, p. 23).

As águas públicas, integradas ao domínio hídrico do Estado, eram de curso igual e contínuo, destinadas principalmente aos fins de navegação e transporte. Proibiam-se, por isso, quaisquer obras que provocassem diminuição do caudal, mas com observância dos regulamentos podiam os cidadãos nelas navegar, delas extrair água, dar de beber aos animais ou satisfazer outras necessidades primárias da vida. No que respeita, em especial, às águas fluviais das correntes não navegáveis não há unanimidade entre os romanistas sobre a sua condição jurídica no direito romano. Grande número de pesquisadores sempre sustentou que os rios e riachos eram considerados públicos quando fossem perenes, entretanto, a doutrina hoje predominante sustenta que, na jurisprudência clássica, essa publicidade não foi reconhecida a todas as correntes perenes, mas somente aos *flumina perennia*, isto é, precisamente àqueles cursos que, pela riqueza da sua água e na opinião dos habitantes da região, eram considerados rios. As correntes perenes ou públicas destinavam-se ao uso da navegação e transporte; as não perenes ou não navegáveis destinavam-

se especialmente à irrigação das terras. Era, também, tido como rio navegável o afluente que desaguava num rio navegável ou fluviável (LOBO, 1999, p. 23).

As águas públicas estavam fora do comércio e por isso mesmo eram inalienáveis e imprescritíveis, não se perdiam pelo não uso e eram insusceptíveis de sobre elas se constituírem servidões. Conclui-se que o direito romano perfilhava a teoria do livre uso das águas públicas por todos e que a sua propriedade pertencia ao povo romano, representado pelo Estado.

As águas particulares eram aquelas águas susceptíveis de apropriação individual, das quais a titularidade dos direitos de propriedade e de uso se radicava nos particulares. Integravam-se nessa categoria das águas particulares (*aqua privata*) as fontes e nascentes dum prédio particular ou as que corriam por prédios ou canais de domínio particular, as que formavam lagos ou depósitos destinados a aproveitamento privado; e ainda as águas subterrâneas existentes em terrenos particulares. Tais águas encontravam-se no comércio jurídico, pelo que podiam ser alienadas e prescritíveis ou sobre elas constituírem-se servidões. Não estavam consequentemente sujeitas aos usos públicos da pesca, extração de águas, bebedouro de animais e outros usos domésticos ou ao uso público da navegação (MOREIRA, 1960).

A alta importância da distinção entre água pública e privada no direito romano não pode ser menosprezada. A disciplina jurídica da água não significa um mero problema de titularidade do seu domínio, mas um problema diverso e mais complexo da disponibilidade do seu uso e gozo em correlação com as diversas formas de utilização coletiva e individual.

Nas águas públicas, caracterizadas essencialmente pela perenidade do curso (*flumen*), quer fossem navegáveis quer representassem simples cursos de que se constituíam os navegáveis, ninguém podia extrair água

‘sem licença e autoridade do príncipe’ nem estorvar a navegação com quaisquer obras prejudiciais. Nas correntes navegáveis onde era permitida a pesca, o bebedouro de animais, o trânsito e a amarração de barcos, proibiam-se a construção de obras ou represas de água sem o prévio consentimento do pretor ou, em certos casos, do príncipe. Nas correntes não navegáveis nem fluviáveis, porém, tais construções eram livremente permitidas, não havendo prejuízo de terceiros ou proibição expressa. É de salientar que o direito romano distinguia entre correntes públicas navegáveis e não navegáveis, havendo assim correntes não navegáveis que eram públicas. Ainda em obediência ao princípio de que a natureza das águas era determinada pelo lugar onde existiam, reputavam-se igualmente públicas as fontes e as águas subterrâneas existentes nos lugares públicos.

No entanto, no direito romano parece não ter existido critério preciso para estabelecer o caráter público ou privado de uma água ou de um curso de água. “Frisam alguns romanistas que nenhum texto de jurisprudência e nenhuma disposição normativa permite separar nitidamente a água privada da água pública” (LOBO, 1999, p. 26). No período mais antigo, as nascentes e cursos de águas menores foram considerados públicos ou privados, segundo o terreno em que se situavam, pertencendo, por título legítimo, ao *populus Romanus* ou a uma *civitas* (município ou colônia romana, ou cidade latina) ou a um proprietário privado.

Já no período do feudalismo, a compreensão sobre o direito de propriedade ou sobre a titularidade das águas requer a verificação de alguns traços do direito medieval. Essa experiência, como explica Paolo Grossi (1995), é bastante típica e pode ser entendida a partir de algumas de suas principais características: a) é um direito que se desenvolve no vazio relativo do poder político – o direito não é identificado como uma manifestação do poder político, pois não é possível, ainda, falar de Estado

e soberania naquele período (no sentido moderno dos termos); b) verifica-se uma relativa indiferença do poder político pelo direito que permite que este se crie e se desenvolva no coração da sociedade; c) um forte pluralismo é observado nesse direito medieval; d) um direito que se dá e se verifica na práxis; e) a sua historicidade – construção histórica e não-ato de império ou poder de um príncipe ou soberano; f) um direito bastante rico e complexo sem pretensões de simplificação e abstração como o direito moderno; g) o comunitarismo – a comunidade como a célula vital – não existe ainda o “indivíduo” nessa sociedade e o direito é em larga medida determinado pela “perfeição” da comunidade e pelo papel que cada um exerce nesse todo. h) direito baseado na noção de “ordem” existente no mundo que leva a pluralidade à unidade; i) uma presença da igreja na constituição dessa mentalidade jurídica.

Os bárbaros, vencedores do povo romano, partilharam as terras conquistadas com os vencidos, chamando para junto de si os mais poderosos, fizeram-lhes numerosas concessões a título de benefícios, pedindo-lhes em troca os seus serviços na guerra, o seu conselho nas deliberações; por outro lado, cada guerreiro, assaz poderoso, para se arrogar a propriedade e domínio de uma parte do território conquistado, tornou-se senhor absoluto de tudo o que estava em imediata relação com ela e até os próprios habitantes, que o povoavam; finalmente os mais fracos, obedecendo à imperiosa necessidade de procurar uma proteção, um apoio mais robusto do que a sua individualidade, solicitaram deles, a título de feudo, as herdades ou benefícios livres, que antes possuíam e de que haviam sido despojados pela conquista. Assim se estabeleceu o feudalismo e com ele uma hierarquia de suseranos e vassallos, desde o rei até os senhores dos menores feudos. Todas as coisas podiam ser objetos de um feudo: a água, as terras, certos direitos, como cortar lenha nas

florestas, o exercício da pesca, tudo foi selado com o caráter especial do feudalismo.

Do sistema feudal, duas eram as consequências lógicas: nenhum laço moral, nenhuma relação afetuosa prendia o senhor a seus colonos e vassalos; eles só existiam para com a família e o seu conselho. O verdadeiro laço estava na propriedade. “O homem identificava-se com a terra; poder, independência, nobreza e glória não resultavam das qualidades pessoais, nasciam e alimentavam-se no solo como as plantas” (GARCIA, 1862, p. 95).

O direito particular dos Romanos não sobreviveu à queda do império; seus conquistadores não só se apoderaram de tudo o que nesse tempo se chamava de ‘domínio público’; mas também das fortunas particulares. Os benefícios e os feudos, vitalícios ao princípio, vieram depois a converter-se em hereditários e patrimoniais.

Os senhores feudais levantaram em seus domínios um trono mais despótico do que o dos reis, com quem rivalizaram no poder, nas honras e no prestígio. O conhecimento desse fato produziu entre os juristas e historiadores uma questão largamente debatida, e a qual ainda hoje se dão contrárias soluções: conservaram os reis o seu antigo domínio sobre os rios e águas navegáveis ou circunscreveram-se à porção de território que a invasão dos senhores feudais lhes deixou livre?

Ao considerar-se que o senhor feudal tinha a propriedade pública e particular dentro do seu território, não pode haver dúvida alguma de que os reis só continuaram a ser proprietários dos rios que corriam dentro dos limites dos seus domínios; e, ainda, que aos senhores feudais pertencia a propriedade de todos os cursos de água, que atravessavam seus feudos, sem distinguir as águas e rios navegáveis dos que não o eram.

No regime feudal, sobre as correntes d’água que pertenciam aos senhores feudais, os proprietários marginais, mediante prestações, amigavelmente determinadas, compravam o direito de extrair a porção de

água necessária para regar suas terras. As disposições das leis romanas, que entre as coisas do domínio público haviam compreendido os rios perenes ou navegáveis, foram completamente esquecidas depois do estabelecimento do feudalismo. A reversão desse quadro somente começou a ocorrer com a luta que os povos, auxiliados pela influência e proteção dos reis, que tanto se empenharam em restabelecer as grandes nacionalidades, travaram com os senhores feudais. Essa luta foi principalmente instigada pelos juristas, que, em suas obras, começaram a propagar a idéia de que rios navegáveis pertenciam aos reis. Faziam isso com o pensamento de reorganizar o domínio público, não só com relação à superintendência e administração, à semelhança das leis romanas, mas reclamando em favor das monarquias a sua plena e inteira propriedade, o seu absoluto domínio.

Portanto, no período feudal o conceito unitário de propriedade, do direito romano, se transformou, perpassando uma fase singular, caracterizada pela possibilidade da concorrência de proprietários sobre o mesmo bem. Na verdade, o feudalismo operou a fragmentação do direito de propriedade, que se bipartiu em “domínio eminente e domínio útil” (GOMES, 2004, p.102). O titular do domínio útil era aquele que explorava economicamente o imóvel e suas águas, de forma perpétua, e pagava ao titular do domínio eminente, o dono, com serviços ou rendas.

O regime da propriedade das águas definido no direito português antigo, e, conseqüentemente, no antigo direito brasileiro, tem elementos tanto do direito romano como da experiência feudal. Uma primeira fase foi essencialmente caracterizada pelo acentuado predomínio dos direitos reais. As Ordenações do Reino acompanharam a corrente feudal, anti-romana, submetendo os bens de uso comum ao regime de propriedade da coroa. Posteriormente, seguiu-se uma reação, por força das ideias liberais, verificando-se uma nítida tendência para a restrição daqueles direitos

definidos pela coroa; e, finalmente, mais tarde triunfa a tese da dominialidade pública das principais correntes de água.

No direito português antigo, no período inicial, compreendido desde o princípio da nacionalidade até o Alvará de 1804, é marcado pela influência significativa do feudalismo (LIMA, 1939). Nesse sentido, as Ordenações do Reino, na sua extensa enumeração dos Direitos Reais, declaram os rios navegáveis e os de que se fazem os navegáveis (afluentes) patrimônio exclusivo na Coroa, de uso comum a todos, ou seja, poderiam ser utilizados por todas as pessoas, porém, a propriedade era considerada ‘Patrimônio Real’ (LOBO, 1999, p. 28). Posteriormente, com o Alvará de 1804 ocorre importante alteração do regime jurídico das águas em Portugal e no Brasil (ao irradiar consequências no período posterior à colonização). Esse Alvará traduz a orientação de profunda reação contra as prerrogativas reais e contra a teoria jurídica das regalias do poder da Coroa sobre o domínio das águas e veio ao encontro das necessidades da agricultura e da indústria. As alterações efetuadas posteriormente pela Lei das Águas de 1919 e numerosos diplomas legais implementam as mudanças que, a grosso modo, permanecem na atual legislação portuguesa. No entanto, somente o direito português mais antigo sobre a propriedade da água influenciou o direito brasileiro.

3 O direito de propriedade sobre a água no ordenamento jurídico brasileiro

No que se refere ao direito brasileiro, o Código Civil de 1916, filiando-se ao direito lusitano, também exprimiu a ideia de propriedade pública, em contraste com a propriedade privada, disciplinando no artigo 65 que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem” (BRASIL, 1916).

É preciso relembrar, sempre, de que a experiência histórica brasileira é muito diversa daquela europeia e, por isso, deve-se tomar cuidado ao importar à realidade luso-americana as categorias utilizadas pelos historiadores que se voltam ao velho mundo. Um bom exemplo é o conceito de feudalismo (VARELA, 2005): ele é problemático e não funcional, quando voltado à realidade colonial brasileira, já que todo o projeto de colonização fazia parte de um processo de expansão comercial que era próprio do início do capitalismo.

Nos trabalhos preparatórios do Código das Águas, o legislador brasileiro seguiu a tradição do direito feudal, a que se filiou o projeto aprovado. Na exposição de motivos, afirmou-se que a propriedade pública em relação às coisas de uso comum não deixa de ser uma verdadeira propriedade. Assim, na exposição de motivos constava que a Administração Pública, como qualquer particular, poderia apelar para o Poder Judiciário, a fim de que este declarasse o seu domínio sobre as águas de uso comum. Alfredo Valladão (1931, p. 150) ao se referir às águas de uso comum, dessa forma se manifestou: “em relação às quais os particulares se apresentam com pretensos direitos.(...). A União, o Estado e o Município têm a propriedade e a posse das águas públicas, de uso comum, que respectivamente lhes pertencem”. Nesse sentido, o art. 29 do decreto nº 24.643/1934 (Código de Águas) expressamente dispõe que as águas públicas de uso comum, bem como o seu álveo, pertencem às referidas pessoas jurídicas de direito público.

No entanto, a tese da *res communis* (coisas comuns) encontrou respaldo na doutrina brasileira, na vigência do direito antigo (anterior à atual Constituição). Pode ser citado, entre outros, Clóvis Bevilacqua, para quem o proprietário dos bens públicos é a coletividade e, também, Pontes de Miranda, que esposava entendimento de que somente pertencem ao

Estado os bens de uso especial e os dominicais. Os bens de uso comum têm por titular o povo (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 133 et seq.).

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, até recentemente, a caracterização da propriedade dos recursos hídricos continha elementos conceituais herdados da experiência jurídica portuguesa, por consequência, do direito feudal e do direito romano. Após a Constituição brasileira de 1988, deixa de existir a categoria das águas particulares ou privadas, provocando verdadeira revolução no campo jurídico, principalmente, em relação aos civilistas. Antes de efetuar a análise das alterações ocorridas, é necessário verificar alguns conceitos utilizados internacionalmente relacionados à natureza jurídica das águas.

Na caracterização da água, é necessário enfrentar uma polêmica ainda não resolvida pela doutrina, qual seja a da distinção entre coisas imóveis e móveis. Reputada no direito positivo como coisa, é a água necessariamente objeto de relações jurídicas e, por isso, o problema da imobilidade ou mobilidade da água tem sido discutido pelos juristas. Considera-se tal distinção entre a água como parcela ou fração retirada do reservatório ou da corrente e as águas aglomeradas no mar, nos rios, nos lagos ou noutras correntes. Guilherme Alves Moreira (1960) e Fernando Andrade Pires de Lima (1939, p. 8) fazem a defesa de que as águas são coisas imóveis, porém, quando uma porção é retirada do reservatório ou da corrente, entendem que essas águas não se submetem ao direito. Por outro lado, na opinião sustentada por Teixeira de Abreu *apud* Mário Tavarela Lobo: “as águas, consideradas como objeto de relações jurídicas, são coisas móveis por natureza” (LOBO, 1999, p. 14).

Não tem sido posta em dúvida a natureza imobiliária dos meios de contenção e condução da água, naturais e artificiais, sempre que se liguem materialmente ao solo com caráter de permanência, como partes

integrantes do prédio ao qual prestam o serviço que lhes é inerente ou específico.

No Brasil, é pacífica a concepção doutrinária no sentido de classificar como móveis as frações de águas retiradas dum reservatório ou correntes individualizadas da massa fluente por qualquer modo (vaso, garrafa, etc.). Tais frações ou parcelas se autonomizam do regime daquelas aglomerações de água, ficando sujeitas à disciplina jurídica das coisas móveis.

Preponderou, até o evento da Constituição de 1988, o entendimento clássico de que as águas integram-se ao próprio solo com o qual constituem um todo; e, se fazem parte de um prédio porque nele nascem e correm ou nele apenas correm, são reputadas, como já o eram no direito romano, uma acessão do solo e, por isso, uma parte componente dos mesmos prédios.

No entanto, o direito positivo em vigor ³ não faz menção à classificação mobiliária ou imobiliária das águas. O Código Civil de 2002, no seu artigo 82, define bens móveis como sendo “os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social” (BRASIL, 2002). Por outro lado, as águas podem ser definidas, equivocadamente, como bens imóveis, pela interpretação literal que pode ser feita do artigo 79 do Código Civil de 2002: “São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural e artificialmente” (BRASIL, 2002).

Portanto, tratando-se de águas destinadas ao consumo humano, é possível caracterizá-las como bens móveis. A tese da mobilidade das águas deve fundamentar-se na ideia de que as águas em qualquer das formas que se apresentem na natureza, desde que passíveis de potabilidade, não

³ O Código de Águas (Decreto nº 24.643/34), a Lei da Política Nacional dos Recursos Hídricos (Lei 9.433/97) e o Código Civil de 2002 (Lei 10.406/02).

devem ser consideradas legalmente como imóveis. E nem mesmo como partes integrantes dos prédios privados ou públicos, por sua natureza de coisa removível mediante ação do homem para atender sua destinação vital e a constante deslocação a que as águas estão sujeitas pela sua própria natureza⁴.

A tese da caracterização das águas como bens móveis é reforçada com as alterações legislativas verificadas após a Constituição brasileira de 1988, quando as águas deixam de ser classificadas como particulares ou privadas, passando à dominialidade pública e conceituadas como bem ambiental (BRASIL, 1997).

Essas alterações representam significativas mudanças no direito brasileiro. Anteriormente o Código de Águas, instituído através do Decreto 24.643 em 1934, classificou e definiu as águas em: águas públicas de uso comum ou dominicais, águas comuns e águas particulares. Fez a partilha das águas públicas entre a União, Estados e Municípios (art. 29).

A propriedade sobre as águas, de acordo com esse código, era distribuída entre a União, os Estados, os Municípios e os particulares. Dos Municípios eram as águas que estivessem situadas, exclusivamente, em seus territórios, respeitadas as restrições que pudessem ser impostas pela legislação dos Estados. A propriedade dos particulares incidia sobre as nascentes e todas as águas situadas em terrenos que lhes pertencessem, desde que elas não estivessem classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as águas comuns (art. 8º). As demais águas couberam à União e aos Estados, conforme discriminação legal. O regime de águas estabelecido pelo código foi homologado pelas Constituições de 1934 e 1937.

⁴ Essa tese foi defendida em relação a todas as águas por ABREU, António José Teixeira de. **Das águas**. Coimbra: França & Arménio, 1917, p. 8. Além disso, o Código Civil do Chile prescreve que as águas são móveis, mas quando destinadas ao uso ou cultivo de um imóvel considera-as imóveis. *in* LOBO, Mário Tavarela. **Manual do direito das águas**. Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.14.

As Constituições posteriores alteraram o regime dominial das águas. A de 1946 ampliou o domínio do Estado-Membro sobre elas, ao dispor, no art. 35, que se incluem entre os bens do Estado ‘os lagos e rios em terrenos do seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual’. A de 1967, com a Emenda Constitucional 1/69, manteve esse mesmo regime, embora com ligeira modificação redacional, ao estatuir que se incluem entre os bens dos Estados ‘os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascente e foz’.

Não há dúvidas de que houve restrição ao domínio dos Municípios e dos particulares sobre as águas, uma vez que os rios que tiverem nascente e foz no território estadual pertencem ao Estado, pouco importando que isso ocorra nos limites das terras do particular ou do Município, alterando, nesse ponto, o que a respeito dispunha o Código das Águas.

Alteração significativa com relação à propriedade sobre as águas introduziu-se no ordenamento jurídico nacional com o advento da Constituição Federal de 1988. Estabeleceu-se que são bens da União, entre outros, os lagos, rios e quaisquer correntes de águas em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham; e, ainda, os potenciais de energia hidráulica (art. 20, III e VIII); e que se incluem entre os bens dos Estados as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União (art. 26, I) (BRASIL, 1988).

Os rios, para pertencer aos Estados-Membros, devem ter nascente e foz dentro de seu próprio território e, ainda, os que não estejam em terrenos do domínio da União, que não banhem mais de um Estado, não sirvam de limites com outros países, não se estendam a território estrangeiro, nem deste provenham. É de salientar, ainda, que os rios que tenham nascente e foz nos limites geográficos de Estados, ainda que

deságue no oceano, se incluem entre os bens do domínio do Estado. Por conseguinte, tem-se que hoje, a dominialidade das águas está diluída apenas entre a União e os Estados-Membros. Assim, excluídas as águas de domínio da União, conforme acima já mencionadas, as demais são do domínio dos Estados.

Tem-se então que, com o novo disciplinamento dado às águas pela vigente Constituição Federal e pela mencionada Lei 9.433/97, o Código das Águas (Decreto 24.643, de 10.07.34) ficou superado, por incompatibilidade, em vários aspectos, mas sobretudo na parte que conceituava e classificava as águas em águas públicas, águas comuns e águas particulares. Pela nova ordem constitucional, as águas serão sempre públicas e isso vem ratificado, expressamente, no art. 1º, inc. I, da Lei 9.433/97, ao preceituar que a água é um bem de domínio público. Já não há, portanto, águas particulares.

4 A inapropriabilidade da água a partir da Constituição de 1988

A interpretação que se faz da Constituição brasileira de 1988, corroborada pela legislação sobre recursos hídricos, é de que não é possível a apropriação da água no Brasil. É evidente que é inovadora essa interpretação que se faz, à luz do artigo 225 da Constituição Federal, em relação à declaração do art. 1º, inciso I, da Lei 9.433/97, que diz: “a água é um bem de domínio público” (BRASIL, 1997), no sentido de que esse dispositivo tem a seguinte implicação: a água é um bem ambiental integrante do meio ambiente, ou seja, a água é um dos elementos do meio ambiente. Isso faz com que se aplique à água o enunciado no caput do art. 225 da CF, que dispõe: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo...” (BRASIL, 1988).

Salienta-se que a consequência da conceituação da água como bem de uso comum do povo é que: a água não pode ser apropriada por uma só

pessoa física ou jurídica, com exclusão absoluta dos outros usuários em potencial. Por fim, assevera-se que o “Poder Público não pode agir como um ‘testa-de-ferro’ de interesses de grupos para excluir a maioria dos usuários do acesso qualitativo e quantitativo às águas. Seria um aberrante contrassenso à dominialidade pública” (MACHADO, 2001, p. 413).

A dominialidade pública da água, afirmada na Lei 9.433/97, não transforma o Poder Público federal e estadual em proprietário da água, mas torna-o gestor desse bem, no interesse de todos (MACHADO, 2001, p. 414). O art. 18 da lei 9.433/97 reforça tal posição ao dizer: “a outorga não implica a alienação parcial das águas que são inalienáveis, mas o simples direito de uso” (BRASIL, 1997). No mesmo sentido, entende-se que o Governo Federal e os Governos Estaduais não podem tornar-se comerciantes de águas, porque “a Lei 9.433/97 introduz o direito de cobrar pelo uso das águas, mas não instaura o direito de venda das águas” (MACHADO, 2001, p. 414). Assim, esse posicionamento expressa consonância com as ideias defendidas por Ricardo Petrella (2002) de que a água é um bem comum global e não uma mercadoria e, ainda, que ao Estado cabe apenas protegê-la. Portanto, é pacífico o entendimento de que a água passou a ser inapropriável a partir da Constituição de 1988.

Quanto à definição de bem ambiental, são poucos os autores que tentam produzir um conceito com validade universal, sendo que para conceituar bem ambiental é necessário considerar o sistema jurídico adotado pelo Estado e as classificações quanto ao domínio e quanto a propriedade sobre tais bens. Nesse sentido, Maria Luíza Machado Granziera (2009, p. 10-11), para responder a pergunta: “o que são afinal os bens ambientais?”, menciona a definição constitucional prevista no artigo 225 da Constituição Brasileira que qualifica o meio ambiente como ‘bem de uso comum do povo’, alertando que o macrobem ‘meio ambiente’ é de uso comum do povo, portanto, a fruição, gozo ou proveito desse

macrobem deve ser garantido a todos, no entanto, os microbens (componentes do macrobem) possuem regimes de domínio que variam entre o público e o particular. Assim, há bens ambientais que são bens de domínio público (como as águas) e outros que são de domínio privado, como as florestas de eucaliptos cultivadas para fins industriais, considerando em todas as situações a função socioambiental da propriedade.

José Afonso da Silva (1995, p. 56) entende que os bens ambientais não são nem bens públicos e nem bens privados. Ao utilizar o termo bens de interesse público, admite, ainda, a natureza transindividual de tais bens. No mesmo sentido é a posição de Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2001) que tem o entendimento de que qualquer bem ambiental deve ser tratado como um bem difuso, cuja titularidade é transindividual e que não se enquadra mais na dicotomia estabelecida pelo Código Civil entre bens públicos e privados⁵.

Na opinião da francesa Véronique Inserguet-Brisset, a propriedade pública sobre os bens ambientais deve ser repensada, vez que os bens ambientais não podem ter um controle exclusivo, seja ele público ou privado, pois o verdadeiro titular do patrimônio ambiental é a própria comunidade. Nesse sentido, é necessário organizar o uso comum antes que o bem se esgote. Para a autora, a solidariedade necessária à proteção do meio ambiente se impõe em diversos níveis: tanto no plano internacional quanto no plano nacional é preciso reconhecer que há uma defasagem entre o ordenamento jurídico tradicional e a necessária proteção dos bens ambientais (INSERGUET-BRISSET, 1994, p. 249 et seq.)

⁵ No Código Civil brasileiro de 2002 (art. 99), os bens públicos são divididos em três categorias: I- os *bens de uso comum do povo*, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II- os *bens de uso especial*, tais como os edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da Administração Federal, Estadual ou Municipal, inclusive os de suas autarquias; III- os *bens dominicais*, isto é, os que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Assim, considerando que estamos inseridos numa ‘sociedade de risco’, com as características apontadas por Ulrich Beck (1992), é necessário pensarmos em um novo tratamento jurídico aos bens ambientais, notadamente uma qualificação jurídica de bens que têm como destinatários não só a coletividade da presente geração como a da futura. Assim, os bens ambientais não devem integrar, por via de consequência, o patrimônio do Estado; portanto, o Estado não deve atuar como proprietário desses bens, mas diversamente, como simples administrador de um ‘patrimônio’ que pertence à coletividade no presente, e que deve ser transferido às gerações do futuro (MIRRA, 1995).

A manifestação de que é inaceitável considerar a água, bem de uso comum, como um mero produto do mercado e, ainda, de que por ser um bem ambiental, não é passível de apropriação por particulares, é um posicionamento que encontra respaldo tanto de normas constitucionais quanto de normas infraconstitucionais.

Inegavelmente, a partir da Constituição brasileira de 1988 não há que se falar em águas particulares e nem mesmo em apropriação das águas. Nesse sentido, a água é qualificada no ordenamento jurídico brasileiro como um bem ambiental de domínio público, conforme a previsão da Lei nº 9.433/1997, instituidora da Política Nacional de Recursos Hídricos, que no seu artigo 1º, inciso I, assim define: ‘A água é um bem de domínio público’. Esse inciso I do artigo 1º é um dos fundamentos da Política Nacional para as águas, portanto, um princípio que não é absoluto e assim como todos os princípios jurídicos deve ser observado na maior medida possível. A reafirmação de que o microbem ambiental água deve ser tratado como de domínio público está na estipulação de que o uso dos recursos hídricos deve ocorrer mediante autorização ou outorga do poder público, tudo conforme previsão dos artigos 11 ao 18 da Lei nº 9.433/1997, que no artigo 18 dispõe que a outorga não implica a alienação parcial das

águas, que são inalienáveis, mas o simples direito de seu uso (BRASIL, 1997).

A partir da vigência das normas constitucionais que determinaram a dominialidade pública das águas e da definição da água e dos demais bens da natureza como bens ambientais, ocorreu a superação da legislação que previa, na classificação das águas, a espécie águas particulares. Portanto, a água deve ser tratada como um bem ambiental não passível de apropriação por particulares e que o Estado deve figurar apenas como o gestor desses recursos, que são de uso comum de todos. Assim, indubitavelmente, a água é um bem ambiental inapropriável que deve ser gerido de forma compartilhada entre a administração pública e a sociedade visando a proteção desse bem vital para a atual e para as futuras gerações.

Conclui-se, derradeiramente, no sentido de reconhecer a água como um bem não passível de ser apropriado por particulares, notadamente, a partir da evolução histórica do direito de propriedade sobre as águas, caracterizado pela evolução de bem apropriável a bem comum. Dessa forma, tal evolução poderá ser utilizada para auxiliar na reflexão sobre a possibilidade de tais concepções serem adotadas em relação a outros bens de uso comum, tais como: Patrimônio Histórico e Cultural, Praças e Parques e Unidades de Conservação. No que se refere as unidades de conservação, é possível tanto nas Unidades de Proteção Integral quanto em algumas espécies de unidades de conservação do grupo Unidades de Uso Sustentável, tais como: Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, Reserva Extrativista e Reserva de Fauna. No entanto, assim como foi no decorrer da história, nesse recorte efetuado desde o período do Direito Romano, a água sempre foi objeto de disputa e diferentes regimes jurídicos sempre a caracterizam ora como bem apropriável, ora como bem comum. Por isso, é possível afirmar que é constante a ameaça de

apropriação a esse bem que deve ser, por força de sua natureza e importância, aplicável o regime jurídico comunal.

5 As ameaças de apropriação de um bem comum

A frequente ameaça que o instituto do Direito de Propriedade mantém sobre os bens sem proprietários (*res nullius*) e sobre os bens comuns (*res communis*) também é recorrente sobre o bem ambiental comum água. Nos últimos tempos, a furia da apropriação tenta atingir quaisquer bens que estejam no âmbito do que se convencionou denominar de “patrimônio comum da humanidade” ou de espaços comuns. Esses espaços comuns consistem em bens ou espaços de uso comum historicamente inapropriáveis que estão sendo incorporados no domínio dos Estados por força de convenções ou até mesmo de atos unilaterais.

O processo de apropriação nacional dos espaços comuns como solução liberal, referida por José Manuel Pureza (1995), fica claramente demonstrado quando se verifica a expansão da soberania territorial no mar, ocorrida a partir de um determinado tempo, com a progressiva penetração soberana no vasto espaço regido pelo princípio da liberdade dos mares.

No último século, a prática geral dos Estados relativamente aos espaços comuns e seus recursos foi o alargamento da soberania, numa concretização perfeita do modelo de direito de propriedade individualizado como alternativa ao estatuto comunal até então vigente nesses espaços.

Um Estado liberal por excelência, EUA, foi o autor em 1806 da primeira proposta de que se tem conhecimento de alargamento do mar territorial para considerar o estado costeiro como sujeito de direitos sobre a plataforma continental (PUREZA, 1995, p. 290).

Esse exemplo de que o mar e seus recursos tornaram-se bens apropriáveis pelos estados costeiros, em espaços cada vez mais distantes

da costa, enfatiza a dimensão econômica desse processo de apropriação, por ser o mar um reservatório de riquezas. Não muito diferente, a incorporação do espaço aéreo, exceto o chamado espaço exterior (ONU, 1961), no domínio territorial dos Estados, aponta para o fortalecimento da tese de que há uma apropriação dos espaços comuns, ou seja, dos bens historicamente considerados comuns.

Relativamente às águas, a apropriação dos espaços comuns pelos Estados ocorreu em relação àquelas águas que, na classificação romana, eram denominadas de Águas Comuns. Como exemplo é possível citar as águas correntes, que eram utilizadas para gastos domésticos. Com o passar do tempo (principalmente a partir do feudalismo), essas águas, quando estavam localizadas em propriedades privadas, passaram a ser consideradas propriedades particulares. Preponderando a ideia de que as águas se integram ao próprio solo com o qual constituem um todo; e, se fazem parte de um prédio porque nele nascem e correm ou nele apenas correm, são reputadas, como já o eram no direito romano, uma acessão do solo e, por isso, uma parte componente dos mesmos prédios.

Quanto à apropriação privada dos recursos hídricos, como ficou demonstrado, desde o Direito Romano as variações na classificação da natureza jurídica das águas foram as mais diversas, no entanto, a apropriação das águas por particulares, como bens móveis, não encontra resistência, inclusive nos dias de hoje. Convém lembrar que é pacífica a doutrina no sentido de classificar como móveis as frações de água retiradas de um reservatório ou correntes individualizadas da massa fluente por qualquer modo (tanque, vaso, garrafa, etc.). Tais frações ou parcelas se autonomizam do regime daquelas aglomerações de água, ficando sujeitas à disciplina jurídica das coisas móveis. Assim, ocorre com as águas engarrafadas (mineral ou não), com as águas utilizadas como insumo agrícola, pecuário e industrial.

A ameaça de apropriação do bem ambiental água em alguns países é de natureza legislativa. Como exemplo é possível citar a possibilidade legal de apropriação privada dos recursos hídricos adotada por diversos Estados, mais precisamente Portugal, com a Lei nº 54/2005, que no artigo 18º, das águas patrimoniais e das águas particulares, estipula que “1. Todos os recursos hídricos que não pertencerem ao domínio público podem ser objeto do comércio jurídico privado e são regulados pela lei civil,(...)” (PORTUGAL, 2005). A adoção de legislação nesse sentido está concatenada com o processo de apropriação efetuado pelo moderno estado liberal sobre os espaços comuns.

Na concepção vigente de Estado de Direito, preponderante na maioria dos países ocidentais, por força do sistema de produção capitalista adotado, há uma série de normas que autorizam a utilização (mediante autorização, concessão, outorga, etc) dos recursos hídricos, caracterizando esses bens ambientais como bens e insumos do sistema produtivo, portanto, apropriáveis pelos agentes econômicos.

Nesse sentido, grandes corporações econômicas que atuam no setor de abastecimento e engarrafamento de água vêm pressionando diferentes Estados para flexibilizar a atuação de agentes privados na prestação de serviços de saneamento básico para viabilizar o controle sobre grandes porções de água, numa clara ameaça de apropriação privada sobre os recursos hídricos. No Brasil, recentemente, foi aprovada a lei que altera marco legal do saneamento básico, Lei 14.026 de 15 de julho de 2020, com alterações adotadas com vistas à facilitação ou engendramento de futuras privatizações nesse setor econômico (BRASIL, 2020). As normas que integram o novo Marco Legal do Saneamento Básico afrontam o Pacto Federativo, especialmente as normas que instituem a regionalização dos serviços, transferem atribuições constitucionais dos municípios para um órgão federal e limitam a atuação dos municípios, incluindo proibição de

realizar cooperação com os entes estaduais. Essa ameaça perpetrada pelas grandes corporações econômicas ocorre após pressão efetuada durante vários anos no sentido de alterar legislações municipais ou interferir nos processos licitatórios dos municípios objetivando a privatização dos serviços de saneamento.

Outra ameaça verificada está relacionada a aquisição de extensas áreas imobiliárias efetuadas pelas empresas gigantes que consomem volumosas quantias de água na produção industrial. Made Barlow (2009, p. 156) menciona a aquisição de grandes extensões de terras em países da América do Sul como uma verdadeira ameaça de privatização dos recursos hídricos, vastamente presentes nessa região.

Ainda, é uma ameaça frequente de apropriação de um bem comum a tentativa de caracterização da água como mercadoria. Em dezembro de 2020 a Bolsa de Chigago iniciou a comercialização de cotas de água no mercado futuro, passando a considerar a água uma *commoditie* negociada em bolsas de valores. Em reportagem do Valor Econômico foi noticiado que o Relator Especial da ONU em Direitos Humanos à água, Pedro Arrojo-Agudo, manifestou preocupação com a possibilidade de comercialização da água como se fosse uma mercadoria numa clara demonstração de ameaça ao direito humano à água reconhecido pela Assembléia Geral da Onu em 2010 (MOREIRA, 2020).

A afirmação de que a água pode ser considerada mercadoria é um equívoco. Mercadoria, na concepção marxista, é o resultado da transformação da matéria-prima (bens da natureza) em bens de consumo, aplicando a força de trabalho e instrumentos de produção. No entanto, a água (matéria-prima), após a aplicação de qualquer ‘força de trabalho’ (tratamento potável, despoluição, represa, captação, etc), estando apta a ser usada, pelo ser humano, pelas indústrias ou pela agricultura, não pode ser caracterizada como mercadoria.

No processo produtivo, a matéria-prima bruta (bens da natureza) quando realmente transformada, resultando um bem de consumo, será um bem que é considerado “mercadoria”, como exemplo: a árvore é transformada em madeira, que por sua vez pode ser transformada em móveis, assim a madeira ou os móveis são mercadorias. No entanto, a água, mesmo depois de sofrer tratamento químico ou de incidir sobre ela qualquer outra forma de força de trabalho, ao permanecer “água”, não pode ser considerada mercadoria ou bem de consumo resultante de um processo de produção. Ademais, ela continua sendo matéria-prima da natureza (bem ambiental vital) e, portanto, até pode ser utilizada como matéria-prima de uma fábrica de tintas, como exemplo, porém o produto que será considerado mercadoria será a tinta e não a água.

Além do mais, o próprio Karl Marx, em sua obra ‘O Capital’ afirmou que: “antes de tudo, o trabalho é um processo entre o homem e a natureza, um processo em que o homem, por sua própria ação, media, regula e controla seu metabolismo com a natureza” (1989, p. 10). Assim, o trabalho, por ser um processo entre o homem e a natureza, é o elemento mais importante na confecção do produto final, ou seja, do bem de consumo. No entanto, o produto final não é mais importante que o homem ou que a natureza. A água será sempre natureza, e, portanto, jamais mercadoria.

Assim, a água por ser um bem ambiental, indispensável para a manutenção da vida, deve ser gerida como um bem comum, na acepção romana de ‘*res communis*’, jamais como ‘*res nullius*’ ou mercadoria que pode ser apropriada por particulares ou, mesmo, bem sob o domínio e propriedade do Estado. O direito sobre a água (bem inapropriável) pode consistir em um conjunto de normas que tenham como objetivo proporcionar água em quantidade e qualidade suficientes não só para as gerações do presente, mas para todas as gerações do futuro.

Portanto, a ‘*res communis*’ água não deve ser caracterizada como mercadoria ou propriedade privada, nem mesmo como propriedade estatal, ela deve ser concebida como bem comum. É necessário considerar a água, assim como os demais bens comuns naturais, como a terra, ar, florestas, etc., que são fundamentais para a sobrevivência humana, bens que estão em constante risco sob o neoliberalismo, como parte daquilo que Pierre Dardot e Christian Laval (2017, p. 12-16) denominam “princípio político do comum”. A emergência estratégica do comum foi trazida à luz pelas lutas sociais e culturais, contra a ordem capitalista e o Estado empresarial, essas reivindicações em torno do comum, apareceram nos diversos movimentos altermundialistas e ecologistas, como bem foi enfatizado no protagonismo da batalha da água de Cochabamba em que a água foi considerada bem inapropriável.

Considerações finais

O objetivo principal delineado no início desse trabalho foi o de verificar a evolução histórica do direito de propriedade sobre as águas e de analisar, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de reconhecer a inapropriabilidade da água a partir da interpretação de normas constitucionais e de legislação infraconstitucional e, ainda, as constantes ameaças de apropriação de um bem comum.

A história do direito de propriedade sobre as águas demonstra que a partir do direito romano foram bem diversificadas as formas de propriedade das águas. Do período romano sobressai a experiência da classificação das águas, assim como da classificação dos demais bens, em águas públicas, comuns e privadas. Já no período feudal o direito de propriedade sobre as águas sofre influência do feudalismo. Todas as coisas podiam ser objetos de um feudo, inclusive a água. Assim, pertenciam aos

senhores feudais todas as correntes de água localizadas no território dos feudos.

Consequentemente, no direito Português antigo o regime da propriedade das águas tem elementos tanto do direito romano como da experiência feudal. Inicialmente, as Ordenações do Reino acompanharam a corrente feudal, anti-romana, submetendo os bens de uso comum ao regime de propriedade da coroa. Posteriormente, por força das ideias liberais, verificou-se uma nítida tendência para a restrição daqueles direitos definidos pela coroa; para, finalmente, triunfar a dominialidade pública das principais correntes de água.

Quanto ao direito de propriedade das águas, foi possível verificar que no ordenamento jurídico pátrio vigorou, até a Constituição de 1988, o entendimento clássico, oriundo do Direito Romano, de que as águas integravam-se ao próprio solo, com o qual constituíam um todo, admitindo-se, assim, a categoria das águas particulares. No entanto, com a vigência das normas constitucionais que determinaram a dominialidade pública das águas e a definição da água e dos demais bens da natureza, no capítulo do meio ambiente, como bem ambiental, ocorreu a superação da legislação que previa, na classificação das águas, a espécie águas privadas.

Essa mudança significativa em relação à propriedade sobre os recursos hídricos deve-se, principalmente, ao estabelecimento da regra de que as águas são de domínio da União, conforme prevê o artigo 20, ou são de domínio dos Estados, de acordo com o estipulado no artigo 26, ambos da Constituição Brasileira. Além disso, essa definição da inexistência de águas particulares foi reforçada pela Lei que institui a Política Nacional dos Recursos Hídricos (Lei 9.433/97), no seu artigo 1º, inciso I, ao instituir que a água é um bem de domínio público. Dessa forma, fica nítida a opção do sistema jurídico brasileiro pela dominialidade pública dos recursos hídricos.

No entanto, essa interpretação de que a água por ser um bem ambiental não passível de apropriação por particulares e de que o Estado deve figurar apenas como o gestor desses recursos, que são de uso comum de todos, encontra uma série de objeções jurídicas. Essas objeções devem ser, na maior medida possível, relativizadas para que a água potável, por ser um bem ambiental indispensável para a manutenção da vida, seja gerida como um bem comum, na acepção romana de “*res communis*”, jamais como ‘*res nullius*’.

Portanto, a Constituição ao definir o meio ambiente como de uso comum do povo estabeleceu que os bens ambientais, assim como o bem ambiental água, se diferenciam dos demais bens passíveis de apropriação por não terem a estrutura de propriedade, eis que a água é um bem que o povo tem a possibilidade de usá-lo, mas jamais de dispor, ou seja de alienar, vender ou comprar.

Assim, pela importância que tem a água e por ser um bem ambiental, ‘bem’ que deve ser protegido pelo direito para assegurar os interesses e carências das atuais e futuras gerações, deve ser tratada como um bem comum, frise-se das gerações do hoje e do amanhã. Portanto, a água não deve ser considerada propriedade privada e nem propriedade do Estado, ela deve ser concebida simplesmente como bem comum. Fruto da evolução histórica do direito de propriedade sobre as águas, caracterizado pela evolução de bem apropriável a bem comum, é possível reconhecer que tal evolução poderá ser utilizada para auxiliar na reflexão sobre a possibilidade de tais concepções serem adotadas em relação a outros bens de uso comum. Para tanto, é necessário que estar permanentemente atento as ameaças de apropriação a esse bem ambiental comum.

Referências

ABREU, António José Teixeira de. **Das águas** Coimbra: França & Arménio, 1917.

BARLOW, Maude. **Água Pacto Azul: a crise global da água e a batalha pelo controle da água potável no mundo**. São Paulo, M. Books do Brasil Editora Ltda., 2009.

BASTOS, Vânia Lomônaco. **Para entender a economia capitalista**. Brasília: Editora UnB, 1989.

BECK, Ulrich. **Risk society. Towards a new modernity**. Londres: Sage Publications, 1992.

BRASIL. **Constituição brasileira de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 12 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de Janeiro de 1916, que institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em 08 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.433**, de 08 de Janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L9433.htm. Acesso em 11 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm. Acesso em 11 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.026**, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera [...], a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm. Acesso em 11 jan. 2021.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. **Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI**. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo Editora, 2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 2. ed. ampliada. São Paulo: Saraiva, 2001.

GARCIA, Manuel Emydio. **Estudo sobre a legislação das águas**. Coimbra: Imp. da Universidade, 1862.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009.

GROSSI, Paolo. **L'Ordine giuridico medievale**. Roma-Bari: Laterza, 1995.

INSERGUET-BRISSET, Véronique. Une Nouvelle Notion de Propriété Publique Environnementale. in: **Propriété Publique et Environnement**. Paris: LGDJ, 1994.

LIMA, Fernando Andrade Pires de. **Lições de direito civil: da propriedade das águas**. Coimbra: Casa do Castelo, 1939.

LOBO, Mário Tavarela. **Manual do direito das águas**. Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARX, Karl. **O capital**. São Paulo: Abril Cultural, v.1, 1983.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação Civil Pública**. In: MILARÉ, Édís (coord.) **Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MOREIRA, Assis. Água vira produto financeiro em Wall Street e inquieta a ONU. **Valor Econômico**, Genebra, 11.12.2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2020/12/11/agua-vira-produto-financeiro-em-wall-street-e-inquieta-a-onu.ghtml>. Acesso em 05 dez. 2021.

MOREIRA, Guilherme Alves. **As águas no direito civil português**. V. 1. 2ª ed. - Coimbra : Coimbra Editora, 1960.

ONU. Resolução 1721 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de dezembro de 1961. Disponível em <http://www.defesanet.com.br/space/noticia/12375/50-anos-da-Declaracao-da-ONU-que-originou-o-Tratado-do-Espaco/>. Acesso em 23 jan. 2019.

PORTUGAL. Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro. Estabelece a titularidade dos recursos hídricos. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1377&tabela=leis&so_miole=. Acesso 14 jan. 2021.

PETRELLA, Ricardo. **O manifesto da água: argumentos para um contrato mundial**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954.

PUREZA, José Manuel. **O património comum da humanidade: rumo a um direito internacional da solidariedade?** Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 1995.

SILVA, Jose Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995.

VALLADÃO, Alfredo. **Direito das Águas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1931.

VARELA, Laura Beck. **Das Sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

O processo de inclusão de deficientes nas organizações: uma análise sob a perspectiva constitucional e empresarial

*Liege Alendes de Souza*¹
*Patrínês Aparecida França Zonatto*²
*Robsom Araujo Santos*³

1 Introdução

O tema da inclusão se faz presente no direito brasileiro sob diversos matizes. Luta-se pela inclusão e também pela igualdade de Direitos. Mulheres, negros, pessoas de etnias diversas, a população LGBTQIA+ entre tantos outros, buscam que os primados legais não sejam apenas constructos legais, mas que se efetivem na prática, que sejam albergados por políticas públicas eficientes e que promovam o preceito constitucional estabelecido no artigo 3º inciso I, que refere que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Neste sentido, é que se insere também a inclusão de pessoas com deficiência. Por meio de uma imposição legislativa, o país tem, paulatinamente, aumentando o número de vagas no mercado de trabalho para as pessoas com deficiência, porém, ainda é preciso melhorar muito em relação ao preconceito e a falta de conhecimento das capacidades que detém as pessoas com deficiência, haja vista que, historicamente há uma

¹ Doutora em Direito. Professora do curso de Direito da Universidade Franciscana - UFN. E-mail: liegealendes@gmail.com

² Doutora em Administração. Professora do Curso de Administração da Universidade Franciscana - UFN. E-mail: patrines.franca@ufn.edu.br

³ Tecnólogo em Recursos Humanos pela Universidade Franciscana - UFN. E-mail: robsom.santos@ufn.edu.br.

marca de “preconceito e da discriminação, que gerou um estereótipo negativo para este segmento populacional, o qual luta constantemente por uma vaga de emprego neste mercado altamente competitivo” (LIMA et. al., 2019, p. 347). As diferenças individuais e a valorização do indivíduo com suas diversidades, formas de cooperação e conhecimento tem de ultrapassar o ambiente educacional, alavancando positivamente as entidades sociais, neste caso em específico, as empresas.

A expressão “pessoa com deficiência” deve ser entendida no seu espectro mais amplo, pois compreende os “deficientes mentais, deficientes da visão, deficientes da audição, deficientes físicos, portadores de deficiências múltiplas, portadores de problemas de conduta e superdotados” (GUIMARÃES, 2017, p. 8). Segundo dados do censo do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) realizado em 2010, “os deficientes representam 45,6 milhões ou 23,9% da população brasileira, o que num contexto geral simboliza um número expressivo e que merece e requer atenção e espaço” (GIMENES et. al., 2010, p. 2). Portanto, a inclusão é uma necessidade, que trará benefícios tanto para a sociedade quanto para a pessoa em si, consagrando a ideia de uma sociedade diversa, com oportunidades para todos.

A partir desses preceitos surge a ideia da “Gestão da diversidade” a qual, segundo Rodrigues (2011, p. 46) “traz consigo a concepção de que as ações para a inclusão não são baseadas em ações realizadas para cumprir a lei, na qual os beneficiários são minorias e grupos excluídos. O conceito privilegia a ideia de que as ações devem ser dirigidas para as mais diversas identidades”. Em outras palavras, são posturas ativas do Estado em busca da melhoria das condições de vida da população, respeitando a diversidade e a pluralidade de todo corpo social.

Ademais, a inclusão de pessoas com deficiência nas empresas, faz com que estas cumpram com uma determinação legal e também com a

sua função social. Para além disso, ao cumprirem com as determinações legais, as empresas inclusivas se beneficiam de incentivos fiscais dos governos municipal, estadual e federal, por integrarem as pessoas com deficiência no mercado de trabalho (FIGUEIREDO, 2012, p. 5).

Destarte, são diversos os aspectos que influenciam na não contratação da pessoa com deficiência, tais como: fatores culturais; instalações físicas inadequadas ou não acessíveis no local de trabalho; capacitismo; preconceito e falta de conhecimento sobre o assunto. Portanto, para cumprir com todas as imposições legais, sociais, morais e éticas, as empresas precisam se preparar e abandonar velhos hábitos e ideias pré-concebidas.

Com base no exposto acima, o objetivo desse trabalho é analisar o processo de inclusão nas empresas, tendo em vista as dificuldades que os as pessoas com deficiência encontram para inserção no mercado de trabalho, bem como os benefícios que os mesmos podem agregar à empresa. Como objetivos específicos, busca-se destacar a importância de se dar mais respaldo sobre o assunto no cotidiano; diagnosticar os motivos que levam as pessoas com deficiência a ficar fora do mercado de trabalho; averiguar as barreiras para a contratação das mesmas e verificar as leis e incentivos que as amparam. O estudo, em formato de pesquisa bibliográfica, tem a pretensão de mostrar como é feita a admissão de pessoas com deficiência nas organizações sociais e analisar o que leva algumas empresas a não preencherem as vagas destinadas a este grupo social.

Dessa forma, justifica-se a escolha do tema pelo fato de as empresas brasileiras não estão efetivando como deveriam a inclusão das pessoas com deficiência no setor de trabalho, o que gera a desvalorização de suas potencialidades e a não observação de suas necessidades de manutenção pessoal e da aquisição da dignidade humana que o trabalho alcança.

Ademais, necessário referir que o artigo 93 da Lei nº 8.213/91, determina que empresas com cem ou mais empregados devem preencher de dois (2) a cinco (5) por cento dos seus cargos com pessoas reabilitadas ou portadoras de deficiência⁴.

Apesar disso, as organizações empresariais ainda apresentam muitas dificuldades em cumprir com a determinação legal, sendo que o número de pessoas com deficiência contratadas e efetivamente inseridas no mercado de trabalho ainda é muito baixo quando comparado ao que está definido em legislação. “O fato é que as empresas, privadas ou não, têm por obrigatoriedade inserirem em seu quadro funcional uma porcentagem de pessoas com deficiência, conforme legislação aplicada a cada um” (VIANNA et. al., 2012, p. 96). No entanto, elas terão que adequar sua estrutura física e pessoal para atender as pessoas com deficiência de acordo com o grau de necessidade.

Deste modo, para entender os objetivos da pesquisa, a fundamentação teórica compreende duas seções. A primeira traz as definições conceituais sobre pessoa com deficiência e a segunda cuida das políticas públicas de inclusão social no mercado de trabalho e os processos de acessibilidade. Por fim, tem-se a conclusão e os resultados obtidos com a pesquisa.

2 As pessoas com deficiência e as políticas públicas de inclusão

Abordar a temática das pessoas com deficiência exige que se revise o histórico da contextualização terminológica, o que dispõe a legislação e como as políticas públicas estatais estão sendo pensadas e executadas para

⁴ Lei 8213/1991 - artigo 93 - A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados - 2%; II - de 201 a 500 - 3%; III - de 501 a 1.000 - 4%; IV - de 1.001 em diante - 5%.

que os princípios e objetivos delineados pela Constituição da República de 1988 sejam efetivados.

Desse modo, neste tópico, serão abordadas as questões relativas a unidade de expressão para o tratamento desses indivíduos e as políticas públicas brasileiras que buscam a inclusão social, a fim de cumprir com o primado constitucional

2.1 Breve contextualização terminológica: Os erros e imprecisões das expressões capacitistas

A definição de uma terminologia adequada para descrever fenômenos, situações e condições tem sido uma preocupação das ciências, que se esforçam para que seja empregada uma linguagem que, ao mesmo tempo, seja técnica e inclusiva. E essa preocupação perpassa a questão das pessoas com deficiência.

Expressões como “pessoas portadoras de deficiência” ou mesmo “portadores de necessidades especiais” já foram abandonadas, e não devem ser utilizadas. Explica-se: a expressão pessoas portadores de deficiência, é equivocada porque a deficiência não é algo que se porta. O termo ‘portar’ significa carregar alguma coisa, e, quando se carrega algo é possível descarregar, ou seja, deixar de portar o que se portava. Com a deficiência isso não ocorre. Não é algo como uma doença (portador de um vírus, de uma bactéria, ou de uma condição episódica que afeta temporariamente o estado de saúde).

Do mesmo modo, ninguém é portador de necessidades especiais, porque este termo passa a ideia errônea de que a pessoa com deficiência é ineficiente para a prática de atividades cotidianas, seja no ambiente de trabalho, seja no ambiente laboral. A ideia de necessidades especiais é capacitista e não deve ser empregada para descrever as PcD.

Schwarz e Haber (2009, p. 89) constam em seus estudos que a “[...] a expressão utilizada para se referir às pessoas com deficiência foi modificada ao longo dos anos. No início eram chamadas de inválidas, incapazes e excepcionais”. A Organização das Nações Unidas - ONU, em sua convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, realizada em 30 de março de 2007 em Nova York, formalizou em um documento, ratificado por 192 países integrantes, inclusive o Brasil, os direitos e princípios que devem regular a inclusão e a proteção desses indivíduos. A convenção foi promulgada no Brasil, na íntegra, por meio do Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009, sendo que, o artigo 1, que traz o propósito da convenção, estabelece (online):

Artigo 1 - Propósito

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e eqüitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

No conceito constitucional, essas pessoas são aquelas que possuem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que afetados por diversas barreiras podem dificultar o indivíduo a participar de forma plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas (RIBEIRO, 2010, p. 13).

Ou seja, em qualquer tipo de deficiência deve-se receber a atenção e, caso seja necessário, os tratamentos indicados, sendo um dever do Poder Público tais prestações. Outro marco histórico, foi a tomada da sociedade

industrial, que trouxe como evolução o Estado Moderno, apresentando-se uma nova estratégia relacionada às pessoas com deficiência onde a “[...] ênfase não mais era na exposição e mutilação do corpo humano, mas sim no seu aprimoramento, recuperação, embora com propósitos capitalistas” (SANTOS; GUSMÃO, 2013, p. 35).

As pessoas com deficiência precisam ser incluídas no ambiente laboral, ou seja, tem que ser fomentado o seu acesso ao mercado de trabalho, levando em conta um processo de desenvolvimento adequado e integral, em que elas possam, no seu ambiente de trabalho, trabalhar sem ter que enfrentar barreiras em relação a sua deficiência (SILVA et. al., 2009). Por isso, é muito importante treinamentos específicos e construções de acessibilidades. Um ambiente de trabalho inclusivo vai aprimorar o sentimento de pertencimento das pessoas com deficiência.

Ainda vige na sociedade contemporânea a ideia de que pessoas com deficiência são limitadas para o trabalho, que não possuem desenvolvimento cognitivo para relacionarem-se com outros indivíduos. Todavia, isso não passa de capacitismo, palavra cunhada para descrever uma equivocada ideia de que pessoas com deficiência são inferiores àquelas sem deficiência e, portanto, são incapazes e anormais quando comparadas com um referencial definido como perfeito (PATRÓN, entrevista CNN Brasil).

Patrón explica que, apesar do termo capacitismo ser ainda novo, o preconceito contra pessoas com deficiência é antigo e está incrustado na sociedade, a ponto de se tornar quase invisível. Tal fato acontece, porque o capacitismo é entendido como uma consequência de atitudes individuais, mas, na realidade, ele escancara o preconceito estrutural que a sociedade carrega com relação as pessoas com deficiência.

Justamente por isso, usar as expressões corretas representam, para além da adequação conceitual, o respeito que se deve ter com todos os

indivíduos, independentemente de qualquer característica que o distinga. A legislação brasileira, desde 2007, quando promulgou o decreto 6949/2007 que incorporou ao ordenamento jurídico nacional a Convenção da ONU para pessoas com deficiência e, posteriormente, na Lei 13.146 de 06 de julho de 2015 - que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), adota a expressão referenciada.

2.2 A legislação pátria sobre a inclusão das PcD no mercado de trabalho

Foi no governo de Getúlio Vargas (1930/1945), que se nasceu a ideia de que “as pessoas com deficiência poderiam ser mais participativas na sociedade no que diz respeito à educação, reabilitação e profissionalização” (SANTOS; GUSMÃO, 2013, p. 35). Assim, as práticas inclusivas de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, devem levar em consideração a qualificação profissional, como em qualquer outra relação de emprego estabelecida entre empregador e pessoa sem deficiência.

Neste sentido, referem Santos e Gusmão (2013, p. 36):

Conforme o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e a Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT), as razões da criação da Lei de Cotas se deram ao fato de que embora as conquistas da Revolução Francesa de 1789 tenham possibilitado a consolidação da concepção de cidadania (igualdade, fraternidade e liberdade), elas não foram suficientes, frente a inexorável exclusão econômica da maioria da população. Então, no século XIX tratou-se em buscar os direitos sociais com ações estatais que compensassem as desigualdades.

Para tanto, a Lei nº 8.213 de 1991, estabeleceu em seu artigo 93, já referido anteriormente, que empresas com cem ou mais empregados devem reservar uma percentagem de seus postos de trabalho para pessoas com deficiência. No âmbito de orientar as ações com vistas à participação

de pessoas com deficiência na sociedade, inclusive para o cumprimento da previsão trazida pela lei 8.213/91, foi promulgado o Decreto 5.296, de 02 de Dezembro de 2004, que regulamenta as leis 10.048 e 10.098 e, no seu parágrafo 1º do artigo 5º, estabelece os critérios que caracterizam as deficiências, sejam elas físicas, auditivas, visuais, mentais ou múltiplas” (RODRIGUES, 2011, p. 35).

Tais leis estabelecem a necessidade de que tanto pessoas jurídicas privadas quanto pessoas jurídicas de direito público devem propiciar formas de acesso aos empregos e cargos (públicos e privados) às pessoas com deficiência. Do mesmo modo, as empresas privadas que prestam serviços públicos, como o transporte público, devem adotar todos os protocolos para que as pessoas com deficiência possam usufruir deste bem público em igualdade de condições, devendo, por exemplo, estabelecer a reserva de assentos e plataformas elevatórias para cadeirantes. Infelizmente, uma das dificuldades de inclusão é que “falta tolerância e solidariedade por parte das empresas, na medida em que estas desconhecem o potencial da pessoa com deficiência, o que redundará em uma política de contratações que apenas atende as exigências da legislação vigente” (ARAÚJO; SCHIMIDT, 2016, p. 54).

Nas entrevistas de organizações, ainda há um foco na deficiência da pessoa, onde as empresas trazem como motivos a baixa escolaridade (30%); pouca oferta de mão de obra (25%); qualificação profissional ruim (16%); problemas de espaço físico na empresa (9%); etc. Se a maioria das sociedades tem dificuldade de lidar com o diferente, o ambiente das empresas não é exceção, pois “[...] não basta a mera contratação, precisa haver trabalho, inclusão na empresa, o que exige uma mudança de atitude do empregador e dos demais trabalhadores sem deficiência” (FONSECA, 2006, p. 226). É uma atitude que causa dificuldades, resistências e reações exigindo muita cautela no cumprimento das leis. Por outro lado

os objetivos das organizações de apenas se importar com os lucros financeiros não são mais prioridades, e com isso está dando lugar a novas ideias e diversidades para se aplicar. Atualmente as empresas estão buscando um papel político e social, se preocupando com a sua sustentabilidade, os direitos do trabalhador e do consumidor, procurando observar mais como sua empresa é vista por todos em relação qualidade e saúde do trabalho (JAHJAH, 2018, p. 11).

As organizações que buscam cumprir as leis e incluir as PcD no mercado de trabalho, estão beneficiando diretamente a si e também a responsabilidade social, cumprindo o a função social da empresa, que é, justamente, fomentar o mercado de trabalho pela geração de vagas de emprego que, por sua vez, geram tributos para os entes públicos, renda para os trabalhadores e sustento para suas famílias, que devolvem isso em gastos no comércio, produzindo uma espiral de produtividade.

É neste sentido que a legislação vem organizada. Deseja-se, no primeiro momento, a inclusão das PcD no mercado de trabalho, mas não apenas isso, a sua continuidade também é essencial e, exatamente por isso, visando impedir dispensas arbitrárias, a Lei nº 8.213/91, dispôs nos parágrafos 1º, 2º e 3º como deve ser a contratação, a dispensa e a substituição do trabalhador com deficiência⁵. Assim, o desligamento do funcionário com deficiência contratado por prazo determinado ou

⁵ Art. 93 [...]

§ 1º A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social.

§ 2º Ao Ministério do Trabalho e Emprego incumbe estabelecer a sistemática de fiscalização, bem como gerar dados e estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por pessoas com deficiência e por beneficiários reabilitados da Previdência Social, fornecendo-os, quando solicitados, aos sindicatos, às entidades representativas dos empregados ou aos cidadãos interessados.

§ 3º Para a reserva de cargos será considerada somente a contratação direta de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943.

indeterminado, só poderá ocorrer se houver outro colaborador que apresente características semelhantes, sendo dever do Ministério do Trabalho e da Previdência Social apresentar dados que comprove que as vagas estão sendo preenchidas. A empresa que não agir de acordo com a lei, será punida com pena de multa.

As legislações pátrias são extensas, completas e cheias de boas intenções, mas só isso não basta. Não é suficiente um arcabouço normativo de folego sem ação prática, sem políticas públicas de inclusão e sem fiscalização.

3 Políticas públicas de inclusão das PCD no mercado de trabalho: uma revisitação a literatura sobre inclusão

Neste artigo se propôs analisar o processo de inclusão no mercado de trabalho das pessoas com deficiência, bem como os benefícios que os mesmos podem agregar para estas organizações.

No entanto, buscou-se fazer tal análise por meio de uma revistação à literatura sobre a temática da inclusão. Para tanto, foram selecionados seis artigos, publicados em revistas especializadas, no período compreendido entre 2015 a 2020, com busca na base de dados da Capes, sob o tema inclusão. Assim, nos tópicos seguintes, serão apresentadas as principais contribuições destes textos para compreensão do fenômeno da inclusão de pessoas com deficiência por meio do trabalho.

3.1 O processo de inclusão/exclusão das pessoas com deficiência no contexto da reestruturação produtiva do capital

O primeiro artigo a ser apresentado sobre o tema inclusão é de autoria de Gedeli Ferrazzo, Claudinei Frutuoso, Márcia Ângela Patrícia e Marco Antônio de Oliveira Gomes, publicado no ano de 2015 na revista HISTEDBR On-line. O objetivo geral deste estudo foi apresentar elementos que contribuem para o debate sobre a inclusão das pessoas com

deficiências, no mercado de trabalho do Estado de Rondônia. A principal discussão sobre o tema inclusão é o processo de inclusão/exclusão das pessoas com deficiência no contexto da reestruturação produtiva do capital, que é um debate imprescindível perante o cenário de significativas mudanças que vêm ocorrendo ao longo das últimas décadas, nas relações entre capital e trabalho, particularmente pela crise estrutural do capitalismo que reflete nas relações estabelecidas entre estes.

As principais contribuições /resultados do artigo com base no levantamento de dados da pesquisa, é de que o discurso hegemônico proclamado pelo capital responsabiliza os trabalhadores por não estarem qualificados para fazer frente às exigências do mercado de trabalho, o que exime grande parcela das empresas do não cumprimento da Lei nº 8.213/91. Assim, a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho se constitui apenas na defesa do princípio, não sendo acompanhada por uma política que de fato garanta o cumprimento da lei.

Para os autores, no viés da inclusão, a ação destrutiva contra a força humana de trabalho e, conseqüentemente, a dificuldade de inserção no processo produtivo não são apenas um problema exclusivo daqueles tradicionalmente reconhecidos por sua condição de “vulnerabilidade social”, dentre eles as pessoas com deficiência, mas um problema do enorme contingente de trabalhadores precarizados ou mesmo à margem do processo produtivo. Isso porque a existência dessa camada de trabalhadores excluídos do processo produtivo intensifica as fileiras do exército de reserva, assegurando ao capital a submissão daqueles que vivem do trabalho.

3.2 A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho: um estudo de caso nas empresas de grande porte com sede em Cruz das Almas – Bahia

O segundo artigo é de autoria de Eder Santos Oliveira, Elizabete Rodrigues da Silva e Ana Virgínia Pereira dos Santos, publicado no ano de 2016 na Revista Agenda Social. O objetivo geral deste estudo foi discutir o processo de inclusão de pessoas com deficiência nas empresas de grande porte com sede em Cruz das Almas - BA. A principal discussão sobre o tema inclusão foi em relação à aplicação das políticas de inclusão social no mercado de trabalho e a relevância da responsabilidade social das empresas para com esta parcela da população na região ora pesquisada, assim os autores fizeram uma coleta de dados por meio de questionários junto aos empresários e entrevista às pessoas com deficiência empregadas nas empresas.

As principais contribuições /resultados do artigo foram de que o processo de inserção das pessoas com deficiência nessas empresas acontece por meio de indicação, sendo esta a única possibilidade de ingresso dessa população numa ocupação formal. Observou-se também que dos três objetos pesquisados, dois cumprem a legislação e o terceiro a ignora, além de os postos ocupados pelas pessoas com deficiência estarem concentrados no setor produtivo e as deficiências serem classificadas como leves.

3.3 A inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho: um estudo na cidade de São Paulo e grande ABCD paulista

O terceiro artigo a ser apresentado sobre o tema inclusão é de autoria de Hilda Maria Cordeiro Barroso Braga e Juliana Cristine Pereira, publicado no ano de 2017 na Revista Técnico-Científica Das Faculdades Atibaia. O objetivo geral deste estudo foi investigar o processo de inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, em cumprimento ao

programa de cota (Lei nº 8.213/91), das empresas com 100, ou mais, colaboradores.

A principal discussão sobre o tema inclusão foi relativa a análise dos dados disponibilizados pelo Ministério do Trabalho e de empresas, de médio e grande porte, da cidade de São Paulo e do Grande ABCD, em sua maioria do segmento industrial. Assim, as principais contribuições /resultados do artigo revelam a dificuldade das empresas da cidade de São Paulo e Grande ABCD paulista em encontrar profissionais – pessoas com deficiência - qualificados no mercado de trabalho; e a ausência de entidades especializadas em qualificar essas pessoas e proporcionar a integração entre estas e as empresas.

3.4 A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho: avanços e desafios observados no município de Teresópolis, Rio de Janeiro, Brasil

O quarto artigo a ser apresentado sobre o tema inclusão é de autoria de Josely Nunes-Villela, Ana Cristina Roballo Fabbri, Maria de Lurdes Costa Domingos e Osvaldo Luiz Gonçalves Quelhas , publicado no ano de 2018 na Revista Educação Especial. O objetivo geral deste estudo foi analisar como o programa de inclusão está sendo administrado e reconhecido em empresas de Teresópolis, município do Rio de Janeiro. A principal discussão sobre o tema inclusão é a utilização de uma abordagem qualitativa e enfoque exploratório, com o intuito de trabalhar com uma amostra de diferentes segmentos e portes inclusivos, a partir de 100 empregados. As principais contribuições /resultados do artigo revelaram que uma parcela significativa das amostras não absorve o contingente de pessoas com deficiência na proporção devida nem realiza acompanhamento contínuo do programa, o que inclui ausência de um trabalho anterior de preparação para o acolhimento.

3.5 Servidores com deficiência na Universidade: barreiras para a inclusão

O penúltimo artigo a ser apresentado sobre o tema inclusão é de autoria de Sandra Pottmeier, Lais Donida, Aline Olin Goulart e Ana Paula Santana, publicado no ano de 2019 na Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação. O objetivo geral deste estudo foi identificar e analisar as possíveis barreiras existentes no ambiente de trabalho de servidores com deficiência de uma Universidade Federal do Sul do Brasil.

A principal discussão sobre o tema inclusão é quanto à temática de servidores/funcionários/trabalhadores com deficiência, tanto na rede privada quanto no setor público, sendo necessários mais estudos sobre a inserção e a permanência desse público, relativamente recente, no mercado de trabalho. As principais contribuições /resultados do artigo é de que as ações institucionais ainda não conseguem incidir sobre todos os obstáculos enfrentados em suas atividades laborais cotidianas.

Essas barreiras ainda não foram superadas, pois a inclusão é um processo político - pedagógico - cultural e social muito amplo. É necessário, portanto, a criação de uma cultura inclusiva na Universidade. As conclusões apontam para a necessidade de um acompanhamento/capacitação dos servidores de maneira mais efetiva, de modo que a instituição possa oferecer ações que incidam diretamente sobre as barreiras que se revelam em seu local de trabalho.

3.6 Oportunidades no mercado de trabalho: análise das vagas de emprego disponíveis para pessoas com deficiência

O último artigo a ser apresentado sobre o tema inclusão é de autoria de Fabiana Caetano Martins Silva e Dutra, Isadora Teixeira Mendes Paz, Alessandra Cavalcanti, Alberto Luiz Aramaki e Edinara Kososki, publicado no ano de 2020 no Caderno Brasileiro de Terapia Ocupacional. O objetivo geral deste estudo foi analisar e descrever as características das vagas de

emprego oferecidas para pessoas com deficiência durante o período de um ano. A principal discussão sobre o tema inclusão é que em relação a contratação de pessoas com deficiência pelo mercado formal de trabalho é obrigatória no Brasil, instituída por legislação que estabelecem percentuais aplicáveis às empresas públicas e privadas.

Entretanto, vários fatores dificultam a inserção profissional dessas pessoas. As principais contribuições /resultados do artigo é, que oitenta e sete vagas, ou seja, a maioria, não disponibilizava informações importantes, como sexo, faixa etária, escolaridade ou requisitos específicos, como experiência prévia. A maioria também não informava sobre a empresa, o ramo da economia e o cargo ou função a ser desempenhado. Sendo assim, a maioria dos anúncios de emprego tinham restrições nos dados disponíveis, dificultando o acesso à informação sobre as vagas. Houve predomínio de vagas caracterizadas como ocupações com menor exigência de escolaridade e qualificação técnico-profissional e com baixa remuneração.

Por meio das análises realizadas, constatam-se que algumas adaptações acabam sendo um pouco mais complexas, sendo necessário um preparo maior dos profissionais, o que envolve maiores gastos. Ao mesmo tempo, as empresas que contratam devem promover um ambiente digno e acessível para que todos possam executar suas atividades e tenham a possibilidade de se desenvolver como profissionais e que concentrem a participação efetiva desse segmento populacional.

No entanto, ainda há uma série de barreiras que os portadores de deficiência necessitam transpor diariamente, quando focado no exercício de uma atividade laboral e no âmbito da inclusão nas grandes organizações, isso é ainda mais desafiador.

Conclusão

A inclusão não se restringe somente ao acesso e à acessibilidade das pessoas com deficiência aos ambientes educacionais e ao mercado de trabalho. As condições de permanência dessas pessoas estão diretamente relacionadas às barreiras encontradas nos locais em que se inserem. Essa pesquisa revelou que ainda há fragilidades no que se refere à efetivação na prática das leis da inclusão em vigor, da sua capacitação/formação/treinamento para atuar na sua função e das políticas institucionais de acessibilidade.

Salienta-se que nas organizações analisadas nas pesquisas acima, ficou constatado que elas estão na contramão do processo de inclusão de pessoas com deficiência, sendo possível afirmar que, apesar dos avanços quanto ao processo de inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, na maioria das vezes, há muitas dificuldades para que ela se torne de fato uma prática comum entre as empresas. Nos setores que exigem maior capacidade para executar o trabalho, como no caso da pesquisa dos artigos analisados, não aconteceram preparações para essas pessoas, um comportamento que infelizmente configura uma discriminação aberta no cenário inclusivo em organizações.

Ainda, quanto ao preenchimento dos cargos pelas pessoas com deficiência admitidas nas empresas, pois, a maioria ocupa cargos operacionais e uma pequena parte está posta na área de serviços gerais, por exemplo. De modo geral, estes setores não exigem maior capacidade para executar o trabalho, pois as atividades que desenvolvem nesses cargos são repetitivas e de segundo plano de importância para as organizações.

Sob esse viés, como sugestões futuras de pesquisa, faz-se interessante investir em projetos de ordem social dentro das organizações para discutir a verdadeira ideologia de inclusão e, assim influenciar a verdadeira

existência de elementos que compõem a materialidade das pessoas com deficiência nas empresas e, não só por uma lógica interna de capital das organizações. Por fim, ressalta-se que diante da análise a inclusão das pessoas com deficiências no mercado de trabalho se constitui apenas na defesa do princípio, não sendo acompanhada por uma política que de fato garanta o cumprimento da lei.

Referências

ARAÚJO, J. P. SCHIMIDT, A. A inclusão de pessoas com necessidades especiais no trabalho: a visão de empresas e de instituições educacionais especiais na cidade de Curitiba. **Revista Brasileira de Educação Especial**. v. 2, n. 12, p. 41-58, ago., 2016.

BOLONHINI JUNIOR, R. **Portadores de necessidades especiais**: as principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRAGA, H. M. C. PEREIRA, J. C. A inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho: um estudo na cidade de São Paulo e Grande ABCD Paulista. **Revista Técnico-Científica das Faculdades Atibaia**. v. 7, n. 3, p. 159-177, jun., 2017.

BRASIL. **Lei Nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. Lei número 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. Decreto número 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm Acesso em; 10 dez. 2021.

CNN BRASIL. Capacitismo: entenda o que é e como evitar preconceito disfarçado de brincadeira. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/capacitismo-entenda-o-que-e-e-como-evitar-preconceito-disfarcado-de-brincadeira/> Acesso em: 10 dez. 2021.

DUTRA, F. C. M. S. PAZ, I. T. M., CAVALCANTI, A. ARAMAKI, A. L. KOSOSKY, E. Oportunidades no mercado de trabalho: análise das vagas de emprego disponíveis para pessoas com deficiência. **Cadernos Brasileiros de Terapia Ocupacional**. v. 28, n. 1, p. 147-163, out., 2020.

FERRAZO, G. FRUTUOSO, C. PATRÍCIA, M. A. GOMES, M. A. O. O processo de inclusão/exclusão das pessoas com deficiência no contexto da reestruturação produtiva do capital. **Revista HISTEDBR On-line**. v. 20, n. 61, p. 247-254, mar., 2015.

FIGUEIREDO, L. S. A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho no Município de Cacoal. **SciELO**. v. 3, n. 5, p. 1-32, jul., 2012.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa**. São Paulo: LTr, 2006.

GIMENES, A. M. et. al. A dificuldade da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. **SciELO**. v. 3, n. 4, p. 1-15, mai., 2010.

GUIMARÃES, A. S. Educação especial: “do atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência” à educação dos portadores de necessidades especiais. **Research Gate**. Brasília, v. 2, n. 8, p. 1-33, jul., 2017.

IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística Manual do Entrevistador dos Censos Demográficos de 1991, 2000 e 2010**. IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística Questionários dos Censos.

JAHIJA, M. **Por Que As Empresas Deveriam Contratar Mais PCDs?**. Disponível em: <http://blog.isocial.com.br/por-que-as-empresas-deveriam-contratar-mais-pcds/> . Acesso em: 12. nov. 2020.

LIMA, A. B. F., et. al. O desafio de pessoas portadores de deficiência física nas organizações. **Conhecimento Interativo**. São José dos Pinhais, v. 13, n. 1, p. 347-378, jan./jul., 2019.

MALHOTRA, N. **Pesquisa de marketing**: uma orientação aplicada. 6 ed. São Paulo: Bookman, 2012.

MARCONDES, R. C. **Metodologia para trabalhos práticos e aplicados [livro eletrônico]** : administração e contabilidade. São Paulo: Editora Mackenzie, 2017.

MICHEL, M. H. **Metodologia e pesquisa científica em ciências sociais**: um guia prático para acompanhamento da disciplina e elaboração de trabalhos monográficos. São Paulo: Atlas, 2005.

MORIGI, J. B. SOUZA, A. D. Breves considerações acerca da inclusão das pessoas portadoras de deficiências no mercado de trabalho. **Revista Combrad**. v. 4, n. 12, p. 1-16, ago., 2016.

OLIVERA, E. S. SILVA, E. R. SANTOS, A. V. P. Inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho: um estudo de caso nas empresas de grande porte com sede em Cruz das Almas- BA. **Revista Agenda Social**. v. 9, n. 1, p. 1-20, set., 2016.

POTTMEIER, S. DONIDA, L. DARDE, A. O. G. SANTANA, A. P. Servidores com deficiência na universidade: barreiras para a inclusão. **Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação**. Araraquara, v. 14, n. 4, p. 2377-2397, out./dez. 2019.

RIBEIRO, L. **Manual de direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

RODRIGUES, L. C. A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho: um estudo de caso. **Dissertação (Mestrado Profissional)** – Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Ciências Médicas. Campinas, 2011.

SANTOS, E. G. GUSMÃO, M. S. A inclusão de pessoas com deficiência nas organizações. **Revista Projeção, Direito e Sociedade**. v. 4, n. 1, p. 31-45, jun., 2013.

SCHWARZ, A.; HABER, J. **Cotas: como vencer os desafios da contratação das pessoas com deficiência.** São Paulo: I Social, 2009.

SOARES, L. C. et. al. Observatórios: um levantamento do estado do conhecimento. **Research Trends**. v. 12, n. 3, p. 86-110, ago., 2018.

SILVA, A. Q. et. al. O mercado de trabalho: uma análise da inclusão dos portadores de necessidades especiais. **Repositório**. v. 3, n. 7, p. 1-11, abr., 2009.

VERGARA, S. C. **Projetos e Relatórios de Pesquisa em Administração**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VIANNA, L. M. P. et. al. Inclusão e mercado de trabalho: uma análise das dificuldades enfrentadas por pessoas com deficiência em ingressar no mercado de trabalho na Grande Vitória (ES). **Destarte**. v. 2, n. 2, p. 95-109, ago., 2012.

VILELLA, J. N. FABBRI, A. C. R. DOMINGOS, M. L. C. QUELHAS, O. L. G. Inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho: avanços e desafios observados no município de Teresópolis, Rio de Janeiro, Brasil. **Revista Educação Especial**. v. 31, n. 62, p. 741-758, jul./setm, 2018.

A reparação do dano ambiental/ecológico e os dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ /2021¹

Marcia Andrea Bühring²

A consolidação no Brasil da Responsabilidade Civil Ambiental se dá com a Jurisprudência nos Estados, mas principalmente os julgados do Superior Tribunal de Justiça - STJ e Supremo Tribunal Federal - STF, que sempre levam em consideração a ponderação (ALEXY, 1999, p. 278) a interpretação e a adequação ao caso concreto ou a análise da lei (ou atos normativos) em tese, por meio do controle de constitucionalidade. Difere de Portugal, onde a doutrina ganha esse lugar de destaque, e os tribunais realizam em segundo plano essas orientações.

Isso porque compreender, delimitar, interpretar é estabelecer o alcance de um propósito, no caso, responsabilizar o causador do dano ambiental, revelando assim o seu sentido, como aduz Freitas, o “jurista é aquele que, acima de tudo, sabe eleger diretrizes supremas, notadamente as que compõem a tábua de critérios interpretativos aptos a presidir todo e qualquer trabalho de aplicação do Direito” (2000, p. 18).

A atividade interpretativa contempla uma ação hierarquizante de princípios e regras aplicáveis ao caso concreto. Freitas endossa essa noção de hierarquização da atividade interpretativa, quando assinala que “uma vez que inexistente hipótese de dispensa da hierarquização (interpretar é,

¹ Parte integrante da Tese de Pós-doutorado (Defesa on-line, realizada em 16/07/2020). Aprovada com Distinção e Louvor. Tema: RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL/ECOLÓGICA: ALGUNS PONTOS E CONTRAPONTO NO 'TRANSITAR VERDE' ENTRE CONTEXTOS DISTINTOS DE ESTUDO COMPARADO ENTRE PORTUGAL E BRASIL. Dez/2018 a Jul./2020. Orientada pelo Dr. Vasco Pereira da Silva.

² Pós Doutora em Direito Pela FDUL-Lisboa-Portugal. Doutora em Direito pela PUCRS-Brasil. Mestre em Direito pela UFPR. Professora da PUCRS, UFN e ESMAFE. Advogada e Parecerista. E-mail: marcia.buhring@gmail.br.

sempre e sempre, hierarquizar)”, ou seja, “hierarquizando os princípios e as regras constitucionais, mais evidente transparece o papel concretizador do intérprete (juiz ou o cidadão em geral) de ser o positivador, aquele que dá vida ao ordenamento, sem convertê-lo propriamente em legislador”. (2000, p.21).

Complementa que “as normas estritas ou regras vêm perdendo, cada vez mais, espaço e relevo para os princípios, despontando estes, por definição, como superiores àquelas”, muito embora “não se deva postular um sistema constituído apenas de princípios, erro idêntico ao de pretender um ordenamento operando como mera e desconectada aglutinação de regras”. (2000, p.17).

Portanto, árdua é a tarefa interpretativa do magistrado frente a um contexto de modernidade líquida e de tempos líquidos, segundo adverte Baumann,³ pois nada é feito para durar, nesse contexto de globalização, ou globalização hegemônica⁴, na era da incerteza (BÜHRING, 2016, p. 36), já que novos contextos e novos danos surgem a cada dia, até mesmo danos futuros, impensáveis outrora, mas que começam a ganhar espaços.

Ainda, o meio ambiente, em nível global, baseado, segundo Santos, no cosmopolitismo: “cruzamento de lutas progressistas locais com o objectivo de maximizar o seu potencial emancipatório *in locu* através de ligações translocais/locais”, (2002, p. 69) ou movimentos sociais ecológicos.

³ A expressão “tempos líquidos” é cunhada por Bauman, como tempo de incerteza, e é isso que vivese atualmente um “momento de absoluta incerteza”, em relação ao comportamento do ser humano. E, é nesse sentido, que afirma Bauman a passagem da fase “sólida” da modernidade para a “líquida”: “ou seja, para uma condição em que as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam”. (BAUMAN, 2007).

⁴ Para Santos: “A **globalização hegemônica** teve seus termos definidos pelo Consenso de Washington cujas orientações principais podem ser assim resumidas: o consenso do Estado fraco, segundo o qual a economia dispensa atuação contundente do Estado, que deve também ser mínimo quanto ao seu papel social; o consenso da democracia liberal, que é centrada na liberdade política e econômica, não na justiça social, de modo que com facilidade se resume a uma formalidade; e o consenso do primado do direito e do sistema judicial, que determina que a segurança jurídica necessária para a realização dos negócios advém de um Judiciário previsível e legalista”. (SANTOS, 2002).

Por outro lado, Freitas já chamava a atenção para a complexidade de fatos novos, visto que “a interpretação deve ser de molde a levar às últimas conseqüências a ‘fundamentalidade’ dos direitos, afirmando a unidade do regime dos direitos das várias gerações, bem como a presença de direitos fundamentais em qualquer relação jurídica”. (2000, p. 19).

Häberle (1997, p. 42) defende a ideia de que a interpretação da Constituição não pode mais ser um atributo restrito aos juristas, numa “sociedade fechada”, mas que a interpretação deve ser realizada pela sociedade aberta e pluralista, abrangendo também seguimentos públicos particulares e cidadãos. E mais, a Sociedade de Intérpretes, à qual se refere Häberle, significa que toda e qualquer pessoa que “leia livremente a Constituição acaba sendo co-intérprete do texto” (2017)⁵. Assim já se manifestava Freitas, ao comentar sobre os juízes constitucionais.

Ora, em face de ser o juiz o detentor único da jurisdição, surge o amplo e irrenunciável direito de amplo acesso à tutela jurisdicional como uma contrapartida lógica a ser profundamente respeitada, devendo ser proclamado este outro vetor decisivo no processo de interpretação constitucional: na dúvida, prefira-se a exegese que amplie o acesso ao Judiciário, por mais congestionado que este se encontre, sem embargo de providências inteligentes para desafogá-lo, sobretudo coibindo manobras recursais protelatórias e estabelecendo que o Supremo Tribunal Federal deva desempenhar exclusivamente as atribuições relacionadas à condição de Tribunal

⁵ Responde Häberle em entrevista histórica. “Sim, essa ideia também é proposta pela sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Trata-se de um livro que escrevi em 1975 e que foi excelentemente traduzido e comentado pelo ministro Gilmar Mendes. Poderíamos dizer, no sentido filosófico, que a ideia da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição significa que toda e qualquer pessoa que leia livremente a Constituição acaba sendo co-intérprete do texto. Essa ideia é a expressão da teologia no protestantismo alemão. Eu só adquiri consciência disso mais tarde, e o paradigma da sociedade aberta hoje pode ser estendido na direção da comunidade internacional, da comunidade de entes do Direito Internacional Público, do *Jus Gentium*. Coloca-se aqui a pergunta: Quem cria o Direito das Gentes e quem o interpreta? Não são apenas os Estados e não são apenas os grandes doutrinadores. Nesse contexto, os mais importantes intérpretes são organizações não-governamentais, como, por exemplo, o Greenpeace e a Anistia Internacional. O Direito das Gentes é, na minha perspectiva, o Direito Constitucional da Humanidade. Por isso, os 196 membros da ONU são sujeitos imprescindíveis do Direito das Gentes. Mas o Direito das Gentes é também desenvolvido por relações pela internet, por tribunais constitucionais de grande qualidade ou também pela Corte Penal Internacional e pelos Tribunais Especiais das Nações Unidas, como os que existem na Holanda e na Iugoslávia”. (HÄBERLE, 2017).

Constitucional, sem distraí-lo com tarefas diversas destas, já suficientemente nevrálgicas para justificar a existência daquela Corte. (2000, p. 29-30).

Referem-se ainda Sarlet e Vianna sobre o fato de que a efetivação da Constituição deve representar “a busca da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais, pena de restar reduzida à mera figura retórica, vazia de efeitos práticos”, por isso, a postura ativa por parte do STF⁶.

Dessa forma, a regra da reparação no caso de dano ambiental ou ecológico, tanto no Brasil como em Portugal, é a **restauração natural em primeiro plano**.

O Anexo II, da Directiva 2004/35-CE, estabeleceu três formas de reparação: As medidas de reparação dos danos ambientais ou das ameaças iminentes de danos, para a água ou para as espécies e os *habitats* naturais protegidos podem assumir três formas: reparação primária, no próprio local - no Brasil corresponde ao conceito de restauração da Lei 9.985/00 - ; reparação complementar - no Brasil exerce uma função compensatória - e a reparação compensatória” volta-se para os lucros cessantes ambientais.

Quadro 1 – Formas de Reparação do Anexo II, da Directiva 2004/35-CE

Reparação primária:	Reparação complementar:	Reparação compensatória:
Ações destinadas a pôr imediatamente termo ao incidente, bem como a reduzir, conter, prevenir outros danos e proceder à descontaminação. São igualmente designadas por medidas de reparação de emergência (ou imediatas) (e, na sua maioria, precedem a reparação primária propriamente dita), e medidas de reparação a médio ou	Se a reparação primária não for suficiente para restituir o ambiente ao estado em que se encontraria se o dano não tivesse ocorrido (o denominado «estado inicial»), podem introduzir-se melhorias suplementares no sítio danificado. Se tal não for viável ou implicar custos excessivos, a reparação pode efetuar-se noutro sítio. Por exemplo, se a reparação primária de	Se a reparação primária (e a reparação complementar, caso seja necessária) demorar algum tempo a reparar os danos causados à natureza, deve aplicar-se uma reparação compensatória para as perdas temporariamente sofridas (perdas transitórias). Relativamente aos danos causados ao solo, a DRA impõe, como requisito mínimo, que a reparação

⁶ “Daí porque exsurge clara a necessidade de assunção de uma postura ativa por parte do STF, operando na condição de Tribunal Constitucional, quanto ao enfrentamento da omissão inconstitucional, seja por meio de uma atuação normativa em sentido amplo, ou mesmo de função materialmente legislativa, portanto, normativa em sentido estrito, para o que, em âmbito mais restrito, foi-lhe conferida competência constitucional em sede de mandado de injunção”. (SARLET, 2013, p. 95).

longo prazo no sítio danificado, destinadas a restituir o ambiente danificado ao estado inicial em que se encontraria caso o dano, ou a ameaça de dano, não tivesse ocorrido («recuperação em espécie»).	um pesqueiro danificado só conseguir recuperar 50% do pesqueiro no sítio danificado, é possível proceder a uma reparação complementar noutro local para obter os 50% remanescentes, de modo a que os recursos de pesca, medidos nos dois sítios, sejam equivalentes a 100%.	primária elimine, controle, contenha ou reduza os contaminantes em causa, de modo a deixarem de comportar riscos significativos de efeitos adversos para a saúde humana (a reparação complementar ou compensatória não é exigida).
Exemplos de Reparação primária - descontaminação (reparação de emergência ou imediata); - criação de barreiras para impedir que a poluição se dissemine (reparação de emergência ou imediata); - reclassificação, rede limitação e replantação do sítio danificado com espécies autóctones para acelerar a regeneração natural, após a perturbação associada às ações de reparação primária; - introdução de espécies, designadamente as componentes da cadeia alimentar que sustentam os peixes e a fauna e a flora selvagens, como as comunidades de invertebrados essenciais para os peixes e outra fauna e flora insetívoros, e as comunidades de pequenos mamíferos essenciais para as aves de rapina e os mamíferos carnívoros; - restabelecimento do acesso aos serviços recreativos e atividades comerciais anteriormente proporcionados pelo sítio danificado; - a regeneração natural dos recursos danificados também pode ser englobada na reparação primária.	Exemplos de Reparação complementar e compensatória: • reposição do <i>habitat</i> em funcionamento nas áreas historicamente abrangidas por este, como, por exemplo, o restabelecimento de zonas húmidas em terras agrícolas drenadas; • aumento do sucesso reprodutivo das espécies, por exemplo, protegendo os sítios de nidificação das aves contra os predadores ou a perturbação causada pela atividade humana; • abertura de novas zonas de <i>habitat</i> para os peixes mediante a remoção das barreiras à migração; • reforço do estado natural dos <i>habitats</i> através da eliminação de espécies invasivas; • proteção das águas subterrâneas contra contaminações futuras; • proteção contra a perda de <i>habitats</i> eventualmente resultante do desenvolvimento; • aumento da quantidade ou da qualidade das atividades recreativas disponíveis num sítio;	

Fonte: A AUTORA (2019).

Também a referência expressa a necessidade de restauração do dano ambiental (primeiro item do art. 48 da Lei de Bases do Ambiente (Lei nº 11/1987), revogada pela Nova Lei de Bases de 2014: “Art. 48, 1 - Os infractores são obrigados a remover as causas da infracção e a repor a situação anterior à mesma ou equivalente, salvo o disposto nº 3”. Acrescenta o item 3 que, caso não seja possível a reposição da situação anterior ao dano, “os infractores ficam obrigados ao pagamento de uma indenização especial. “Art. 48, 3 - Em caso de não ser possível a reposição da situação anterior à infracção, os infractores ficam obrigados ao pagamento de uma indemnização especial a definir por legislação e a realização das obras necessárias à minimização das consequências provocadas”.

Em Portugal, também a restauração natural, a reparação do dano ecológico é prioridade (art. 562 CC/66). Como menciona Varela, ao comentar também o artigo 566, I, CC/66 pela reconstituição natural do dano, “o fim precípua da lei nesta matéria é, por conseguinte, o de prover a directa remoção do dano real à custa do responsável, visto ser esse é o meio eficaz de garantir o interesse capital da integridade das pessoas, dos bens ou dos direitos sobre estes”. (VARELLA, 1991, p. 902)

Pelo critério da reconstituição natural, disposto no art. 562º, Código Civil Português - CC/66, afirma Leitão que traz o exemplo da sentença dada pelo Juiz de Coruche de 23/02/1990, que, em razão da destruição de árvores nas quais nidificavam cegonhas, ordenou a elaboração de construções que permitissem essa nidificação:

O art. 562º do CC/66 atribui primazia à reconstituição natural, o que é um critério extremamente relevante em sede ambiental. Deve salientar-se, por outro lado, que a impossibilidade de quantificar em termos exactos os prejuízos causados pela lesão ambiental, não impede os tribunais de atribuir indemnização pecuniária por danos ambientais, uma vez que o art. 566º, nº3

do CC/66 admite claramente que, quando não puder ser fixado o montante exacto dos danos, o Tribunal julgue equitativamente dentro dos limites que tiver por provados. (2010, p. 27).

Finaliza com outro critério quanto aos danos futuros e, “por força do art. 564º, nº 2, CC/66, adverte que os Tribunais poderão levá-los em consideração, mas apenas “se forem previsíveis, o que permite a indemnização de danos futuros, exigindo-se, no entanto, pelo menos, um alto grau de probabilidade da sua verificação, já que os danos meramente individuais não serão indemnizáveis no âmbito desta disposição” (LEITÃO, 2010, p. 27).

E mais, Portugal traz previsão, ainda, que se afasta o princípio da restauração natural, quando esta se revelar excessivamente onerosa, veja-se: “Art. 566, 1 CC/66 “A indenização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor”.

Dessa maneira, a reparação de danos ecológicos, afirma Gomes, “promovida por autores populares, não resulta na atribuição de quantias pecuniárias aos peticionantes. Ultrapassando os equívocos da Lei nº 83/95, de 31 de agosto e posicionando-se na linha da directiva”, pois “o RRPDE nega a concessão de ‘compensações’ a sujeitos/associações agindo em nome da colectividade, afastando-se de uma hipótese de dano moral colectivo” e, também, menciona o Fundo de Intervenção Ambiental:

Perante um dano ecológico, ou há possibilidade de reparação primária ou, não sendo esta (plenamente) possível, avança-se para uma indemnização complementar e/ou compensatória, conforme explicitadas no Anexo V, 1., visando a reconstituição natural ou por equivalente. Isto não significa que, em acções de efectivação da responsabilidade e perante a inércia do lesante na execução das medidas em que foi condenado, os autores não se vejam forçados a pedir a execução por terceiro ou a execução para pagamento de quantia

certa, que reverterá para o Fundo de Intervenção Ambiental, conforme dispõe o artigo 6º/1/d) do DL 150/2008, de 30 de Julho. (GOMES, 2009, p. 262).

Quanto à função da responsabilidade civil, em específico, quando trata de reparação do dano moral individual, no Brasil, a primeira e principal é a compensatória, como afirma Pinto Junior:

Observe-se, no particular, que a penalidade ressarcitória ou indenizatória propriamente dita é adequada para a hipótese de dano material, que pode ser reparável ou indenizável, visto que é materialmente possível a sua quantificação. O dano moral, ao contrário, por sua própria natureza e definição, é extrapatrimonial ou imaterial, logo não há possibilidade de mensurá-lo, o que não impede, entretanto, que a vítima seja compensada pecuniariamente (ou mesmo de outro modo à sua escolha, obviamente com respeito aos princípios da razoabilidade e da dignidade humana. (2012, p. 48).

Noutra seara, a questão das garantias financeiras, adverte Pereira, (2019) é fundamental, conforme o art. 2º; art. 22º e Anexo III do DL 147/2008, por se tratar de uma atividade ocupacional sujeita, pelo menos, a licença ambiental.

Mencione-se, por importante, que o Decreto-Lei nº 147/2008 - Lei de Participação Procedimental e da Ação Popular, representa a regra geral, a responsabilização Civil Ambiental subjetiva, em cujo artigo 22º traz a garantia financeira obrigatória:

Artigo 22º Garantia financeira obrigatória:

1 - Os operadores que exerçam as actividades ocupacionais enumeradas no anexo iii constituem obrigatoriamente uma ou mais garantias financeiras próprias e autónomas, alternativas ou complementares entre si, que lhes permitam assumir a responsabilidade ambiental inerente à actividade por si desenvolvida. 2 - As garantias financeiras podem constituir-se através da subscrição de apólices de seguro, da obtenção de garantias bancárias, da participação em fundos ambientais ou da constituição de fundos próprios

reservados para o efeito. 3 - As garantias obedecem ao princípio da exclusividade, não podendo ser desviadas para outro fim nem objecto de qualquer oneração, total ou parcial, originária ou superveniente. 4 - Podem ser fixados limites mínimos para os efeitos da constituição das garantias financeiras obrigatórias, mediante portaria a aprovar pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças, do ambiente e da economia.

Por isso, menciona Cruz que sendo inviável indenizar todos e cada um dos membros da comunidade individualmente, “resta destinar a compensação arbitrada a uma melhor proteção e defesa do bem afetado, de que todos os interessados beneficiarão”. Inclusive faz a menção à Convenção de Lugano que aponta para a criação de um fundo especial:

[...] destinado a recolha das indenizações devidas por danos no ambiente e que deverão ser destinadas à recuperação do mesmo ambiente. [...] Na verdade, tememos que não passe de mais uma verba a enriquecer os cofres do Estado. É por isso que defendemos a criação urgente de fundos destinados à prossecução dos interesses ofendidos na ação de que tiver resultado a indenização pecuniária, fundos esses que deverão ser objeto de uma gestão mista em que o Estado desempenhe essencialmente um papel fiscalizador/moralizador, mas onde tenham voz privilegiada as associações representativas dos interesses respectivos. (1996, p. 209)

Por um lado, a Directiva 2004/35CE autoriza os Estados-membros a “dispensar o operador de custear as operações de reparação de danos ecológicos” provenientes de atividade por si desenvolvida em determinados casos, e nomeadamente quando inexistir culpa daquele, como afirma Gomes, (2009, p. 272-273) e assim, por um lado o legislador português “aproveitou esta ressalva e, no artigo 20º do RRPDE, libertou o operador da obrigação de pagamento de medidas de prevenção e reparação num conjunto de situações”, com especial incidência dos casos de responsabilização objectiva. Desse modo, o artigo 20º “aponta para dois

grandes grupos de casos: I. Responsabilidade por facto de outrem ou instrução administrativa; [...] II. Responsabilidade objectiva. (anexo III)”⁷.

Nesse sentido, aponta Patti, comparativamente, que, em algumas decisões dos Tribunais Americanos, “a impossibilidade de determinar lesados individuais levou o Tribunal a determinar a criação de um fundo com a função de indemnizar os prejuízos verificados”.(1979, p. 84).

Também, no Brasil, existem alguns Fundos para a defesa do Meio ambiente, o primeiro é o Fundo Nacional do Meio Ambiente, que foi instituído pela lei 7.797/1989 e é administrado pela União Federal, cujos recursos são provenientes de dotações orçamentárias da União, “e todos os recursos arrecadados destinam-se à educação e controle ambiental, pesquisa e desenvolvimento tecnológico, aproveitamento sustentável da fauna e flora, dentre outros”⁸.

Um segundo Fundo é o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos, instituído pela lei 9.008/1995, ratificado pela lei 9.240/1995 e inspirado na Lei 7.347/1985. Esse deveras importante para fins da Responsabilidade Civil Ambiental. Afirma Arruda que, havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo “gerido por um Conselho Federal, ou conselhos estaduais de que

⁷ Para Gomes: “A obrigatoriedade de constituição de garantias financeiras. O RRPDE estabelece um princípio de obrigatoriedade de constituição de garantias financeiras no artigo 22º – o qual só terá valência plena a partir de 1 de Janeiro de 2010 (artigo 34º). Só os operadores das actividades abrangidas pelo Anexo III estão inculcados a esta obrigação. As garantias podem assumir várias modalidades (**seguro; garantia bancária; participação em fundos ambientais ou outros**) – artigo 2º/2. Obedecem ao princípio da exclusividade – artigo 22º/3. E podem sujeitar-se limites mínimos, a fixar pelo Governo, através de portaria – artigo 22º/4. Sobre qualquer garantia financeira, obrigatória ou facultativa, incidirá uma taxa no montante máximo de 1% do respectivo valor, que reverterá integralmente a favor do Fundo de Intervenção Ambiental (artigo 23º/2 e 4 do RRPDE)”. (GOMES, 2009, p. 267-268).

⁸ “O Fundo Nacional do Meio Ambiente - FNMA é uma unidade do Ministério do Meio Ambiente (MMA), criado pela Lei nº 7.797 de 10 de julho de 1989 e regulamentado pelo Decreto nº 3524, de 26 junho de 2000. Tem a missão de contribuir, como agente financiador, por meio da participação social, para a implementação da Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA. O FNMA é o mais antigo fundo ambiental da América Latina e é referência pelo processo transparente e democrático na seleção de projetos. Seu conselho deliberativo, composto de 17 representantes de governo e da sociedade civil, garante o controle social na execução de recursos públicos destinados a projetos socioambientais em todo o território nacional. Ao longo de sua história, foram 1.446 projetos socioambientais apoiados e recursos da ordem de R\$ 270 milhões voltados às iniciativas de conservação e de uso sustentável dos recursos naturais.”. (MMA, 2019).

participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à recuperação dos bens lesados”. (2004, p. 69).

Nesse sentido a Jurisprudência no Processo AgInt no REsp 1399305/SP Agravo interno no Recurso Especial 2013/0276093-9 de relatoria da Min. Assusete Magalhães (1151), Órgão Julgador T2 - Segunda Turma. Data do Julgamento 20/09/2018. Data da Publicação/Fonte DJe 25/09/2018⁹. No Caso em tela, houve o derramamento de óleo no mar, por parte da “Transocean Maritime Agencies SAM”, cujo o valor da indenização restou perfectibilizado em US\$ 120.000,00 (cento e vinte mil dólares americanos).

Um segundo julgado importante, AgInt no REsp 1653783/SP Agravo Interno no Recurso Especial 2017/0030192-0 de relatoria do Min. Mauro

⁹ “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AMBIENTAIS. DERRAMAMENTO DE ÓLEO NO MAR. PRETENDIDA MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 20/06/2018, que julgara Recurso Especial interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73. II. Na origem, trata-se de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público Federal em face de Transocean Maritime Agencies SAM, objetivando sua condenação ao pagamento de indenização, a ser fixada por arbitramento, em decorrência de dano ambiental, consistente no derramamento de óleo combustível no mar. O Tribunal de origem negou provimento aos apelos do Parquet federal e do réu, mantendo a sentença de procedência da ação, que fixara o valor da indenização em US\$ 120.000,00 (cento e vinte mil dólares americanos). III. Em regra, “para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, verificando a correção dos valores fixados em indenização por danos ambientais causados, seria necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ” (STJ, REsp 1.682.963/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/10/2017). No mesmo sentido: STJ, AgInt no REsp 1.593.172/RS Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/08/2018; REsp 1.666.017/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017. IV. No caso, o Tribunal de origem, à luz das provas dos autos e em vista das circunstâncias fáticas do caso, manteve o valor da indenização em US\$ 120.000,00 (cento e vinte mil dólares americanos), considerando o volume do produto derramado, o grau de vulnerabilidade da área atingida, a toxicidade do produto, sua persistência no meio ambiente e mortalidade de organismos, além da primariedade do réu, quantum que não se mostra irrisório, diante das peculiaridades da causa, expostas no acórdão recorrido. Tal contexto não autoriza a majoração pretendida, de maneira que não há como acolher a pretensão do recorrente, em face da Súmula 7/STJ. V. Agravo interno improvido. Acórdão Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Francisco Falcão (Presidente), Herman Benjamin, Og. Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora. Notas Indenização por dano moral: US\$ 120.000,00 (cento e vinte mil dólares americanos). CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO - CORREÇÃO DOS VALORES FIXADOS EM INDENIZAÇÃO POR DANOS AMBIENTAIS STJ - REsp 1682963-SP, AgInt no REsp 1593172-RS, REsp 1666017-RJ Sucessivos AgInt no REsp 1399305 SP 2013/0276093-9 Decisão: 20/09/2018 DJe DATA: 25/09/2018.

Campbell Marques (1141) Órgão Julgador T2 - Segunda Turma Data do Julgamento 24/10/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 30/10/2017¹⁰, com veiculação de produto comercial com uso indevido do logotipo do Ibama, cuja reversão foi para o fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/1985, fixada a indenização em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) por publicidade enganosa e lesão ao patrimônio público, valor a ser revertido para fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/1985.

Também cumpre lembrar que, em Portugal, o Decreto-Lei n.º 147/2008, (RPRDE) de 29 de julho traz uma dualidade, um regime de responsabilidade civil subjetiva e objetiva, de ordem cível, assim como um regime de responsabilidade administrativa,¹¹ logo no preâmbulo e, portanto, na forma de reparação:

¹⁰ “PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AGRAVO INTERNO SUBMETIDO AO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VEICULAÇÃO DE PRODUTO COMERCIAL COM USO INDEVIDO DO LOGOTIPO DO IBAMA. DANO CONFIGURADO. REVERSÃO AO FUNDO PREVISTO NO ART. 13 DA LEI 7.347/1985. 1. O presente recurso especial decorre de ação civil pública em que condenada empresa por uso indevido do logotipo do IBAMA em lote comercializado de quinhentas caixas de sucos. Fixada indenização de R\$-30.000,00 (trinta mil reais) por publicidade enganosa e lesão ao patrimônio público, valor a ser revertido para fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/1985. 2. O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que não cabe reparação por danos morais a pessoa jurídica de direito público, como é o caso do IBAMA. 3. Agravo interno não provido. Acórdão Vistos, relatados e discutido esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Francisco Falcão (Presidente), Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães. DANOS MORAIS - PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO - IBAMA - NÃO CABIMENTO). STJ - RESp 1505923-PR.

¹¹ Gomes ainda refere: “Saber se uma causa cabe na jurisdição administrativa, tendo dimensão ambiental ou não, depende da natureza da relação jurídica – cfr. a alínea o) do artigo 4º, nº 1 do ETAF (bem como, embora apenas de forma tendencial, o artigo 212º, nº 3 da CRP). Ora, a natureza administrativa da relação jurídica desenha-se, em face da al. k) do nº 1 do artigo 4º ETAF – na qual se enuncia um lote de interesses difusos, entre os quais o ambiente –, em função do sujeito passivo, ou seja, do Réu/Requerido. Estando em causa a violação de normas jurídico-ambientais ou quaisquer obrigações de protecção do ambiente por parte de entidades públicas (ou por entidades que desenvolvam funções materialmente administrativas), a jurisdição administrativa será materialmente competente à luz desta alínea. Verificam-se, no entanto, outras situações, que serão até a maioria. Pense-se em que, no domínio ambiental, todos os projectos que possam causar impacto significativo devem ser previamente autorizados, ou seja, objecto de controlo prévio, através de actos permissivos ou normas condicionadoras das actividades dos sujeitos em determinados espaços. Voltar ao Índice 11 Repare-se que o recorte do objecto do pedido é decisivo: caso se esteja no campo da impugnação de actos ou regulamentos que alegadamente lesam o ambiente, a alínea que captura o litígio para os tribunais administrativos é a alínea b) do nº 1 do artigo 4º do ETAF. Porém, sublinhe-se que, nesse caso e na maior parte deste tipo de hipóteses, os oponentes serão sujeitos privados e tratar-se-á de relações de vizinhança cuja resolução, reflexamente, pode gerar efeitos benéficos para o ambiente/saúde em geral. Aqui, é preciso atentar com particular cuidado em como é conformado o objecto do pedido: se se ataca a validade do acto, o tribunal materialmente competente será o administrativo; mas se se ataca o efeito lesivo (v.g., ruído; trepidação, emissões

[...] por um lado i) «um regime de responsabilidade civil subjectiva e objectiva nos termos do qual os operadores-poluidores ficam obrigados a indemnizar os indivíduos lesados pelos danos sofridos por via de um componente ambiental»;

por outro lado, ii) «um regime de responsabilidade administrativa destinado a reparar os danos causados ao ambiente perante toda a colectividade, transpondo desta forma para o ordenamento jurídico nacional a Directiva n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Outubro, que aprovou, com base no princípio do poluidor-pagador, o regime relativo à responsabilidade ambiental aplicável à prevenção e reparação dos danos ambientais, com a alteração que lhe foi introduzida pela Directiva n.º 2006/21/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à gestão de resíduos da indústria extractiva».

Com isso, reafirme-se que existe uma diferença abissal entre a prática do sistema português e o sistema brasileiro, pois em Portugal, quando se trata de “Responsabilidade fundada em razões de protecção ecológica”, adverte Gomes, três são as observações necessárias. A primeira observação é “quando pensamos em responsabilidade no campo do Direito do Ambiente ou associamos tal hipótese à responsabilidade pela reparação de dano a algum componente ambiental ou ao ecossistema de forma restrita”, e traz, como exemplo, a “redução de exemplares de uma espécie protegida num parque devido à caça furtiva”, explica que são “hipóteses de dano à integridade de componentes ambientais naturais, que obedece a um regime próprio”¹².

atmosféricas) resultante da actividade autorizada pelo acto, sem se questionar a validade do mesmo, o tribunal competente será o comum – salvo se o vizinho-réu for uma pessoa colectiva pública, pois aí haverá captura pela alínea k) já referida”. (GOMES, 2019).

¹² Comenta a autora importante Acórdão: “Comece-se pela responsabilidade decorrente de vinculações ambientais. Parece ser uma fundamentação deste tipo aquela que anima a solução ratificada pelo Acórdão do TCA-Sul, de 24 de Maio de 2018 (proc. 1000/07.5BELRA), no qual se confirmou a imputação de responsabilidade por facto ilícito ao Município de Abrantes por ter licenciado, em erro indesculpável, uma construção em zona de REN. Mas repare-se que a acção foi apresentada pelo titular da licença em razão dos danos alegadamente sofridos durante três anos, período em que ficou impedido de prosseguir a construção por a Câmara Municipal se ter dado conta de que a

A segunda observação diz respeito à forma ampla “de se aliar a ideia à responsabilidade por danos pessoais ou patrimoniais às pessoas, provocados pela degradação da qualidade de componentes ambientais naturais com que contactam”, traz como exemplo “a contração de infecção pulmonar devido à inalação de poluição atmosférica”. Nesse caso, “trata-se de responsabilidade civil nos termos clássicos, que se resolve por apelo às regras do Direito Civil (artigos 483º e segs, e 562º segs do Código Civil)”. (2019).

Por fim, a terceira observação, apresentada por Gomes: “um terceiro grupo de casos em que o Direito do Ambiente – rectius: o interesse de protecção do ambiente – pode ser convocado como sustentáculo do pedido indemnizatório”. E eventualmente “uma quarta categoria de situações em que se verifica a compensação por facto lícito em nome de argumentos de tutela ambiental”¹³.

actividade decorreria em zona de REN e até ter “sanado” o licenciamento ilícito por alegado decurso do prazo de 10 anos. Na verdade, a filiação ‘ambiental’ deste caso é indirecta, porque o autor pede o ressarcimento de danos patrimoniais e a vinculação ecológica foi contornada através da sanação do acto autorizativo, que gerou uma desafecção implícita do terreno. Todavia, a ilicitude que está na base da condenação do Município por facto ilícito decorre da violação da restrição ao jus aedificandi gerada pela afectação do terreno à REN, que foi ignorada. A solução do caso prende-se estreitamente à delimitação do objecto do processo (delineado pelo autor), mas em bom rigor não nos chocaria que, caso coexistisse um pedido proposto por autores populares – ou mesmo por um munícipe, ao abrigo da “legitimidade popular autárquica” prescrita no artigo 55º, nº 2, do CPTA –, o Município tivesse que indemnizar também por dano ao ecossistema. Nessa hipótese, e porque não estaria preenchido pelo menos o âmbito subjectivo do RPRDE [*Que exige que o agente do dano o pratique no âmbito de uma “actividade ocupacional” – artigo 2º, nº 1.*], e perante a impossibilidade da reconstituição natural – uma vez que a ilegalidade foi sanada através da consolidação do direito de edificar em zona protegida –, restaria o cálculo de uma indemnização, a entregar ao Fundo Ambiental [*Indemnização essa que teria de ser calculada por recurso à figura dos “serviços ecossistémicos”, ou seja, não através de critérios económicos clássicos*].” (GOMES, 2019. p. 24-25).

¹³ Refere a outro importante Acórdão: “O segundo grupo de situações que penso ser autonomizável ocorre-me na sequência da releitura do Acórdão do TCA-Norte de 22 de Fevereiro de 2013 (proc. 00242/05.2BEMDL), sobre compensações a atribuir a proprietários de animais mortos em ataques de lobo ibérico (*canis lupus signatus* Cabrera, 1907). Esta espécie protegida caça por vezes animais que não são as suas presas naturais, por inexistência destas. Os danos causados a agricultores e pecuaristas devem ser compensados nos termos de legislação especial (a Lei 90/88, de 13 de Agosto, e o DL 54/2016, de 25 de Agosto) [*Os animais cuja morte merece compensação são, nos termos do artigo 8º, nº 2, do DL 54/2016, bovinos, caprinos e ovinos; equinos, asininos e seus cruzamentos; cães de protecção de rebanho e cães de condução de rebanho*]. Estas compensações são atribuídas a título de ressarcimento, mas também como forma de prevenir acções de legítima defesa dos animais pelos seus proprietários contra os lobos, objecto de medidas de conservação em razão da sua raridade. Nas palavras do TCA-Norte, “De referir, ainda, que será o Estado através do ente público aqui demandado [ICNF], enquanto ente com responsabilidade na condução e assunção dos procedimentos indemnizatórios, quem responderá pelos danos gerados a terceiros pela acção do lobo ibérico, responsabilidade essa que o mesmo assumiu em termos objetivos como um “preço” ou como um “custo” a suportar no quadro do desígnio de preservação/protecção dum espécime (fauna ou flora) em perigo ou em via de

Assim, percebe-se que Portugal possui um complexo e amplo sistema de responsabilidade fundada em razões de proteção ecológica e responsabilidade por danos ecológicos, de contencioso civil e contencioso administrativo. Por isso, novamente Gomes comenta sobre a Responsabilidade por dano ecológico, inclusive faz menção à desjudicialização que vem ocorrendo, com casos esporádicos:

O domínio da responsabilidade por dano ecológico levanta desde logo uma questão preliminar, que é a de saber se o modelo de desjudicialização implementado pelo RPRDE, na sequência da transposição da directiva 35/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril, inibe o acesso ao tribunal para efectivação da responsabilidade por danos a componentes ambientais naturais, ou apenas o suspende. O único aresto¹⁴ em que até hoje se mencionou o diploma foi o acórdão do TCA-Sul de 7 de Fevereiro de 2013 (proc. 05849/10), no qual se confirmou uma decisão do TAF, de condenação do Estado no pagamento de uma indemnização aos pescadores dos Açores por omissão de fiscalização da ZEE (pelo Estado) daquele arquipélago durante dois anos, a qual alegadamente teria facilitado a entrada de pescadores espanhóis

extinção e que constitui um precioso mecanismo ou meio de prossecução dos princípios do equilíbrio, da procura do nível mais adequado de ação/responsabilização no quadro do direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado (cfr. arts. 66.º da CRP, 02.º e 03.º da Lei de Bases do Ambiente), assim, como procede a uma justa repartição dos encargos com a conservação/preservação da natureza já que, se assim não for entendido, não poderá o Estado beneficiar do auxílio, ou da colaboração daqueles que sendo vizinhos ou vivendo naqueles habitats ou zonas de proteção de espécies ameaçadas ou em vias de extinção sejam vítimas da sua ação [v.g., criadores de gado, agricultores, etc.].” Como se vê, estamos aqui perante uma hipótese que não encaixa exactamente no figurino da responsabilidade civil – desde logo porque não há qualquer intuito de reconstituição in natura mas apenas de atribuição de um equivalente pecuniário em razão da perda patrimonial sofrida por sujeitos que tenham que sacrificar os seus animais à alimentação atípica de uma espécie protegida. No Acórdão referido, o Tribunal alargou a cobertura indemnizatória a danos morais sofridos pelos proprietários, que durante cerca de seis anos suportaram a presença de lobos ibéricos junto das suas explorações agrícolas, em razão da continuada inexistência de presas naturais, as quais devem ser introduzidas periodicamente pelo ICNF”. (GOMES, 2019, p. 24-25).

¹⁴ Refere sobre o Acórdão: “Muito recentemente, o STA foi chamado a apreciar um pedido de concessão da providência cautelar de suspensão de eficácia de uma resolução do Conselho de Ministros autorizando a requisição, a favor da APA, de um terreno de propriedade privada com vista ao depósito de resíduos e lamas poluentes do rio Tejo para permitir operações de limpeza. A ZERO requerereu a suspensão da eficácia dado que o terreno se integra na Área Protegida do Monumento Natural das Portas de Ródão, o que significa que, para reparar um dano em curso (ao Tejo) poderia provocar-se um dano nos valores de biodiversidade presentes no terreno. O STA, sem nunca mencionar o DL 147/2008, fez questão de sublinhar que a actuação da APA não integra o conceito de “actividade económica” (cfr. o ponto 4 do acórdão), afirmação que, implicitamente, coloca a operação de limpeza fora do regime daquele diploma – Acórdão de 14 de Junho de 2018 (proc. 0435/18)”. (GOMES, 2019, p. 24-25).

naquelas águas e resultado na pesca ilegal de várias toneladas de peixe. (GOMES, 2019, p. 29-30).

Também a Constituição Federal Portuguesa - CFP/76, segundo Leitão, “assume, no entanto, uma orientação clara no sentido de serem indemnizáveis os danos causados ao ambiente, em virtude de o seu art. 52º, nº3”:

[...] prever a possibilidade de os particulares, através do direito de acção popular, reclamarem para o lesado ou lesados, a competente indemnização, em virtude de ser afectada a preservação do ambiente. Trata-se de uma orientação clara no sentido indemnizatório dos danos ambientais, sujeita à aplicabilidade directa, nos termos do art. 18º da Constituição, embora necessite de ser concretizada pela legislação ordinária”. (2019, p.23-24).

Para o contencioso ambiental, afirma Gomes, “releva sobretudo a iniciativa popular que visa defender o interesse difuso ‘qualidade do ambiente’ (integridade dos componentes ambientais naturais), embora algumas *class actions* cujo móbil é a defesa da saúde individual” acabem, “por poder ter reflexos indirectos na qualidade do ambiente enquanto grandeza intrínseca e centrada na protecção do ecossistema e seus componentes” (GOMES, 2019, p. 12). Em outras palavras, a legitimidade popular é, em Portugal, “excepcionalmente aberta no que toca a cidadãos isolados ou constituídos em grupo informal”, como ONG’s:

As associações estão, como já se referiu, condicionadas pelo seu objecto estatutário, bem assim como as fundações (cfr. o artigo 3º, nº 1 da LAP). As autarquias locais também podem investir-se em actores populares, nos termos do nº 2 do artigo 2º da LAP, se estiverem a agir em defesa de “interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição”. Esta norma reclama uma interpretação hábil, tendo em mente a distinção a que aludimos, entre interesses difusos e direitos individuais homogêneos”. (GOMES, 2019, p. 13).

E adverte, que não há nenhum meio específico, seja exclusivo ou seja particular, de “tutela judicial do ambiente, ao contrário do que o revogado artigo 42º da anterior Lei de Bases do Ambiente (de 1987) poderia fazer crer”. Mas há duas exceções:

A utilização indiscriminada de meios processuais contempla, porém, duas exceções: uma, relativa ao uso da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, uma vez que o nº 1 do artigo 109º do CPTA pressupõe que o meio seja utilizado para permitir o ‘exercício, em tempo útil, de um direito...’, expressão pouco adequada à tutela de interesses difusos; a segunda prende-se com a desjudicialização (de partida) promovida pelo DL 147/2008, de 29 de Julho (Regime de prevenção e reparação do dano ecológico - RPRDE)”. (GOMES, 2019, p. 13).

Conclui nesse sentido Gomes que “o autêntico dano ecológico é sempre órfão: a sua prevenção e reparação só por representantes da colectividade pode ser levada a cabo, junto dos tribunais especializados em questões jurídico-públicas”. E mais:

Já assim se não passará caso a alegação diga respeito a um dano pessoal ou patrimonial do autor da acção, que *consumirá* (pelo menos numa primeira linha, respeitante à dimensão corpórea e individual do recurso natural) a dimensão ecológica do bem — uma vez que a legislação descarta a possibilidade de atribuição de indemnização a título de dano moral da colectividade —, e a ofensa seja perpetrada por entidade privada. Por outras palavras, pretendendo o autor/proprietário do bem ressarcimento por um dano que, *para si*, é primordialmente um dano patrimonial — ou tutela cautelar contra a sua efectivação —, os tribunais competentes para conhecerem a acção serão os tribunais cíveis sempre que a actuação lesiva não revestir natureza pública. Em contrapartida, insistimos, todas as acções populares para defesa da integridade dos recursos ecológicos *qua tale* deverão ser apreciadas pelos tribunais administrativos, ainda que o ofensor seja privado, pois a indemnização — materializada em prestações de *facere* a realizar no quadro

do Anexo V do RRPDE — reveste sempre natureza pública. No caso de sobreposição entre dimensões *patrimonialista* e *ecológica* do bem, cumpre lembrar a proibição de dupla reparação que resulta do artigo 10º do RRPDE, e que se poderá levantar perante situações de necessidade de ressarcimento que extravasem as operações de reconstituição natural (ou complementar). Pense-se, por hipótese, no proprietário de um montado de sobreiros cujas árvores morreram por contaminação de lençóis freáticos, em que o lesante foi condenado a promover o replantio: a reconstituição natural (sem embargo do tempo que demorará) não evita o incumprimento de contratos de fornecimento de cortiça assumidos pelo proprietário — são danos patrimoniais que devem ser ressarcidos nos termos gerais de Direito. (GOMES, 2009, p. 261).

Frise-se: a legislação portuguesa “descarta a possibilidade de atribuição de indemnização a título de dano moral da colectividade”.

Nesse passo, Gomes acentua que tanto a directiva como o RRPDE apostam em fazer “do cidadão um “zelador do ambiente” – na senda, aliás, da CRP que, no artigo 52º/3/a), afirma a consequência natural do alargamento de legitimidade procedimental e processual a qualquer cidadão para defesa de um bem de fruição coletiva.

De certa forma, ambos os diplomas se aproveitam da eventual “paralelização” entre dano ambiental/pessoal e dano ecológico para convidar o cidadão a tomar a ofensa à sua esfera jurídica como pretexto de defesa *também* dos componentes naturais. Frise-se, todavia, que o objecto do RRPDE (mau grado a *excrecência* do Capítulo II...) é o dano ao *ambiente*; daí que o objecto directo da denúncia e do pedido de intervenção seja a salvaguarda *deste* bem jurídico. O artigo 18º do RRPDE reconhece legitimidade para a denúncia de ameaça iminente¹⁵ de dano ecológico ou de verificação deste (devidamente documentada) em três situações (*vide* o nº 2): Caracterização de um dano patrimonial *directo*, actual ou provável — alínea c); b) Caracterização de um

¹⁵ Repare-se que a directiva, no artigo 12º/5, admite que os Estados-membros excluam o alargamento de legitimidade no caso de “mera” ameaça de dano. O legislador português, aqui bem mais ciente do parâmetro constitucional e legal, incluiu esta hipótese.

dano pessoal ou patrimonial *colateral*, actual ou provável — alínea a)¹⁶; c) Caracterização de um dano exclusivamente ecológico, denunciável por qualquer actor popular, nos termos dos artigos 2º/1 da Lei 83/95, de 31 de Agosto, e 53º/2 do CPA, a cujo elenco se deve aditar o Ministério Público (cfr. os artigos 26ºA do CPC, e 9º/2 do CPTA), ou seja, cidadãos, autarquias, Ministério Público, fundações e associações que tenham a defesa do ambiente como objecto estatutário (cfr. também o artigo 3º da Lei 83/95)”. (GOMES, 2009, p. 259-260).

Por outro lado, destacam Vieira e Christmann (2013, p. 172) que também o artigo 12, 1, da Directiva 2004/35/CE, “conduz a ambiguidades e dúvidas demonstradas pelas variáveis interpretativas acima estampadas, sendo algumas delas de resultado inócuo e outras de conclusões ilógicas”. Afirmam:

Assim, a par da possível ausência de clareza na linguagem e/ou de impropriedades técnicas, o que se conclui do sentido do dispositivo, em um primeiro momento, é a opção pela restrição das possibilidades de atuação do cidadão na gestão preventiva do risco ambiental – o que se torna mais grave diante da proeminência do papel da Administração neste novo sistema de responsabilidade, conforme destacado por autores – o que vai de encontro ao preconizado pelo Estado de Direito Ambiental, reformulado para atender às novas demandas da sociedade de risco. Defende-se, aqui, que o artigo 12, 1, da Directiva 2004/35/CE foi concebido de forma a limitar e dificultar o exercício da cidadania nas questões ambientais, na medida em que estabeleceu critérios de legitimidade no mínimo confusos, por vezes dispensáveis. Essa compreensão será ampliada e reforçada mediante o estudo comparativo das disposições da Convenção de Aarhus/1998 defende-se aqui que a referida Directiva, ainda que tenha sido vanguardista em alguns de seus aspectos, no

¹⁶ Julgamos que a diferença entre estas duas alíneas reside na afectação directa ou indirecta da esfera jurídica de um sujeito, embora sempre pressuponha a verificação de um dano ecológico *stricto sensu*. No primeiro caso, ao dano ecológico cumula-se um dano ao património do sujeito — *v.g.*, contaminação de solos agrícolas que impossibilita o aproveitamento económico dos mesmos. No segundo caso, o dano ecológico tem total autonomia em face do dano provocado ao sujeito, mas pode, *circunstancialmente*, reflectir-se na sua esfera pessoal ou patrimonial — *v.g.*, descarga de poluentes numa albufeira de barragem onde o sujeito se banha.

que se refere ao seu artigo 12, 1, mostrou-se muito aquém das concepções teóricas atuais que propugnam a gestão compartilhada do risco ambiental, assim como de diplomas legais anteriores – no caso, em específico, em comparação com a Convenção de Aarhus/1998. Entende-se, assim, que ela foi escrita na contramão das demandas ressaltadas pela globalização contra-hegemônica e promovidas pelo contexto da sociedade de risco. (2013, p. 179).

Dito de outra forma, o espaço para manifestações da comunidade (pareceres, análises, mais informações) enquanto sujeito, para que efetivamente se possa levar em consideração a opinião da população¹⁷.

O artigo 12 da Directiva 35/2004CE menciona um “Pedido de intervenção” e sofreu severas críticas, segundo Gomes, (2009) no que diz respeito ao “papel da Administração neste novo sistema de responsabilidade”, ao que Dias estabelece os critérios de legitimidade:

1. As pessoas singulares ou colectivas: a) Afectadas ou que possam vir a ser afectadas por danos ambientais; ou b) Que tenham um interesse suficiente no processo de decisão ambiental relativo ao dano ou, em alternativa; c) Que invoquem a violação de um direito, sempre que o direito processual administrativo de um Estado-Membro assim o exija como requisito prévio, têm o direito de apresentar à autoridade competente quaisquer observações relativas a situações de danos ambientais, ou de ameaça iminente desses danos, de que tenham conhecimento e têm o direito de pedir a intervenção da autoridade competente nos termos da presente directiva. Compete aos Estados-Membros determinar o que constitui «interesse suficiente» e «violação de um direito». Para tal e para efeitos da alínea b), considera-se que têm interesse suficiente as organizações não governamentais activas na protecção do ambiente e que cumpram os requisitos previstos na legislação nacional. Também se considera, para efeitos da alínea c), que essas organizações têm direitos passíveis de violação (2009).

¹⁷ Para Paulo Freire, em sua “concepção de educação [ambiental] visando possibilitar a todos os seres humanos que se percebam como sujeitos da mudança, através da compreensão crítica da realidade: esta é a pedagogia da autonomia”. (FREIRE, 1999).

Por derradeiro, no direito português, embora haja menção ao dano moral coletivo em prol do meio ambiente, em termos práticos, há muito poucos casos. Bem diferente do Brasil, que possui uma exacerbação, uma infinidade de casos.

Dentre os três tipos de responsabilidade existentes no Brasil, têm-se: 1 – **Administrativa**: resultante de infração a certas normas administrativas, sendo as sanções: multa simples, advertência, interdição de atividades, suspensão de benefícios, entre outras; 2 – **Criminal**: infrações penais ambientais, estão divididas em crimes contra a fauna, crimes contra a flora, poluição e outros crimes e crimes contra a Administração Ambiental; 3 – **Civil**: essa responsabilidade impõe ao infrator a obrigação de ressarcir o prejuízo causado por sua conduta ou atividade.

A que interessa particularmente, para os fins deste trabalho, é a Responsabilidade Civil Ambiental, pelo qual o poluidor/infrator/operador é obrigado a ressarcir o prejuízo, causado em razão da sua conduta ou da sua atividade, e tem como fundamento jurídico no Brasil o art. 225, §3º da CF/88, art. 14, §1º da Lei 6.938/81 e art. 927 parágrafo único do CC/02.

A regra geral é a reparação integral que deve ser a mais ampla possível, a fim de restaurar o meio ambiente ao estado natural anterior, quando possível, recuperar, restabelecer o *status quo ante*, levando em consideração as singularidades dos bens ambientais atingidos. Todavia, por vezes, inviável resta a obrigação de dar, fazer e não fazer, assim como a indenização de cunho pecuniário que deve ter um sentido também pedagógico, seja para o poluidor-degradador, como para a sociedade.

Dessa forma e com base no art. 4º, VII, da Lei 6.938/81, que estabelece como um dos objetivos da Política Nacional de Meio Ambiente o de imputar ao poluidor e predador, a obrigação de recuperar ou indenizar os danos por ele causados, tem-se a prioridade no sistema

brasileiro de reparação, ou seja, o retorno ao *status quo ante* ao dano ambiental, e a indenização pecuniária.

A regra é a restauração natural sempre (e em todas as nações), como no caso também emblemático dos Estados Unidos (§ 311 do *Clean Water Act*), em relação à recuperação natural do dano enquanto prioridade, visando-se reconstituir a situação anterior, restabelecer o *status quo ante*, como se o dano nunca houvesse ocorrido. (EPA, 2017).

Nesse sentido, no Brasil, o melhor julgado, de interpretação *in dubio pro natura* da norma ambiental, com a cumulação simultânea de obrigação de fazer, ou seja, reparação da área degradada, obrigação de dar, com a compensação ambiental e indenização em dinheiro, e ainda obrigação de não fazer, isto é, abster-se de uso e nova lesão, foi e é o RECURSO ESPECIAL nº 1.198.727-MG (2010/0111349-9) de relatoria do Min. Herman Benjamin:

Administrativo. Ambiental. Ação civil pública. Desmatamento de vegetação nativa (Cerrado) sem autorização da autoridade ambiental. Danos causados à Biota. Interpretação dos arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, e do art. 3º da Lei n. 7.347/1985. Princípios da reparação integral, do poluidor-pagador e do usuário-pagador. Possibilidade de cumulação de obrigação de fazer (reparação da área degradada) e de pagar quantia certa (indenização). *Reduction ad pristinum statum*. Dano ambiental intermediário, residual e moral coletivo. Art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Interpretação *in dubio pro natura* da norma ambiental¹⁸.

¹⁸ “13. [...] A jurisprudência do STJ está firmada no sentido da viabilidade, no âmbito da Lei n. 7.347/1985 e da Lei n. 6.938/1981, de cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar (REsp n. 1.145.083-MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4.9.2012; REsp n. 1.178.294-MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; AgRg nos EDcl no Ag n. 1.156.486-PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 27.4.2011; REsp n. 1.120.117-AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19.11.2009; REsp n. 1.090.968-SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010; REsp n. 605.323-MG, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 17.10.2005; REsp n. 625.249-PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31.8.2006, entre outros).

14. Recurso especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade, em tese, de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer e não fazer voltadas à recomposição in natura do bem lesado, devolvendo-se os autos ao Tribunal de origem para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e fixe eventual *quantum debeatur*. REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA n. 28.

Interessante registrar ainda a Súmula 629 do STJ, publicada em 2018, que pacifica esse entendimento: “quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar”¹⁹.

No Brasil, vale a menção dos dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2017) na publicação anual das ações por classe/assunto, foram ajuizadas 4.102 novas ações, em primeiro grau, em 2017, e 3.266 em 2018, versando exclusivamente sobre Responsabilidade Civil por dano ambiental. Note-se que o número de ações envolvendo a seara ambiental é alta e essas são resolvidas em sede específica de direito civil - ambiental. Veja-se:

Quadro 2 - Ações Por Classe CNJ 2017 – Dano Ambiental

Assunto - Nome1	Assunto - Nome2	Assunto - Nome3	1º Grau	2º Grau	Juizado Especial	Turma Recursal	Total
DIREITO CIVIL	Responsabilidade Civil	Dano Ambiental	4.102	4.088	25.825	517	34.532
Total			4.102	4.088	25.825	517	34.532

Status da Seleção:	
JN - Ano CA	2017
Classe - Nome	Obrigação de Reparar o Dano
Assunto - Nome3	Dano Ambiental

Fonte: CNJ (2017).

Comparando os dados referentes à 2018, (CNJ, 2018) percebe-se um decréscimo, de 4.102 para 3.266, na seara civil de 1º grau, assim como no total geral de 34.532 em 2017, envolvendo 1º grau, 2º grau, juizados

¹⁹ **Precedentes:** “REsp 605.323-MG (1ª T, 18.08.2005 – DJ 17.10.2005) REsp 625.249-PR (1ª T, 15.08.2006 – DJ 31.08.2006) AgRg no Ag 1.365.693-MG (1ª T, 22.09.2016 – DJe 10.10.2016) AgInt no REsp 1.196.027-RS (1ª T, 21.02.2017 – DJe 27.03.2017) AgInt no REsp 1.633.715-SC (1ª T, 02.05.2017 – DJe 11.05.2017) REsp 1.264.250-MG (2ª T, 03.11.2011 – DJe 11.11.2011) AgRg no REsp 1.154.986-MG (2ª T, 04.02.2016 – DJe 12.02.2016) AgRg no REsp 1.486.195-SC (2ª T, 03.03.2016 – DJe 11.03.2016) REsp 1.255.127-MG (2ª T, 18.08.2016 – DJe 12.09.2016) AgInt no REsp 1.577.376-SC (2ª T, 03.08.2017 – DJe 09.08.2017) REsp 1.669.185-RS (2ª T, 05.09.2017 – DJe 20.10.2017) – acórdão publicado na íntegra Primeira Seção, em 12.12.2018 DJe 17.12.2018”. (BRASIL. Súmula 629 do STJ).

especiais e turmas recursais²⁰, para 17.265 em 2018, o que representa um decréscimo de demandas e revisões por parte dos tribunais, mas ainda assim o número é elevado.

Quadro 3 - Ações Por Classe CNJ 2018 – Dano Ambiental

Assunto - Nome1	Assunto - Nome2	Assunto - Nome3	1º Grau	2º Grau	Juizado Especial	Turma Recursal	Total
DIREITO CIVIL	Responsabilidade Civil	Dano Ambiental	3.266	2.370	11.287	342	17.265
Total			3.266	2.370	11.287	342	17.265

Status da Seleção:

JN - Ano CA	2018
Classe - Nome	Obrigação de Reparar o Dano
Assunto - Nome	Dano Ambiental

Fonte: CNJ (2018).

Além dos casos em 1º grau, 2º grau, juizados especiais e turmas recursais, vale lembrar que também na corte superior – STJ, em 2018, foram mais 367 casos em 2018 e 352 em 2017.

Quadro 4: Ações Por Classe CNJ 2018 – STJ - Dano Ambiental

Assunto - Nome1	Assunto - Nome2	Assunto - Nome3	Assunto Casos Novos - Instância	STJ	Total
DIREITO CIVIL	Responsabilidade Civil	Dano Ambiental		367	367
Total				367	367

Status da Seleção:

JN - Ano CA	2018
Tribunal - Tipo Justiça	Superior
Classe Casos Novos - Tribunal Sigla	STJ
Assunto - Nome3	Dano Ambiental

Fonte: CNJ (2018).

²⁰ Funcionamento da Justiça Brasileira. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40oneodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 26 dez. 2019.

Todavia, a título exemplificativo, também na esfera de direito administrativo e outras matérias de direito público, a **indenização por dano ambiental**, quando a **Responsabilidade é da Administração/do Estado**, o número atinge o total de 1.087 novas ações, e total de julgados/revisões de 2.154, o que também é expressivo.

Quadro 9: Ações Por Classe CNJ 2018 – Indenização por Dano Ambiental

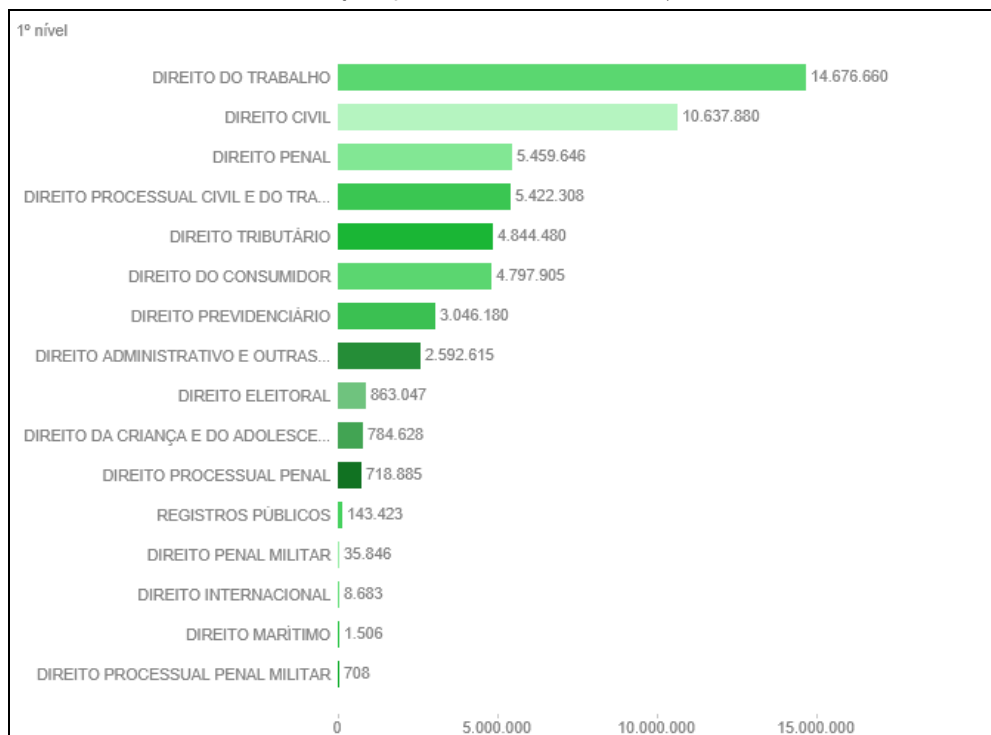
Assunto - Nome1	Assunto - Nome2	Assunto - Nome3	Juizado Especial	Turma Recursal	Total
DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	Responsabilidade da Administração	Indenização por Dano Ambiental	88	23	2.154
Total			88	23	2.154

Status da Seleção:	
JN - Ano CA	2018
Classe - Nome	Obrigação de Reparar o Dano
Assunto - Nome	Indenização por Dano Ambiental

Fonte: CNJ (2018).

Por outro lado, do total de ações ajuizadas em 2017 no Brasil, na esfera cível, em primeiro grau, são mais de 10 milhões de novos casos, o que é alarmante. (CNJ, 2018). Na seara ambiental, um dos motivos pelo aumento das ações foi o Desastre de Mariana em 2015. (BÜHRING; SACCHETTO, 2019, p. 10-20).

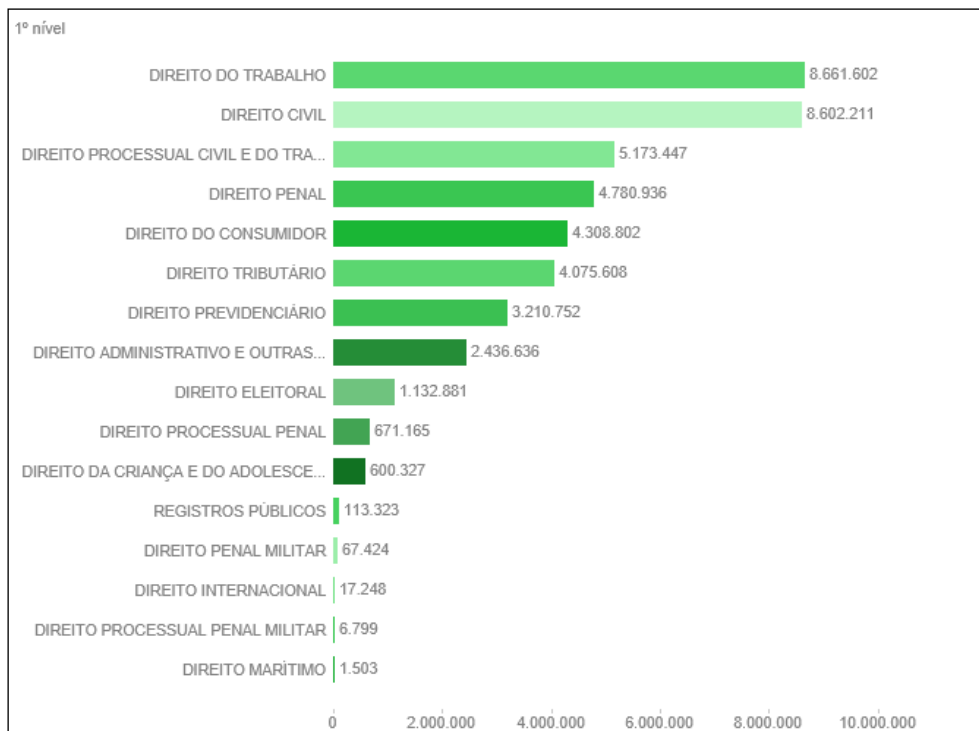
Quadro 5 - Total Geral de Novos Processos 2017



Fonte: CNJ (2018).

Em primeiro lugar, os dados mostram que a judicialização no Brasil é excessiva em todas as áreas. Ou seja, os números revelam que menos de 1% versa sobre danos ambientais, o que poderia parecer pouco, comparando-se as demais demandas, mas, em termos de prejuízos a todos; para as presentes e futuras gerações, é muito.

Quadro 6 - Total Geral de Novos Processos 2018



Fonte: CNJ (2018).

Percebe-se que mesmo com um decréscimo nas ações de âmbito civil, são 2 (dois) milhões a menos em relação ao ano anterior. Sendo que as demandas que contemplam o meio ambiente, em relação aos danos ambientais, em termos práticos, são ainda maiores, pois quando as demandas envolvem direito internacional, os números não aparecem nas ações de âmbito civil, e sim no direito internacional. Como se demonstrou acima, nem as ações que são contra a Administração/Estado estão contempladas neste número e, também, não estão contemplados os dados sobre crimes e infrações ambientais.

Quadro 7 - Crimes ambientais – Esfera Penal – 2018

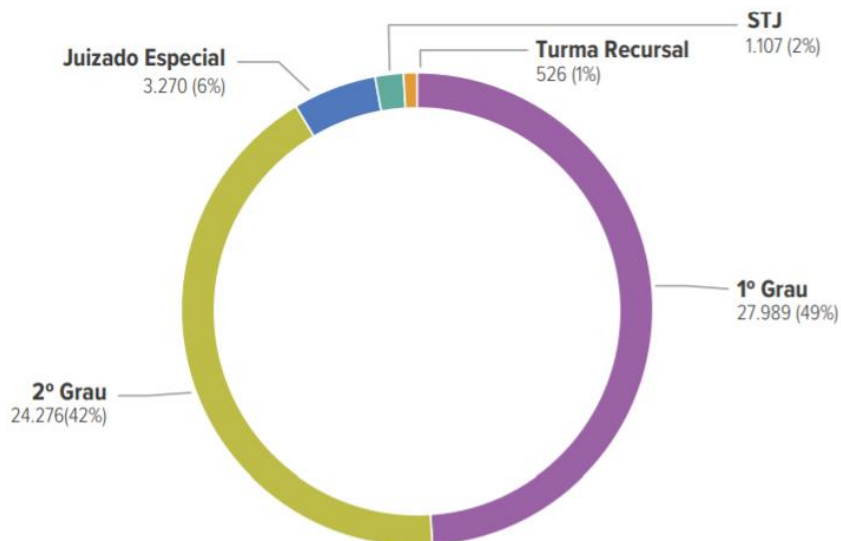
Classe - Nome1	Classe - Nome2	Classe - Nome3	1º Grau	2º Grau	Juizad o Espec ial	Tot al
PROCESSO CRIMINAL	Processo Especial	Processo Especial de Leis Esparsas	2.890	6	3.519	6.415
Total			2.890	6	3.519	6.415

Status da Seleção:	
JN - Ano CA	2018
Classe - Nome	Crimes Ambientais

Fonte: CNJ (2018).

Nem mesmo os crimes e infrações cometidos contra o meio ambiente (flora, fauna, patrimônio etc.) têm seus números registrados junto ao direito penal. Todavia, tem se mostrado frutífera a busca tanto judicial como extrajudicial das questões que envolvem a defesa e a preservação do meio ambiente, principalmente em relação ao dano moral coletivo, também chamado de extrapatrimonial.

Cumprе destacar que a partir da criação do **Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário**, em setembro de 2020, o CNJ, de forma inovadora traz num capítulo específico (Nº 13) dados precisos sobre a nova realidade no Brasil, pós pandemia. Dessa forma, a partir da análise dos dados estatísticos sobre os processos ambientais que ingressaram em 2020 no Poder Judiciário, constata-se que “a parcela mais significativa se encontra no primeiro grau, com 49%, tendo em vista que se trata de processos relativamente propostos no mesmo ano e que 42% se encontram em segundo grau”, conforme Figura 224 do Original CNJ.

Figura 224 - Número de casos novos ambientais em 2020, por instância

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

Por um lado, vale a pena destacar que há um significativo incremento no número de processos no ano de 2020, consistindo em um aumento de 17,9% em relação a 2019 (Figura 225) do Original CNJ.

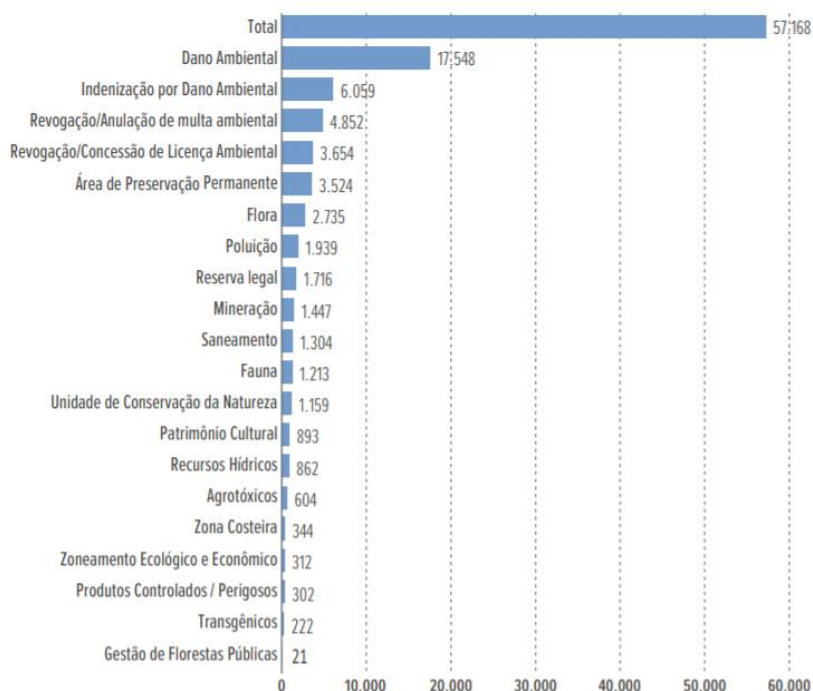
Quadro 9 - Série histórica do número de casos novos ambientais

Figura 225 - Série histórica do número de casos novos ambientais

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

Por outro lado, três são os destaques, 1 - dano ambiental, 2 - indenização por dano ambiental e 3 - revogação/anulação de multa ambiental, o que significa em termos práticos, o vínculo direto com a degradação do Meio Ambiente. (Figura 226) do Original CNJ.

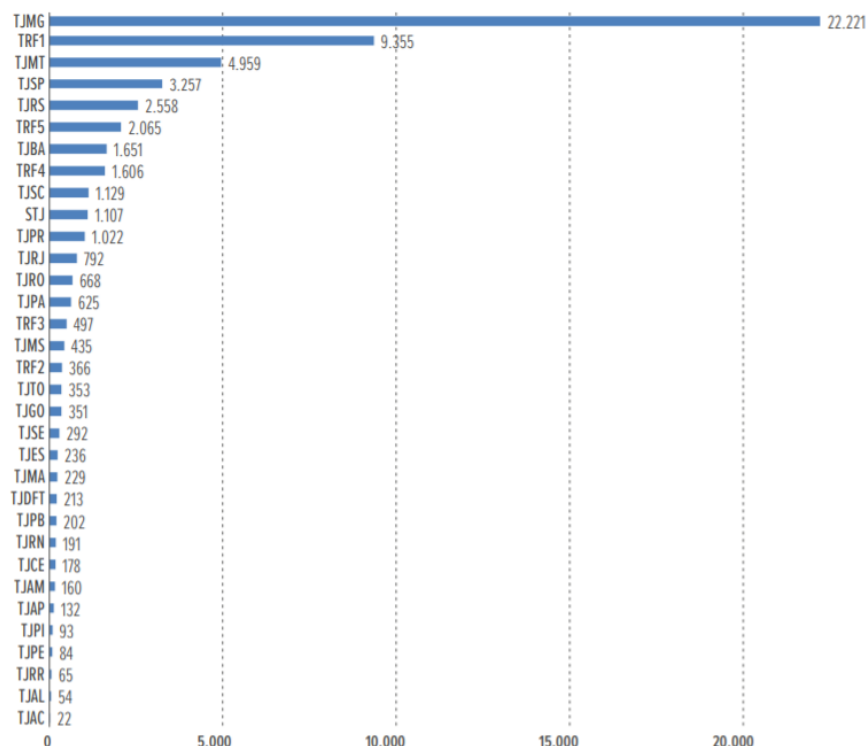
Quadro 10 – Assuntos ambientais mais demandados em 2020

Figura 226 - Assuntos ambientais mais demandados em 2020

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

Por fim, em termos práticos, os tribunais que mais possuem processos ambientais em números absolutos são o TJMG, TRF da 1ª Região, TJMT, TJSP e TJRS (Figura 227) do original do CNJ.

Quadro 11 – Número de casos novos ambientais, por Tribunal

Figura 227 - Número de casos novos ambientais, por tribunal

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

Os dados se justificam, são 22.221 ações no Tribunal mineiro - TJMG, pois os dois maiores desastres [crimes ambientais], ocorreram em 2015 em Mariana-MG e 2019 em Brumadinho-MG.

Ainda merece destaque, a publicação do CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público, enquanto recomendação para todos os MPs em nível nacional, numa tentativa de padronizar metodologias de valoração de danos ambientais. Participaram do trabalho 23 membros de Ministérios Públicos de 16 Estados, 52 Técnicos de MPs e 31 Técnicos de outros órgãos, universidades ou ONGs. São Diretrizes gerais para a Valoração Econômica

de danos ambientais, que dizem respeito a poluição, patrimônio cultural, flora, fauna silvestre, loteamentos irregulares e mineração. (CNMP, 2021).

Referências

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático, **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Rio Grande do Sul, v. 17, 1999.

ARRUDA, Paula Tonani Martteis de. **Responsabilidade civil decorrente da poluição por resíduos sólidos**. São Paulo: Método, 2004.

Aula Prof. Vasco Pereira da Silva, no Mestrado FDUL, janeiro 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Diretrizes para valoração de danos ambientais** / Conselho Nacional do Ministério Público. - Brasília: CNMP, 2021. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/14836-publicacao-sobre-diretrizes-para-valoracao-de-danos-ambientais-esta-disponivel-para-consulta>. Acesso em: 16 nov.2021.

BÜHRING, Marcia Andrea; SACCHETTO, Débora Duarte. A complexidade do dano ambiental e a responsabilização civil no caso Samarco. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, v. 86, p. 10-20, 2019.

BÜHRING. Marcia Andrea. Globalização e cidadania na incerteza de “Tempos Líquidos”. In: BÜHRING, Marcia Andrea; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (Orgs.) **Ecocidadania em tempos líquidos: o direito ambiental em debate**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016.

CNJ. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimioo3&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em 22 dez. 2018.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA EUROPA. Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, 1999, [Online]. Disponível em: <http://www.unece.org/env/pp/documents/cep43s.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2018.

CRUZ, Branca Martins da. Responsabilidade civil pelo dano ecológico – alguns problemas. Lusíada **Revista de ciência e cultura**. Série de Direito. Nº Especial, 1996.

DIAS, José Eduardo Figueiredo. Aspectos contenciosos da efectivação da responsabilidade ambiental – A questão da legitimidade, em especial. In: GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (Orgs.). **Actas do Colóquio: a responsabilidade civil por dano ambiental**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2009.

DIRECTIVA 2004/35/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 21 de Abril de 2004, relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0035&from=ES>. Acesso em: 15 out. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Clean Water Act., § 311. Disponível em: < <https://www.epa.gov/sites/production/files/2017-08/documents/federal-water-pollution-control-act-508full.pdf> >. Acesso em: 8 de dezembro de 2018.

Folheto da Directiva da Responsabilidade Ambiental da Comissão Europeia. Disponível em: https://apambiente.pt/_zdata/Instrumentos/Responsabilidade%20Ambiental/Folheto%20RA_CE.pdf. Acesso em: 20 maio 2019.

FREIRE, Paulo. Educação e mudança. São Paulo: Paz e Terra, 2007; FREIRE, Paulo. Pedagogia da Autonomia. São Paulo: Paz e Terra, 1999;

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais - R. TCMG**, Belo Horizonte, v. 35, n. 2, p. 15-46, abr./jun. 2000.

GOMES, Carla Amado. A Responsabilidade Civil por Dano Ecológico: reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho”. In: GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (org.). **Actas das Jornadas de Direito do Ambiente**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 15 de Outubro de 2008.Lisboa: [S. n.], 2009.

GOMES, Carla Amado. De que falamos quando falamos de dano ambiental? Direito, mentiras e crítica. In: GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (Orgs.). **Actas do Colóquio: a responsabilidade civil por dano ambiental**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2009.

GOMES, Carla Amado. **Tutela Contenciosa do Ambiente**: uma amostragem da jurisprudência nacional 2019. Disponível em: http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_justicaambiental_jul2019.pdf. Acesso em 16 out. 2019.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional em Crise**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HÄBERLE. Peter. **Série: Entrevistas Históricas. Disponível em**: <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-10/peter-haerberle-constitucionalista-alemao-constituicao-e-declara>. Acesso em:19 set. 2017.

KRÄMER, Ludwig. The Directive 2004/35 on environmental liability: useful? In: GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (org.). **Actas do Colóquio: a responsabilidade civil por dano ambiental**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2009.

LEITÃO, Luis Menezes. A responsabilidade civil por danos causados ao ambiente. **Actas do Colóquio**: A responsabilidade civil por dano ambiental. Faculdade de Direito de Lisboa Dias 18, 19 e 20 de Novembro de 2009. Organização de Carla Amado Gomes

e Tiago Antunes. Edição: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. www.icjp.pt Maio de 2010.

MMA. Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos>. Acesso em 20 dez. 2019.

MMA. Fundo Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/fundo-nacional-do-meio-ambiente>. Acesso em 20 dez. 2019.

PATTI, SALVATORE. **La tutela civile dell'ambiente**. Padova: Cedam, 1979.

PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues. A função social dissuasória da indenização por dano moral coletivo e sua incompatibilidade com a responsabilidade civil objetiva. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho** da 3ª Região, Belo Horizonte, v.56, n.86, p.37-52, jul./dez. 2012.

PORTUGAL. **Decreto Lei - DL147/2008**, que estabelece o Regime Jurídico da Responsabilidade por Danos Ambientais Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1061&tabela=leis&somiolo=. Acesso em: 10 dez. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **A Globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang e VIANNA, Rodrigo. A tutela dos Direitos Fundamentais e o STF como “legislador positivo”. **Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais**. EDIFIEO: Osasco, Ano 13, n. 2 (2013), p. 95-134.

STJ - REsp 1682963-SP, AgInt no REsp 1593172-RS, REsp 1666017-RJ Sucessivos AgInt no REsp 1399305 SP 2013/0276093-9 Decisão:20/09/2018 DJe DATA:25/09/2018.

STJ, AgInt no REsp 1.593.172/RS Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/08/2018; REsp 1.666.017/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017.

STJ, REsp 1.682.963/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/10/2017).

VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, v.1.

VIEIRA, Ricardo Stanziola Vieira; CHRISTMANN, Luiza. Responsabilidade Ambiental E Participação Popular: Comentários ao Artigo 12, 1, DA DIRECTIVA 2004/35/CE. **Revista FSA**, Teresina, v. 10, n. 4, art. 9, p. 164-182, Out./Dez. 2013.

O comum e o direito às cidades: aportes teóricos para repensar o direito ao espaço urbano

*Márcio de Souza Bernardes*¹

Introdução

O presente capítulo propõe-se a uma análise panorâmica das aproximações teóricas que permitam repensar o direito à cidade a partir do conceito de comum. O objetivo é compreender, num primeiro plano, o conceito de comum como uma nova categoria político-jurídica capaz de modificar as formas de pensar e produzir na sociedade contemporânea, bem como trazer à luz a carga semântica termo e como ele, hoje, passa a ser um dos debates centrais na sociedade capitalista contemporânea. A partir disso, o propósito é verificar como o comum se situa para além das categorias tradicionais de público e privado, para, por fim, verificar, a partir do conceito de direito à cidade, compreender como o urbano passa a ser compreendido como palco central do comum, seja pelos recursos comuns disponíveis na cidade, seja na própria cidade como resultado da produção do comum.

Neste sentido, busca-se trabalhar com o referencial teórico ancorado em Antonio Negri e Michael Hardt, mas buscando apoio em diversos autores que enfrentam o tema do comum, especialmente dos comuns urbanos. O texto, assim, encontra-se dividido em três subitens, através do

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Advogado. Professor do Curso de Direito da Universidade Franciscana. Membro-fundador e pesquisador da Rede do Comum. Pesquisador junto ao Núcleo de Estudos do Comum (NEC), junto à UFSM; desenvolve o projeto de pesquisa junto à UFN intitulado Direitos Humanos e Bens Comuns no novo constitucionalismo da América Latina: para além da dicotomia público-privado, ao grupo de pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio.

qual, no primeiro momento, será enfrentada a etimologia e a historicidade do termo *comum*. Num segundo momento será enfrentado o comum como um tema central no debate contemporâneo, especialmente na seara político-jurídica. Por fim, no terceiro momento, busca-se compreender as aproximações dos conceitos de direito à cidade com os comuns, e situar, de forma ampla, o debate atual sobre os comuns urbanos, abrindo-se a possibilidade de desdobramentos teóricos e práticos sobre a abordagem jurídica e social dos espaços urbanos.

1 O comum: etimologia e significações históricas de um termo polissêmico

A temática do *comum* tem sido tratada ao longo da história a partir de (e sob) diversos enfoques e tem sido objeto de estudos da filosofia, economia, sociologia, política e direito, a partir de diversos referenciais teóricos construídos ao longo da modernidade. Esta diversidade de abordagens acaba fazendo *do comum* um termo de tantas possíveis significações que, em grande medida, o torna vazio de sentido. Para Dardot e Laval (2015, p. 25) *o comum* tem sido utilizado “em contextos teóricos muito diferentes e que historicamente é sobrecarregado de conotações filosóficas, jurídicas, religiosas bastante heterogêneas”, de forma que o seu uso extensivo pode fazer parecer que o termo poderia ser considerado um “não-conceito” ou um palavra insignificante (2015, p. 27).

No entanto, não há dúvidas que o *comum* contemporâneo está presente nas mais aprofundadas discussões jurídico-políticas, tendo sido objeto de estudos e de práticas que apontam para um horizonte que busca ultrapassar as dicotomias que fundaram o direito moderno, tais como soberano-súdito, público-privado, estado-mercado, etc. Assim, esta primeira parte buscar esclarecer a partir de qual mirada concebemos o *comum* como uma categoria político-jurídica e uma prática de lutas, capaz de redimensionar a compreensão sobre direito à cidades sustentáveis.

Pierre Dardot e Christian Laval (2015) ao traçar uma espécie de arqueologia do comum, procuram compreender, a partir da articulação dos termos de origem latina *cum* e *munus*, o termo em seu surgimento. Segundo eles a raiz etimológica provém do termo latino *munus* que se refere ao *dom* ou dádiva, designando um fenômeno social referente a “um tipo particular de prestação e contraprestação que se refere a honrarias e recompensas, vantagens, vinculadas a cargos” (2015, p. 28).

Apoiados em diversos autores da literatura sociológica e etnológica², Dardot e Laval apontam que o estudo de diversas sociedades humanas demonstra que o termo *mutuum*, também derivado de *múnus* refere-se à reciprocidade. Não se trata, no entanto, segundo eles, de uma reciprocidade formal, mas uma reciprocidade coletiva, social, com forte carga política, inicialmente ligada à família e posteriormente compreendida como prestações e contraprestações concernentes a uma comunidade inteira.

Nesta esteira, o *múnus* seria ao mesmo tempo uma espécie de ação ou tarefa desenvolvida a partir de um agir comum, de sujeitos que se comprometem conjuntamente na cidade. Neste ponto, pois, logo de início já se pode vislumbrar a ligação originária entre as discussões urbanas e o *comum*. Segundo os autores, é justamente das reciprocidade coletiva, social, que provém o termo *remunerar* (como constitutivo do *múnus* enquanto *dom* e dádiva), bem como os termos referentes à estrutura

² Dardot e Laval, dentre os diversos autores da sociologia e a etnografia que utilizam em seu livro, apoiam-se aqui em uma das principais referências em Ciências Sociais, e especialmente na Antropologia, que é Marcel Mauss em seu *Ensaio sobre a Dádiva*. Nesta obra o autor faz uma espécie de história social da troca a partir de materiais etnográficos das Ilhas Trobriand, na Polinésia, e da Índia. O argumento de Mauss é no sentido de que, não o interesse, mas a reciprocidade do sistema de prestações e contraprestações é o fundamento das trocas. Curiosamente, duas tradições de intérpretes de Mauss surgiram: uma que enfatiza na obra dele a dádiva como origem das trocas, e outra que opõe a dádiva às trocas econômicas. Seu tio, Émile Durkheim, fundador da sociologia, já argumentava que o fundamento da socialidade é o conjunto de formas comuns de pensar, agir e sentir (daí as ideias de fato social, solidariedade social, consciência coletiva e integração normativa). De certa forma, toda a tradição francesa de sociologia é uma crítica do economicismo do interesse individual em favor de formas de prática, consciência (e cognição) e afetos compartilhados (com uma clara influência aristotélica e antiantianiana). Em diversos momentos do livro *comum*, verifica-se esta forte tendência dos autores nestas leituras sociológicas antiantianianas.

política de uma cidade como *município*, ou a designação seus cidadãos como *munícipes*, ou mesmo a palavra *imunidade*, que seria uma espécie de dispensa da responsabilidade, da taxa ou do imposto. Neste sentido,

se compreende, principalmente, que os termos "*communis*", "*commune*", "*communia*" ou "*comunio*", são formados todos eles pela mesma articulação de *cum* e *munus*, significando não apenas o que é "posto em comum", mas também e especialmente aqueles que têm "responsabilidades, obrigações, cargas em comum". O comum, *le commune* em Latim, implica sempre uma certa obrigação de reciprocidade relacionadas com o exercício das responsabilidades públicas. A conclusão que aqui chegamos é que o termo "comum" é particularmente apropriado para descrever o princípio político de coobrigação para todos aqueles que se dedicam à mesma atividade. (DARDOT e LAVAL, 2015, p. 29)

Vê-se, desde logo que o *comum* está longe de significar o banal, o vulgar, ou o "senso comum", conforme popularizado, sobretudo a partir de certas interpretações filosóficas de linhagem cartesiana que saparam o conhecimento científico do conhecimento comum. Trata-se de uma relação que, conscientemente ou não, todos aqueles que vivem e compartilham obrigações em um mesmo espaço, forçosamente desenvolvem. O comum aqui aparece como elemento próprio, ou mesmo fundador, da socialidade. Portanto, do ponto de vista etimológico, o termo comum provém da articulação do termo *cum* e *múnus*, designando assim um caráter de ação, de atividades recíprocas de trocas entre sujeitos que participam juntos de uma tarefa, de um ofício, ou de uma relação. Uma *coobrigação* que envolve inseparavelmente *dívida* e *dom*, que representa não só o que é posto em comum (*cum*), mas também um encargo comum (*múnus*).

Dardot e Laval (2015) também apontam para a utilização do termo para além da etimologia latina e buscam no pensamento grego,

principalmente em Aristóteles, a proveniência do termo *comum*. Segundo eles, o equivalente de *comum* na concepção aristotélica, é designado tanto no termo *koinôn* (instituição do comum) como do termo *koinônein* (pôr em comum). Para Aristóteles o “viver juntos” estaria vinculado ao compartilhamento de palavras e ideias, na deliberação entre os homens para produzir a legislação, os costumes similares e as regras de condutas. O termo *koinôn* implicaria em uma reciprocidade na qual os participantes de uma atividade compartilham um modo de existência, através de uma “prática associativa posta em comum” como condição do comum em todas as dimensões afetivas e normativas. (DARDOT e LAVAL, 2015, p. 30).

É interessante notar que a concepção aristotélica do agir comum, mostra-se irredutível a utilização do termo como adjetivo. O comum aqui é designado como um substantivo, o nome de uma relação através da qual se estabelece o vínculo de atuar. Dardot e Laval (2015, p. 266), investigando esta concepção de Aristóteles referem que o “viver juntos” é “próprio de quem vive em uma comunidade (*koinonia*) política” e que “este tipo de comunidade deve sua realidade a uma atividade de compartilhamento de palavras e dos pensamentos (*koinoneinn logon kai dianoias*)”, não de forma passiva, mas ativa, no sentido de “igualmente tomar parte” de uma comunidade. Consideram os autores, nesta leitura aristotélica, que não é a comunidade política, pré-existente, quem garante a atividade do compartilhamento, do *koinônein* (pôr em comum), mas ao contrário, é a própria atividade de compartilhamento que faz existir a comunidade política. É o próprio *agir em comum* que constituirá a comunidade política.

As concepções de comum, portanto, colhidas tanto da origem latina (*cum e minus*), quanto da origem aristotélica, apontam para uma discussão sobre o comum que remonta as origens sociais humanas. No entanto, ao longo dos avanços e retrocessos históricos, o pensamento

hegemônico moderno, reduziu *o comum* a uma categoria mediada pela ideia de propriedade, como algo estranho à apropriação ou passível de apropriação. Cabe-nos, agora, analisar a emergência do *comum* na sociedade globalizada, passando, por óbvio, por sua conceituação e pelas discussões econômicas, políticas e jurídicas que nos conduzirão à compreensão do comum como algo que, no interior da sociedade capitalista, é antagônico a ela, opondo-se, de forma irredutível a qualquer mediação. Trata-se, assim, de explorar o comum *versus* propriedade como principal antagonismo contemporâneo.

2 O comum como tema contemporâneo central no debate político-jurídico: para além do público e do privado

É importante esclarecer de início que quando se fala em *comum*, contemporaneamente, não se está falando necessariamente do *bem comum* ou dos *bens comuns*, muito embora estes conceitos integrem o *comum*. Trata-se de uma aposta em um novo conceito capaz de modificar as instituições da modernidade e de seu modo de produção³. Isto significa dizer que *o comum* tem a potência de atravessar as dicotomias construídas pela epistemologia moderna, propondo uma nova ética na prática política, uma religação entre homem-cultura-natureza, novas instituições de fundo cooperativo, baseadas na coobrigação, coabitação e na diversidade, que se projetam para além da dicotomia e dos espaços público-privado. O comum representa hoje, ao mesmo tempo, uma forma de reapropriação das riquezas naturais e das riquezas produzidas pelos seres humanos, através

³ Trata-se aqui, concretamente, da forma de sociedade capitalista, ou do modo de produção social típico da sociedade capitalista. O termo “modo de produção” criado por Marx, não é compreendido aqui a partir de um “significado unilateral econômico”. É um “conceito que designa a maneira como uma sociedade se organiza para produzir a vida social” (MIAILLE, 2005, p. 68). Compreende [...] a própria formação da sociedade capitalista, como o modo de viver, relacionar-se e sentir [...] O capitalismo é simultaneamente um sistema econômico, político, jurídico e cultural, que ordena e sustenta um tipo de sociedade (CAVA, 2013, p. 07). Trata-se, portanto, muito mais de um modo de produção de subjetividade.

da prática das lutas por liberdade, emancipação, formas autônomas de organização político-jurídica e democracia real.

Arriscando uma abordagem categorial do comum poderíamos dizer que, do ponto de vista lógico, ele existe de forma prévia, como base para todas as diferenciações existentes epistemologicamente na modernidade. Tanto a separação homem/natureza, ou sujeito/objeto, ou mesmo esferas pública/privada, são dicotomias que surgem a partir da distinção, da diferença analiticamente construída, a partir da “categoria” de comum e, desse modo, estes conceitos passam a obliterar a própria compreensão do comum. Neste ponto de vista, a saída lógica seria o caminho diverso da análise, ou seja, uma síntese dos conceitos que são novamente absorvidos por uma ideia “categorial” do comum. Em outras palavras, com o apagamento das dicotomias o conceito se restabelece e retoma o seu potencial semântico.

Contudo, este “apagamento” das dicotomias não pode ser realizado de qualquer forma. Conforme referiu Jean-Luc Nancy (2000), não podemos recair na “nostalgia da *comunidade* perdida”, ou seja, no comum compreendido como origem essencial. Esta síntese não pode significar a supressão da diversidade e da diferença, mas fazê-las emergir enquanto multiplicidades de diferenças. É assim que, numa perspectiva ontológica para compreensão do comum, Nancy (2000) afasta-se da ideia de unidade original e totalitária, deslocando a análise do comum para o “*fato de estar-em-comum*”. O autor entende o comum como condição ontológica do próprio ser e, portanto, uma condição de existência do ser. Nancy utiliza os termos *ser-com* e *ser-em-comum*, a partir da compreensão do “*ser-no-mundo determinado pelo com*”, de Heidegger, através do qual “o mundo é sempre o mundo compartilhado com os outros” (HEIDEGGER, 1988, p. 170).

Desse modo, pode-se compreender que no comum há uma espécie de existência-compartilhada, através da qual não há espaços para divisões do tipo sujeito/objeto, homem/natureza, na medida em que a experiência existencial do comum seria uma co-experiência recíproca, num encontro, partilha e afetações permanentes com o mundo. Assim,

o que aparece como “externo” ao homem também faz parte das condições concretas para que ele exista como uma “singularidade”. Não há separação entre sujeito (homem) e objeto (natureza), mas um processo concreto de diferenciação e atravessamento. “O mundo não é algo externo à existência, não é um suplemento extrínseco para outras existências; o mundo é a co-existência que coloca essas existências juntas”. E, no mesmo passo que o mundo é co-existência, a co-implicação da existência é também o compartilhamento do mundo. (MENDES, 2012, p. 144)

O comum, portanto, seria uma espécie de “ontologia primeira”. Por este motivo o comum não pode ser compreendido como um fim ideal e abstrato do Estado (promover bem comum), ou como algo que suprimiria a “identidade individual” e as diferenças, em nome de uma “identidade comum”, através da qual a igualdade se sobreporia à diferença. Durante muito tempo da tradição moderna, o comum foi simplificado, sendo utilizado como adjetivo vinculado à bem ou recurso, ou ainda com “algo” *em comum*, numa essência que remeteria a uma visão superficial de comunidade (*Gemeinschaft*) ou sociedade (*Gesellschaft*), compreendida como a união da “diversidade de indivíduos apropriadores”, conforme Antônio Negri (2003, p. 148), de forma transcendentalizada e abstrata, tornando-o vazio em seu conteúdo. A proposta de Jean-Luc Nancy vai em sentido diverso.

No entanto, para além da perspectiva de Jean-Luc Nancy, nas palavras de Pal Pelbart (2008), o *comum* é hoje entendido como “espaço produtivo por excelência”, que tem como requisito o que temos *em comum*

em termos de linguagem, saberes, imaginação e inventividade, todos produtivos. Do ponto de vista da subjetividade, *o comum* emerge das novas maneiras de se comunicar, de se relacionar, de se associar, de cooperar e estabelecer conexões e redes. É assim que podemos dizer que vivemos, compartilhamos e ao mesmo tempo produzimos um mundo comum. Nas palavras de Antônio Negri e Michael Hardt (2016, p. 7), “para o bem ou para o mal, todos compartilhamos um mundo que não tem um fora”, em permanentes relações que produzem novas relações e assim sucessivamente. Nas suas palavras:

pelo termo “comum”, referimo-nos, em primeiro lugar, à riqueza comum do mundo material – o ar, a água, os frutos da terra e todas as dádivas da natureza –, o que nos textos políticos europeus clássicos em geral é considerado herança da humanidade como um todo, a ser compartilhada por todos. Mais ainda, também consideramos fazerem parte do comum os resultados da produção social que são necessários para a interação social e para mais produção, como os conhecimentos, as imagens, os códigos, a informação, os afetos e assim por diante. Esse conceito de comum não coloca a humanidade separada da natureza, seja como sua exploradora ou sua guardiã; centra-se, antes, nas práticas de interação, cuidado e coabitação num mundo comum (...) Na era da globalização, tornam-se cada vez mais centrais as questões da manutenção, produção e distribuição do comum, nesses dois sentidos – de promoção e limitação – e tanto no contexto ecológico quanto socioeconômico. (HARDT e NEGRI, 2016, p. 8)

Michael Hardt (2011) e Negri e Hardt (2016) esclarecem os dois tipos de comum existentes nesta definição. De um lado o “*comum natural*”, que designa o planeta e todos os recursos que lhe são associados, relativamente mais inerte e tradicional, como o ar, os rios, as florestas, os campos, etc. De outro lado, o “*comum artificial*”, mais dinâmico, como sendo o resultado da criatividade e trabalho humanos, interno e como elemento constitutivo da sociedade humana. São exemplos deste “comum artificial”

as linguagens, os hábitos, os afetos, as ideias, as formas de se relacionar, os códigos comuns, etc., que constitui a comunidade política e é por ela constituído. Os autores referem ainda que estas distinções entre o “comum natural” e “artificial” tendem a desaparecer rapidamente na atual configuração da sociedade capitalista sob a forma do neoliberalismo, que procura expropriar e apropriar-se destes dois tipos de comum.

Para Michael Hardt (2011, p. 47), “mudou a composição do capital, como também as condições e os produtos da produção capitalista”, e consequentemente também se modificou a composição técnica do trabalho e as relações de propriedade sobre as quais o trabalho se produz. Pode-se dizer, desde logo, que essa mudança faz com que o resultado da produção contemporânea seja o próprio comum.

É neste cenário, e especialmente na relação e na luta entre propriedade, exploração e expropriação capitalista e a produção do comum, que o conceito emerge como base para novas formas de organizações sociais e político-jurídicas alternativas. Paradoxalmente, portanto, é justamente na constatação da mudança na composição do capital e das condições da produção capitalista, que se assenta esta tentativa neoliberal de expropriar, de privatizar o comum, nas suas duas dimensões (natural e artificial) e que permite ajustar a lente para enxergar que este comum esteve, até então, eclipsado nas formas da economia política, da política e do direito no modo de produção moderno.

Maurizio Di Masi (2014), no texto intitulado *Diritto e beni comuni: sugestione da due libre recenti*, citando Stefano Rodatà⁴, pensa no comum como uma nova categoria jurídica que transtorna tanto a dicotomia público-privado quanto o paradigma proprietário tradicional do sujeito

⁴ Há uma forte corrente na Itália de autores que tem dedicado estudos profundos sobre a relação *do comum*, dos *bens comuns* com as categorias jurídicas. Dentre eles podemos citar Maurizio Di Masi, Ugo Mattei, Stefano Rodatà, Giggi Ruggero, dentre outros, alguns apontando para o chamado direito *do comum*.

possuidor, e se constitui em uma ideia diferente de política e sua forma, capaz de construir uma subjetividade política, de redistribuir poderes, sendo, portanto, um tema constitucional contra a insustentabilidade crescente da “lei natural dos mercados”.

É justamente numa conjuntura de aprofundamento do modo de produção capitalista e de suas instituições (Estado, direito, política), que durante a modernidade buscaram sufocar e conter o comum transformando-o em um “fantasma que permanentemente assombra a dita modernidade capitalista” (Rivera Lugo, 2010), que se encontram as crises globais contemporâneas e as condições de possibilidade para o (re) surgimento do comum como tema central de nosso tempo.

Pelo menos desde a publicação de *The traged of commons* (1968), por Garret Hardin, e das posteriores pesquisas e contraposições às suas teses por Elinor Ostrom, Prêmio Nobel de economia em 2009 em razão de seu trabalho sobre a gestão dos *commons*⁵, o tema do comum tem sido cada vez mais presente no vocabulário das ciências sociais e sociais aplicadas, ganhando contornos bem mais sofisticados no que podemos chamar de teoria do comum⁶ a partir das pesquisas de Antônio Negri e Michael Hardt.

Na construção teórica de Antônio Negri e Michael Hardt o comum vem se afirmando como o conceito de um outro modo de produção,

⁵ Este texto inaugurou grandes debates travados em torno do comum, nos campos da economia, da ecologia, do direito, e da teoria política. Enquanto Garret Hardin viu no comum uma tragédia ecológica, econômica e política a médio e a longo prazo, Elinor Ostrom demonstra em suas pesquisas que os *commons* podem ser geridos de forma sustentável a partir de arranjos institucionais locais, de acordo com cada situação. Na obra de Garret Hardin, *A tragédia dos comuns* e outros escritos posteriores, o foco está no problema do livre acesso que levaria necessariamente à deterioração dos bens comuns. Se todos tivessem livre acesso aos bens comuns haverá uma procura cada vez maior que provocará inevitavelmente a sua extinção. Indivíduos racionais, para Hardin, vão sempre querer maximizar seus ganhos pessoais em detrimento dos outros. Para Elinor Ostrom, por sua vez, o que está implícito neste paradigma é uma concepção limitada de humano que não tem porque ser assumida como pressuposto. A existência de pessoas que se comunicam e que são capazes de abrir mão de seus interesses pelo comum depende, de fato, das relações sociais em que estão inseridas.

⁶ Conforme apontam Dardot e Laval (2015), Antônio Negri e Michael Hardt “proporcionaram a primeira teoria do comum [...] que tem o mérito histórico de mover a reflexão do plano das experiências concretas dos *commons* (no plural), para um projeto mais abstrato e politicamente ambicioso de comum (no singular)”.

através do qual surgem novas subjetividades, novas formas de relação, compartilhamento, coabitação, ancorado na prática das lutas pelo comum e em comum, onde a propriedade privada perde gradativamente seu protagonismo cada vez que busca se estender sobre os espaços comuns. Isso remete a pensar outras formas de organização da sociedade, outro direito, outras relações políticas, baseadas no comum, para além das perspectivas do público e do privado, do Estado e do Mercado, que no extremo da sua tradução política se resume na divisão moderna entre Estados Capitalistas e Estados socialistas.

Neste sentido, a teoria do comum considera o Estado e o Mercado as duas pontas da mesma expropriação e, desse modo, desafia “as dicotomias da modernidade (indivíduo/coletivo; interesse privado/interesse público; direito subjetivo/direito objetivo; natureza/cultura; sujeito/objeto)” (MENDES, 2012b, p. 18), propondo sua superação. Não é por outro motivo, portanto, que o tema é o centro do debate contemporâneo.

Por fim, impera registra que o *locus* privilegiado deste debate contemporâneo sobre o comum, e sobre novas experiências fundadas no comum, tem sido as metrópoles e os centros urbanos. Especialmente a partir do ingresso das discussões ecológicas na seara político-jurídica, e frente à dinâmica dos centros urbanos, as cidades passaram a ser o eixo central das investidas de expropriação dos espaços comuns e, ao mesmo tempo, laboratórios profícuos de alternativas de auto-gestão, de resistência política, etc. Assim, passaremos a investigar como o Direito à Cidade, a partir de Henri Lefbvre, permite pensar as conexões entre o comum e o urbano, redimensionando assim as possibilidade de pensar a cidade.

3 Direito à cidade: entre os comuns urbanos e a cidade como produção do comum

A noção contemporânea de direito à cidade tem sua raiz na obra-manifesto de Henri Lefebvre, *Le droit à la Ville*, publicado originalmente em meados do ano de 1968 e, portanto, em meio às lutas que, especialmente em Paris, ganharam as ruas e a história. Lefebvre empreende uma forte crítica não só as concepções burguesas do urbanismo, mas ao urbanismo positivista, industrial, onde o direito à cidade se reduz a questões espaciais e matemáticas. A principal preocupação do autor era com os efeitos desta concepção frente a maior parte da população, carente, privada de mobilidade de acessos amplos a determinados locais da cidade, e que acabam, ao fim e ao cabo, por ser mais objetos do que sujeitos do espaço social.

Neste sentido, a obra de Henri Lefebvre funda uma tradição crítica do urbanismo capaz de permitir o estabelecimento das conexões necessárias entre o comum e os espaços criativos das cidades, especialmente nas demandas mais prosaicas como moradia, transporte, trabalho, espaços comuns, vivências comunitárias e comunicativas, capazes de ressignificar a condição cidadãos como sujeitos na construção da própria cidade, através dos processos de produção social do espaço. Nesta perspectiva, o direito à cidade repousa na luta pelo direito de criação e plena fruição do espaço social, com participação nas decisões através de instrumentos de democracia direta, resultando em um controle direto das pessoas sobre a forma de desfrutar a cidade, produzida como obra humana coletiva.

Nesta toada, o direito à cidade é o direito de todos os cidadãos, habitantes da cidade, de sentirem-se parte e construtores destes espaços urbanos, dos locais onde se habita, através da participação direta neste processo de construção social. Para David Harvey (2009), o direito à cidade

“é mais do que poder utilizar o que já existe, mas é o poder de transformar a cidade em algo racionalmente diferente”. (2009, p. 269). No entanto, conquista destes direitos passa pela luta urbana estabelecida hoje no centro da disputa capitalista e neoliberal, através da qual a cidade se torna o espaço privilegiado das expropriações do comum.

Para compreender isso é necessário compreender que David Harvey, dedicando-se à análise das características do capitalismo contemporâneo, situa sua análise nas dimensões espaço-tempo, buscando relacionar a teoria da acumulação aos processos de expansão geográfica do capital, especialmente situado nas grandes metrópoles. Harvey entende que a acumulação primitiva, conforme descreve Karl Marx em *O capital*, não se situa somente na gênese do capitalismo, mas que continua existindo ao longo da sua história, de modos e formas diversas, apontando que esta acumulação hoje se apresenta, por exemplo, nas formas de violação dos direitos de propriedade intelectual, biopirataria, destruição dos recursos ambientais globais e a privatização dos serviços públicos, dentre outras.

Nesta perspectiva, o autor analisa as formas pelas quais o capitalismo atualmente busca aumentar suas possibilidades de acumulação, dentre as quais está a “penetração do capital em novas esferas de atividade, mediante a organização das formas preexistentes de atividade ao longo de linhas capitalistas [...], a expansão geográfica do capital e [...] organização do consumo, criação de novos desejos e necessidades, e diversificação da divisão de trabalho” (HARVEY, 2006, p. 48). Em outras palavras, o autor propõe, analisando mais especificamente o atual capitalismo financeiro nesta fase neoliberal, que a acumulação por desapossamento, não é um tipo de acumulação original, mas é uma forma permanente do capitalismo que tende a converter-se em modo dominante, principalmente em meio às crises de sobreacumulação do capital.

A acumulação por desapossamento, portanto, segundo Harvey, refere-se ao conjunto resultante da especulação exercida pelo poder do capital e do Estado, e afirma que esta convivência permanente e estreita entre capital e Estado, e a acumulação dela decorrente, se constitui no “sistema nervoso central” da acumulação do capital na fase do neoliberalismo.

Essa forma de acumulação se exerce tanto na periferia, através da destruição de culturas, pilhagem de recursos naturais e humanos, como também no centro do sistema capitalista, mediante o roubo e a eliminação dos mais frágeis dentro do sistema. Para o autor, com a utilização da bolsa de valores, da destruição deliberada e estruturada de ativos através da inflação, da venda de patrimônio de fusões e aquisições, da manipulação de crédito e de níveis de dívida, grande parte da população, mesmo nos países capitalistas, é reduzida a uma espécie de escravidão pelo débito, num verdadeiro roubo das formas de subsistência de inúmeras pessoas.

Esta lógica não fica adstrita ao mercado, ou ao mercado financeiro global exclusivamente, de forma interna, mas também envolve a ação de governos, numa permanente relação entre capital e Estado. Inúmeros casos são citados por Harvey, como quando os sistemas de aposentadoria pela repartição de recursos são encampados por instituições privadas de previdência, ou quando as universidades públicas são dilapidadas em proveito de estabelecimentos privados de ensino, ou mesmo quando pesquisas realizadas internamente às universidades públicas são utilizadas exclusivamente por empresas privadas. Nestes casos, através de atos de governo, impõe-se a apropriação privada dos espaços, dos recursos naturais, das produções científicas.

Este, portanto, é um ponto importante na leitura de David Harvey, sobretudo no que se refere a um dos temas reiterados nas lutas contemporâneas do comum, como rejeição tanto da lógica do mercado

quanto do Estado. Trata-se do fato de que os mecanismos pelos quais se estabelece a acumulação por desapossamento estão ligados, como referimos anteriormente, à vinculação inseparável do capital e do Estado. Ou seja, os protagonistas destas formas de acumulação não são mais mecanismos endógenos clássicos do capitalismo, como a exploração de *mais-valor* da relação de trabalho, mas o conjunto dos meios políticos e econômicos que permitem a sustentação da classe dominante e as suas possibilidades de apoderar-se dos espaços comuns, da propriedade pública ou patrimônio cultural e social coletivos, tendo as cidades como seu palco privilegiado.

Esta análise de Harvey (2004) dá conta, certamente, das práticas neoliberais observadas a partir das crises econômicas globais nos últimos anos que, segundo ele, são decorrentes de sobreacumulação do capital, e cuja resposta se dá a partir dos processos de privatizações de empresas públicas, das administrações de estados sob a lógica empresarial, de serviços de saúde, educação e seguridade social, etc..

Nos últimos anos, a privatização (da habitação social, das telecomunicações, dos transportes, da água, por exemplo, na Grã-Bretanha) tem aberto campos muito amplos ao capital sobreacumulado. O afundamento da URSS e a posterior abertura da China suscitaram a liberação massiva de ativos, até então não disponíveis, à corrente principal de acumulação do capital. Que teria sido do capital sobreacumulado durante estes últimos trinta anos se não tivesse se apresentado estes novos terrenos de acumulação? (HARVEY, 2004, p. 177)

Em outras palavras, tudo aquilo que representou em certa medida o comum ou o mesmo o Estado de bem-estar social (*welfare*) e que, também em certa medida permaneceu fora do controle exclusivo do mercado e da competição, nesta atual fase do neoliberalismo, especialmente a partir da década de 1980, é objeto desses novos processos de desapropriação em

nível mundial, e tem sido evidentes e vorazes em países como os da América Latina, Ásia e África. Este processo se dá a partir de políticas neoliberais adotadas pelos próprios Estados nos desmontes das máquinas públicas. Ou seja, David Harvey demonstra, com inúmeros acontecimentos e casos concretos, que atualmente, na acumulação por desapossamento, o Estado é uma das mãos da lógica profunda do capital. E neste meio, as lutas e reivindicações tendo o comum como bandeira, sobressaem-se. Isso porque as lutas sobre o comum rejeitam tanto a hegemonia do mercado quanto do Estado, tanto do Privado quanto do Público.

Justamente por isso, David Harvey, passa a debruçar-se sobre os debates referentes ao comum, e dialogar com Negri e Hardt, Dardot e Laval, além de retomar os debates entre Hardin e Ostrom. Neste sentido, ainda segundo Mendes (2012, p. 96), Harvey acenaria para o aprofundamento dos estudos sobre a acumulação por desapossamento do comum, e a partir de 2011, dedicou um artigo intitulado “*The Future of the Commons*” à discussão levantada por Garrat Hardin, Elinor Ostrom, Negri e Hardt, através do qual admite que o comum não é só algo apropriado pelo capital, mas que se estabelece a partir de uma produção contínua nas lutas e nas relações sociais, e que esta produção tem sido alvo permanente do capitalismo e da acumulação por desapossamento. Em outras palavras, Harvey admite, na leitura de Mendes (2012) que o centro do conflito contemporâneo se estabeleça entre a “produção do comum” e as novas formas de acumulação do capital.

Esta mudança no pensamento de David Harvey é determinante para uma leitura mais aprofundada entre a produção do comum e os espaços urbanos, a ponto de se estabelecer, a partir daí, uma série de pesquisadores que passaram a se debruçar sobre os temas dos comuns urbanos ou mesmo do urbano, da cidade como um comum. Neste aspecto, destaca-se

a tese de João Bosco Moura Tonucci Filho (2017) que enfrenta diretamente o tema e propõe a hipótese de que existe já na obra de Lefebvre, uma teoria do comum urbano. Nas palavras de Tonucci Filho:

Defendo que que uma abordagem teórica formulada a partir das contribuições do filósofo e sociólogo francês Henri Lefebvre (1901-1991) pode oferecer uma ponte de diálogo e possível reconciliação entre essas dimensões e âmbitos apartados, e destarte um caminho para se conceber teoricamente o *comum urbano* como realidade e conceito crítico que se iluminam mutuamente. Delineia-se aqui uma certa aposta: a de que a emergência nas últimas décadas das teorias e das práticas do comum contribui para destacar a atualidade do pensamento lefebvriano, e de que tal pensamento tem vigor crítico e robustez teórica potentes para aproximar o comum e o urbano, tal qual sugerido por Kip (2015). Ademais, acredito ser válido afirmar, feitas todas as ressalvas e contextualizações históricas necessárias, que *existe uma teoria do comum em Lefebvre*, orientada por suas preocupações com a vida cotidiana, o urbano e a produção do espaço. (TONUCCI FILHO, 2017, p. 139)

Tonucci Filho (2017), propõe uma vasta incursão sobre a literatura, sobretudo estrangeira, sobre o direito à cidade e o comum, e aponta que é bastante nítida a divisão entre aqueles que, analisando o tema do comum na cidade, dedicam sua observação aos bens e recursos coletivos, tais “como espaços públicos (parques, praças etc.), ruas e calçadas, edifícios e terrenos abandonados, lotes vagos, hortas comunitárias, centros culturais autogeridos, transporte público, energia e água, etc.”, enquanto outros propõe um olhar para além dos bens e recursos, e situam sua análise nas dimensões imateriais, ou artificiais do comum urbano, como Hardt e Negri, que focam em “práticas culturais, circuitos intelectuais, redes afetivas e instituições sociais”.

O autor, além disso, propõe que não exista, de fato, esta separação entre bens públicos e produção do comum, ou, em outras palavras, entre

a perspectiva do comum “natural” e do comum “artificial”, mas, como entendem Hardt e Negri (2012), que ambos compõe o comum urbano. A tese de Tonucci Filho passa por sustentar que as duas perspectivas, do que chama *comuns urbanos* e a *cidade como comum* se entrelaçam e complementam. Assim, entende a cidade como

espaço diverso de muitos *comuns urbanos* (bens, recursos e espaços comuns), e a *cidade como comum*, em sua totalidade de espaços, relações e oportunidades associadas à complexidade e riqueza da vida urbana. Nos termos de Hardt e Negri (2009), a cidade é tanto fonte quanto receptáculo da produção do comum. Desse modo, considero que a cidade – espaço de centralidade, reunião e encontro; espaço de mediação (p. 108) entre a ordem distante do capital e do Estado e a ordem próxima da vida cotidiana; espaço de diferenças (Lefebvre, 1999) – tanto fomenta a produção de comuns urbanos, quanto é por ela enriquecida, por isso sendo reconhecida e defendida como comum. (TONUCCI FILHO, 2017, p. 112)

Portanto, é essa possibilidade de diferentes modos de produzir socialmente, de modos diferentes de formas de vida, que passa a ser o foco de atenção e pesquisas nas cidades. Além disso, o direito das cidades, o direito urbanístico, as políticas públicas urbanas ganham, a partir destes aportes teóricos, outra dimensão. As produções sociais que se estabelecem na e com a cidade, recriando-a, possibilitam pensar formas as relações de co-habitação, cuidado mútuo e recíproco, bem como, o potencial de autonomia e emancipação de todos que habitam a cidade, como resultado do trabalho socialmente cooperativo, que determina o que é o comum urbano.

Vê-se, assim, novos horizontes possíveis de pensar o direito e a cidade, redimensionando os significados trazidos pela etimologia da palavra *comum*, especialmente no que refere ao elemento próprio, ou mesmo fundador, da socialidade. O termo *comum* como articulação do

termo *cum* e *múnus*, designando assim um caráter de ação, de atividades recíprocas de trocas entre sujeitos que participam juntos de uma tarefa, de um ofício, ou de uma relação. Uma *coobrigação* que envolve inseparavelmente *dívida* e *dom*, que representa não só o que é posto em comum (*cum*), mas também um encargo comum (*múnus*), superando assim as amarras do público e do privado e possibilitando novas categorias de pensado e ação.

Considerações finais

O presente trabalho não teve pretensões maiores que a de lançar alguns pontos importantes para refletir sobre o direito à cidade e ao espaço urbano. Dentre estes pontos está a centralidade do comum como um conceito que permeia as lutas contemporâneas contra o neoliberalismo e contra a hegemonia das estruturas públicas e privadas, que obliteram as alternativas possíveis de construções cooperativas, de cuidado e reciprocidade que se estabelecem no conceito de comum.

Assim, demonstrou-se que o comum possui uma longa trajetória conceitual, remontando os debates mais primitivos referentes à própria socialidade e política, especialmente na sua origem latina, que permite pensar as possibilidades de uma socialidade fundada em obrigações recíprocas e tarefas comunitárias, de onde, aliás, se originam diversos termos ligados à cidade, tais como município, município, imunidade, etc. Posteriormente, viu-se que, contemporaneamente, o comum é compreendido como um espaço de lutas que se estabelece no interior do capitalismo contemporâneo. Principalmente a partir de Hardt e Negri, é possível perceber que as formas emergentes do comum (comum natural e comum artificial), são possibilitadas pelas mudanças profundas nesta atual fase do capitalismo. Deste modo, o comum passa a ser compreendido como uma forma de ultrapassar os mecanismos modernos de estruturação

do político e do jurídico, quais sejam, as esferas privada e pública, representadas pelo mercado e pelo Estado.

Nesta seara, a cidade, a metrópole, passa a ser o palco principal das disputas do capitalismo contemporâneo, que busca sempre ampliar os seus espaços de concentração e reprodução, gerando processos urbanos de gentrificação, desigualdades, e ausência de direitos básicos. Com isso, o comum passa a ser uma possibilidade de repensar os padrões urbanos.

Assim, verifica-se que o conceito de direito à cidade pode ser um elemento teórico capaz de unir os conceitos de urbanismo e comum, estabelecendo assim diversas possibilidades de pesquisa, tanto teóricas quanto práticas no sentido de compreender as relações comuns, cooperativas, afetivas, que se foram como e na cidade.

Referências

CAVA, Bruno. Pashukanis e Negri: *do antidireito ao direito do comum*. **Revista Direito e Praxis**, vol. 4, n. 06, p. 2-30, 2013.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **Común**. *Ensayo sobre la revolución em el siglo XXI*. Trad. Afonso Díez. Barcelona: Editorial Gedisa, 2015.

DI MASI, Maurizio. Diritto e beni comuni: *sugestione da due libre recenti*. In **The Cardozo Electronic Law Bulletin**. V. 20. N.2, 2014, p. 02-22.

FOSTER, John Bellamy. **A ecologia de Marx: materialismo e natureza**. Tradução de Maria Teresa Machado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

HARDIN, Garret. **Extension of the tragedy of the commons**. In. Science, New Series, Vol. 280, n. 5364. 1998

_____. **Living within limits: economics, and populations taboos**. New York: Oxford Press, 1993.

HARDT, Michael. Il comune nel comunismo. (trad. italiano Giuliano Santoro) *In*: CURCIO, Anna (org.); et. alli. **Comune, comunità, comunismo: Teorie e pratiche dentro de oltre la crisi**. Verona, Itália: Corte Ombre/UniNomade, 2011. P. 46-60

HARVEY David. **O novo imperialismo**. São Paulo , Ed. Loyola, 2004.

HARVEY, David. **A produção capitalista do Espaço**. Trad. Carlos Szlak. São Paulo: Annablume, 2006.

HARVEY, David. **Alternativa ao neoliberalismo e o direito à cidade**. Novo caderno NAEA, v. 12, n. 2, p. 269-274, dez. 2009.

HARVEY, David. **Direito à cidade**. Lutas sociais, São Paulo, n. 29, p.73-89, jul./dez. 2012.

HARVEY, David. The creation of the urban commons. In: HARVEY, D. **Rebel cities**: from the right to the city to the urban revolution. London, New York: Verso, 2012.

LEFEBVRE, Henri. **Direito à cidade**. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2001.

HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1988.

LUGO, Carlos Rivera. **Ni una vida a mas para el derecho: relexiones sobre la crisis actual de la forma jurídica**. San Luís Potosi: Universidad autónoma de San Luís Potosi, 2014.

_____. La constitución de lo comum. In. **VIII Coloquio “Ni nuna vida más para la toga”:** *hacia el mundo de lo común*. Porto Rico: Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos Mayagüez, 2010.

_____. **O Capital: crítica da economia política**. 32. ed. Tradutor. Reginaldo Sant’Anna. São Paulo: Civilização Brasileira, 2014. v. 1.

MENDES, Alexandre Fabiano. **Joaquin Herrera Flores e a dignidade da luta**. Lugar Comum – Estudos de Mídia, Cultura e Democracia. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Laboratório Território e Comunicação – LABTeC/ESS/UFRJ – Vol 1, n. 1, – Rio de Janeiro: UFRJ, n. 33-34 jan.-ago. 2011, p. 19-36

_____. **Para além da “tragédia do comum”**. *Conflito e produção de subjetividade no capitalismo contemporâneo*. Tese (Programa de Pos-graduação em direito – Mestrado e Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012a.

_____. **A atualidade do comunismo: A produção do comum no pensamento político de Toni Negri**. Revista Direito e Praxis, vol. 4, n. 01, 2012b.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005.

NANCY, Jean-Luc. La comunidade inoperante. Trad. Jan Manuel Garrido Wainer. Santiago de Chile: Escuela de Filosofia Universidad ARCIS, 2000.

NEGRI, Antônio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Tradução Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NEGRI, Antônio; HARDT, Michael. **Império**. 10 ed. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2012.

NEGRI, Antônio; HARDT, Michael. **Multidão: guerra e democracia na Era do Império**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005.

NEGRI, Antônio; HARDT, Michael. **Bem Estar comum**. Rio de Janeiro: Record, 2016

OSTROM, Elinor. **Governing the Commons: The evolution of institutions for a Collective Action**. 4 ed. Cambridge/UK: Cambridge University Press, 1990.

PAL PELBART, Peter. **Elementos para uma cartografia da grupalidade**. (2008). Disponível em: <http://www.itaucultural.org.br/proximoato/pdf/textos/texto_peterpelbart.pdf> Acesso em 10 Out. 2019.

TONUCCI FILHO, João Bosco Moura. Comum urbano: a cidade além do público e do privado. Tese (Programa de Pós-Graduação em Geografia – Mestrado e Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Departamento de Geografia, Instituto de Geociências, 2017.

Escravidão e direito de reparação: sobre a necessidade de novas narrativas

Márcio Paulo Cenci¹

Em parecer na indicação n. 036/2019, a Comissão de Igualdade Racial do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB) estabelece aspectos jurídicos que amparam a reparação da escravidão. Neste parecer há a responsabilização das violações de direitos humanos, e inclui não somente a reparação social, mas pecuniária de danos, além de estabelecer a necessidade de prevenção à recorrência dos crimes raciais. Esse parecer deve ser considerado em sua suma importância em termos de efetivação das condições da reparação como um passo fundamental na responsabilização dos atores de crimes contra a humanidade na base da distinção racial praticado durante mais de 350 anos da história do Brasil.

Quando se pensa a reparação no caso da escravização temos um conjunto de elementos que expõe a sua complexidade, pois não há a solução direta e simples do mecanismo de compensação aplicável a indivíduo que sofreu danos. A reparação da escravização exige a consideração mais ampla de elementos que envolvem desde razões e argumentos até os modos de efetivação da reparação. O parecer (n. 036/2019) acima demonstra que sem a reparação, o estado democrático de direito será incipiente e não atingirá os ideais mais fundamentais de igualdade e justiça expressos nos princípios da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

¹ “Doutor em Filosofia pela PUCRS. Mestre em Filosofia pela UFSM. Professor do curso de Filosofia e Direito da UFN. Coordenador do curso de Filosofia da UFN.”

O ponto de interesse deste trabalho está em analisar uma possível passagem de narrativas com foco nos problemas de consciência moral respectivos à transação comercial até uma discussão na base da condição comum de liberdade de todos os humanos. De fato, o tema da incorreção da escravização remete já ao século XVI com Bartolomé de Albornoz em *Arte de los Contractos* (1573) com uma ênfase no problema moral do contrato que origina o comércio de escravos e sua pouca viabilidade comercial e meio século depois Alonso de Sandoval, na sua *De instauranda Aethiopum Salute* (1647) que enfatiza a natureza da liberdade. De fato, são narrativas que demonstram, mesmo sem ser críticas contra a instituição da escravidão, criaram profundos e sérios tensionamentos na sua justificação social.

De fato, os debates desenvolvidos por esses dois autores se inserem em uma longa tradição da discussão da consciência moral e dos debates sobre a justiça reparatória, que remetem de maneira mais direta a pensadores do século XIII e XIV, como Tomás de Aquino e João Duns Scotus (PICH, 2020), com uma releitura criativa e inovadora pelos pensadores da chamada Segunda Escolástica, nos séculos XVI-XVIII. Na América Latina, em especial, colocou-se em questão a natureza humana, o poder, os direitos de povos e as relações entre eles. Os “fundadores” do direito internacional construíram nesse terreno fértil um debate filosófico e jurídico sobre a natureza da justiça e seus limites nos contratos com outros, tal como as relevantes contribuições de Francisco de Vitória e Francisco Suarez, principalmente respectivos ao respeito aos direitos individuais dos seres humanos (CANÇADO TRINDADE, 2006; PICH, 2012, 2015, 2019). Assim, ainda que de forma preliminar é importante recuperar os textos produzidos desde o início da escravização e tráfico de pessoas nas Américas para mostrarmos que não existia hegemonia na aceitação da escravização mesmo do lado dos que se beneficiavam do tráfico.

Na medida em que se reconhece os tensionamentos persistentes na história do pensamento e das ideias, tem-se condições de construir narrativas sobre a escravização como uma instituição sempre colocada em questão, ainda que a força dos argumentos tenha sido diminuída também passando por um processo de esquecimento. A reconsideração de narrativas está em consonância com o que sustenta o parecer n. 036/2019, pois cria condições culturais e identitárias para evitar que males e tragédias contra pessoas, culturas e raças. Digo reconsideração principalmente porque em seu tempo, séculos XVI e XVII, tiveram certa repercussão, a qual é difícil detectar na forma de ressonâncias nos séculos seguintes.

O direito de reparação atualmente está circunscrito na justiça transicional, ao considerar a transição da situação conflituosa no período de escravização, ou pós-conflito após a proibição legal ou abolição da escravidão, até ao estabelecimento de condições e relações de paz e plena igualdade de direitos em um estado democrático de direito. De modo que, a justiça de transição é entendida como justiça reparatória.

1. Direito de reparação e justiça de transição conforme o Parecer na indicação n. 036/02019 – IAB

Apresentarei brevemente alguns argumentos do Parecer na Indicação n. 036/2019 (IAB, 2020) quanto ao direito de reparação aplicada ao caso da escravidão negra. O parecer foca na análise do racismo estrutural e institucional para evidenciar a necessidade de práticas de medidas de justiça de transição para eliminar os traços, efeitos e resquícios da escravidão na vida cotidiana da sociedade brasileira.

Em um contexto de ampla difusão dos direitos humanos, não é possível aceitar qualquer mentalidade discriminatória. Atos individuais estão sujeitos a sanções civis e criminais por atos de racismo. De fato, o

estado também está sujeito a sanções, principalmente, se considerarmos que o Estado brasileiro se configura com uma postura punitivista voltada à população negra e pobre. Além de uma necropolítica praticada pelo estado como se fosse uma política de segurança em regiões de conflito. Esses atos não pacificam, antes realizam a manutenção do conflito (ou demarcam a situação de pós-conflito) que impede a constituição de um estado democrático igualitário. Por isso, a indicação do parecer é a utilização da justiça de transição como modelo para efetivar os ideais da própria Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Por justiça de transição entende-se, conforme a Organização das Nações Unidas²:

[...] um conjunto de processos e mecanismos políticos e judiciais, mobilizados por sociedades em conflito ou pós-conflito para estabelecer e lidar com legados de violações dos direitos humanos, assegurando que os responsáveis prestem contas de seus atos, que as vítimas sejam reparadas e novas violações impedidas (ONU, S/2004/616).

Constrói-se o argumento com foco na análise jurídica dos efeitos da escravidão, as bases para a reparação da escravidão com o intuito de garantir à população negra a plena condição de cidadania em um estado democrático de direito. Entretanto, a reparação não é pensada somente em termos de ressarcimento aos prejuízos e danos aos indivíduos ou grupos que os sofreram, mas é pensada como um fenômeno complexo:

A reparação da escravidão não se limita à compensação dos danos causados aos quase 5 milhões de negros e negras escravizados no período

² “The notion of ‘transitional justice’ discussed in the present report comprises the full range of processes and mechanisms associated with a society’s attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation. These may include both judicial and non-judicial mechanisms, with differing levels of international involvement (or none at all) and individual prosecutions, reparations, truth-seeking, institutional reform, vetting and dismissals, or a combination thereof.” (ONU, S/2004/616, §8).

escravocrata e seus descendentes, mas vai além disso, pois procura atingir o cerne da sociedade, criando a consciência coletiva acerca da necessidade de se manterem constantes e efetivas as medidas de inclusão e igualdade com vistas à construção de uma nova identidade nacional e de um real Estado Democrático de Direito. (IAB, 2020, p. 03.)

Ao voltar-se ao cerne da sociedade brasileira e a construção de uma nova identidade nacional, foca não somente no problema da escravidão, que por si implica os estados a tomarem posição, indica ser a reparação necessária para uma sociedade igualitária nos termos de um “real” estado democrático de direito. Portanto, além de reparar os crimes históricos, criar condições para que tais crimes não se repitam e com isso criar uma sociedade mais justa. Assim, o primeiro passo é “(...) entender que a ordem estruturante da sociedade é racista e provém de um processo histórico, social e político, todos os sujeitos constitucionais pertencentes ao pacto de nação se tornam responsáveis pelo combate ao racismo.” (IAB, 2020, p. 06).

Daí há a necessidade de ações ativas antirracistas das instituições, principalmente, ao se considerar em um Estado democrático de direito e os princípios apresentados no Artigo 01 da Constituição Federal (BRASIL, 1988)³.

E no caso a reparação da escravidão

[...] demanda mecanismos judiciais e extrajudiciais para a emancipação da população negra em relação ao mito da democracia racial. O tema da reparação deve ser localizado no âmbito do pacto da nação que se considera democrática, para reparar o que a impede de nutrir o sentimento de igual pertencimento. Portanto, constitui tema do direito internacional, do direito

³ Conforme Mendes e Branco (2015, p. 56) “O Estado de direito descobriu que lhe é essencial a busca da justiça social. Deu-se conta, ainda, de que a sociedade se tornou acentuadamente plúrima, em termos de concepção de vida e de interesses essenciais, e de que a todos os membros da comunidade é devida à consideração e o respeito em termos de proteção normativa básica.”

constitucional e político, tendo como objetivo garantir o exercício digno da igual liberdade. (IAB, 2020, p. 08-09).

Entretanto, no caso da sociedade escravocrata brasileira (e talvez das Américas) é importante demarcar uma distinção entre escravidão racializada e não racializada (IAB, 2020, p. 12). A escravidão não racializada, se justificada pelo código civil ou mesmo pelo direito internacional ou pelos antigos títulos de escravidão justa, poderia ser superada e abolida com a modificação das leis⁴. Nesse caso, podemos deduzir que poderia haver sentido na consideração da não retroatividade da lei, pois se a escravidão era legalizada, não há justificativa para condená-la retroativamente. Entretanto, a escravização nas Américas se enraíza de forma racializada, após o século XVI (PICH, 2015; CENCI, 2015). Ao se transformar em escravidão racializada, extrapola o âmbito legal e, como ideologia discriminatória, torna-se pervasiva às sociedades. Não está sujeita ao término ou extinção com a assinatura de uma lei como no caso da lei Nº 3.353, de maio de 1888. Já estão instauradas narrativas de discriminação na base da raça na forma de uma mentalidade ou ideologia racistas, com efeitos e práticas que perduram desde sua construção no período colonial (PICH, 2015; CENCI, 2015).

Taylor (1994, pp. 56-57) mostra que “a projeção de uma imagem do outro como ser inferior e desprezível pode, realmente, ter um efeito de distorção e de opressão, ao ponto de essa imagem ser interiorizada”. Nesse sentido, mesmo um argumento que sugerisse, como hipótese, que a sociedade escravocrata brasileira não teria produzido nenhum crime ou

⁴ Entretanto, como mostra Wittmann (2012), que se posiciona de forma contrária à reparação da escravidão considera como contra-argumento, que durante o período colonial, a base dos acordos e contratos entre as nações estavam sob títulos de Direito internacional comumente aceitos. E se no período, a escravidão, sob os quatro títulos de escravidão justa, era legal, então, atualmente, não há como exigir qualquer tipo de reparação dos estados e nações envolvidos naquelas transações. Portanto, se hoje a escravização é um crime, não haveria condições de aplicar retroativamente a lei aos períodos escravocratas exigindo a reparação. Wittmann apresenta uma série de argumentos para refutar essa posição, o que não é o caso recuperar aqui.

ilegalidade, ainda assim, deve reparar danos profundos na afronta e desrespeito à dignidade das pessoas negras durante e após o período de escravização. De fato o que se nota, se sabe e se sente nas consequências sociais e econômicas da desigualdade da sociedade brasileira, são também o produto de um genocídio do negro em um processo de racismo mascarado como demonstra Abdias Nascimento (2016). O direito de não discriminação e de tratamento igual frente à lei somente se realizam com a reparação desses danos.

Além disso, há importantes documentos contemporâneos que a escravização e o tráfico de pessoal são vistos como crime contra a humanidade, conforme a Conferência de Durban (2001): “(...) reconhece que as desigualdades estruturais de todas as sociedades são consequência da escravidão e do colonialismo. A partir da Conferência de 2001 o tráfico de escravos e a escravidão são reconhecidos pela comunidade internacional como crimes contra a humanidade.” (IAB, 2020, p. 28). No *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional* (BRASIL, 2002), o artigo 29 se consagra à imprescritibilidade dos crimes de crimes contra a humanidade, tais como o de escravidão (art. 7º., 1, c), descrito nesses termos: “Por ‘escravidão’ entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;” (BRASIL, 2002, art. 7º, 2, c).

Nota-se então que além da racialização da escravidão, também a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade são assumidas como condições necessárias para concluir que crimes de escravidão devem ser reparados, ao menos sob uma perspectiva de justiça internacional. Mas em um país com uma consituição cidadã que se compreende como um estado democrático de direito:

A razão de ser da reparação da escravidão recai no reconhecimento, oficial e de toda a sociedade, acerca do crime de escravidão, com o propósito de extinguir as desigualdades provenientes desse sistema de segregação racial e construir uma noção de pertencimento de todos os sujeitos constitucionais inseridos no pacto de nação. No momento em que todos os indivíduos submetidos ao pacto social proposto pelo Estado Democrático de Direito tiverem igualdade no que diz respeito a sua dignidade humana e, por consequência, em todos os direitos que essa condição abarca, a reparação estará concluída. (IAB, 2020, p. 23)

A função jurídica do reconhecimento dos crimes e das desigualdades provenientes do sistema escravocrata implica na capacidade de um pacto que crie condições reais de efetivação da igualdade no respeito à igualdade humana. Charles Taylor, em *A política do Reconhecimento* (1994), nos faz pensar nessa capacidade de pacto como conectada a um empenho moral das sociedades para com os outros. Para esclarecer isso, ele distingue os dois tipos de empenhos morais: (i) diz respeito às nossas opiniões sobre a finalidade da vida, sobre o que consituiu a vida boa, e (ii) com um esforço de tratarmos os outros de forma igual e justa, independentemente de nossos objetivos individuais. Taylor sugere que esse último tipo de empenho moral seria da ordem do processual e o primeiro teria caráter substantivo. Assim, uma sociedade liberal “ (...) não adota nenhuma visão substantiva em particular sobre o fim da vida. Pelo contrário, é uma sociedade que considera a união à volta de um esforço processual forte, tratando as pessoas com igual respeito.” (TAYLOR, 1994, p. 77).

Assim o processo de reparação ao menos idealmente não é infinito. Possui um limite que é a realização do que se propõe a justiça de transição.

Conclui-se, assim, que embora a justiça de transição tenha duas experiências, a da justiça retributiva do Tribunal de Nuremberg e a da África do Sul, o que

se conceitua como justiça de transição atualmente é justiça restaurativa. Desse modo, a reparação da escravidão inserida no contexto de justiça restaurativa pretende sanar os danos de quem sofreu e quem ainda sofre com os resquícios da escravidão a partir de uma perspectiva que refaça a memória e a identidade nacional. Para isso é necessário recontar a história, definir sanções como materialização da luta contra a impunidade e buscar pela pacificação da comunidade política, concretizando uma verdadeira democracia racial. (IAB, 2020, p. 44)

Em um sentido amplo, para realizar a passagem do período de conflito para a paz, faz-se necessária a

[...] construção de narrativas que incluam aquelas pessoas que não foram tratadas com devido respeito e consideração, e ainda que foram vítimas de violência nas suas dores. Assim, a constituição da identidade nacional requer a revelação da verdade por meio de um novo relato da história com a inclusão das memórias que foram omitidas. (IAB, 2020, p. 10).

Portanto, não há somente uma reparação no sentido de equilibrar a situação atual com a situação de conflito, mas sim criar condições para o reconhecimento correto das pessoas e grupos cujas narrativas dominantes eram exclusivistas. Embora isso não signifique “dar voz” (RIBEIRO, 2017), mas sim construir narrativas que componham positivamente a mentalidade brasileira acerca da própria constituição.

Assim, no sentido de construir novas narrativas, é preciso apresentar que não havia hegemonia na mentalidade que assumia a escravização e tráfico de pessoas como algo justo e correto, mas profundos tensionamentos justamente acerca da natureza moral da escravidão.

2. Sobre a *Arte de los Contractos* de Bartolomé de Albornoz (1519 - 1573)

As pesquisas recentes nos permitem avaliar e compreender com maior clareza os pontos acerca da questão moral sobre a escravidão

passava pela tematização econômica (TELLKAMP, 2004; PERPERE, 2020; CULLETON, 2015; PICH, 2015). Há uma disputa relevante entre os historiadores se escravidão era um negócio lucrativo e sua decadência não se deu em função de uma decadência econômica das sociedades escravocratas (FOGEL, ENGERMAN, 1974), ou se houve certa emergência de questões humanitárias na base de uma moral universalizante, como *proto-direitos humanos*, que permitiram a substituição de práticas escravagistas por assalariadas. Esse é um ponto interessante que merece o devido cuidado, entretanto pretendo, modestamente, considerar alguns poucos aspectos das questões morais, na época pensadas como temas de consciência ou tribunal interior, acerca dos contratos comerciais.

Bartolomé de Albornoz (1519 - 1573) na *Arte de los Contractos* (1573), em algumas páginas, faz uma crítica aberta a transação de compra e venda de escravos. Davis (1966) e Hanke (1959) assumiram que essa posição fosse uma crítica à instituição da escravidão como tal. Tellkamp (2004, pp. 135-148) demonstrou que não há uma refutação, mas uma crítica às práticas comerciais suspeitas em função das origens dos objetos de comércio, a saber, se a origem dos escravizados era justa ou não. Tellkamp ainda afirma que ele não teria se ocupado com uma crítica moral ou mesmo antropológica às práticas de escravização (2004, p. 147). Entretanto, Pérpere (2020) analisa a *Arte de los Contractos* no campo da filosofia da economia (e não em filosofia política ou do direito) e sugere que há uma forte crítica, se não da instituição da escravidão, às práticas morais realizadas pelos comerciantes de escravos (“mercader”), o que teria como consequência que a prática da escravidão seria, enquanto transação comercial, suspeita. O comerciante, ao duvidar da origem do produto, entra em um problema moral, pois no tribunal da consciência (tribunal interior), deveria avaliar se haveria moralidade na ação, mesmo com aprovação no direito civil (tribunal exterior) (PERPERE, 2020, p. 126-

127). No caso ainda da escravidão, não havia um juízo moral definitivo, mas sim a consideração de que certas instituições, como juristas e clérigos da Igreja Católica, que teriam função de orientar moralmente as pessoas, teriam escravos⁵. Portanto, não seria obrigação do comerciante emitir juízos morais sobre tais assuntos, embora, devesse avaliar a sua própria ação (em seu tribunal interior). Portanto, ele sugere que esse tema, na falta de orientação pública, seja tratado como um problema de consciência moral.

Além disso, o comerciante, em sua prática comercial, visa obter lucros e viver disso. Aí haveria uma dúvida sobre se a compra de escravos seria um negócio lucrativo, pois haveria outros muito mais rentáveis (além de ser perigoso colocar um escravo em casa, pois como deseja a liberdade, irá lutar por ela). Daí, se observado estritamente o argumento de ordem econômica, já não seria tão rentável. Albornoz aqui apela para o senso comum do comerciante. Perpere conclui (2020, p.130), na perspectiva da economia,

(...) también muestra que la esclavitud no es algo positivo. Aquí la cuestión ya es vista desde una perspectiva puramente económica, y ciertamente se hace y se la entiende solamente si antes ya se ha hecho el análisis legal y moral. Sin embargo, esta tercera aproximación acompaña a la reflexión moral, y así, creo, la posición de Albornoz, sumadas sobre todo estas últimas dos conclusiones, es claramente contraria a la esclavitud.

Além disso, Albornoz, quando descreve os títulos de escravidão de Tomás de Mercado, guerra justa, leis civis ao permitirem a alguém vender a si mesmo como escravo, e, a um pai, sob grande necessidade, vender seu

⁵ “De esta manera, el juicio moral que hace Albornoz, hecho como se dijo, desde la perspectiva del Mercader, es que el comercio de esclavos es moralmente cuestionable, pero atendiendo que otras personas, dedicadas específicamente a la moral y a la ley lo aprueban, se abstiene de dar una crítica contundente a la misma.” (PERPERE, 2020, p. 128.)

filho, diz que devem ser aceitáveis, mas não as compreende, nem sob justificação de Aristóteles, nem de Jesus Cristo. No caso de uma guerra injusta ou roubo de negros para o tráfico de escravos, que tais atos não poderiam produzir justiça, pois colocar em estado de escravidão é igual a morte. Em termos de Albornoz: “(...) quanto mas privarmos de su libertad, y ponerlos en servidumbre, que es igual a muerte.” (1573, p. 130v).

Nem mesmo a justificativa de cristianização é superior a liberdade, pois, ele diz, se for tomado a qualquer negro:

[...] le aconsejara que antes viniera entre nosotros a ser Esclavo, que quedar por Rei en su tierra, mas este bien suio no justifica, antes agrava mas la causa del que le tiene en servidumbre [...], solo se justificara en caso que no pudiera aquel negro ser Christiano, sin ser esclavo, mas no creo que me daran en la Lei de Iesu Christo, que la libertad de la Anima se haia de pagar con la servidumbre de el Cuerpo. (ALBORNOZ, 1573, p. 130-1).

No final deste ponto, Albonoz se justifica, por amor ao próximo e por serviço ao evangelho, ter feito tal digressão sobre o tráfico de pessoas, e sugere aos comerciantes a mudarem de atividade.

Portanto, temos um importante tratamento do problema da justificação moral do tráfico de pessoas. Entretanto, não aparece de forma explícita o problema racial, somente um comentário da falta de apoio dos defensores dos indígenas (quatrocent por um), e que ao mesmo tempo, tem os negros por escravos. De fato, aí parece um início da gênese de um modelo de escravidão na base de uma ideologia racial (PICH, 2015). E além disso, não há qualquer debate a respeito da reparação, embora haja a discussão sobre a natureza da liberdade natural, Albornoz não considera um problema na ordem da justiça restaurativa. De fato, cabe a questão se há a crítica à prática comercial imoral (de foro íntimo de consciência), e não se aventa a possibilidade de justiça restaurativa, então ainda não se

humaniza as pessoas traficadas. Esse ultimo ponto certamente é um juízo anacrônico a respeito da posição de Albornoz acerca da escravidão.

3. Sobre o *De Instauranda Aethiopum Salute* de Alonso de Sandoval S.J. (1577–1652)

Alonso de Sandoval foi o autor do primeiro livro escrito em tempos coloniais sobre os escravos africanos negros. Diferente de Albornoz, ou outros autores da segunda escolástica, Sandoval é um sacerdote que tem sua atividade principal marcada pela recepção das naus com os negros escravizados no porto de Cartagena de Índias. O caráter do texto do *De Instauranda Aethiopum Salute* é catequético e pastoral, nem econômico, nem jurídico. A obra está escrita em castelhano, com citações em latim também traduzidas pelo autor. Isso sugere que o livro não estava voltado estritamente ao público universitário, mas a um público mais amplo, que deveria incluir tanto a Sociedade de Jesus quanto outros cristãos letrados, principalmente os proprietários de escravos, que frequentemente aparecem como os destinatários das orientações de Sandoval.

Sandoval estava embebido da espiritualidade jesuítica, e assumia como orientação fundamental que a Sociedade deveria levar luz aos lugares mais sombrios da terra, a saber, a Etiópia, o que fica evidente em seu livro 4, da edição de 1627 (MORGAN, 2008). De fato, ele era um sacerdote, e dentre seus objetivos pastorais estava o de garantir que o maior número almas fosse salvo. Por isso, seu livro tem fortes características de um manual para ajudar a outros padres, principalmente da Sociedade de Jesus, no serviço da salvação de almas, nas missões em Cartagena de Índias e nos portos de comércio na África. Isso devido à sua crença de que muitas almas poderiam se perder dada a aplicação incorreta de sacramentos, como o batismo. De fato, Sandoval trabalhou na atividade

pastoral no porto em Cartagena de 1607-1652 (até sua morte), portanto em quase toda a sua vida na Sociedade de Jesus.

No geral, Sandoval não se dá o direito, ao menos na edição de 1627, de discutir as justificativas para a escravidão, mas constantemente expressa a clara necessidade de salvação através do batismo adequado. Ele está preocupado com sua função de salvar as almas. Não desafia, nem crítica, o paradigma pró-escravidão em termos jurídicos.

Na edição de 1647, há informações adicionais e capítulos que podem nos ajudar a compreender melhor a sua posição. Pois nessa segunda edição, quando ele revisou seu texto, incluiu, entre outros, no *livro I*, os Capítulos 16 - 27: “Em que consiste la verdadera libertad, o servidumbre”. Em especial, observa-se o título do capítulo 27: “Em que se explica de outro modo, mas por extenso, lo propuesto y se declara quan grave daño es la esclavitud.”

No geral da obra de 1647, ele não disputa sutilezas acerca da justiça dos títulos de escravidão, que supõe legitimada por estar em consonância com o direito natural tal como foi definido por Aristóteles e explicado por Luís de Molina. Em um bloco que apresenta os argumentos a favor da escravidão, o cerne do argumento é: para preservar a vida, é preferível a escravidão. De modo que, aparece um princípio do tipo: a vida, em qualquer condição, tem valor maior, que a liberdade.

Sem aceitar a escravidão natural, mostra que a existência de escravos é conveniente para a manutenção da sociedade. Para Sandoval: “No negamos, que no sea convenientissimo, que se aya siervos y esclavos en el mundo; sino dezimos, que essa conveniencia, esclavitud y servidumbre sea justificada” (1647, p. 92).

De forma muito próxima à argumentação de Albornoz, Sandoval propõe uma análise moral do comércio de escravos, pois mesmo que haja a legalidade na aplicação dos títulos de escravidão cito:

Esto supuesto sea conclusión general, que todos los esclavos de estos cinco títulos, se pueden vender, y mercar, y llevar a cualesquiera partes: porque cualquiera de ellos es bastante para privar al hombre de su libertad, si es verdadero. Mas el mas es, que a los tres de estos títulos lícitos, y suficientes, se mezclan infinitos fingidos, o injustos, por los cuales vienen engañados, violentados, forzados, y hurtados muchos de los que se venden por esclavos (SANDOVAL, 1647, p. 94).

Ele suspeita da justiça da guerra como razão à captura de inimigos, pois os espanhóis e portugueses ofereciam grandes vantagens econômicas para quem capturasse e vendesse negros africanos, o que poderia ser uma motivação (econômica) para incitar falsas guerras. Consequentemente, se a suspeita produz dúvidas quanto à aplicação correta dos títulos, então qualquer um dos comercializados e submetidos à escravidão não poderia ser considerado criminoso e deveria ser, portanto, liberado. Em outros termos, em retrospectiva, podemos dizer: como eles não foram liberados, os estados (reinos, povos, nações) incorreram em crimes ao punirem com escravidão quem poderia ser inocente. Logo, não sendo os africanos liberados no passado, eles pagaram por um crime que não cometeram, e, seguindo o argumento de Wittmann (2012), aplicar o princípio de reparação é mandatório em nossos tempos.

Na edição de 1647, principalmente, *Livro I*, os Capítulos 16 – 27 sobre a verdadeira liberdade e a servidão”. Ele inicia apresentando a natureza da liberdade e da servidão. A argumentação de base é: Todos são criados livres, portanto, não há uma servidão e escravidão natural. No estado de perfeição não há as distinções que justificariam a submissão de uns a outros. A iniquidade é a causa da servidão que, portanto, surge após a queda.

Sandoval preserva a igualdade de todos humanos por natureza, sem qualquer tipo de distinção. Se o modo como a vida social está organizado na base da desigualdade, esse é o estado atual. A estrutura civil e jurídica deve preservar tal estado – *por isso as garantias de uma justa escravidão têm de ser dadas pela lei civil*. Entretanto, em termos morais e religiosos, o igual tratamento é a base das relações. Na base dessa igualdade e condição de liberdade natural, no capítulo 27 quando discute a gravidade do dano produzida pela escravidão. Aí demonstra que a liberdade faz parte da constituição humana a ponto de alguém colocar em risco a vida para busca-la (SANDOVAL, 1647, p. 118). Tanto que ela não pode ser precificada, cito: “Todo el oro del mundo, y todos los averes de la tierra no son suficientes precio de la humana libertad” (SANDOVAL, 1647, p. 120).

Ainda que no bloco de argumentos pró escravidão mostre que a vida, em qualquer condição, tem valor maior, que a liberdade, quando considera a condição real do escravo:

Muy amable es la vida, mas la del esclavo, en cierta manera es muerte (...) todos los homens, como dize Salustio, ponen en riesgo su vida, que la libertad, queriendo mas morir peleando, que vivir cautivos, sujetos a su enemigo, porque, como dijo el divino Platon, la cautividad, y esclavonia es una continua muerte, y que por esso se ha de huir. (1647, p. 121).

E embora fugir da morte seja a condição comum, Cito: “Y al contrario en la esclavitud, se comiençan todos lo daños, y trabajos, y una como continua muerte, porque vivem muriendo, y mueren viviendo.” (1647, p. 121).

Assim, em contraste ao peso da escravidão, a liberdade emerge como valor maior ao próprio da vida. Pois o se o principal dano à vida é infligir a morte, submeter a escravidão é além de retirar imediatamente a liberdade, mas infligir uma morte ainda que lenta e indireta.

Considerações finais

Ainda que meu olhar anacrônico busque por uma crítica da instituição da escravidão em autores como Sandoval e Albornoz. Criticar a escravidão seria, sob certo aspecto, criticar o sistema jurídico vigente. Albornoz não faz isso, mas elabora uma crítica forte, ainda que indireta, às práticas da escravidão na base de um argumento que implica o posicionamento moral da parte dos comerciantes como contrário ao comércio de escravos e, portanto, da escravidão. E Sandoval como sacerdote, assume a posição de crítica às práticas desrespeitosas, desumanas e degradantes que os excessos da escravidão causam. Sendo assim, se há um tensionamento da instituição da escravidão se dá na ordem da condenação de práticas cotidianas e morais, e não em termos jurídicos e na condenação absoluta da prática.

Em termos contemporâneos conforme o parecer de indicação citado, a justiça de transição é um modelo relevante e eficiente para a reparação da escravidão, pois a trata como um fenômeno complexo, considerando envolver a revisão de narrativas sobre a escravização das pessoas negras. Aspectos relevantes dessas narrativas a serem recuperados e reconsiderados envolvem diretamente a reconstrução da história das ideias e a revisão da hegemonia teórica favorável à escravidão, principalmente na recuperação do respeito incondicional à liberdade como um direito constitucional fundamental e necessário ao estabelecimento de um estado democrático de direito. Nisso Albornoz e Sandoval nos ajudam.

Referências

ALMEIDA, E.; TORELLY, M.. Justiça de Transição, Estado de Direito e Democracia Constitucional: estudo preliminar sobre o papel dos direitos decorrentes da transição

política para a efetivação do Estado Democrático de Direito. **Revista Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, 2, mar. 2011.

ALBORNOZ, Bartolomé de. **Arte de los contractos**. Valentina: Pedro de Huete, 1573.

BAGGIO, Roberta Camineiro. Justiça de Transição como Reconhecimento: limites e possibilidades do processo brasileiro. **Repressão e Memória Política no Contexto IberoBrasileiro**: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010.

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

BRASIL. Decreto nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002., de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**, Brasília: Casa Civil, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 16 dez. 2021.

CANÇADO TRINDADE, A. A. The emancipation of the individual from his ownstate: the historical recovery of the human person as subject of the law of nations. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.l.], n. 7, p. 11-36, dez. 2006. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/92>>. Acesso em: 15 dez. 2021.

DAVIS, David Brion, **The Problem of Slavery in Western Culture**. Oxford: Oxford University Press, 1966.

FOGEL, Robert; ENGERMAN, Stanley. **Time on the Cross**: The Economics of American Negro Slavery. Boston: Little, Brown, 1974.

GOMES, Laurentino. **Escravidão**: Do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos PalmaresRio de Janeiro: GloboLivros, 2019.

HANKE, L., **Aristotle and the American Indians**. A Study in Race Prejudice in the Modern World. Londres: Hollys and Carter, 1959

IAB. Instituto dos Advogados do Brasil Nacional. **Parecer na Indicação nº 036/2020.** Brasil, 2020. Disponível em: https://www.iabnacional.org.br/pareceres/pareceres-votados/download/3195_84c89bc3c0385c9a4ofco2910959140b. Acesso em: 3 nov. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 10a Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

NASCIMENTO, Abdias. **O genocídio do negro brasileiro:** processo de um racismo mascarado. São Paulo: Perspectivas, 2016.

ONU. **The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies.** Report of the Secretary-General S/2004/616. Disponível em: <https://undocs.org/en/S/2004/616>. Acessado em 15 de dezembro de 2021.

PERPERE Viñuales, Alvaro. “Bartolomé de Albornoz y la esclavitud. ¿Una crítica desde la filosofía de la economía?”. **Humanidades: revista de la Universidad de Montevideo**, nº 8, (2020): 119-134. <https://doi.org/10.25185/8.5>

PICH, Roberto Hofmeister. Alonso de Sandoval S.J. (1576/1577-1652) and the Ideology of Black Slavery: Some Theological and Philosophical Arguments. **Patristica et Mediaevalia**, v. 12, n. XXXVI, 2015b, pp. 51-74.

PICH, Roberto Hofmeister. Diego de Avendaño S. J. (1594-1688) e um de seus críticos: um estudo sobre a escravidão negra. **Intuitio**, Porto Alegre, v. 12, n. 2, jul./dez. 2019, pp. 01-47

PICH, Roberto Hofmeister. *Dominium e ius:* sobre a fundamentação dos direitos humanos segundo Francisco de Vitoria (1483-1546). **Teocomunicação**, Porto Alegre, v. 42, n. 2, 2012, pp. 376-401.

PICH, Roberto Hofmeister. João Duns Scotus sobre a escravidão. **Trans/Form/Ação** [online]. 2019, vol. 42, pp. 291-332.

PICH, Roberto Hofmeister. Second Scholasticism and Black Slavery. **Veritas**, Porto Alegre, v. 64, n. 3, dez. 2019, pp. 01-24.

PICH, Roberto Hofmeister; CULLETON, Alfredo Santiago; STORCK, Alfredo. Second Scholasticism and Black Slavery – Some Philosophical Assessments. **Patristica et Mediaevalia**, v. 36, n. 1, 2015a, pp. 3-16.

RIBEIRO, Djamila. **O que é lugar de fala?** Bleo Horizonte, MG; Letramento: 2017.

SANDOVAL, A. de. **De instauranda aethiopum salute**: Historia de Aethiopia, naturaleza, policía sagrada y pro-fana, costumbres, ritos y catecismo evangelico de todos los aethiopes...: dividida en dos tomos. Madrid: Alonso de Paredes, 1627.

SANDOVAL, A. de. **Naturaleza Polizia sagrada i profana costumbres i ritos, disciplina i catecismo evangélico de todos Etiopes**. Sevilla: Francisco de Lyra, 1627.

SANTOS, Vanilda Honória dos. A reparação da escravidão negra no Brasil: Fundamentos e Propostas. **Revista Eletrônica OAB/RJ**, V.29, N.2, Jan./Jun., 2018, pp. 01-24.

TELLKAMP, Jörg Alejandro. “Eslavitud y ética comercial en el siglo XVI”. Anales del Seminario de Historia de la Filosofía, n° 21 (2004), pp. 135-148.

THOMAZ, Omar Ribeiro e NASCIMENTO, Sebastião do. **Entre a intenção e o gesto**: a Conferência de Durban e a elaboração de uma pauta de demandas de políticas compensatórias no Brasil. São Paulo: NUPES/USP, 2003.

WITTMANN, N. 2012. International Legal Responsibility and Reparations for Transatlantic Slavery. In: F. BRENNAN; J. PACKER (ed.), **Colonialism, Slavery, Reparations and Trade**: Remedying the “Past”? New York: Routledge, pp. 3-22.

WITTMANN, N. **Slavery Reparations**: the time is now. Vienna: Power of Trinity Publishers, 2013.

WITTMANN, N. Reparations — Legally Justified and Sine qua non for Global Justice, Peace and Security. **Global Justice: Theory Practice Rhetoric**, v. 9, n. 2, 2012, pp. 199-219.

O viés histórico das políticas públicas de acesso ao ensino superior: uma visão inclusiva na educação

*Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcellos Terra*¹

Introdução

Esta produção busca avaliar as políticas públicas de acesso ao ensino superior pelo viés inclusivo na educação, no cenário nacional, formatado após a Constituição de 1988, a partir da análise da aplicação dos direitos fundamentais.

Verifica-se o direito social à educação em seu contexto jurídico. Sabe-se que muitos são os desafios vindouros no que tange ao acesso e permanência dos indivíduos nas instituições de ensino, bem como em relação à formação dessas pessoas, para que possam se tornar indivíduos críticos e com visão social. Deste modo, questiona-se: Quais as potencialidades históricas constitucionais das políticas públicas de acesso ao ensino superior como instrumento de efetivação dos direitos sociais, sobretudo no que concerne ao ingresso e aos meios inclusivos na educação?

Aborda-se as políticas públicas inclusivas de acesso à educação de nível superior. Tem-se como objetivo analisar as políticas públicas, especialmente a Lei n. 12.711, de 2012, denominada de Lei das Cotas, questionando seu papel e função. O corte teórico está voltado para o

¹ “Doutora pela UNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora de Direito UFN - Universidade Franciscana - Santa Maria/RS. Advogada e Parecerista. E-mail: rosanebterra@yahoo.com.br”

terceiro nível educacional e as formas de acessibilidade criadas para que um número maior de pessoas consiga se sentar nos bancos universitários.

As políticas públicas são instrumentos hábeis para a consecução de direitos estabelecidos no texto constitucional, especialmente no que tange aos direitos sociais. Logo, a importância de sua compreensão é de elevada monta para o artigo.

As verificações conceituais e legislativas demonstram-se imperiosas para que a autonomia universitária possa ser desenvolvida e compreendida. O presente trabalho adota como método de abordagem o dedutivo, pois inicia com a análise de elementos fundamentais à pesquisa para, em seguida, direcionar a investigação para elementos mais pontuais. O método de procedimento utilizado é o histórico, diante da relevância do estudo direcionado para a análise histórica constitucional de acesso ao ensino superior, almejando a consolidação do objeto de estudo. A técnica de pesquisa é a documentação indireta, por intermédio da pesquisa bibliográfica.

1 A educação superior e a inclusão social: uma análise histórica

No mundo globalizado, é mister que se reconheça a humanização do processo ora discutido. O acesso e a permanência de pessoas menos favorecidas economicamente no ambiente escolar, nas três principais graduações – ensino fundamental, médio e superior, representam muito mais que a garantia do direito à educação: simbolizam o rompimento com uma história de exclusão social. Eis que, durante anos, na história do País, apenas as pessoas com situação financeira privilegiada tinham condições de arcar com os custos educacionais que, por seu turno, eram excludentes em função da maneira como eram ofertados, além de uma concepção arraigada no seio da sociedade de que os ofícios eram aprendidos na

prática, sem necessidade de uma fundamentação teórica que lhes concedesse consistência.

Desse modo, somente a elite econômica tinha acesso à formação nos diversos níveis de ensino e investia em carreiras profissionais que demandassem a formação superior, como era o caso de Medicina e Direito, no século XIX, cursados na Europa e, mais tarde, contando com abertura de universidades nas diversas regiões do País.

O acesso à educação no Brasil deve ser visto em conjunto com dois importantes momentos na história brasileira: a vinda da família real, em 1808, e a independência, em 1822. Esses fatores influíram de maneira significativa na criação e implementação do ensino no País. Até 1808, ano da chegada de Dom João VI e demais membros da Corte portuguesa, a exploração dos recursos naturais era o único interesse que Portugal tinha em relação à sua colônia. Não havia qualquer infraestrutura, nem a necessidade de acultramento do povo, já que as terras brasileiras somente serviam de fonte de riquezas para a Coroa de Portugal.

Com a chegada da Corte, diversas obras estruturais foram realizadas. A mudança da sede administrativa dos portugueses fez com que o País recebesse uma série de melhoramentos, além da chegada de diversos pesquisadores, pintores, escritores e demais artistas que retrataram o Brasil e seu povo nesse período, servindo de arcabouço cultural e artístico até hoje. Assim como os demais países, o ensino no Brasil, num primeiro momento, era destinado à classe branca, masculina e com recursos suficientes para contratar professores particulares ou que tivesse condições de pagar escolas para esse fim. Além disso, quem quisesse cursar o ensino superior deveria estudar na Europa, pois não havia cursos no País. Nesse sentido, a educação como direito “vai sendo pontuado até ser absorvido pelas constituições federais e, a partir da Emenda

Constitucional de 1969, receber a formulação direito de todos e dever do Estado” (CURY; HORTA; FÁVERO, 2005, p. 5).

É com a independência do Brasil, em 1822, que as discussões em torno da educação passam a fazer parte do contexto jurídico-político do País, sendo que houve a necessidade de criação dos primeiros cursos superiores. Desencadeia-se, assim, importante passo no processo educacional. Em sede constitucional, com o processo de emancipação do Brasil de Portugal, necessitou-se de uma legitimação, sendo que a Constituinte de 1823 refletiu as fraturas políticas e sociais que culminaram na independência – eis que condensou em texto único as divergências entre aliados de D. João VI e os críticos do sistema que proliferam após sua partida.

A primeira Constituinte brasileira teve cinquenta e dois constituintes; dos noventa eleitos para o cargo, representantes de 14 das 18 províncias. Marcada por discursos efusivos e com pouco fundamento, a Constituinte era composta pela elite e pelo partido liberal, tendo sido dissolvida em novembro de 1823. O projeto da primeira Constituição tem como base outros textos da época, tendo sido realizado por uma comissão indicada pelo Imperador (CHIZZOTTI, 2005).

A primeira Constituição Política do Império Brasil, de 25 de março de 1824, sob o regime monárquico, promoveu os estudos públicos a partir do ensino promovido pelo Colégio das Educandas e pela Escola do Ensino Mútuo. A educação, nesse primeiro momento, estava prevista no artigo 179, inciso XXXII: “a instrução primária é gratuita a todos os cidadãos”, sendo muito mais um direito subjetivo, formalmente posto no texto, do que uma obrigação estatal; e no inciso XXXIII, que previa “Colégios e universidades, onde serão ensinados os elementos das ciências, belas letras e artes”. Assim, esse texto constitucional, muito embora tenha seu texto sofrido discussão em torno da educação como direito, disciplina, ainda que

com modicidade, o ensino. Contudo, não elegeu diretrizes nacionais em torno da educação nacional, fruto da pressa em se ter uma Norma Superior que fundamentasse e desse o suporte jurídico ao processo de independência e permanência de Dom Pedro I como primeiro monarca do novo País. Acontece que

[...] os direitos e garantias, especificadamente os direitos à educação, atendiam diretamente às reivindicações dos liberais de Portugal, onde D. Pedro empenhava-se em manter seu direito à sucessão de D. João VI. A gratuidade universal à educação primária, genericamente proclamada e candidamente outorgada na Constituição, não derivou de interesses articulados e reclamos sociais organizados, inserindo-se no texto como um reconhecimento formal de um direito subjetivo dos cidadãos que uma obrigação efetiva do Estado (CHIZZOTTI, 2005, p. 53).

A confusão legislativa existente no primeiro império brasileiro pode ser verificada em torno do projeto de lei que criou os primeiros cursos superiores no País. A Lei de 11 de agosto de 1827 estabeleceu que haveria duas Universidades no País: estudos jurídicos e sociais; uma na cidade de São Paulo e a outra na cidade de Olinda. Os interesses provinciais em relação à localização desses cursos ensejaram discussões grandiosas, não trazendo em seu bojo fundamentos relevantes em torno dos problemas envolvendo o ensino ou a universidade (SUCUPIRA, 2005, p. 56).

No ano de 1827, o Parlamento brasileiro promulgou a primeira lei sobre educação, a Lei de 15 de outubro de 1827, que determinava “que em todas as cidades, vilas e lugares mais populosos haveria escolas de primeiras letras que fossem necessárias” (SUCUPIRA, 2005, p. 58). Essa lei falhou, pois não havia candidatos qualificados para o cargo de professor, tendo em vista o baixo salário pago pelo governo e a precariedade das instalações de ensino.

Em 1834, edita-se o Ato Adicional à Constituição de 1824, derivado da renúncia de Dom Pedro I ao trono brasileiro, em detrimento de seu filho Dom Pedro II. Nesse Ato Adicional ocorreu a descentralização da educação para as províncias no primeiro e segundo graus. O modelo de descentralização educacional e autonomia das províncias é adotado pelo País, em consonância com o regime político norte-americano. Contudo, no País o princípio de descentralização educacional, previsto no Ato Adicional, sofreu duras críticas, tendo em vista a exclusão do poder central em relação à instrução primária e secundária, sendo que “a participação efetiva do poder central no âmbito dos sistemas provinciais passou a ser defendida com ênfase como medida necessária, indispensável ao desenvolvimento da instrução pública” (SUCUPIRA, 2005, p. 63):

Numa sociedade patriarcal, escravagista como a brasileira do Império, num Estado patrimonialista dominado pelas grandes oligarquias do patriciado rural, as classes dirigentes não se sensibilizavam com o imperativo democrático da universalização da educação básica. Para eles, o mais importante era uma escola superior destinada a preparar as elites políticas e quadros profissionais de nível superior em estreita consonância com a ideologia política e social do Estado, de modo a garantir a “construção da ordem”, a estabilidade das instituições monárquicas e a preservação do regime oligárquico (SUCUPIRA, 2005, p. 67).

A primeira Constituição republicana – Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891 –, fruto de um golpe militar e decorrente de um governo provisório, desencadeia algumas modificações, ainda em sua elaboração, pela Constituinte. Por isso, o governo provisório inicialmente decreta a separação do Estado e da Igreja, tornando livre a liberdade de crença e criando o casamento civil. Assim, em relação ao ensino, impõe a laicidade em instituições públicas (CURY, 2005). Além disso, outras medidas foram adotadas pelo chefe do executivo

que governava provisoriamente o País, como a extinção do voto censitário, sendo que a condição do acesso à participação eleitoral era “saber ler e escrever”. Neste período, em relação à educação, foi instituído o Decreto n. 7, de 20 de novembro de 1889, que demarcava a competência legislativa da União, em relação ao ensino superior, e dos Estados, quanto ao ensino secundário e primário e da atribuição às unidades federais da instrução pública, em todos os seus graus. Contudo, “vê-se, pois, que, se o Governo Provisório avançou no terreno educacional a partir dos direitos civis e de uma proposta federativa, ele praticamente se omitiu em entender a educação primária, pelo menos, como terreno explícito de um dever do Estado” (CURY, 2005, p. 73).

A Constituinte republicana foi criada em 1890, sendo promulgada em 1891, e o primeiro presidente republicano do País, Marechal Deodoro, é eleito no dia 25 de fevereiro de 1891, tomando posse um dia depois. Essa nova ordem jurídica estava assentada no federalismo, no laicismo, no liberalismo e na divisão de poderes, conforme já visto. Em relação à educação, tem-se que o Ato Adicional de 1834, ou seja, a federalização do ensino, foi mantido.

O artigo 35 da Constituição republicana de 1891 incumbiu ao Congresso, mas não de modo privativo, animar o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a criação de instituições de ensino superior e secundário nos Estados e a instrução secundária no Distrito Federal. Já no artigo 72, parágrafos 6º e 7º, esse Texto assegurou aos brasileiros e estrangeiros o ensino leigo nos estabelecimentos públicos, e que nenhum culto ou igreja teria subvenção do Governo da União ou dos Estados. O que se extrai desses dispositivos é que houve uma troca, determinou-se a laicidade e garantiu-se a liberdade de profissão e de seu exercício, em contrapartida ao silêncio em torno da gratuidade, sendo rejeitadas inclusive as emendas que tratavam do assunto (CURY, 2005).

Logo, “pode-se dizer que a Constituinte avançou no sentido da defesa da plenitude dos direitos civis, ampliou um pouco os direitos políticos e omitiu-se ante (ou mesmo negou) os direitos sociais” (CURY, 2005, p. 79). Ante tais argumentos, percebeu-se que a Constituição de 1891 não ignorou a educação escolar, mas reservou à educação, assim como a outros direitos sociais, resguardo ínfimo.

A educação recebe tratamento diferenciado na Revisão Constitucional de 1926. Em uma de suas emendas, tratou da legislação sobre o ensino e o papel do Estado no dever de oferecer instrução ao seu povo, garantindo ao menos a educação primária, de responsabilidade explícita e constitucional da União. Assim,

[...] a Revisão Constitucional revelou pelo menos dois pontos importantes: o primeiro foi a elucidação do papel da União quanto à instrução básica, quer aceitando que a interferência já estava posta explicitamente em 1891, quer posicionando que tal orientação dever ficar explícita, não se poderia resolver o “enigma” do caráter nacional sem a presença do Estado. É através da educação que o Estado se torna o demiurgo da nação e sem ele o país ou se cinde pelo regionalismo ou acolhe a “perigosa” ideia de uma revolução internacional. O segundo foi a antecipação de pontos que só se tornariam componentes do pacto constitucional após a Revolução de 1930. Estes pontos estão consubstanciados no capítulo próprio para a Educação reservado na Constituição de 1934. A Revisão de 1926 antecipa em 8 anos a concepção de educação como direito social pelo qual o Estado dá uma resposta, que não é a da “outorga”, às pessoas de vários movimentos civis os quais as pressões do operariado (CURY, 2005, p. 104).

Contudo, essas emendas não foram aprovadas, embora tenham sido muito discutidas, chegando-se à conclusão de que cabe à União a coordenação e unidade pedagógica. Frisa-se que foi durante a vigência da Constituição de 1891 que surgiu, por intermédio do Decreto n. 14.343, a primeira universidade no País: a Universidade do Rio de Janeiro.

Na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, a educação nacional foi organizada e pensada a partir de linhas mestras que servirão de aporte para a elaboração de um plano nacional de educação – o qual deveria ser elaborado por um Conselho Nacional de Educação. Nesse texto constitucional, ainda há previsão de imunidade de impostos para estabelecimentos particulares, bem como auxílio aos discentes necessitados, provimento de cargos mediante concurso e a liberdade de cátedra. Sendo assim, “a Constituição de 1934 é uma Carta plenamente realizada na história educacional do país, contrariamente ao que possa imaginar em decorrência do seu curto período de vigência legal” (ROCHA, 2005, p. 138).

No texto constitucional de 1934, diversos dispositivos sobre a educação foram traçados – a competência privativa da União para traçar as diretrizes da educação estava no artigo 5º, inciso XIV. O artigo 148 estabeleceu que a União, os Estados e os Municípios são responsáveis pelo desenvolvimento das ciências, artes, letras e cultura, promovendo a proteção do patrimônio artístico e do interesse histórico e o assessoramento do trabalhador intelectual. No texto do artigo 149, continha a determinação da educação como direito de todos e dever da família e dos Poderes Públicos, tanto para brasileiros quanto para estrangeiros domiciliados no Brasil, tendo como base a consciência de solidariedade.

Além disso, a União tinha por competência, conforme o artigo 150: a implementação, coordenação e fiscalização da execução do plano nacional de educação, em todo o território; estabelecer condições de reconhecimento dos estabelecimentos de ensino secundário e superior, fiscalizando-os; a organização e manutenção da educação nos Territórios; a manutenção do ensino secundário e superior no Distrito Federal, e, nos casos

de necessidade, por deficiência de iniciativa ou recursos, exercer de modo supletivo o estímulo da educação.

Em relação ao plano nacional de educação, o parágrafo único do artigo 151 estabelecia que a renovação ocorresse por prazos determinados e deveria observar a necessidade de ensino primário gratuito e obrigatório; possibilidades de acesso gratuito ao ensino secundário; liberdade de ensino; exigência de ensino no idioma pátrio, nos casos de estabelecimentos particulares; matrícula limitada à capacidade do estabelecimento, sendo possível seleção por meio de provas e aproveitamento; e reconhecimento dos estabelecimentos de ensino quando assegurarem estabilidade e remuneração digna aos seus docentes.

O artigo 151 previa a competência dos Estados e do Distrito Federal para manter e organizar os sistemas educativos nos seus territórios, desde que respeitassem as normas previstas pela União. O artigo 152 fixava a competência do Conselho Nacional de Educação, que seria organizado por lei e teria a incumbência de elaborar o plano nacional de educação (PNE), a ser aprovado pelo Poder Legislativo, bem como apresentar sugestões ao Governo acerca de medidas para solucionar problemas educativos e uma melhor distribuição dos fundos. Além disso, havia previsão de criação de Conselhos de Educação, com funções semelhantes às do Conselho Nacional de Educação, pelos Estados e pelo Distrito Federal.

O Conselho foi idealizado como meio de controlar os atos da União sobre o ensino e garantir autonomia dos educadores. A criação do Conselho Nacional de Educação se deu em abril de 1931, mas a partir de 1934, as suas competências se remodelaram, passando a ser órgão responsável pela elaboração do plano nacional de educação. Posteriormente, o Conselho passa por remodelação, justamente para atender a elaboração do PNE. Quanto aos Conselhos estaduais, teriam a responsabilidade de elaborar plano técnico (HORTA, 2005).

A opção do ensino religioso acaba sendo ideológica, fruto da concepção valorativa da família, pátria e religião. Em relação a tal ensino, era matéria presente nas grades de horários das escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais. A frequência era facultativa, e deveria ser ministrada em conformidade com as crenças religiosas dos pais ou responsáveis, conforme o artigo 153. No entanto, sabe-se da pressão católica e da utilização do ensino religioso como meio de formação de bases ideológicas, que culminariam em pensamentos políticos autoritários (HORTA, 2005).

No que se refere à matéria tributária, existia isenção de tributos aos estabelecimentos particulares de educação, gratuita primária ou profissional, oficialmente considerados idôneos, além da garantida de liberdade de cátedra, consoante determinação dos artigos 154 e 155, respectivamente. Quanto à destinação da renda de impostos para os sistemas educativos, a reserva deveria ser estipulada em percentuais – advindos - nunca inferiores a dez por cento para União e Municípios, e nunca menos de vinte por cento para Estados e Distrito Federal. Quando se tratava de ensino nas zonas rurais, a destinação dos recursos da União seria de vinte por cento – é o que expressava o artigo 156.

Os fundos de educação estavam disciplinados no artigo 157, que determinava que a União, os Estados e o Distrito Federal reservariam parte dos seus patrimônios territoriais para sua formação. Também afirmava que sobras de dotações orçamentárias, doações, percentagens sobre o produto de vendas de terras públicas, taxas especiais, entre outros recursos financeiros, também fariam parte desses fundos especiais na União, nos Estados e nos Municípios, sendo o fundo utilizado para auxiliar alunos necessitados.

Em relação à contratação de professores, o artigo 158 dispunha que era proibido dispensar concurso de títulos e provas, exceto quando se

tratasse de professores contratados por tempo certo. Quanto aos professores nomeados por concurso para os institutos oficiais, cabia a vitaliciedade e inamovibilidade nos cargos.

A partir das delimitações tecidas acerca dos dispositivos da Constituição de 1934, tem-se que, em matéria educacional, essa Norma “é plenamente realizada” (ROCHA, 2005, p. 138), embora de duração exígua. Neste sentido, prossegue-se a análise histórico-constitucional com os períodos seguintes.

2 Revisitando os delineamentos constitucionais: aportes teóricos fundamentais

No texto constitucional de 10 de novembro de 1937, período totalitário marcado pela supressão de direitos e garantias fundamentais, a educação não recebeu inovações significativas. A União continuou com a competência privativa de fixar e traçar as bases da educação, sendo de sua competência privativa legislar sobre as diretrizes de educação nacional, conforme os artigos 15 e 16 da Constituição. Em relação ao dever de prestação de educação integral, o artigo 125 aduz que é o primeiro dever e o direito natural dos pais, competindo ao Estado colaborar na sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular, devendo haver igualdade entre filhos naturais e legítimos.

O Estado, por sua vez, tem o dever de proteção da infância e da juventude, de modo a garantir o seu desenvolvimento, restando como falta grave dos pais e responsáveis o abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude. Quando impossibilitados de suprir a subsistência e a educação da prole, os pais podem invocar o auxílio do Estado, conforme o artigo 127. O ensino é de livre iniciativa, competindo ao Estado, consoante o artigo 128, o estímulo e o desenvolvimento dessa prática.

O artigo 129 estabeleceu que é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios prover educação adequada aos jovens e infantes que não tiverem recursos necessários à educação em instituições particulares, competindo ao Estado o ensino pré-vocacional profissional, que será destinado às classes menos favorecidas, devendo fundar institutos de ensino profissional, bem como subsidiar os de iniciativa dos Estados, dos Municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais. As indústrias e os sindicatos tinham o dever de criar escolas de aprendizes destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados, conforme sua especialidade.

A previsão de ensino primário, obrigatório e gratuito estava no artigo 130, mas apenas para os que precisassem. A obrigatoriedade da educação física, do ensino cívico e de trabalhos manuais nas escolas primárias, normais e secundárias tinha previsão no artigo 131. O artigo 132 regulamentava a preparação de jovens para cumprimento de deveres de defesa e economia da Nação, por instituições estatais ou por associações civis, subsidiadas pelo patrimônio público. Quanto ao ensino religioso, o artigo 133 disciplinava sua presença no curso ordinário das escolas primárias, normais e secundárias, mas sem obrigatoriedade e controle de frequência compulsória dos discentes.

Com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, o Direito à Educação volta a receber tratamento especial, sendo que esse texto prevê a competência da União para legislar questões de ordem geral. Assim, os Estados passaram a ter competência residual no assunto. A Educação pública e a previsão de recursos para sua manutenção também estão previstos. O texto constitucional, embora apresente algumas limitações, permitiu um lapso temporal significativo – quase vinte anos – de democracia. Além disso, “um capítulo sobre Educação ficou consagrado e cantado em bases constitucionais que irão se repetir,

sucessivamente, em todas as constituintes – até na conflitante e detalhista Constituição de 1988” (BOAVENTURA, 2005, p. 194):

[...] Pode-se afirmar que o debate em 1946 privilegiou o debate público-privado, e mais especificadamente, o da relação Estado-Igreja e seus desdobramentos na esfera educacional. Isto se deu em detrimento de uma reflexão mais abrangente que localizasse claramente os nossos principais problemas educacionais e formulasse as diretrizes para sua resolução, postergando-se, tal definição para o momento seguinte, quando da discussão da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e do Plano Nacional de Educação, que seriam aprovados mais de quinze anos depois de promulgada a Constituição (OLIVEIRA, 2005, p. 187).

Entre os artigos 166 a 175, o texto constitucional é dedicado ao direito à educação. Esses dispositivos previam a educação como direito de todos, devendo ser ministrada tanto no lar quanto na escola e tendo como inspiração os princípios de liberdade e os ideais de solidariedade. O ensino seria ministrado pelos Poderes Públicos, sendo livre à iniciativa particular.

Quanto aos princípios da legislação do ensino, teriam por base a obrigatoriedade do ensino primário e em língua nacional, a gratuidade do ensino primário oficial para todos. Já o ensino secundário, somente seria gratuito para os que provarem não ter condições de pagar – obrigatoriedade de ensino gratuito para servidores e seus filhos, nas empresas industriais, comerciais e agrícolas, em que trabalhem mais de cem pessoas, sendo que nas empresas em que trabalhem menores deve haver prestação de aprendizagem para estes; além disso, matrícula facultativa do ensino religioso, que deveria ser ministrado de acordo com a confissão religiosa do aluno ou de seus pais ou responsáveis, obrigatoriedade de concurso de provas e títulos para provimento de professores e liberdade de cátedra.

Dentre os princípios citados, novamente o ensino religioso foi questão controversa, tendo passado no texto constitucional por forte ideologia e pressão da bancada católica (OLIVEIRA, 2005). Destacam-se, também, como pontos que geraram discussões entre os constituintes, a participação da família na educação do indivíduo, a previsão de gratuidade do ensino primário e o financiamento e competência da educação entre os entes federados.

Ademais, o texto constitucional previa a destinação de nunca menos de dez por cento, por parte da União, e nunca menos de vinte por cento, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da renda resultante dos impostos para manutenção e desenvolvimento do ensino. A organização do ensino dos Territórios é da União, incumbindo-lhe o caráter supletivo, dentro dos limites das deficiências locais. A União cooperará pecuniariamente, mas serão os Estados e o Distrito Federal que organizarão os seus sistemas de ensino, devendo prestar serviços de assistência educacional.

Compete ao Estado o dever da cultura, sendo as ciências, as letras e as artes livres. Assim, a lei promoverá a criação de institutos de pesquisas, preferencialmente alocados em estabelecimentos de ensino superior. O Poder Público protegerá os bens com valor histórico e artístico, bem como as belezas naturais.

Sem grandes inovações em texto, o período de vigência da Constituição de 1946 é marcado pela Lei n. 4.024/1961: primeira Lei de Diretrizes e Bases do País, que estabeleceu a descentralização da educação, recriação dos Conselhos de Educação, o salário-educação e a pós-graduação (BOAVENTURA, 2005). Além disso, o percentual dos recursos que deveriam ser destinados pela União ao sistema educacional foi ampliado com a Lei, passando de 10% para 12%.

Após o golpe militar de 1964 e a instalação de Assembleia Constituinte pelo Ato Institucional n. 45, passou a vigor a Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Nas modificações ocorridas no País até o momento do Golpe, também se fez presente a educação e sua prestação pelo Estado, com necessidade de se criar um sistema educacional, sendo que já se pensava a reforma Universitária no período (FÁVERO, 2005). Contudo, esses pensamentos acabaram abafados em decorrência da repressão do período, sendo considerado ponto de inflexão da política desenvolvida no campo educacional (MINTO, 2006).

O que se tem no período é a entrada em vigor da Lei n. 5.540, de 28 de novembro de 1968, conhecida como “Lei da Reforma Universitária”, que estabelece normas de organização e funcionamento do ensino superior – depois revogada pela Lei 9.394, de 1996. Essa norma criava departamentos, o vestibular classificatório, a sistemática de créditos e os cursos de curta duração, entre outras inovações. Além disso, possibilitou a profissionalização docente, pois introduziu o regime integral e a dedicação exclusiva, permitindo a valorização por titulação e produção acadêmica (OLIVE, 2002).

No texto constitucional de 1967, o ensino privado foi reforçado, sendo prevista a distribuição de bolsas; mas a liberdade acadêmica foi reduzida, tendo em vista o período conturbado passado pelo País, fruto do golpe militar de março de 1964, que culminou num dos períodos mais totalitários e centralizadores do Brasil. Uma Constituinte fruto de um golpe não é instituição capaz de conceber um texto adequado aos valores sociais necessários, eis que não absorve os anseios da sociedade, impedida de participar diante do receio e do medo.

Logo, muitos dos seus dispositivos reproduzem textos constitucionais anteriores. Novamente, a competência é da União para estabelecer planos nacionais de educação e legislar sobre diretrizes e bases da educação

nacional, respectivamente previstas nos incisos XIV e XVII, alínea “q”, do artigo 8º. No parágrafo 2º do referido artigo foi estabelecida a competência supletiva dos Estados para legislar as bases e diretrizes da educação, em conformidade com a lei federal.

O artigo 168 previu o dispositivo que trará a educação como direito de todos, sendo o ensino de competência dos Poderes Públicos e permitido a livre à Iniciativa particular. Os princípios e normas adotados pela legislação do ensino são: utilização da língua nacional no ensino primário; obrigatoriedade do ensino dos sete aos quatorze anos, sendo gratuito nos estabelecimentos primários oficiais; ensino oficial ulterior ao primário gratuito ou com bolsa para os que não tiverem recursos; disciplina facultativa do ensino religioso, constituindo disciplina dos horários normais das escolas oficiais de grau primário e médio; concurso público de provas e de títulos para provimento das carreiras do magistério; liberdade de cátedra.

Quanto aos sistemas educacionais, existia a competência dos Estados e do Distrito Federal para organização dos seus sistemas de ensino, competindo à União, o modelo educacional dos Territórios e supletivamente os limites das deficiências locais, conforme o artigo 169. Já o artigo 17º dispõe que as empresas, na forma da Lei, terão que ministrar ensino primário gratuito aos seus empregados e filhos, sendo de sua competência obrigatória o oferecimento da aprendizagem aos seus trabalhadores menores.

O Poder Público incentivará a pesquisa científica e tecnológica, sendo as ciências, as letras e as artes livres. A cultura é dever do Estado, tendo o Poder Público que preservar bens, inclusive os naturais – regramento duplicado na Carta de 1967, nos artigos 170 a 172.

Em relação ao debate dos constituintes acerca dos pontos do texto constitucional de 1967, cabe ressaltar que, dessa vez, o dispositivo sobre a

presença do ensino religioso no horário escolar não foi objeto de discussões (HORTA, 2005). Nessa Constituinte, a gratuidade e obrigatoriedade do ensino estiveram na pauta das reflexões, especialmente a ideia de bolsas de estudos. As discussões acerca de qualquer tema restaram prejudicadas devido ao sistema totalitário enfrentado, desencadeando poucas reflexões sobre o assunto.

O projeto educacional presente na Carta de 1967 não deixa de ser diferente do previsto na Emenda de 1969, sendo descabido retomar pontos já refletivos, embora caibam alguns apontamentos. O artigo 8º, inciso XIV, amplia as atribuições da União: além de estabelecer e executar o plano nacional de educação, também exercerá competência sobre os planos regionais de desenvolvimento. Já o artigo 176, embora tenha repetido o artigo 168, acabou suprimindo a igualdade de oportunidades de seu texto.

Quanto aos princípios do ensino, a liberdade de cátedra foi substituída pela “liberdade de conhecimento no exercício do magistério, ressalvado o disposto no art. 1548”, conforme o artigo 176, § 3º, inciso VII. Outra restrição importante está contida no artigo 179, que estabelecia que as ciências, as letras e as artes estariam livres, desde que de acordo com o artigo 153, § 8º, da Constituição. Outras emendas à Carta de 1967 foram realizadas no campo educacional, como a Emenda Constitucional n. 12, de 17 de outubro de 1978, que assegurava direitos aos deficientes; a de n. 18, de 30 de junho de 1981, que tratava da aposentadoria especial para professores, e a de n. 24, de 1º de dezembro de 1983, que destinava recursos mínimos para a educação (MALISKA, 2001).

Em relação ao período totalitário vivido pelo País, tem-se que os “princípios, diretrizes, experiências, mecanismos e instrumentos foram abandonados, extintos ou substituídos” (FÁVERO, 2005, p. 253), servindo apenas como fonte legitimadora do novo sistema.

Após o fim do regime ditatorial brasileiro, necessitou-se de uma nova Constituição que expressasse uma nova fase. A elaboração do texto constitucional de 1988 mobilizou a sociedade brasileira, sendo que a educação esteve entre os temas debatidos, no intuito de definir os princípios que passariam a reger o Brasil na seara educacional.

A Constituinte foi instalada no início do ano de 1987, tendo primeiro consultado os Constituintes e os representantes de Estados e da sociedade civil. Sistematizar sugestões e ideias de diferentes ideologias não foi tarefa fácil para os Constituintes. Após discussões imensuráveis, o acordo da oposição com o Centrão foi acertado quanto ao capítulo destinado à Educação, Cultura e Esportes. O Emendão, como ficou conhecido este acordo – a reunião de pensamentos contraditórios na seara educacional – permitiu conciliar os diversos interesses envolvidos (PINHEIRO, 2005).

Na Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, a universidade, pela primeira vez, recebeu tratamento específico num texto constitucional (PINHEIRO, 2005). O artigo 207 aduz que as universidades têm autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e que devem obedecer ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. Além disso, a Emenda Constitucional n. 11, de 1996, incluiu nesse dispositivo dois parágrafos que tratam da faculdade de admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros – além de que o disposto no artigo 207 também se aplica as instituições de pesquisa científica e tecnológica.

Ademais, após 1988, no que concerne à educação, merece destaque, em sede de expectativa de rompimento com a exclusão social educacional, o atendimento especializado do ponto de vista da educação em prol dos denominados “portadores de deficiências”, a partir de mudanças legislativas que passaram a ocupar lugar de relevância em favor da acessibilidade dessas pessoas com necessidades especiais.

É cogente ainda recordar que a concretude de tais ações positivas em prol de parcelas da sociedade menos favorecidas de oportunidades está condicionada à eficácia de políticas públicas voltadas a esse objetivo, bem como às limitações orçamentárias, uma vez que a operacionalização e a efetivação da autonomia universitária passam pelo viés financeiro, antes mesmo que seja possível adentrar-se em seu viés de acessibilidade e promoção educacional.

Além disso, deve-se verificar se a acessibilidade ao ensino superior público no País – com a promoção de ações afirmativas voltadas a permitir, via reserva de vagas, a inserção do educando, egresso do ensino público, portador de deficiências e a parcela da população reconhecidamente segregada pela humanidade, negros, índios, pobres, ao ensino superior – está de acordo com a ideia de autonomia universitária prevista na Constituição.

Com estas medidas inclusivas – ações afirmativas que viabilizam o ingresso universal dos cidadãos no ensino superior –, o que se pretende é a efetivação do direito fundamental à educação, o qual se acha ancorado por outros dois princípios vetores do Estado Democrático de Direito: os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

O princípio da igualdade, sustentáculo do direito fundamental à educação, caracteriza-se por sua função informativa e condicionadora na interpretação de todo o Direito, o que significa dizer que é um princípio norteador de todo e qualquer direito, tanto quanto o princípio da dignidade humana o é.

Justamente por isso, é relevante analisar o referido direito fundamental à educação, bem como a autonomia universitária, frente às políticas públicas de acesso às universidades públicas, no intuito de verificar se existe intervenção significativa que descaracterize a autonomia

nessas instituições de ensino, já apregoadas e sedimentadas pelo Texto de 1988.

Conclusão

A partir desta análise histórica, cabe ressaltar que o objeto precípua não mais repousa na discussão do aceite ou não da implementação de cotas na universidade, mas sim na verificação das variáveis postas na construção da artigo.

Compreende-se que o acesso ao ensino superior como bem/direito social fundamental, capaz de alavancar sistemas econômicos e sociais e garantir uma vida digna, deve ser estendido a todas as pessoas, independente das classes sociais, de modo a verdadeiramente referendar-se como um objeto promotor de desenvolvimento humano e evitar ações que possam ser alijadoras do direito de uns em detrimento de outros.

Desse modo, a proposição se centralizaria na melhoria da educação de base e/ou então com a promoção, talvez até por parte das instituições públicas de ensino superior, de cursos que proporcionassem aos alunos melhoria em conteúdos deficitários nos núcleos básicos, permitindo que possíveis autoexcluídos se insiram como agentes críticos do e no sistema social/educacional;

Nesta produção foi realizado o estabelecimento de conceitos tidos como principais e que serviram de base para uma compreensão histórica da temática. O objetivo específico foi estudar o direito fundamental à educação bem como verificar a sua inclusão no ensino superior, estabelecendo os delineamentos constitucionais e as diretrizes infraconstitucionais para possibilitar a identificação dos desafios da educação como direito social no Brasil pós-1988.

O acesso ao ensino básico e superior, sobretudo a sua ampliação, é meta que deve sempre estar na base jurídica e política de um País, pois a

exclusão educacional gera mais do que falta de conhecimento: desencadeia um hiato social que acaba por influenciar a economia de modo significativo.

O Brasil, em razão de sua tardia independência, também se preocupou extemporaneamente com o processo de ensino de seu povo. Os primeiros cursos superiores somente surgiram trezentos anos após o descobrimento. Em termos constitucionais, o País somente se organizou de modo significativo, no que tange ao processo educacional, com a entrada em vigor da Constituição de 1934. Não muito tempo depois, começaram a ser promulgadas normas que trataram da educação, como a LDB e normas específicas acerca da educação superior. Contudo, importa frisar que foi com o texto constitucional de 1988 que as universidades receberam tratamento específico.

São muitos os desafios que deverão ser vencidos para que o Brasil atinja uma universalização da educação de qualidade. Nem poderia ser diferente, quando se trata de um direito reconhecido apenas em um segundo momento pelos textos constitucionais e tão tardiamente estabelecido na ordem interna. No entanto, restou claro que é necessário, para a melhoria da qualidade de vida, que esse direito seja cada vez mais reconhecido e tutelado, pois somente assim se poderá diminuir as desigualdades sociais do País.

Referências

- BOAVENTURA, Edivaldo M. A Educação na Constituinte de 1946: Comentários. In: FÁVERO, Osmar (org). **A educação nas constituições brasileiras 1823 – 1988**. 3 ed. Campinas, SP: Autores Associados, 2005. – (Coleção memória da educação)
- CHIZOTTI, Antônio. A constituinte de 1823 e a Educação. In: FÁVERO, Osmar (org). **A educação nas constituições brasileiras 1823 – 1988**. 3 ed. Campinas, SP: Autores Associados, 2005. – (Coleção memória da educação).

CURY, Carlos Roberto Jamil; HORTA, José Silvério Baía; FÁVERO, Osmar. A Relação Educação-Sociedade-Estado pela Mediação Jurídico-Constitucional. In: FÁVERO, Osmar (org). **A educação nas constituições brasileiras 1823 – 1988**. 3 ed. Campinas, SP: Autores Associados, 2005. – (Coleção memória da educação).

FÁVERO, Osmar. A Educação no Congresso Constituinte de 1966-67: Contrapontos. In: FÁVERO, Osmar (org). **A educação nas constituições brasileiras 1823 – 1988**. 3 ed. Campinas, SP: Autores Associados, 2005. – (Coleção memória da educação).

HORTA, José Silvério Baía. A Constituinte de 1934: Comentários. In: FÁVERO, Osmar (org). **A educação nas constituições brasileiras 1823 – 1988**. 3 ed. Campinas, SP: Autores Associados, 2005. – (Coleção memória da educação).

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MINTO, Lalo Watanabe. **As reformas do ensino superior no Brasil**: o público e o privado em questão. Campinas. São Paulo: Autores Associados, 2006.

OLIVE, Arabela Campos. Histórico da educação superior no Brasil. In: SOARES, Maria Susana Arrosa. (Org.). **Educação Superior no Brasil**. Brasília: Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, 2002.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. A Educação na Assembléia Constituinte de 1946. In: FÁVERO, Osmar (org). **A educação nas constituições brasileiras 1823 – 1988**. 3 ed. Campinas, SP: Autores Associados, 2005. – (Coleção memória da educação).

ROCHA, Marlos Bessa Mendes da. Tradição e Modernidade na Educação: O Processo Constituinte de 1933-34. In: FÁVERO, Osmar (org). **A educação nas constituições brasileiras 1823 – 1988**. 3 ed. Campinas, SP: Autores Associados, 2005. – (Coleção memória da educação).

PINHEIRO, Maria Francisca. O Público e o Privado na Educação: um Conflito Fora de Moda? In: FÁVERO, Osmar (org). **A educação nas constituições brasileiras 1823**

- **1988**. 3 ed. Campinas, SP: Autores Associados, 2005. – (Coleção memória da educação).

SUCUPIRA, Newton. O Ato Adicional de 1823 e a Educação. In: FÁVERO, Osmar (org). **A educação nas constituições brasileiras 1823 – 1988**. 3 ed. Campinas, SP: Autores Associados, 2005. – (Coleção memória da educação).

Direito e publicidade em perspectiva constitucional: a monetização da infância e o tratamento jurídico das ações de marketing realizado por influenciadores mirins no Youtube

*Rosane Leal da Silva¹
Taís Steffenello Ghisleni²*

Introdução

A sociedade atual é fortemente condicionada pelas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) cujo uso, cada vez mais intenso, transforma os hábitos e comportamentos sociais. Trata-se de um processo que tem se intensificado nos últimos anos em razão do maior acesso dos brasileiros à internet, o que ganhou incremento forçado com a pandemia do novo Coronavírus, em curso desde o começo do ano de 2020.

Dentre os usuários brasileiros, contingente bastante significativo de mais de vinte e quatro milhões de brasileiros são crianças e adolescentes, sendo que destes, a proporção de usuários da internet com idades entre 09 e 17 anos é de 89% (PESQUISA..., 2021, p. 28) que usam a internet para os mais variados fins: aulas online e pesquisas escolares, manter contato amigos e parentes, ter acesso a conteúdos culturais e vídeos em plataformas digitais, e até produzir conteúdo e postar em seus próprios canais.

Trata-se de um processo bastante acelerado e sem precedentes, no qual crianças e adolescentes assumem um protagonismo não vivenciado

¹ Doutora em Direito, - UFSC. Professora da Universidade Franciscana (Santa Maria, RS), no Curso de Graduação de Direito, advogada.

² Doutora em Comunicação Midiática - UFSM. Professora na Universidade Franciscana (Santa Maria, RS), nos cursos de Mestrado em Ensino de Humanidades e Línguas e na graduação em Publicidade e Propaganda.

com outras mídias, que lhes reservavam um papel mais passivo. O contexto mudou, e Thompson (2008) explica que surgimento da comunicação de massa mudou a natureza da visibilidade, visto que o sujeito, para tomar conhecimento das mesmas coisas e compartilhar informações já não precisa compartilhar dos mesmos espaços físicos. Então, com as novas possibilidades tecnológicas, os internautas descobriram que podiam ter visibilidade e ganhar popularidade falando do seu cotidiano, mas também era possível monetizar seus canais com a atração de empresas para as quais poderiam, entre uma brincadeira e outra, anunciar produtos e serviços.

Essa estratégia de marketing revolucionou não somente a forma de anunciar e fazer publicidade, mas transforma a infância, o que justifica a abordagem a partir de duas áreas do conhecimento: a comunicação, com ênfase para a publicidade e o Direito da Criança e Adolescente. O diálogo entre as duas áreas intentará o enfrentamento do seguinte problema de pesquisa: é possível afirmar que a proteção constitucional da infância e a tutela do consumidor, prometidos na Constituição Federal de 1988, são efetivamente observados no caso dos influenciadores digitais mirins ou, ao revés, a infância está instrumentalizada em favor do mercado, em processo fortemente incentivado pelos atores encarregados da proteção integral?

O enfrentamento do problema se dará a partir de análise constitucional do tema, com ênfase para as promessas de proteção integral previstas no artigo 227, ao que se soma a proteção do consumidor, anunciada no Art. 5, inciso XXXII como direito fundamental, ambos previstos na Constituição Federal de 1988. Esses compromissos constitucionais resultaram em duas legislações protetivas editadas no mesmo ano: de um lado o Estatuto da Criança e Adolescente (Lei n. 8.069, de 1990) e de outro o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de

1990), ambas igualmente confrontadas e desafiadas pelas práticas do mercado, que reinventa a publicidade infantil, com riscos para a instrumentalização da infância.

É sobre esse tema que versa o trabalho, assim dividido: na primeira parte, apresentam-se as bases legais e jurídicas que justificam a proteção da infância e adolescência como consumidores hipervulneráveis; na sequência, são apresentadas e discutidas as práticas empreendidas por algumas empresas desse segmento no YouTube, plataforma eleita para a análise em razão de sua popularidade junto a esse público, destacando-se alguns exemplos de influenciadores mirins e, por fim, serão evidenciadas, a título de exemplo, iniciativas empreendidas por atores encarregados de promover a proteção integral de crianças e adolescentes.

1 A proteção jurídica dos consumidores hipervulneráveis: abordagem em perspectiva constitucional

A Constituição Federal de 1988 promoveu importante “viragem normativa” ao eleger a dignidade da pessoa humana como valor e princípio norteador do Estado Democrático de Direito. A partir desse compromisso, rompe com a tradição até então empreendida no tratamento jurídico de crianças e adolescentes, até então considerados como “menores” e “incapazes” para reconhecê-los como sujeitos de direitos dotados de autonomia progressiva e merecedores de proteção integral. Essa proteção, diferentemente do que havia até então, deveria pautar-se na ética da promoção de direitos em detrimento da punição, com responsabilidades compartilhadas entre família, sociedade e Estado, o que torna o compromisso constitucional absolutamente inédito, pois “[...] pela primeira vez na história brasileira, aborda a questão da criança como *prioridade absoluta*, e a sua *proteção é dever da família da sociedade e do Estado*. (SILVA; CURY, 2018, p. 39) [grifos do autor]. E os autores vão

além ao evidenciar que naquele momento histórico no marco desta carta constitucional, os direitos foram universalmente reconhecidos, com o seu caráter de direitos especiais e específicos, que precisavam se compreendidos e promovidos em razão da condição de desenvolvimento humano em que se encontram as pessoas de até 18 anos de idade.

Ao lado do reconhecimento e ampliação de direitos, firmou-se um compromisso de criação e manutenção de uma rede de proteção que, abandonando o modelo assistencialista de outrora, deveria trabalhar pelo reconhecimento e promoção de direitos. Nesse sentido, um passo importante foi a “[...] descentralização político-administrativa, restringindo o papel dos estados e ampliando as competências e responsabilidades dos municípios e da comunidade [...]”, para tanto, um importante passo foi a democratização das participações, por meio da criação de um Sistema de Garantia de Direitos (SGD) que conta com “[...]a participação da população por meio de suas organizações representativas (Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente e Conselhos Tutelares). (SILVA; ALBERTO, 2019, p. 2)

Na sequência da previsão constitucional sobreveio uma nova ordem jurídica que ganhou vida com a Lei n. 8.069, de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa legislação, por seu caráter universal, ampara-se na ideia de que todas as crianças e adolescentes (e não apenas aqueles em situação de vulnerabilidade, como antes) detêm os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, não podendo sofrer redução desses direitos em razão da menoridade. Esta ideia, expressa no art. 3 evidencia que

O fato de estar física e psiquicamente imaturo não exclui a perfeita correspondência entre a situação jurídica da criança e do adolescente e a situação jurídica do adulto no que diz respeito aos direitos fundamentais, os quais podem ser identificados basicamente nos direitos de personalidade, seja

em relação ao Estado, seja em relação aos outros cidadãos. (VERCELONE, 2018, p. 60).

A proteção integral significa, portanto, que esses sujeitos são merecedores de um cuidado especial, o que indica que a proteção a eles destinada pressupõe uma desigualdade quando comparado com o adulto, a ensejar um reforço nas medidas de cuidado pois precisam de auxílio e orientação, o que não significa, todavia, que deva haver desigualdade no tratamento entre crianças e adolescentes em razão de sua condição de raça, cor, sexo, idioma, religião ou qualquer outra condição, incluindo posição econômica ou de nascimento, como aponta Dallari (2018, p. 67), discriminações tão comuns e incentivadas legislativamente pelo Brasil nos antigos Códigos de Menores, cuja marca era a doutrina da situação irregular.

Para Dallari (2018, p. 70), o art. 4 do Estatuto da Criança e do Adolescente dialoga diretamente com o art. 227 da Constituição Federal, destacando o papel importante da inclusão da sociedade dentre aqueles que devem promover a proteção integral da infância e adolescência. Ressalta que enquanto a responsabilidade da família já era universalmente reconhecida e aceita até mesmo por padrões morais, a sociedade não era tratada, no campo normativo, com deveres jurídicos, o que reforçava a ideia de descomprometimento com a infância. Foi em boa hora essa inclusão, pois a responsabilidade da sociedade decorre do princípio da solidariedade humana, cuja aplicação se justifica em face da vulnerabilidade acentuada de crianças e adolescentes, o que os torna merecedores de maior atenção merecem na promoção dos seus direitos.

Para a adequada compreensão do tema destaca-se o disposto no art. 4º do Estatuto, cujo rol de direitos é bastante amplo e importante. Sua relevância não se dá apenas porque a *internet* proporciona um incremento

à educação, lazer e acesso à cultura, direitos tão potencializados no ambiente digital no período da pandemia, mas também em razão do potencial danoso e dos riscos de contato com conteúdos publicitários de produtos não saudáveis ou inadequados para a idade.

Nessa mesma linha argumentativa, os artigos iniciais do Estatuto se mostram muito adequados para tratar o tema, não só no que se refere aos direitos fundamentais ligados à personalidade, como também ao direito que crianças e adolescentes têm de não ser objeto de exploração o que, tomado em sua acepção ampla, envolve tanto eventual exploração pela família quanto a proveniente da sociedade³.

A condição de vulnerabilidade desse grupo etário também é recepcionada pela Lei nº 8.078, de 1990 - Código de Defesa do Consumidor- (CDC), cujo art. 37, § 2º considera abusiva a publicidade que “se aproveite de deficiência de julgamento e experiência da criança [...] ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”. O fundamento de tal previsão encontra-se nos estudos da área da Psicologia, que apontam que até os seis anos de idade as crianças não conseguem reconhecer que a mensagem veiculada se trata de uma peça publicitária, tardando até cerca dos 12 anos de idade para que esses consumidores consigam compreender o objetivo real da publicidade (IGLESIAS, CALDAS; LEMOS, 2013, p. 135).

Considerando esse quadro de desenvolvimento e o fator indutor ao consumo, as advertências de Souza Filho (2017, p. 304) são oportunas, especialmente quando aponta alguns exemplos de publicidade abusiva e com potencial danoso para os consumidores hipervulneráveis:

³ Esse é outro ponto que suscita preocupação, pois no caso de influenciadores digitais mirins percebe-se que, por trás do entretenimento pode se revelar a objetificação de crianças, transformadas em força de trabalho responsável pelo incremento da renda familiar.

A oferta de determinado produto alimentício, especialmente aquele de preferência do público infantil, sem a informação de que seu consumo excessivo acarreta danos à saúde - ou o uso exagerado deste produto no filme publicitário, estimulando quem o assiste a proceder da mesma forma; a “adulterização” do comportamento infantil, por meio de imagens de crianças cumprindo funções tipicamente adultas, como o uso de sandálias de salto alto e maquiagens; o estímulo à violência, por meio de exposição de brincadeiras com brinquedos que reproduzem fielmente armas de fogo ou que se aparentam com armas, a exemplo das que espirram água; a erotização da brincadeira, como a disputa entre garotos pelo reconhecimento da mocinha e o uso de poucas roupas pelas crianças são exemplos de comerciais televisivos geridos de forma abusiva.

No mesmo sentido seguem Iglesias, Caldas e Lemos (2013, p. 135) que, ao tratarem dos efeitos da publicidade na TV aberta, corroboram a grande influência que o *marketing* gera no comportamento infantil, constituindo-se fator de risco o incentivo à ingestão de alimentos que causam sobrepeso e doenças, dentre outros comportamentos que podem ser prejudiciais.

Esses riscos justificam o disposto no art. 31, do CDC, segundo o qual a oferta e apresentação de produtos ou serviços deve assegurar informações claras, precisas sobre as características do que se anuncia, incluindo eventuais riscos sobre a saúde. Para ampliar a transparência, o Código consumerista veda a publicidade subliminar, pois como explica Dias (210, p. 236-237) ela não permite que o consumidor perceba o teor publicitário da mensagem que, por isso, agiria no inconsciente, dificultando a filtragem do conteúdo. Ao assim agir, estimularia uma série de desejos e comportamentos, induzindo os consumidores a determinados atos, o que sem dúvidas se constitui em algo preocupante se for considerada a hipervulnerabilidade do consumidor infantil e adolescente.

Entende-se que a mensagem penetrará de forma ainda mais intensa no inconsciente da criança se ela provier de alguma figura que o influencie, de alguém com quem se identifique e admire, como ocorre com os influenciadores mirins que povoam os canais do YouTube, conforme se verá na sequência.

2 De público consumidor infantil a influenciador mirim

Com a evolução da tecnologia e dos meios de comunicação de massa, a sociedade contemporânea convive simultaneamente com diversos tipos de mídia, e esse contexto já faz parte do hábito dos indivíduos, tanto que, em muitos casos, a primeira atitude que as pessoas, tanto adultas quanto crianças têm pela manhã, ao acordar, é se conectar a um meio de comunicação, independentemente do tipo de plataforma. E a partir disso, as pessoas são expostas, a todo instante, a inúmeras propagandas, e seus anunciantes, que tornam possível esse processo todo.

A aliança entre a publicidade e o entretenimento é uma estratégia que tem funcionado por conseguir impulsionar a interação com os consumidores, o que gera boas oportunidades de negócios e consegue captar a atenção do público que se encontra disperso dentro do ecossistema comunicacional vigente, que é repleto de plataformas midiáticas e suas fontes de atenção. Nesse sentido, Castro (2018, p. 75), explica que “a publicidade ao mesmo tempo interpela e constitui o seu público consumidor por meio da criação de narrativas exemplares de cunho persuasivo em favor de marcas, produtos e serviços”.

E nesse contexto, Silva e Vasconcelos (2012) chamam a atenção para o fato de que enquanto receptora desse conteúdo publicitário, a criança absorve conceitos, valores e modelos que ativam seu desejo de consumo. Segundo Sampaio (2000, p. 148),

A explosão dos programas infantis no Brasil esteve de modo tão expressivo associado à sua presença marcante nas emissoras privadas que o sinônimo de programação infantil e comércio tornou-se praticamente uma obviedade. Tal vínculo se impõe como uma espécie de fatalidade em relação à qual postura predominante, tanto da parte de profissionais de comunicação, quanto do público, tem sido a de resignação. O depoimento de Aristides Molina, diretor do TV Criança em 86, é elucidativo dessa questão: “Doa a quem doer, um programa para crianças, bem-feito e colocado em determinados horários, é uma vitrine de produtos infantis, proporcionando inesgotável fonte de renda.

A presença da criança em peças publicitárias acontece justamente para ser fonte de atração para outros semelhantes. Mas não é só isso, também existem outros elementos importantes que merecem ser considerados. Segundo Sampaio (2000, p. 152):

1) a criança ouve outra criança, ou seja, ela é particularmente sensível à interpelação de outra criança; 2) a criança tem um forte apelo emocional ou, nas palavras do criativo, ela tem um “apelo mágico” que emociona o adulto e o sensibiliza; 3) a criança pode contribuir para o rejuvenescimento da marca; 4) a criança tem empatia com os anunciantes, favorecendo a aprovação dos comerciais.

Assim, as crianças passaram de público secundário para assumir um espaço de público efetivo, e com crescente importância. Mas, em 2014, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, aprovou a Resolução 163⁴ que estabelece como abusiva a publicidade direcionada à criança, independentemente do suporte, mídia ou meio utilizado.

Isso fez com que o paradigma comunicativo tradicional, inicialmente unidirecional, com intenção persuasiva direta e separada do conteúdo

⁴ Na sequência do texto serão trazidas mais informações sobre a resolução.

informacional⁵, precisasse se adaptar e Méndiz Noguero (2010) explica que isso afetou todo o contexto e o próprio conceito de publicidade que hoje já conta com um novo paradigma, no qual a mensagem publicitária tem características bidirecionais, e é integrada com o conteúdo informativo que o público reúne e capitaliza nos meios interativos; e tudo isso sempre em busca de proporcionar experiências lúdicas para o público consumidor.

Chaveiro (2016) relata que uma estratégia publicitária integrada que vem sendo utilizada é o conteúdo gerado por alguns *youtubers* mirins⁶.

Algumas dessas crianças possuem grande popularidade, são seguidas por milhares de fãs e seus vídeos possuem milhões de visualizações, o que as tornam relevantes para o mercado publicitário. É comum visualizar, nos canais dos principais *youtubers* mirins, vídeos com relatos de suas experiências com produtos “doados” a eles por marcas específicas, além de relatos de viagens e passeios patrocinados por empresas (CHAVEIRO, 2016, p. 28).

Esse tipo de ação já não é mais novidade, pois hoje em dia as crianças não são mais apenas consumidoras, elas são protagonistas do conteúdo e é possível encontrar muitos *youtubers* mirins fazendo sucesso na plataforma.

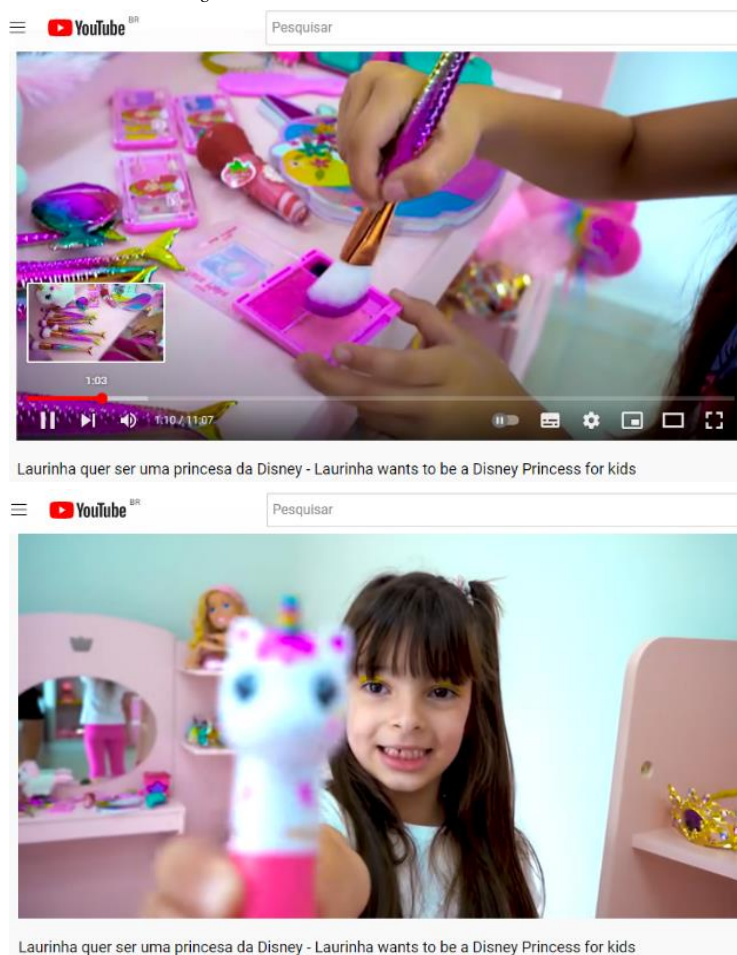
Um exemplo é o Clubinho da Laura, da *youtuber* Laura. Com 10 milhões de seguidores em seu canal, ela, seus pais e sua irmã de 2 anos (que também tem um canal) compartilham a rotina da família, apresentam novos brinquedos e mostram viagens divertidas. E tem quase 3 bilhões de visualizações. Laura tem vídeos novos no canal todos os dias às 18h e sua conta é ativa desde 2012.

⁵ Como por exemplo, a campanha publicitária da empresa Garoto, “Compre Batom”, que funcionou muito bem nos anos 1990, e que depois foi proibida por ter um discurso totalmente direcionado às crianças.

⁶ Esse termo é usado para denominar as crianças que mantêm canais no site *YouTube* e produzem vídeos com temáticas variadas: tutoriais de maquiagem, dicas de jogos e brincadeiras, desafios a serem realizados com amigos, dicas de moda, receitas, relatos sobre seu dia-a-dia.

Nas informações sobre sua conta consta que os vídeos não contêm promoção paga e que todos os itens mostrados são comprados com recursos próprios. Que é um canal para a família, livre para todas as idades e que é administrado e monitorado pelos responsáveis. Um elemento que merece destaque é que na legenda dos seus vídeos está indicada a caixa postal da família, o que facilita para as marcas realizarem o envio de produtos que possam vir a ser divulgados nos próximos vídeos.

Figura 1 – Prints de vídeo do canal Clubinho da Laura



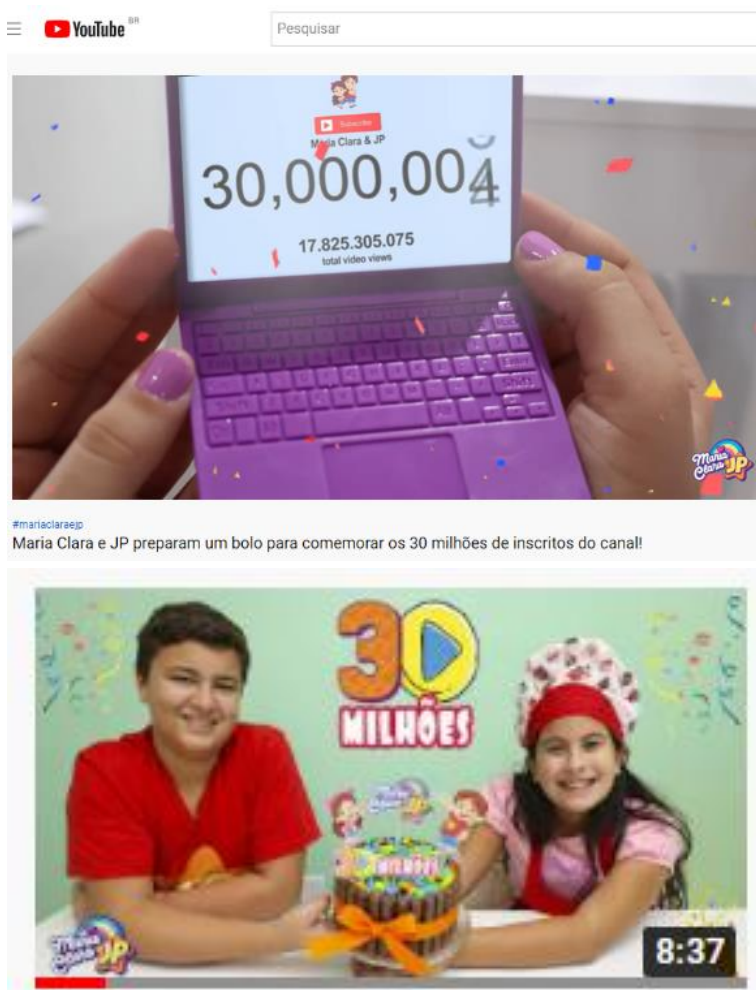
Fonte: <https://www.youtube.com/watch?v=uLLES5yscQU>

Exemplos como o Clubinho da Laura existem muitos na internet, e isso acontece porque as crianças de hoje, pouco estimuladas pelo conteúdo que passa na televisão, vivem em um contexto em que não precisam mais esperar um horário em que tenha um programa que seja do seu interesse, pois já nasceram tendo a possibilidade e sabendo escolher o que desejam assistir. E esse público, encontrou principalmente no YouTube, uma plataforma em que podem mais do que consumidores, podem ser produtores de conteúdo. E nesse contexto ganham visibilidade, acumulam muitos seguidores e isso atrai o dinheiro de anunciantes.

Vale lembrar que a publicidade de produtos infantis e de brinquedos não é vetada pela legislação. A proibição está relacionada com o direcionamento de mensagens e ações publicitárias direcionadas para o público menor de 12 anos, então a questão tem relação com o público-alvo da mensagem e não com o tipo de produto anunciado.

Outro canal infantil que merece ser destacado é o dos irmãos Maria Clara e João Pedro. Eles já têm mais de 30 milhões de inscritos e 17 bilhões de visualizações. A dupla está na rede desde 2015 e se apresenta ao público dizendo que posta vídeos divertidos, mas que também traz vídeos educativos para as crianças, para que elas possam entender a importância da família, da amizade e do apoio mútuo.

Figura 02 - Maria Clara & JP



Fonte: <https://www.youtube.com/channel/UCKe6woexlg4U-RzqAyoY1VA>

Os vídeos postados por Maria Clara, agora com 10 anos, e João Pedro com 12 anos normalmente trazem brincadeiras, historinhas, desafios e paródias de músicas e conteúdos populares. É possível perceber que os conteúdos apresentados não são tratados como publicidade e sim disfarçados de conteúdo editorial, o que torna a publicidade bem integrada

com o entretenimento e a informação. Vale atentar para o fato de que essas crianças já participam dessa ambiência há mais de seis anos.

A produção audiovisual realizada chama atenção pelo sucesso de audiência que os vídeos recebem, e, de certa forma, chama a atenção pelas ações apresentadas e a publicidade disfarçada e ilegal que muitas vezes acaba sendo realizada. Esses exemplos aqui só reforçam a ação dos meios de comunicação, por meio de múltiplas telas com as quais se está conectado diariamente, que contribuem para moldar o perfil das crianças e interferem até na noção que elas têm do próprio futuro, já que muitas crianças, inspiradas pelo sucesso de outras, também querem ter seu próprio canal, ter muitos seguidores, e acabam idealizando algo que muitas vezes não se realiza. É a nova versão da criança que queria ser jogador de futebol para ter sucesso na vida, e agora, a inspiração de sucesso está em querer ser youtuber.

Isso porque o sucesso não é alcançado do dia para a noite. Inicialmente a criança vai escolher um nicho para gerar suas publicações e aos poucos vai somar junto a tantos outros existentes ou vai se destacar, por algum motivo específico, passando a ser uma celebridade midiática. Mas para que isso aconteça, vai precisar gerar muita interatividade, engajamento e para isso, muito trabalho precisa ser realizado.

As estratégias de comunicação publicitária que alcançam o sucesso são aquelas que conseguem estabelecer uma comunicação bidirecional com o seu público-alvo, e que vão mesclar a publicidade com o conteúdo para proporcionar experiências lúdicas, com o entretenimento como base. Percebe-se, pela análise dos casos de sucesso, que o foco está muito mais no envolvimento emocional com o público do canal por meio das experiências que as marcas podem proporcionar do que com as características dos produtos que são apresentados. Mas a linha entre o que é permitido e o que é ilegal é tênue, e muitas vezes, é atravessada.

3 As possíveis respostas jurídicas para a proteção da infância em face da publicidade realizada por influenciadores mirins

A legislação brasileira, como visto, ocupa-se da proteção da criança e do adolescente diante da publicidade. A preocupação dirige-se de forma mais intensa para as crianças, pois são mais suscetíveis de influências em razão das mensagens de *marketing*. Conforme visto, as insuficiências de julgamento ocorrem em razão do desenvolvimento incompleto e da inexperiência, o que exige maior cuidado para que a publicidade não se torne abusiva.

É incontestável que a sociedade de consumo fará uso do *marketing* para divulgar os produtos e serviços e não se defende, nesse passo, a total proibição de toda e qualquer publicidade, como sustentado por alguns, mas a necessária adequação em respeito às condições de desenvolvimento do público infantil e adolescente, com ênfase para o primeiro.

A preocupação com o consumo exagerado suscitado pela publicidade direcionada aos menores de idade têm ocupado alguns encarregados da proteção integral, dentre eles o Instituto Alana. Essa organização não governamental representa segmento da sociedade civil desde 1994, tendo como objetivo atuar em defesa dos direitos das crianças, com preocupação em causas socioambientais e de desenvolvimento integral desse grupo etário. Essa atuação já rendeu a expansão do instituto em âmbito internacional, com a criação, no ano de 2012, da Alana Foudation (INSTITUTO ALANA, 2021).

Dentre os projetos que realiza encontra-se o Programa Criança e Consumo, criado em 2006 com o objetivo de divulgar e debater ideias e propostas relacionadas à publicidade direcionada para crianças. Segundo o Instituto Alana, a publicidade sem atenção à condição específica desse grupo etário pode produzir resultados gravosos no processo de

desenvolvimento infantil. Dentre esses riscos estão os transtornos de comportamento, com potencial para que a publicidade contribua para incentivar um “conceito vazio de felicidade’. Justificam a preocupação aduzindo que “O conceito de felicidade está condicionado ao hábito de consumir por consumir e descartar logo em seguida, uma vez que os objetos não podem oferecer a satisfação genuína“(PROJETO CRIANÇA E CONSUMO, 2009, p.17).

Nesta linha argumentativa, a criança passa a receber mensagens de que o importante é “ter”, o que poderia contribuir para a baixa estima daqueles que não têm condições financeiras para adquirir os conceitos e marcas oferecidos. Ademais, mensagens massivas de caráter publicitário poderiam ensinar aos infantes que os valores podem ser obtidos a partir de aquisição de bens de rápido consumo e descarte. Assim, embalados por anúncios publicitários cada vez mais “engenhosos”, uniformiza-se a infância e todos passam a desejar os mesmos produtos, independentemente dos aspectos culturais e regionais e da história de vida da criança. Apontam também o risco de uma espécie de “encurtamento da infância”, com riscos de sua descaracterização a partir dos estímulos de mercado (PROJETO CRIANÇA E CONSUMO, 2009, p.18).

Outros riscos apontados pelo Instituto Alana ligam-se à segurança, posto que algumas publicidades poderiam causar riscos à saúde, confundindo inclusive as percepções da criança sobre hábitos saudáveis de alimentação e condições de saúde. Segundo este entendimento, a consequência dessa estratégia já se mostraria presente em índices expressivos de crianças com sobrepeso, enquanto outras tantas fazem uso de práticas nocivas à saúde, aderindo a comportamentos que conduzem à anorexia e bulimia para alcançar os padrões de beleza também anunciados na publicidade. (PROJETO CRIANÇA E CONSUMO, 2009, p.23-24).

O entendimento de que a publicidade pode resultar no incentivo ao consumismo também é partilhada pelo Conselho Nacional de Direitos da Criança e Adolescente (CONANDA), órgão representativo da sociedade, inicialmente vinculado à Secretaria dos Direitos Humanos, com atribuição normativa na formulação de diretrizes, proposição de normativas e controle de políticas públicas visando à implementação da Lei n. 8.069/1990.

Esse Conselho foi desenhado para promover a democratização das ações voltadas às crianças e adolescentes, permitindo que a sociedade fosse representada e se sentisse comprometida com a causa da infância. De acordo com Silva e Alberto (2019, p. 3), a sociedade civil também precisa ser partícipe “[...] na aplicação de instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para efetivação dos Direitos Humanos da criança e do adolescente nos níveis Federal, Estadual e Municipal. Trata-se de importante engajamento de todos os atores encarregados da proteção integral em ações articuladas cujo

[...] objetivo é reinventar novas práticas sociais capazes de provocar transformações no âmbito da consciência e da concepção da sociedade em relação à dimensão do público, com vistas à constituição de processos emancipatórios no campo da legislação, das políticas públicas, das organizações e do próprio fortalecimento de um projeto societário, consolidado pela participação, democratização e cidadania. (SILVA; ALBERTO, 2019, p. 3)

É no cumprimento desses deveres e na representação da sociedade no âmbito da promoção de garantias de direitos que o CONANDA editou, em 2014, a Resolução nº 163, que fixou os recursos e estratégias de

persuasão consideradas abusivas, como o direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança que se utilize de:

- I** - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;
- II** - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;
- III** - representação de criança;
- IV** - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;
- V** - personagens ou apresentadores infantis;
- VI** - desenho animado ou de animação;
- VII** - bonecos ou similares;
- VIII** - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e
- IX** - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil (BRASIL, 2014).

Esta Resolução constitui um marco importante no tratamento do tema, pois é sabido que algumas estratégias, como o uso de artefatos, brinquedos, bonecos ou o protagonismo das próprias crianças gera indução ao consumo, pois desse modo a mensagem publicitária tem maior penetração junto ao público infantil e adolescente. A Resolução nº 163/2014 visa a um cuidado especial que se deve ter tanto para tutelar a população destinatária da proteção, quanto para ofertar o necessário balizamento que evitaria o exame casuístico do tema. Por lógico que seus termos não agradaram a todos, especialmente o segmento mercadológico impactado pelas limitações.

Em exame da constitucionalidade do Resolução, Miragem (2014, p. 45), reconhece a competência do CONANDA para normatizar o tema e manifesta-se no sentido de que seu não impede o acesso à publicidade e o direito de os consumidores terem acesso à informação sobre produtos ou serviços, afirmando que o que se limita são as estratégias utilizadas tão somente para atrair a atenção para o produto ou serviço, “Todavia, não se

busca com a resolução – tampouco seria possível – proibir tais práticas no mercado de consumo⁷, mas apenas firmar critérios para a aplicação dos limites previstos em lei”. Visa-se, portanto, que a publicidade seja clara, transparente e pautada na boa-fé objetiva, o que vale para campanhas *offline* e *online*.

As contribuições de Donida, Silva e Santos (2013, p. 3) seguem em defesa da publicidade. Sustentam que não se pode privar crianças e adolescentes do acesso à publicidade, sendo necessário, no entanto, que as campanhas tenham responsabilidade. Ao analisar os destinatários da publicidade, referem que “[...] trata-se de uma geração que já nasceu com a internet e que domina os suportes de acesso como computadores, dispositivos móveis etc. Privar as crianças de um contexto em que nasceram é praticamente negar a aquisição da cultura de seu momento atual”. Defendem a publicidade infantil e afirmam que o contexto marcado pelo uso das tecnologias coloca crianças e adolescentes em contato com os mais variados conteúdos, o que também causa influência na infância, não se constituindo em exclusividade da publicidade:

Esse contexto acaba, naturalmente, por influenciar as vivências da infância. Isso ocorre porque o ser humano não vive em um mundo asséptico, desprovido de interações. O acesso às informações tem favorecido novas dinâmicas comunicacionais e novos tipos de relacionamento e sociabilidade. As mídias têm diluído antigas barreiras socialmente criadas entre o mundo do adulto e o mundo da criança (MEYROWITZ, 1985). Temas do mundo adulto tornam-se facilmente acessíveis para as crianças por meio de diversas mídias,

⁷ Considerando todo o esforço para avançar no antigo tratamento objetificante de crianças e adolescentes e considerá-las como sujeitos de direitos, seria uma contradição proibir toda e qualquer publicidade, pois esses seres, ainda que em desenvolvimento, também são sujeitos de desejos, cabendo às empresas adotarem estratégias responsáveis e os pais, por sua vez, introduzir noções de consumo sustentável para que as escolhas familiares sejam conscientes. O tema é controverso e precisa ser analisado com vagar, pois privar totalmente as crianças do conhecimento sobre produtos e serviços, no entanto, parece um pouco desarrazoado, pois as excluiria de um mercado que também é a elas direcionado.

ainda mais se levarmos em consideração a internet que se consagrou como uma nova mídia caracterizada pela abertura (DIZARD JR., 2000).

De igual forma, refutam o argumento de que a publicidade pode causar problemas e distorções na compreensão das crianças acerca da realidade, destacando que “[...] também os livros de contos de fadas convocam o imaginário infantil, muitas vezes gerando uma confusão mental entre o que é real e o que não é real. É comum que os pais leiam contos de fadas para seus filhos [...]”, sustentando que esse risco também estaria presente no encontro da criança com as artes, fator que, por si só, não poderia justificar a proibição da publicidade (DONIDA; SILVA; SANTOS, 2013, p. 10). Para corroborar seus argumentos, apresentam o tratamento jurídico do tema em inúmeros países, com destaque para aqueles que permitem a publicidade infantil, desde que não gere problemas para a saúde física e mental de crianças, como ocorre na Alemanha e Grécia; em Portugal a publicidade é permitida, devendo-se observar a segurança, pois os produtos ou serviços anunciados não devem trazer riscos aos infantes. Citam que a Dinamarca, por sua vez, proíbe que a publicidade se utilize de promessas de pagas ou recompensas por ocasião das compras e, em sentido oposto aos países que permitem a publicidade mediante determinadas restrições, evidenciam que países como Suécia e Noruega proibiram completamente a publicidade televisiva voltada ao público infantil. (DONIDA; SILVA; SANTOS, 2013, p. 5-6).

Percebe-se que quando o tema é publicidade há posições bem demarcadas também quanto ao conteúdo das mensagens veiculadas. Dentre essa atuação crítica encontra-se o Instituto Alana que denuncia as mensagens que reforçam estereótipos e contribuem para a objetificação de determinados grupos, historicamente vulneráveis. É neste ponto que

expressam preocupação com formação de valores em crianças e adolescentes que ficam expostos às publicidades nas quais aparecem:

Mulheres vendendo cerveja por meio da insinuação e da exposição de seus atributos físicos; pais passivos recebendo reprimendas dos filhos ainda pequenos; adultos diminuídos em sua autoridade pela mera falta de traquejo com o novo equipamento eletrônico ou moralmente inferiorizados em função do modelo antigo de seu carro; avós explorados como alvo de chacota; crianças aplicadas na escola rotuladas de *nerds*; homossexuais utilizados para espetáculos ridículos; garotos que burlam regras e leis considerados inteligentes espertos; pessoas com maior poder aquisitivo reconhecidas com mais competentes e bem-sucedidas; pais permissivos apresentados como ideal de modernidade. (PROJETO CRIANÇA E CONSUMO, 2009, p.38-39).

Em que pese toda essa preocupação, é incontestável que a publicidade direcionada ao público infantil encontrou canais para sua manutenção e expansão, utilizando-se da internet e suas plataformas como um importante veículo difusor das suas mensagens. Neste processo de transformação, plataformas digitais, tais como YouTube, se mostram verdadeiros aliados não somente porque cresce o número de internautas dessa faixa etária, mas também porque atividades como ver vídeos, programas, filmes e séries encontram-se entre as principais atividades desenvolvidas por este grupo, o que foi potencializado com a pandemia do novo Coronavírus.

Segundo dados da pesquisa TIC KIDS On-line, 2019-2020, crianças e adolescentes são presenças constantes em plataformas como YouTube, dentre as quais os influenciadores ou *Youtubers* mirins, atuam intensamente no mercado publicitário.

Preocupada com a atuação nessa Plataforma, o Instituto Alana solicitou informações à Empresa Google, empresa responsável. Nesse documento, requereu informações que podem ser sumarizadas nos

seguintes pontos: questionou a monetização dos canais; o tratamento de dados pessoais dos infanto adolescentes, recentemente contemplado no art. 14 da Lei Geral de Proteção de Dados; os meios adotados pela plataforma para aferir o consentimento dos pais ou responsáveis (CARTA ENVIADA AO GOOGLE BRASIL..., 2021).

A resposta da Empresa aos questionamentos ancora-se na Lei n. 14.695, de 2014 (Marco Civil da Internet), destacando o papel da Plataforma, que “hospeda conteúdo na forma de vídeos essencialmente produzidos e compartilhados de forma livre e espontânea por terceiros, sem controle editorial ou aprovação prévia por parte da Google”. A Empresa invoca o princípio da inimputabilidade da rede, segundo o qual o provedor não responde por publicações de terceiros, havendo responsabilidade civil apenas nos casos de descumprimento de determinação judicial e destaca os deveres parentais de orientação e acompanhamento. Para amparar o papel dos pais/cuidadores, destaca que a empresa coloca à disposição das famílias várias ferramentas (RESPOSTA GOOGLE BRASIL, 2021).

Esclarece que os termos de uso estabelecem a idade mínima de 13 anos para utilização da plataforma e que o pressuposto para a realização do contrato é autorização e supervisão dos pais, indicando as ferramentas de gerenciamento que a Empresa coloca à disposição da família. Indicam ainda a *Central de ajuda*, que reúne recursos para família gerenciar a experiência no canal, com links que informam conteúdos impróprios; *Family link*, em que os pais podem criar uma conta para os filhos menores de idade e definir regras digitais para o uso; *Experiências supervisionada*, a partir da qual os pais podem eleger o tipo de conteúdo disponível para criança. Em complemento, indica que a principal plataforma direcionado a esse público infantil é a YouTube kids, aplicativo compatível com a idade em razão do tipo de conteúdos que hospeda. (RESPOSTA GOOGLE BRASIL, 2021).

A Empresa referiu que indica os conteúdos considerados nocivos ou perigosos e que podem ter seu acesso limitado às crianças ou adolescentes, tais como; conteúdos com violência sexual, morte e linguagem vulgar, restrição que tanto pode ser feita por iniciativa do criador do conteúdo quanto por denúncia recebida pelo YouTube. (RESPOSTA GOOGLE BRASIL, 2021).

Quanto à proteção de dados das crianças que estiverem assistindo aos vídeos, informa que foram elaboradas práticas de privacidade segundo as quais a coleta e tratamento de dados é restrito o necessário para operação interna do serviço. E, em atenção à Lei Geral de proteção de dados, informou que a Empresa tem uma política interna destinada ao processamento de dados de crianças e adolescentes, adotando-se o princípio da privacidade desde a concepção do produto dirigido a esse público. No que se refere aos adolescentes, o conteúdo produzido e compartilhado por internautas de 13 a 17 anos pode ser visualizado restritamente, desde que o adolescente assim determine. (RESPOSTA GOOGLE BRASIL, 2021).

Por fim, ao tratar da monitorização dos conteúdos a Empresa reconhece que existe um programa de parcerias do canal que se encontra alicerçada em cinco requisitos cumulativos que devem ser cumpridos pelo internauta, a saber: seguir as políticas de monetização do canal e respeitar diretrizes de conteúdo adequado para publicidade; ser residente em um país ou região onde esse programa de parcerias está disponível; ter mais de 4.000 horas de exibição pública válida nos últimos 12 meses; mais de 1.000 inscritos no seu canal; ter uma conta no *Google Adsense* para recebimento dos pagamentos. A abertura da conta exige que o titular tenha mais de 18 anos de idade, o que indica, na interpretação da Empresa, que os pais teriam dado anuência para monitorização de conteúdos. (RESPOSTA GOOGLE BRASIL, 2021).

Bastante curiosa a resposta ofertada pela Empresa no que diz respeito ao direcionamento publicitário, que nega fazer e reconhece que apenas é feita a publicidade contextual, ou seja, a que está relacionada ao conteúdo do próprio vídeo.

Todo o teor da sua resposta caminha no sentido de reservar o direito de a Empresa atuar no segmento, apontando que não é de sua competência realizar qualquer controle ou filtragem de conteúdos, o que consistiria em censura. Essa não é a posição de Ana Frazão (2020) em extenso parecer elaborado em 2020 a pedido do Instituto Alana. Para a doutrinadora, as plataformas têm um modelo de negócios que atua a partir da chamada economia da atenção que se vale de estratégias para capturar a atenção e prender o consumidor em sua “bolha”, ao que se soma a adoção do capitalismo de vigilância que se vale de aporte tecnológico e algoritmos para captar e tratar dados pessoais, perfilar os consumidores e dirigir-lhe as publicidades. Este sofisticado modelo não pode simplesmente alegar que “não tem responsabilidades” sobre o tipo de postagens feitas pelos seus usuários e não poderia se isentar do dever de cuidado com o tratamento de crianças e adolescentes, o que deveria estar contemplado desde o próprio *design* da plataforma. Sob essa base argumentativa e pautada na legislação específica da infância, refuta o argumento do YouTube, que insiste em invocar o art. 19, do Marco Civil da Internet (FRAZÃO, 2020, p. 16-19).

Explica que no YouTube, além da denominada “propaganda nativa”, na qual a relação contratual é entre o anunciante e o Youtuber, há anúncios que podem decorrer de contratos diretos entre a plataforma e os anunciantes/contratantes. Quanto às primeiras, afirma que ferem o disposto no art. 36, do CDC, por se tratar de publicidade clandestina (FRAZÃO, 2020, p. 13) e que não deveriam ser toleradas, especialmente quando se dirigem ao público infantil.

Ao apreciar seus argumentos percebe-se que o uso dos chamados *Youtubers* mirins faz com que a publicidade seja disfarçada em meio a brincadeiras e narrativas do cotidiano das crianças, fazendo parecer aos desavisados que não tem um fornecedor/fabricante que burla o disposto na Resolução nº 163/2014. A Plataforma, por sua vez, tenta se furtar aos deveres de cuidado ao dizer que não tem responsabilidade por publicações de terceiros, o que para Frazão (2020, p. 32) não procede em razão do princípio da proteção integral, a qual impõe deveres de cuidado a todos os prestadores de serviço. E vai mais longe ao afirmar que “Não há que se cogitar da impossibilidade de a plataforma monitorar a inclusão de todos os conteúdos dirigidos a crianças. Como se nota há, na verdade, uma estratégia deliberada de manter e promover esse tipo de conteúdo”. (FRAZÃO, 2020, p. 41)

Esse parecer levou o Instituto Alana, por meio do Programa Criança e Consumo, a encaminhar representação ao Ministério Público do Estado da Bahia, para que este órgão, atuando no interesse difuso de crianças e adolescentes, adote medidas legais cabíveis. A fundamentação, encaminhada ao órgão em 23 de agosto de 2021, denuncia a estratégia de direcionamento publicitário a crianças e adolescentes por meio de outras crianças e adolescentes, além de apontar a exploração do trabalho infantil em razão dessa estratégia utilizada.

Inúmeras empresas são citadas pela representação, dentre elas companhias de canetas, empresas fabricantes de brinquedos, empresas da indústria de jogos, marcas responsáveis pela produção de canetas coloridas, bichinhos de pelúcia, dentre outros tantos produtos. A estratégia mercadológica é muito similar: para superar os entraves legais que determinam que a publicidade seja transparente, restringindo mensagens publicitárias voltadas a crianças, as empresas se utilizam de influenciadores virtuais, cuja atividade em seus canais do YouTube

recebem um incremento considerável. Os youtubers consomem grande parte do vídeo abrindo produtos enviados por fabricantes, enaltecendo as qualidades deste produto, destacando os seus detalhes animadamente e em ricos detalhes, o que desperta o desejo de seus milhares de seguidores a também possuir o produto. O poder de penetração dessas mensagens é ainda maior não só pelo fato de o influenciador servir de modelo comportamental para muitas outras crianças e adolescentes, fiéis seguidores nas redes, como pela linguagem adotada, que oferece a ideia de proximidade entre o *Youtuber* e seu público (REPRESENTAÇÃO ENVIADA AO MINISTÉRIO PÚBLICO DA BAHIA, 2021).

Sem a mediação de um anunciante convencional, a mensagem publicitária é reforçada, naturalizada e os seguidores nem sempre percebem que se trata de uma comunicação mercadológica, em afronta direta à legislação, cujo art. 36 veda a publicidade velada.

Em sua representação ao Ministério Público, Instituto Alana aponta as consequências que podem resultar do direcionamento de publicidade a crianças e adolescentes, com destaque ao risco de consumismo, resultando na insustentabilidade ambiental, no reforço a estereótipos de gênero e, mais recentemente em razão das estratégias utilizadas com os Youtubers, na exploração do trabalho. O documento lembra, neste ponto, a Convenção n. 138 e a Recomendação n. 146, ambas da Organização Internacional do Trabalho. Nesses documentos há autorização para o trabalho infantil mediante o cumprimento de algumas condições e para a representação artística, o que não parece ser o caso das atividades desempenhadas pelos influenciadores que, a pretexto de estarem se divertindo em seus canais, seguem rotina de gravações de vídeos e impulsionamento de contas, o que exige grande exposição em redes sociais (REPRESENTAÇÃO ENVIADA AO MINISTÉRIO PÚBLICO DA BAHIA, 2021).

Ainda não há desfecho para essa representação, mas é claramente perceptível que o tema é relevante e tem implicações que vão além da mera publicidade, com riscos sensíveis à formação de crianças e adolescentes e modulação de comportamentos e personalidades. Portanto, o que precisa ser analisado com cautela e à luz do melhor interesse da criança, o que chama a atuação de outros atores, como o Ministério Público, que também deve atuar na defesa dos direitos dos infantes e adolescentes.

Conclusão

Como evidenciado ao longo do trabalho, o intenso uso da *internet* não modifica apenas a economia, mas molda o modo de ser e estar de crianças e adolescentes que, de assistentes e receptores de mensagens mercadológicas, passam à condição de influenciadores e propagadores de publicidade. Nesse novo papel, atuam com desenvoltura na produção de vídeos e tentam, incentivados pelos fabricantes, incrementar as vendas dos mais variados produtos, numa lista que vai de alimentos, roupas e brinquedos, até produtos que não são adequados para a idade.

Ao migrar para a *internet* e para o modelo das plataformas a estratégia de muitos fabricantes é tentar evadir-se de qualquer controle, e ignorar os preceitos estabelecidos na Constituição Federal no que tange à proteção da infância e adolescência, ao que se soma a tutela do consumidor. Mais diretamente relacionado ao público infantil, burla-se também a Resolução nº 163, do CONANDA, a qual veda determinadas estratégias de persuasão, o que infelizmente têm contato com o auxílio de muitos genitores, que instrumentalizam os filhos e filhas e monetizam seus canais. A um só tempo esses meninos e meninas ficam reféns do mercado e desprotegidos pelas próprias famílias que, do lugar de protetoras, passam a explorar monetariamente os filhos, impulsionando seus canais e monetizando suas infâncias. Eles, por sua vez, alçados à

condição de influenciadores mirins, incentivam outras tantas crianças, seus seguidores.

Ao agir assim, tais genitores descumprem com seus deveres de proteção integral, falhando com seu dever de cuidado. De igual forma a Empresa Google, cujas estratégias empreendidas no YouTube são exclusivamente voltadas aos interesses do mercado, a ignorar que, a atuação no Brasil deve ocorrer em conformidade com a legislação nacional, a qual adotou uma clara opção em proteger o melhor interesse da criança.

Tal tutela não tem ocorrido a contento, pois as violações ocorrem tanto por parte de algumas famílias quanto pela ação da Plataforma. Essa situação reforça a necessidade de incrementar a atuação de outros encarregados de promover a proteção integral, como as organizações que representam a sociedade e o próprio Estado, por meio do Sistema de Garantias de Direitos. Quanto ao primeiro, verificou-se que o CONANDA e o Instituto Alana têm se preocupado com o tema da publicidade e o último, de maneira bem incisiva, tem atuado com relação à publicidade *online* e os influenciadores mirins. Trata-se de importante exemplo, cujas ações em curso merecem ser acompanhadas.

No que se refere à atuação estatal, por meio do Sistema de Garantias, destaca-se o papel relevante que pode ser desempenhado pelo Ministério Público em demandar a Empresa no interesse coletivo de crianças e adolescentes, o que deve ser complementado pela atuação do Poder Judiciário. Quanto a este, é preciso que não somente a Justiça da Infância atue, mas que também as cortes superiores, quando instadas, compreendam que há responsabilidades das Empresas que atuam na *internet* e que as plataformas não podem simplesmente se escusar, por meio do art. 19 do Marco Civil da Internet, de cumprir princípios constitucionais, como os da proteção integral da infância.

A legislação precisa ser interpretada e aplicada a partir de uma filtragem constitucional que tutele a infância e adolescência, o que por certo exigirá novas posturas das famílias, da sociedade e do Estado para, em tempos de *internet*, promover a proteção integral.

Referências

ANDRADE, M. DE; CASTRO, G. G. S. Youtubers mirins e os vídeos unboxing: uma reflexão sobre a criança conectada nas tramas da publicidade contemporânea. **Revista Mídia e Cotidiano**, v. 14, n. 1, p. 96-116, 19 fev. 2020.

BRASIL. Secretaria dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e Adolescente. Resolução n. 163, de 13 de março de 2014. Dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1635.html>. Acesso em: 10 dez. 2021.

CARTA ENVIADA AO GOOGLE BRASIL PELO CRIANÇA E CONSUMO. **YOUTUBE – Solicitação de Informações ao Google Brasil sobre a proteção de Crianças e Adolescentes na Plataforma YouTube** (07/2021). Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/acoes/youtube-solicitacao-de-informacoes-ao-google-brasil-sobre-a-protecao-de-criancas-e-adolescentes-na-plataforma-youtube-07-2021/>. Acesso em: 03 dez. 2021.

CASTRO, G. Lindas para sempre, jovens de coração: imagens do envelhecimento na publicidade natalina. In: CASTRO, G. **Os velhos na propaganda**: atualizando o debate (Org.). São Paulo: Pimenta Cultural, 2018, p. 73 - 101.

CRAVEIRO, P. S. U. Publicidade e infância: estratégias persuasivas direcionadas para crianças na internet. **Cultura Midiática**. Ano IX, n. 16 - jan-jun/2016. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/cm> Acesso em 13 dez. 2021.

CONANDA. **Resolução Nº 163 de 13 de março de 2014**. Secretaria de Direitos Humanos, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. 2014.

DALLARI, D. de A. Comentários ao art. 4. In: VERONESE, J. R. P.; SILVEIRA, M.; CURY, M. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 13. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 66-75.

DIAS, L. A. L. de M.. **Critérios para avaliação da ilicitude na publicidade**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2010. Disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/5a7b/5db5f1cc46ca3659ebef8a19325fe31ceb82.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2021.

DONIDA, B.; SILVA, K. C. da; SANTOS, V. M. dos. Publicidade infantil: proibir é a solução? In: **Anais do Intercom** – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação XVIII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sudeste – Bauru - SP – 03 a 05/07/2013, p. 1-15.

FRAZÃO, A. **Dever geral de cuidado das plataformas diante de crianças e adolescentes**. Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/11/dever-geral-de-cuidado-das-plataformas.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2021.

IGLESIAS, F.; CALDAS, L. S.; LEMOS, S. M. S. de. Publicidade infantil: uma análise de táticas persuasivas na TV aberta. **Psicologia & Sociedade** [online]. 2013, v. 25, n. 1, pp. 134-141.

MÉNDIZ NOGUERO, A. Advergaming: concepto, tipología, estrategias y evolución histórica. In: **Revista Icono 14** (en línea), n. 15, pp. 37-58, 2010.

MIRAGEM, Bruno. **A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)**. Porto Alegre, 2014. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/alana/parecer_prof_bruno_miragem_01_08_2014.pdf. Acesso em: 12 dez. 2021.

REPRESENTAÇÃO ENVIADA AO MINISTÉRIO PÚBLICO DA BAHIA. 2021. Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/08/denuncia-mpba-atualizada-1.pdf>. Acesso em: 01.dez. 2021.

SAMPAIO, I. S. V. **Televisão, publicidade e infância**. São Paulo: Annablume, 2000.

- SILVA, A. M.; VASCONCELOS, L. R. **A criança e o marketing**: informações fundamentais para proteger as crianças dos apelos do marketing infantil. São Paulo: Summus Editorial, 2012.
- SILVA, A. F. do A. e; CURY, M.. Livro 1, parte geral. *In*: VERONESE, J. R. P.; SILVEIRA, M.; CURY, M. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 13. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 39-41.
- SILVA, A. C. S. da; ALBERTO, M. de F. P. Fios Soltos da Rede de Proteção dos Direitos das Crianças e Adolescentes. **Psicologia: Ciência e Profissão** [online]. 2019, v. 39. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-3703003185358>. Epub 29 Jul 2019. Acesso em: 06 dez. 2021, p. 1-13.
- SOUZA FILHO, M. J. N. de. ASPECTOS JURÍDICOS DA PUBLICIDADE INFANTIL. **Revista Gestão em Análise**, [S.l.], v. 6, n. 1/2, p. 300-314, dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/gestao/article/view/706>. Acesso em: 01 dez. 2021.
- THOMPSON, J. B. A nova visibilidade. **Matrizes**, nº2 abril, 2008.
- VERCELONE, P.. Art. 3. *In*: VERONESE, J. R. P.; SILVEIRA, M.; CURY, M.. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 13. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 58-62.

Recontextualização dos atores sociais em acórdãos do STF ¹

Valeria Iansen Bortoluzzi ²

Introdução

Grande parte das interações e atividades humanas é mediada pela linguagem, fazendo com que os textos que emergem dessas interações constituam formas de circulação de discursos, capazes de organizar tais interações e criar “significações e fatos sociais num processo interativo tipificado num sistema de atividades que encadeia significativamente as ações discursivas” (MARCUSCHI, 2005, 10). É a partir dessa visão que surge a concepção de gêneros de texto como “formas típicas de usos discursivos da língua” (Idem, Ibidem), que derivam de gêneros anteriores, por serem histórica, cultural e interativamente situadas dentro de instituições e práticas sociais existentes.

Nesse sentido, os gêneros não podem ser vistos como modelos fixos de textos, mas como formas dinâmicas de veiculação de discursos, que vão ajustar-se às necessidades dos interactantes. Por isso, o estudo dos gêneros de texto deve levar em conta o funcionamento dos gêneros no âmbito social e suas relações com os indivíduos que atuam em uma determinada cultura e/ou instituição. Bazerman (2005) defende que, ao estudarmos os gêneros como fenômenos sócio-historicamente situados, também estamos

¹ Texto publicado, originalmente, em inglês, na revista *Linguagem em (Dis)Curso*, vol. 10, n. 3, dezembro 2010.

² Doutora em Letras – Estudos Linguísticos. Professora Adjunta da Universidade Franciscana. valbortoluzzi@ufn.edu.br

em contato com o agir típico dos seres sociais, o que garante a familiarização desses seres aos padrões comunicativos da sociedade.

Nesse sentido, os gêneros podem ser entendidos como formas de enunciados padronizados, por isso Bazerman (2006, p. 23) afirmar que gêneros “são tão-somente os tipos que as pessoas reconhecem como sendo usados por elas próprias e pelos outros”, em atividades ou práticas sociais. Reconhecemos os gêneros porque reconhecemos as situações/as práticas que dão origem (ou transmutam) os gêneros. Além disso, os gêneros podem ser considerados como “lugares familiares” onde nos refugiamos quando queremos agir através da linguagem, e são “modelos” para acessarmos espaços não-familiares (BAZERMAN, 2006, p. 23).

Por ser “um recurso rico e multidimensional que nos ajuda a localizar nossa ação discursiva em relação a situações altamente estruturadas” (BAZERMAN, 2006, p. 29), o gênero precisa ser considerado como um meio de agência. Giddens (2003, p. 10) define agência como a capacidade dos atores sociais de realizarem certas atividades primeiro que outros. O autor (2003, p. 10-1) afirma, ainda, que a agência diz respeito a eventos dos quais o indivíduo é o perpetrador, no sentido de que ele poderia, em qualquer fase de uma dada seqüência de conduta, ter atuado de modo diferente. O que quer que tenha acontecido não o teria se esse indivíduo não tivesse interferido.

Nesse caso, quando agimos por meio de gêneros estamos agindo de forma consciente, sabedores de que, com nossos textos, provocaremos certos efeitos semânticos/ interpretativos previamente planejados.

É a partir da noção de agência que Van Leeuwen (1993) constrói uma taxionomia para esclarecer de que forma os atores sociais são recontextualizados nos gêneros e se essa recontextualização ressalta a agentividade de alguns atores e apaga a de outros. O autor (2008, p. 23) afirma que a noção de agência é um conceito central e clássico em Análise

Crítica do Discurso, quando busca esclarecer os contextos nos quais os atores sociais podem ser representados como agentes ou pacientes.

É claro que a noção de agência tratada aqui não é linguística, mas sociológica. Por isso, Van Leeuwen afirma que quando ele apresenta o termo ‘agente’, ele não está pensando no sujeito sintático. Ele está preocupado é com os atores e suas ações inseridas em uma prática social materializada em linguagem. Então, o autor propõe que se mapeiem os elementos linguísticos de um texto que sejam capazes de tornar evidentes as ações e seus atores. Desse modo, surge uma categorização tida pelo autor como sociossemântica, pois visa classificar os elementos linguísticos relacionados à agência pela sua interpretação semântica em categorias sociológicas. É nesse ponto exato que Van Leeuwen cria uma interface com os estudos de Halliday sobre a léxico-gramática, ao relacionar as categorias sociológicas com a análise linguística da Gramática Sistemico-Funcional, principalmente quando essa análise debruça-se sobre as formas pelas quais a linguagem representa as práticas sociais.

As práticas sociais jurídicas geram um número bastante grande e diverso de gêneros de texto, que podem ser reconhecidos pela sua individualidade (BORTOLUZZI, 2008) ou por sua pertença a conjuntos e sistemas de gêneros (FUZER, 2008). Uma das práticas sociais mais importantes no âmbito jurídico, quer na perspectiva jurídica, quer na perspectiva das pessoas que compõem a sociedade, é a decisão. O ato decisório é o clímax de toda a ação jurídica, por vir dele uma sentença que manterá ou modificará a vida de alguém. Muitas vezes as decisões tomadas em uma primeira instância jurídica podem ser questionadas, originando recursos que são julgados por instâncias superiores (estaduais e federais). As decisões tomadas nessas instâncias superiores são denominadas de acórdãos, por serem acordos estabelecidos entre vários juízes, que

acordam a melhor medida a ser tomada em uma determinada ação judicial.

É sobre os textos originados da prática social da decisão judicial acordada, o acórdão, que nos debruçamos neste trabalho. Como a estrutura potencial do gênero acórdão já foi descrita por Catunda e Soares (2007), nossa preocupação recai sobre outros aspectos do gênero, na busca de outras regularidades que expliquem o fato de o gênero ser altamente ritualizado e institucionalizado. Nesse caso, procuramos recorrências quanto às formas de recontextualização dos atores sociais no acórdão. Esse trabalho é feito com base nas categorias sociossemânticas propostas por Van Leeuwen, já apresentadas nesta introdução, a um *corpus* composto de vinte exemplares de acórdãos, oito deles pertencentes ao *corpus* original da tese de Bortoluzzi (2008) e doze deles retirados do site do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br). Na próxima seção apresentamos a taxionomia de Van Leeuwen, aplicando-a ao *corpus*.

1. A recontextualização dos atores sociais no acórdão

Para Halliday e Hassan (1989), a representação de práticas sociais dá-se por meio de três categorias do sistema léxico-gramatical da língua: os processos (verbos), que indicam as atividades, os acontecimentos em si; os participantes, que indicam quem participa das atividades e qual a forma de participação (se é quem realiza ou se é quem é afetado pela atividade); e as circunstâncias, que limitam a atividade em si a um contexto de situação ou de cultura.

Van Leeuwen (1993) toma por base o que Halliday propõe e elabora uma taxionomia para descrever como os participantes são recontextualizados na representação de uma determinada prática social. Utilizamos a taxionomia de van Leeuwen neste trabalho porque ela é, sem

dúvida, a mais completa para a descrição das formas pelas quais os participantes de uma dada prática social são referidos ao longo do texto.

As duas primeiras e grandes categorias propostas por van Leeuwen (1993, p. 95), das quais todas as outras derivam, são a INCLUSÃO e a EXCLUSÃO. A INCLUSÃO ocorre quando um ator social é reconhecido e expresso no contexto. A EXCLUSÃO é tomada pelo autor na sua acepção mais radical, quando nem os participantes, nem suas atividades são incluídas na recontextualização da prática social. A partir dessas duas categorias, o autor deriva uma série de sistemas (que chamarei de subcategorias) que tentam estabelecer as formas pelas quais participantes são incluídos ou excluídos das práticas. Algumas dessas subcategorias tratam de diferenças muito sutis no uso da linguagem. Neste texto, vamos apresentar apenas a recontextualização por meio da INCLUSÃO.

1.1 Inclusão dos atores sociais

A INCLUSÃO, por ser mais comum em qualquer texto, pode ser realizada de diferentes maneiras. Para van Leeuwen (1993, p. 105), há quatro tipos de INCLUSÃO: ATIVAÇÃO, PASSIVAÇÃO, PERSONALIZAÇÃO e IMPERSONALIZAÇÃO. Ele apresenta, ainda, a participação, a circunstancialização e a possessivação no mesmo nível dos tipos, embora esses três elementos não sejam tipos de INCLUSÃO, mas formas de ATIVAÇÃO de atores sociais. Há, ainda, que se considerar o fato de que ATIVAÇÃO e PASSIVAÇÃO são, na verdade, modos de INCLUSÃO e não tipos, pois dizem respeito à posição e à função sintática dos atores na oração. Os quatro tipos de INCLUSÃO são divididos em várias subcategorias.

A ATIVAÇÃO diz respeito ao participante apresentado como aquele que realiza as atividades e não o que se beneficia delas ou é afetado por

elas. O autor identifica, em sua tese, quatro formas de realização linguística da ATIVAÇÃO de participantes:

- participação: quando o participante sociológico é realizado linguisticamente como o Ator (de orações materiais), o Comportante (de orações comportamentais), o Experienciador (de orações mentais), o Dizente (de orações verbais), ou o Portador (de orações relacionais atributivas)³;
- circunstancialização: quando o participante sociológico é realizado por meio de circunstanciais preposicionados, introduzidos pelas preposições “por/pelo/pela” e “de” (origem);
- pós-modificação: quando frases preposicionadas com as preposições “por/pelo/pela” e “de” (origem) modificam os substantivos; e
- possessivação: quando a ATIVAÇÃO pode ser realizada por meio de um pronome possessivo que pré-modifique os nomes.

Dito isso, podemos apresentar alguns exemplos de ATIVAÇÃO.

[1]	(...) contra ato da <u>Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça</u> , que, apreciando writ com os mesmos objeto e pedido, o indeferiu, nos termos desta ementa: (...) (HC 84931)
[2]	(...) Fica consignado que a Presidência do Supremo Tribunal Federal indagou ao <u>Dr. Humberto Jacques de Medeiros</u> , Vice-Procurador-Geral da República, se teria interesse em fazer uso da palavra na condição de <i>custos legis</i> . (...) (HC 193726 AGR)
[3]	(...) A douta <u>Procuradoria-Geral da República</u> , em parecer da lavra do <u>ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA</u> , opinou pelo deferimento do “writ” (fls. 43/45). (...) (HC 85692)
[4]	(...) Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que não conheceu do <i>habeas corpus</i> impetrado em face de decisão monocrática do <u>Ministro Alexandre de Moraes</u> que decretou a prisão preventiva do agravante. (...) (AG.REG. NO HABEAS CORPUS 206.430)

Nos exemplos [2] e [4], os elementos sublinhados são o primeiro participante das orações, pois são agentes dos atos de indeferir e proferir. No exemplo [1], o elemento sublinhado é um ator social ativado por circunstancialização, pois delimita a origem do ‘parecer’, e percebemos

³ Classificação das orações e seus participantes apresentada por Halliday e Matthiessen (2004) no capítulo sobre o sistema de transitividade.

isso pelo uso da preposição de (indicando origem) mais o artigo a. No exemplo [3] temos um caso híbrido de ativação, pois o temos tanto a circunstancialização (origem em Procuradoria-Geral da República) quanto a possessivação (a posse do parecer é dada ao ilustre Subprocurador-Geral da República).

A PASSIVAÇÃO é a forma de INCLUSÃO de participantes sociológicos como segundos, terceiros ou outros participantes gramaticais. Há dois tipos de PASSIVAÇÃO: a SUJEIÇÃO e a BENEFICIALIZAÇÃO. A SUJEIÇÃO diz respeito aos participantes que funcionam como objetos afetados pelas atividades. Pode ser realizada de duas formas:

- participação: quando o participante sociológico passivado é realizado linguisticamente como Meta (em oração materiais), Fenômeno (em orações mentais ou verbais) ou Portador (em orações relacionais atributivas);
- possessivação: quando o participante sociológico é realizado linguisticamente como uma frase preposicionada com “de” (posse/propriedade) pós-modificando os nomes.

A BENEFICIALIZAÇÃO diz respeito aos participantes que se beneficiam das atividades. É realizada, segundo o autor, pela participação e pela circunstancialização, embora o autor não desenvolva essa última. No exemplo [5], o elemento sublinhado é passivado por SUJEIÇÃO, pois é Meta de uma oração material. No exemplo [6], o elemento sublinhado, que remete ao paciente, é o Beneficiário da denúncia, sendo passivado, portanto, por BENEFICIALIZAÇÃO.

[5] (...) 2. Pois bem, o ora paciente, (...) veio a ser condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (...). (HC 85582)

[6] (...) Aldair Marlon Duarte, ora paciente, foi denunciado com sete co-réus pelos crimes de seqüestro, seguido de morte, e porte ilegal de arma. (...) (HC 84858)

A PERSONALIZAÇÃO trata dos participantes que são incluídos e representados como seres humanos. Sua realização linguística dá-se por meio de pronomes pessoais, possessivos, relativos e interrogativos, pelos nomes próprios ou substantivos que incluem em seu significado o traço “humano”. A PERSONALIZAÇÃO é a subcategoria com o maior número de ramificações, na visão de van Leeuwen. Ela se divide em DETERMINAÇÃO, INDETERMINAÇÃO, GENERICIZAÇÃO e ESPECIFICAÇÃO (esses últimos também associados à IMPERSONALIZAÇÃO, de acordo com o autor). Passo agora a discutir essas divisões.

A DETERMINAÇÃO se faz presente quando a identidade de um participante é especificada de alguma forma. A DETERMINAÇÃO pode ocorrer, conforme o esquema gráfico de van Leeuwen (1993, p. 170), de oito maneiras diferentes. São elas: a) associação; b) dissociação; c) diferenciação; d) indiferenciação; e) nomeação; f) categorização; g) determinação única; e h) sobredeterminação.

A **associação** é definida pelo autor como grupos formados por participantes e/ou grupos de participantes que nunca foram “rotulados⁴” no texto, “quer por categorização, quer por nomeação, mesmo que os participantes ou grupos de participantes associados dessa forma sejam eles mesmos nomeados e/ou categorizados”⁵⁴ (1993, p. 141). Há muitas formas de se realizar a associação por meio da linguagem, dentre elas destacam-se a parataxe (uso de conjunções aditivas para coordenar dois ou mais grupos nominais), a circunstancialização (uso de circunstâncias de acompanhamento), a referência pronominal em discurso direto, as

⁴ Uso este termo para não confundir com o termo “nomeado”, que se refere à nomeação, uma das subcategorias a serem discutidas aqui.

⁵ No original: “(...) either by categorizations, or by nominations, although the participants or groups of participants associated in this way are themselves nominated or categorized”.

orações atributivas possessivas, com verbos como “ter” e “pertencer” e a lexicalização.

[7]	(...) “Convém advertir, ainda, que o CTN deve ser interpretado, assim como as demais normas atinentes ao procedimento de fiscalização, <u>em conjunto com</u> a Constituição Federal, (...)”. (HC 82788)
[8]	(...) “Por exclusão, suspeita ou presunção, ninguém pode ser condenado em <u>nosso</u> sistema jurídico-penal”, (...). (HC 85190)
[9]	(...) <u>Nós</u> juízes deste Departamento temos travado verdadeira batalha com o Executivo em busca de soluções para os casos. (...) (HC 86214)
[10]	(...) <u>Ora, nisso nós temos, pelo menos, dois precedentes:</u> (...) entendendo que é imprescindível a intimação da ré (...). (HC 85200)
[11]	(...) Contudo, à luz da conclusão da Corte no julgamento conjunto dos agravos regimentais interpostos <u>nos autos do Inq nº 4.327 e do Inq nº 4.483</u> , em 19/12/17, (...) (HC 193726 AGR)

No exemplo [7], a associação acontece por circunstancialização, e isso pode ser percebido pela locução adverbial em conjunto com, que associa a CTN a Constituição Federal. Já no exemplo [8], a associação ocorre pela referência pronominal que, no caso, associa a E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao sistema jurídico-penal, no uso do pronome possessivo nosso. No exemplo [9], temos o pronome pessoal nós associando todos os juízes deste Departamento. No exemplo [10], há associação pela oração atributiva possessiva (Ora, nisso nós temos, pelos menos, dois precedentes), em que a possessão é percebida pelo uso do verbo ter e a associação pelo uso do pronome pessoal nós, que associa todos os juízes- ministros. Por último, no exemplo [11], temos o uso da conjunção aditiva e associando dois autos de inquerito que devem ser considerados no caso.

A **dissociação** não é discutida pelo autor em nenhum de seus textos. Talvez porque pareça óbvio que ela se constitui no contrário da associação, ou seja, na apresentação dos participantes como solitários na realização das atividades que poderiam ser realizadas cooperativamente. Nos exemplos abaixo (de 12 a 14), os autores dos textos, que são ao mesmo tempo atores sociais, marcam sua dissociação com os demais atores ao

usarem pronomes pessoais, pronomes possessivos e verbos, todos na primeira pessoa do singular.

[12]	(...) Nessa ambiência, não <u>desconheço</u> o teor do precedente firmado no âmbito da Segunda Turma por ocasião do julgamento do HC 88.262, da relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes, realizado em 18.12.2006, (...) (HC 193726 AGR)
[13]	(...) Posto isso, com fulcro no art. 21, §1º, do RISTF, <u>não conheço do habeas corpus</u> . (...) (HC 206430 AGR)
[14]	(...) Sobre esse primeiro ponto, <u>considero</u> oportuno tecer um esclarecimento adicional acerca da afirmação feita no voto (...) (HC 193726 AGR)

Em seu esquema, van Leeuwen apresenta a diferenciação junto com a indiferenciação. Mas, ao longo do texto, ele só discute a diferenciação (1993, p. 132-3). O mesmo acontece em seus artigos (1996 e 1997). A **diferenciação** ocorre toda vez que dois ou mais participantes são apresentados como diferentes uns dos outros, e essa diferença é discursiva e ideologicamente importante. A diferenciação cria as bases sólidas para os preconceitos sociais, que acabam por determinar quem são os fortes e quem são os fracos na sociedade. A diferenciação também é importante nos acórdãos, pois deixa claro aos leitores, por exemplo, as responsabilidades da instituição judiciária. Quando os participantes são, ao contrário, tratados indistintamente, tem-se a indiferenciação. A diferenciação está ligada à DETERMINAÇÃO pelo uso de ordinais que pré-modificam os determinantes ou pelo uso da referência anafórica em que o ordinal é o núcleo de um grupo nominal (1993, p. 132). Mas não é apenas o uso de numerais ordinais que caracteriza a diferenciação. Há também estruturas em que se tem a oposição entre o eu e o outro. Vejamos alguns exemplos:

[15]	(...) <u>É dever</u> do Estado diligenciar para que a dignidade da pessoa humana, (...), seja, em hipóteses como a dos autos, assegurada (...). (...) (HC 86360)
[16]	(...) É importante que o <u>Tribunal</u> reafirme o seu poder de remediar os abusos contra a liberdade do cidadão em via de habeas corpus, ainda que esse abuso provenha de decisão monocrática do <u>Superior Tribunal de Justiça</u> ou de <u>qualquer outro tribunal</u> superior. (...) (HC 85185)

-
- | | |
|------|--|
| [17] | (...) No âmbito da “Operação Lava Jato”, a <u>competência da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba</u> é restrita aos crimes praticados de forma direta em detrimento apenas da Petrobras S/A. (...) (HC 193726 AGR) |
|------|--|
-

Encontramos em alguns acórdãos a estrutura é dever de, que esclarece as diferenças de atividades realizadas por diferentes órgãos institucionais. É o que podemos ver no exemplo [15], em que a estrutura é dever de deixa bem clara as diferenças entre o Estado, que tem o dever, e a pessoa humana, que não tem o dever, mas o direito. No exemplo [16], qualquer outro tribunal superior é diferenciado do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal (referência ao STF), demarcando exatamente quais são os órgãos institucionais envolvidos e qual a diferença entre eles. No exemplo [17] a diferenciação se dá pela expressão a competência da, que estabelece, como no exemplo [15] o tipo de atividade possível para um determinado órgão.

Nomeação e categorização é o outro par de subcategorias da DETERMINAÇÃO. O que diferencia a nomeação da categorização é o fato de a primeira representar os participantes pela sua identidade individual, única (como podemos ver nos exemplos [18], [19] e [20]), e a segunda representar os participantes pelas funções e identidades que eles compartilham com outros participantes (como no exemplo [20], pelo uso do termo ministro em letras minúsculas). A **nomeação**, para o autor, é geralmente reconhecida pelos substantivos próprios, usados de maneira formal ou informal. O autor também esclarece que algumas vezes pode ocorrer aquilo que ele chama de ocultação do nome pelo uso de letras ou números no lugar do substantivo próprio, mantendo ainda a caracterização da nomeação. Além dos nomes próprios e das letras e números, outros recursos lingüísticos podem ser usados na nomeação, como os apelidos característicos, tais como Cabeção, Mano, etc., principalmente com função sintática de vocativo e tomados como

substantivos próprios. As nomeações podem ser tituladas, ou seja, a elas podem-se acrescentar títulos de honorificação (Doutor) ou de afiliação (Tia), que é o uso de termos que denotam a relação de proximidade ou intimidade entre dois participantes. Na ausência de títulos, temos a destituição. No exemplo [18] temos a titulação, marcada pelo Dr..

[18]	(...) Fica consignado que a Presidência do Supremo Tribunal Federal indagou ao <u>Dr. Humberto Jacques de Medeiros</u> , Vice-Procurador-Geral da República, se teria interesse em fazer uso da palavra na condição de <i>custos legis</i> . (...) (HC 193726 AGR)
[19]	(...) O Superior Tribunal de Justiça, em <i>habeas corpus</i> impetrado em favor de <u>Frederico Carlos Jaña Neto</u> e <u>Ari de Azevedo Marques Neto</u> , trancou ação penal em que se imputa aos pacientes e a outros dois denunciados (<u>Guilherme Novita Garcia</u> e <u>Luis Eduardo Passarelli Tirico</u>) a prática de homicídio qualificado (artigos 121, §2º, inciso III, c/c 29, do Código Penal). (...) (RE 593443)
[20]	(...) Trata-se de <i>habeas corpus</i> impetrado por <u>André Luiz de Almeida Mendonça</u> , ministro de Estado, em favor do <u>ministro da educação</u> , <u>Abraham Bragança Vasconcellos Weintraub</u> (...) (HC 186296)
[21]	(...) Depois disso, o antigo <u>defensor</u> do acusado substebeceu a outro causídico, sem reserva, os poderes que lhe foram inicialmente outorgados pelo paciente.(...) (HC 84858)
[22]	(...) Os impetrantes deduziram dois agravos: um, sobre o órgão colegiado <u>julgador</u> , questionando a afetação ao Pleno; outro, concernente à prejudicialidade declarada ao final da decisão agravada. (...) (HC 193726 AGR)

A **categorização** dos participantes pode ocorrer de três maneiras: a funcionalização, a identificação e a avaliação. A funcionalização acontece quando um participante é identificado pela atividade que realiza. Lingüisticamente, a *funcionalização* é realizada por substantivos derivados de verbos (tais como entrevistador e pagante) ou por substantivos construídos a partir de substantivos que denominam instrumentos com os quais se realiza uma atividade (montanhista e pianista). Também se realiza por meio de substantivos compostos de outros dois substantivos, sendo que um deles denota uma pessoa, como em *cameraman*. Nos exemplos [21] a [22] temos casos de categorização por funcionalização, pois todos os elementos sublinhados são substantivos que indicam o que essas pessoas fazem (defensor é o advogado que defende e o julgador é a pessoa que pode julgar).

Já na *identificação* o participante não é representado pelo que ele faz, mas pelo que ele é. De acordo com van Leeuwen (1993, p. 145), há três tipos de identificação: a classificação, a identificação relacional e a identificação física. A classificação ocorre por meio de categorias sócio-historicamente utilizadas para dividir as pessoas em classes, tais como idade, sexo, religião, etnia, cor da pele, entre outros. Os critérios de classificação podem variar de sociedade para sociedade, pois “diferentes contextos selecionarão diferentes categorias de classificação – e geralmente desenvolvem taxinomias classificatórias intrincadas”⁶ (1993, p. 149). Nos acórdãos, não há esse tipo de identificação. Na identificação relacional, os participantes são representados e realizados por substantivos que denotam as relações que eles mantêm com outras pessoas. Esses substantivos vêm geralmente acompanhados de pronomes possessivos ou de uma frase preposicionada com de (posse). No exemplo [20], ministro de Estado e ministro da educação identificam dois membros intucionais. A identificação física diz respeito àquelas características que, por serem únicas, distinguem um participante do outro. Na língua, a identificação física é realizada por um conjunto de substantivos/adjetivos (a loira, a menina loira) que denotam características ou por frases com as preposições com e sem. Esse tipo de identificação não foi encontrada no *corpus*.

A última subcategoria da categorização é a *avaliação*, que diz respeito à utilização de termos que avaliam os participantes em bom/ruim, certo/errado. É realizada por substantivos e/ou expressões idiomáticas que denotam a *avaliação*. Quando se categoriza alguém avaliativamente, estamos (des)legitimando o poder que esse participante tem de realizar e/ou participar de uma atividade, e isso é lembrado pelo autor (1993, p.

⁶ No original: “(...) different contexts will select different classification categories – and often develop intricate classificational taxonomies”.

154). Também não há realização de avaliação nos vinte acórdãos trabalhados aqui.

A determinação única e a sobredeterminação, as duas últimas subcategorias da DETERMINAÇÃO, dizem respeito ao número de práticas sociais nas quais os participantes são representados ao mesmo tempo. Na **determinação única**, os participantes são representados em uma única prática social de cada vez. O contrário ocorre com a **sobredeterminação**, onde os participantes são representados como participando de mais de uma prática social ao mesmo tempo. No *corpus* estudado para esse trabalho, todos os atores sociais estão associados a apenas uma prática social, pois cada um deles tem seu papel social previamente determinado pela institucionalização da prática. Sendo assim, nenhum deles pode fazer outra coisa que não aquilo que lhe foi determinado.

Em relação à INDETERMINAÇÃO, van Leeuwen (1993, 1996 e 1997) não desenvolve essa categoria de forma muito clara. Para ele, a “indeterminação ocorre quando os participantes são representados como não específicos, grupos ou indivíduos anônimos” ⁷ (1993, p. 131). Linguisticamente, a INDETERMINAÇÃO realiza-se por meio de pronomes indefinidos com função nominal, anonimizando o ator social. Além disso, a INDETERMINAÇÃO pode ocorrer por meio de “referência exofórica generalizada, e neste caso atribui aos actores sociais um tipo de autoridade impessoal, uma noção de força coerciva invisível, mas poderosamente sentida” (1997, p. 199). Abaixo, apresentamos um exemplo de INDETERMINAÇÃO.

[23] | (...) O risco de alguém sentar no banco dos réus é latente. (...) (HC 85803)

⁷ No original: Indetermination occurs when participants are represented as unspecified, ‘anonymous’ individuals or groups.

No exemplo [23], o pronome indefinido alguém estabelece a INDETERMINAÇÃO. Alguém, nesse caso, pode ser qualquer pessoa, dentre as possíveis no contexto. A razão pela qual a INDETERMINAÇÃO não ocorre com frequência no *corpus* parece ser o fato de que a decisão é uma prática social sempre definida, determinada, específica, para não deixar margem de dúvidas aos outros membros da sociedade.

A GENERICIZAÇÃO diz respeito à representação dos participantes enquanto classe, por meio de uma realização lingüística bastante complexa. Quando os participantes são representados como um grupo único, usa-se o substantivo comum plural sem artigo, como em foram constituídos advogados (exemplo [24]). Quando os participantes são representados como um indivíduo, deve-se usar um artigo (definido ou indefinido) antes do substantivo comum, como em dos advogados brasileiros (exemplo [25]). Quando os participantes são representados como um grupo genérico, com o uso de substantivos contáveis, o artigo, seja ele qual for, estará sempre ausente. Também podemos reconhecer a GENERICIZAÇÃO pelo uso do tempo presente habitual e da referência total, como em em sede de recursos em geral (exemplo [26]). Apesar de haver várias formas de realização da GENERICIZAÇÃO, o autor não distingue tipos diferentes dessa subcategoria.

[24]	(...) Destacam que, além de não haver prova de miserabilidade das vítimas ou seus representantes, <u>foram constituídos advogados</u> , sem que se requeresse a gratuidade de justiça. (...) (HC 86058)
[25]	(...) Em Novum Crimen: O Crime de Hermenêutica, RUI BARBOSA, o pontífice máximo <u>dos advogados brasileiros</u> , já advertia (...): (HC 84492)
[26]	(...) Esta Corte firmou a orientação do não cabimento de habeas corpus contra ato de Ministro Relator ou contra decisão colegiada de Turma ou do Plenário do próprio Tribunal, independentemente de tal decisão haver sido proferida em sede de habeas corpus ou proferida <u>em sede de recursos em geral</u> (Súmula 606). (...) (HC 186296)

A ESPECIFICAÇÃO apresenta os participantes como indivíduos ou grupos plenamente identificáveis. Há dois tipos de ESPECIFICAÇÃO,

segundo van Leeuwen (1993, p. 128): a individualização e a assimilação. A “individualização ocorre quando os participantes são representados como indivíduos” ⁸ (1993, p. 128), enquanto na assimilação eles são representados como grupos. A **individualização** não é explorada de forma extensa pelo autor, mas as poucas informações apresentadas permitem a identificação de ocorrências da subcategoria no *corpus*. No exemplo [27], o grupo nominal dos advogados atuantes no feito individualiza os advogados participantes. São só aqueles atuantes no feito que interessam, diferentemente do que vimos nos exemplos [24] e [25], quando os advogados foram genericizados.

[27] (...) A presente impetração, que visa à devolução do prazo recursal à defesa do paciente, funda-se na ocorrência de irregularidade na intimação dos advogados atuantes no feito. (...) (HC 85696)

Há duas formas de **assimilação**: a agregação e a coletivização. Na agregação, os grupos de participantes são quantificados, tratados estatisticamente. Sua realização lingüística está atrelada à presença de quantificadores definidos ou indefinidos que funcionam como numerativos ou como núcleos de grupos nominais. A agregação pode ser percebida no exemplo [28], pela expressão muitas das quais [medidas arbitrárias]. Nesse caso, as medidas são quantificadas, mesmo que não em números exatos. A agregação não é muito comum no *corpus* porque as representações de justiça não são elementos concretos, que podem ser quantificados, reforçando a natureza abstrata das representações.

[28] (...) orienta-se no sentido de preservar o contribuinte contra medidas arbitrárias adotadas pelos agentes da administração tributária, muitas das quais configuram atos eivados de ilicitude, (...). (HC 82788)

⁸ No original: “Individualisation occurs when participants are represented as individuals”.

Sobre a coletivização, o autor não nos fornece maiores explicações. Só afirma que se na agregação os participantes são quantificados, estaticizados; na coletivização esse não é o caso. Pode-se, então, imaginar que a coletivização é o contrário da agregação.

Em todos os seus trabalhos van Leeuwen coloca a GENERICIZAÇÃO e a ESPECIFICAÇÃO como subcategorias que se relacionam tanto com a PERSONALIZAÇÃO quanto com a IMPERSONALIZAÇÃO, discutida a seguir.

A IMPERSONALIZAÇÃO, colocada em oposição à PERSONALIZAÇÃO, trata dos participantes que não possuem característica de [+humano]. Ou seja, trata daqueles objetos e seres que não são humanos. É geralmente realizada por meio de substantivos abstratos ou substantivos concretos que não possuem o traço [+humano] em seu significado. Há, para van Leeuwen (1997, p. 208), dois tipos de IMPERSONALIZAÇÃO: a abstração e a objetivação. A **abstração** acontece quando uma qualidade do participante faz referência ao próprio participante. É realizada por um substantivo abstrato. No exemplo [29] abaixo, um problema é uma referência abstrata a doenças. Podemos perceber o efeito generalizante da ABSTRAÇÃO no exemplo discutido. Problema é uma palavra que faz referência generalizada, não se sabe qual, especificamente, é o problema.

[29] | (...) Quem tem um problema na área da saúde mental precisa e deve ser tratado.(SIC). (...) (HC 86214)

A última subcategoria da IMPERSONALIZAÇÃO apresentada aqui é a **objetivação**. Ela ocorre quando os participantes são referidos pelo local ou por uma ‘coisa’ diretamente ligada a sua pessoa ou às atividades que realiza, ou seja, por meio da objetivação realiza-se uma referência metonímica. O autor, na sua tese, distingue quatro formas de ocorrência da objetivação, que têm por efeito a objetivação total (aquela em que o

elemento metonímico substitui o participante) ou a objetivação parcial (aquela em que o elemento metonímico vem acompanhando a PERSONALIZAÇÃO). As quatro formas de objetivação são: espacialização, autonomização do enunciado, instrumentalização e somatização.

A espacialização é a forma de objetivação em que os participantes são substituídos pela referência direta aos espaços aos quais estão relacionados. É o que acontece no exemplo [30] abaixo, quando Ministério Público Federal é tomado no lugar das pessoas que trabalham lá. O Ministério Público Federal é o espaço onde estas pessoas localizam-se e onde elas realizam seu trabalho, que é o de resumir, no caso do acórdão HC 82992. O mesmo acontece no exemplo [31].

[30]	(...) O <u>Ministério Público Federal</u> , no parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista, assim <u>resume</u> a controvérsia: (...) (HC 82992)
[31]	(...) Trata-se de agravos regimentais interpostos, um recurso pela <u>Procuradoria-Geral da República</u> (Doc. 40) e dois pelos impetrantes (Doc. 45 e 52) contra decisão proferida em 8.3.2021 (Doc. 32). (...) (HC 193726 AGR)
[32]	(...) Conforme <u>parecer</u> do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, acostado às fls. 18/20, a cobrança abusiva de juros não ficou restrita ao dia 23/02/96, mas estendeu-se no tempo até pelo menos junho de 2001. (...) (HC 84937)

A autonomização do enunciado é a segunda forma de objetivação apresentada pelo autor. Diz respeito aos casos em que os participantes são substituídos pelos enunciados que produzem. Como exemplo, temos o excerto abaixo (exemplo [32]), em que o parecer é tomado como autônomo e capaz de dizer algo, no caso, que a cobrança abusiva de juros não ficou restrita ao dia 23/02/96.

Como terceira forma de objetivação, van Leeuwen apresenta a instrumentalização, “na qual os actores sociais são representados por meio de uma referência ao instrumento com o qual empreendem a actividade a que estão ligados” (1997, p. 209). Ao invés de dizermos que o soldado explodiu a granada, dizemos que a granada explodiu. A

instrumentalização, conforme é proposta pelo autor, não é encontrada no *corpus*. A última forma de objetivação apresentada pelo autor é a somatização, cuja referência ao participante é feita através da referência a partes de seu corpo. A metonímia aqui é utilizada quando se referencia a parte pelo todo.

A IMPERSONALIZAÇÃO, como recurso sócio-semântico, tem implicações discursivas muito importantes, quais sejam: a) construir conhecimento prévio sobre os papéis sociais e as identidades dos participantes; b) conferir autoridade ou força a uma atividade ou qualidade do participante; e c) adicionar conotações positivas e/ou negativas a uma atividade ou enunciação realizada pelo participante.

Esta seção do texto teve por objetivo tanto apresentar taxionomia de van Leeuwen (1993, 1996, 1997 e 2008) quanto discuti-la e demonstrar como ela pode ser aplicada a exemplares de gêneros textuais, a fim de encontrarmos regularidades que caracterizem tais gêneros. Nas considerações finais discutimos alguns resultados encontrados.

Considerações finais

Ao apresentarmos a taxionomia de van Leeuwen e sua aplicação no gênero acórdão pudemos perceber que algumas categorias e subcategorias elencadas pelo autor são mais recorrentes que outras no *corpus* estudado. Quanto ao tipo de inclusão, percebemos, por exemplo, que os atores sociais responsáveis pela prática decisória são mais comumente incluídos por impersonalização. Isso se deve ao fato de ser o acórdão um texto altamente padronizado, cuja função é apresentar a decisão e demonstrar como os juízes chegarão a tal acordo decisório. Nesse caso, os juízes não agem como indivíduos, mas como instituição, então suas ações não são suas, mas da instituição. Por isso, menciona-se a instituição e não seus membros. Quando os membros são nomeados, portanto, personalizados, é com o

propósito de deixar claro quem acorda na decisão, que será assinada por esses mesmos membros. Essa nomeação geralmente vem acompanhada de titulação honorífica e de afiliação (Sr. Ministro).

Os demais atores sociais geralmente presentes nos acórdãos são aqueles que buscam a decisão e o padrão de inclusão desses atores é bem variado e depende muito do tipo de ação judiciária realizada. Quando são muitos os demandantes de decisão, então eles são geralmente personalizados por nomeação. Quando há apenas dois ou três, eles são geralmente personalizados por categorização (réu, vítima, acusado, advogado, paciente, impetrante, etc.). Outros tipos de inclusão são possíveis de serem encontradas nos acórdãos, mas não são recorrentes, por isso não podem ser consideradas características do gênero acórdão.

Quanto ao modo como os atores sociais estão incluídos, tanto a ativação quanto a passivação são muito comuns. A ativação é bastante comum nas partes do acórdão denominadas de ‘acórdão’ e ‘voto’. Nessas partes há uma tentativa de se deixar muito claro quem faz o quê, para que a decisão seja tomada com consciência. Na parte denominada de ‘relatório’, há a predominância da inclusão passivada, pois se busca relatar o que foi feito pelos atores sociais em outras fases do processo. Tanto na ativação quanto na passivação, a forma de realização que mais se destaca é a participação, pois as estruturas oracionais, tanto as simples como as complexas, dão maior destaque aos participantes que às circunstâncias.

Discursivamente, a INCLUSÃO de atores estabelece quem participa das práticas sociais e a sua importância nas atividades realizadas. Incluir linguisticamente os atores sociais, quer por personalização, quer por impersonalização, atribui-lhes tempo e espaço específicos na estrutura da instituição, legitimando sua existência. Ativar ou passivar os atores torna claro quais os papéis sociais que cada um vai exercer na atividade. Assim, concluímos que uma análise dos tipos e das formas de recontextualização

dos atores sociais constitui-se em um ferramental importante na definição de um determinado gênero.

Referências

- BAZERMAN, C. **Gêneros textuais, tipificação e interação**. São Paulo: Cortez, 2005.
- BAZERMAN, C. **Gênero, agência e escrita**. São Paulo: Cortez, 2006.
- BORTOLUZZI, V. I. **“Que justiça é essa?”**: aspectos teórico-metodológicos da investigação de representações discursivas da justiça em acórdãos de *habeas corpus* e cartas do leitor. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS: 2008.
- CATUNDA, E. e SOARES, M. E. Uma análise da organização retórica do acórdão jurídico. In: CAVALCANTE, M.M.; COSTA, M.H.A.; JAGUARIBE, V.M.F. e CUSTÓDIO FILHO, V. (orgs.) **Texto e discurso sob múltiplos olhares: gêneros e seqüências textuais**. Rio de Janeiro: Lucerna, 2007.
- CAVALCANTE, M.M.; COSTA, M.H.A.; JAGUARIBE, V.M.F. e CUSTÓDIO FILHO, V. (orgs.) **Texto e discurso sob múltiplos olhares: gêneros e seqüências textuais**. Rio de Janeiro: Lucerna, 2007.
- FUZER, C. **Linguagem e representação nos autos de um processo penal**: como operadores do Direito representam atores sociais em um sistema de gêneros. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS: 2008.
- GIDDENS, A. **A constituição da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HALLIDAY, M.A.K. e HASAN, R. **Language, context and text**: aspects of language in a social-semiotic perspective. Hong kong: OUP, 1989.
- HALLIDAY, M.A.K. e MATTHIESSEN, C. M. I. M. **An Introduction to functional grammar**. New York: Arnold, 2004.
- MARCUSCHI, L.A. Apresentação. In: BAZERMAN, C. **Gêneros textuais, tipificação e interação**. São Paulo: Cortez, 2005. p. 9-13.

VAN LEEUWEN, T. A representação dos actores sociais. In: PEDRO, E. R. (org.) **Análise Crítica do Discurso**. Lisboa: Caminho, 1997. p. 169-222.

VAN LEEUWEN, T.. **Language and representation** – the recontextualization of participants, activities and practices. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Linguística da Universidade de Sidney, Austrália, 1993.

VAN LEEUWEN, T.. The representation of social actors. In: CALDAS-COULTHARD, C. R. e COULTHARD, M. **Texts and practices**: readings in Critical Discourse Analysis. New York: Routledge, 1996. p. 32-70.

VAN LEEUWEN, T.. **Discourse and practice**: new tools for critical discourse analysis. New York: OUP, 2008.

A (nova) ordem pública global diante da COVID-19: governança e confiabilidade na experiência da comissão europeia sobre inteligência artificial ¹

Diógenes Faria de Carvalho ²
Vitor Hugo do Amaral Ferreira ³

Introdução

*Alguma coisa está fora da ordem,
fora da nova ordem mundial*
Caetano Veloso

A mundialização como fenômeno econômico oportunizou o imaginar de um mundo sem fronteiras. Da ideia da abertura dos mercados e da

¹ Este artigo é parte da publicação intitulada A mundialização virtual e a (nova) ordem pública global diante da Covid-19: governança e confiabilidade na experiência da Comissão Europeia sobre Inteligência Artificial. p. 339-364. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhaes (org.). *Direito do Consumidor: 30 anos do CDC. Da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. O texto é o encontro de parte do conteúdo de trabalhos defendidos pelos autores, intitulados *Governança.com: a perspectiva brasileira após o processo de mundialização virtual entre a (in)viabilidade de uma governança global para internet e os desafios da sociedade de informação globalizada* de autoria de Vitor Hugo do Amaral Ferreira; e *O princípio da boa-fé objetiva nos contratos de consumo*, de autoria de Diógenes Faria de Carvalho, reflexões revisitadas a partir do contexto da pandemia da COVID-19, tendo por referência, em tradução livre, a publicação da Comissão Europeia sobre a Inteligência Artificial e como a Europa está introduzindo iniciativas por meio de uma consulta pública para não colocar em risco a segurança jurídica dos seus cidadãos e consumidores, para que não enfraqueça a confiança e não impeça o surgimento de uma indústria europeia mais dinâmica. O documento traduzido apresenta opções de políticas públicas para permitir um desenvolvimento confiável e seguro da IA na Europa, em pleno respeito pelos valores e direitos dos seus cidadãos. Faz uma análise, também, das implicações de segurança e responsabilidade em tempos de Inteligência Artificial, Internet das Coisas e robótica. Apresenta um panorama geral de como a IA mudará vidas, melhorando a assistência médica, aumentando a eficiência da agricultura, contribuindo para a mitigação e adaptação nas mudanças climáticas, aumentando a segurança das pessoas. Mas, ao mesmo tempo, desnuda uma série de riscos potenciais, como tomada decisões, discriminações diversas, intrusão em vidas particulares ou o uso para outros fins.

² Doutor em Psicologia (Economia Comportamental) pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC - GOIÁS). Mestre em Direito Econômico pela Universidade de Franca (UNIFRAN). Professor Adjunto da Universidade Federal de Goiás (UFG).

³ Doutor em Direito (Direito do Consumidor e Concorrencial) pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Integração Latino Americana, linha de pesquisa Políticas Públicas e Desenvolvimento, pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Docente do Curso de Direito, da Universidade Franciscana (UFN).

facilitação da operação de mercadorias, o homem contemporâneo encontra-se diante dos resultados que a tecnologia oferece.

Imagina-se, que nem nos pensamentos mais otimistas, vislumbrou-se um quebrar fronteiras nos moldes e proporção que as tecnologias de informação oportunizam. Existe uma multiplicidade de paradigmas que explica a construção do mundo que associam a ciência aliada à tecnologia, fazendo do homem um ser pensante e dominador por excelência.

A mundialização como conceito que traduz todo o tipo de mudanças, inovações, criações e descobertas, ao tempo em que se reporta à integração crescente das diferentes partes do mundo sob o efeito da aceleração das trocas, acelera o desejo de intervir na construção do futuro.

O objetivo deste estudo foi redigir algo que contemple a Sociedade da Informação entre o despertar para um novo tempo e a necessidade de construir um cenário, compatível há governança, sem abrir mão dos princípios basilares, em especial, a boa-fé. Neste cenário, é importante tratar o processo de globalização a partir do contexto tecnológico, limitando-se ao papel das tecnologias antes, durante e os efeitos (incertos) do futuro pós COVID-19⁴. A transformação da sociedade de consumo desafia o Código de Defesa do Consumidor que celebra três décadas diante de uma sociedade pandêmica.

O acesso à Inteligência Artificial, por meio da internet das coisas de forma especial, implica em segurança e responsabilidades, afeta consumidores em benefício à assistência médica, à eficiência de produtos e serviços, aumenta a segurança das pessoas; mas também preocupa diante de potenciais fatores de risco, interferência em tomada de decisões, discriminações diversas, violação de dados sensíveis e vidas particulares.

⁴ Em 11 de março, a COVID-19 foi caracterizada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como uma pandemia, foi declarado que o surto da doença, causada pelo novo coronavírus (COVID-19), configura Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional.

1 A sociedade da informação a partir da mundialização da mídia e o cenário da COVID-19

Entender a globalização como fenômeno mundial oriundo da reunião de nações em blocos, originalmente por intuítos econômicos, é situação superada. Por mais que ainda se discuta o (in)sucesso das iniciativas contemporâneas. Como dito, o caminho é sem volta, globalizou-se. Agora, restam as amarras, o desvendar e a cura das sequelas geradas por esses novos tempos. Por um lado, consolida-se a globalização, por outro, estuda-se qual a melhor maneira de se conviver com ela. Como ser global no mundo globalizado?

Se a intenção era econômica, com alvo e armas que se estruturam entre transações comerciais, produtos e serviços. Ao globalizar, fragmentos atingiram outros pontos, ao passo em que se permite, por exemplo, falar em globalização social.

Ao contexto da COVID-19, como bem assegurou Bruno Miragem⁵, trata-se de uma excepcionalidade, com efeitos sociais e econômicos, que atingem a liberdade e a propriedade individual sem precedentes históricos. Assim, as tecnologias, em especial as plataformas digitais e a diversidade de aplicativos que passaram a protagonizar a comunicação entre as pessoas, geraram, durante a pandemia, a produção de dados como jamais visto.

A inteligência artificial nunca foi tão utilizada, os serviços foram reinventados e o único espaço existente para um abraço limitou-se à virtualidade. Com isso, a incerteza diante da coleta de dados e o uso destes é um novo desafio ao direito, em especial, após a pandemia oriunda pelo coronavírus. Pode-se mencionar um status de novos fundamentos à

⁵ Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. Revista dos Tribunais. Vol. 1015/2020. Maio. 2020.

mundialização virtual que desafia a ordem pública global diante da COVID-19, delimitando-se neste texto às perspectivas de governança e confiabilidade.

Em tempos de pandemia, o que era conhecido apenas em ficção ou relatos distantes da contemporaneidade, os agentes políticos se colocam no desafio de criar medidas que minimizem os efeitos, uma vez que evitá-los é impossível. As políticas públicas enfrentam a urgência em ações que contemplem os aspectos sociais e econômicos.

Se a ordem atual já havia modificado o modo de fazer as coisas, negócios digitais móveis e transmissão de pensamentos em tempo real criaram a tecnologia disruptiva (termo que define a inovação de um produto, ou serviço, com particularidades de provocar uma ruptura aos padrões já estabelecidos no mercado). As novas economias, entre elas a digital, ampliam o acesso em um tempo de produção desmaterializada, o que permite o surgimento de uma economia criativa e, por consequência, a economia de acesso, que proporciona, por sua vez, a economia de compartilhamento, que passa a exigir um cuidado com os bens e ambientes compartilhados, surgindo assim a economia da confiança.⁶

À delimitação deste artigo, globalização, novas tecnologias, governança e confiabilidade; nada foi tão globalizado, em espaço mínimo de tempo, com alcance global, como a pandemia da COVID-19. Tampouco, nenhuma tecnologia conseguiu ser mais disruptiva quanto este vírus. A ruptura do mercado exigirá para sua reconstrução a cooperação presente na governança, associada à confiabilidade.

O avanço tecnológico permitiu que a globalização acontecesse em meio eletrônico, sendo essencial para a progressão da própria globalização. Arrisca-se, inclusive, afirmar que a globalização sem

⁶ Como já manifestado no artigo Políticas Públicas e as lições preliminares da COVID-19, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/garantias-consumo-politicas-publicas-lico-es-preliminares-covid-19>.

barreiras, o cidadão do mundo que se anunciava em tempos passados, se existe, é virtual. A globalização atinge sua plenitude em meio virtual.

Este é o desafio deste ensaio, reforçar a importância da globalização da mídia e discutir a (in)viabilidade de estruturação de uma governança global que cuide dos efeitos, em especial os humanos, da pandemia gerada pelo coronavírus.

O sistema de mídia é o quadro das interligações entre tecnologias e organizações que guiam as diversas formas de comunicação. Trata-se de uma categoria de origem essencialmente institucional e econômica, que ajuda a explicar, por um lado, a dinâmica evolutiva dos meios de comunicação e, por outro, como cada sociedade se estabelece, entre as diversas mídias.

Na medida em que se questiona, tendo por objeto o sistema de mídia, esta deve estar compreendida não mais no universo nacional, local, uma vez que o sistema de mídias encontra-se interligado a múltiplas redes de relação, tal como, os seus cidadãos, partilhando assim *espaços de fluxo*, termo este utilizado por Manuel Castells (2002).

Para Manuel Castells (2003) embora a designação *sociedade de informação* tenha se estabelecido como legitimação do papel central das tecnologias de informação e comunicação, ela não deixa de ser redutora, constituindo apenas um exemplo de uma entre outras abordagens. Se for essa a abordagem, a qual se pretende dar à sociedade de informação, é relevante questionar se é a melhor forma de captar a essência da mudança social introduzida pela apropriação das tecnologias de informação e comunicação.

Dessa forma, terminologicamente, há o impasse entre o empregar *sociedade de informação*, ou fazer menção à proposta de Castells, que trabalha a *sociedade em rede*. Para um melhor entendimento, salienta-se que sociedade em rede irá compreender a sociedade de informação, uma

vez que aquela é mais ampla, constituindo-se da interligação das tecnologias em tempo e espaço desta, ou seja, para sociedade de informação emprega-se o termo ao se fazer menção ao tempo em que se vivencia a tecnologia (sociedade de informação), enquanto que a forma em que se articula a informação direciona-se à sociedade em rede.

Diante do contexto, Cardoso (2007, p. 32) arremata:

A apropriação social das tecnologias de informação e comunicação na era da informação caracteriza-se pela sua interligação em rede.

[...]

Essa rede de tecnologias não é o mero produto de uma convergência tecnológica, mas sim de uma forma de organização social criada por quem dela faz uso.

Se a apropriação social das tecnologias na era da informação caracteriza-se pela sua interligação em rede, assim é, em função da articulação de quem a utiliza, o homem. Qualquer entendimento que se tenha, ou que se queira formar, sobre as tecnologias, limitadas às de informação, contextualizadas na sociedade em rede, não há como fugir da principal delas, a *internet*.

O homem, em volto às tecnologias que o cercam, organiza-se em rede, eis aqui a sociedade em rede, diante de um novo universo, a sociedade da informação. Contextualizar este momento é voltar-se aos anseios mais primatas do homem, compreendidos entre crenças e crédulos da humanidade, de Adão e Eva, em uma conotação bíblica, à clonagem, em um aspecto científico, da descoberta do fogo aos computadores, do real ao virtual.

Os computadores, como lembra Castells (1999, p. 78), são frutos também da “mãe de todas as tecnologias, a Segunda Guerra Mundial”. O projeto Arpanet da Agência de Projetos Avançados (ARPA), do

Departamento de Defesa norte- americana confiou, em 1969, à Rand Corporation a elaboração de um sistema de telecomunicação que garantisse que um ataque nuclear russo não interrompesse a corrente de comando dos Estados Unidos. (PAESANI, 2006, p. 25) Nesta perspectiva, a COVID-19 deixa quais lições?

Contemporâneo à guerra fria, a solução para o dilema americano foi a criação de redes locais⁷ (LAN), posicionadas nos lugares estratégicos do país e coligadas por meio de redes de telecomunicação geográfica (WAN). (PAESANI, 2006, p. 25) Na eventualidade de uma cidade ser destruída por um ataque nuclear, essa rede de redes conexas, isto é *internet*, coligações entre redes locais distantes, garantiria a comunicação entre as remanescentes cidades coligadas.

Por certo, é indiscutível a contribuição trazida para sociedade pelo avanço da tecnologia, pelo uso de computadores, e pelo avanço das comunicações mundiais, em especial da rede internacional de dados – *internet*, fomentando, sem precedentes na história, a paixão humana pelo conhecimento, educação e cultura. A partir dos benefícios e novos caminhos que a *internet* propiciou à sociedade da informação, no entendimento de Mauro Marcelo de Lima e Silva (2008), a *internet*, chamada pela mídia de superestrada da informação, nada mais é do que a interligação simultânea de computadores de todo o planeta, algo que os futuristas em seus exercícios de suposição jamais imaginaram.

Atualmente, a *Internet* é vista como um meio de comunicação que interliga computadores e permite o acesso a uma quantidade de informações praticamente inesgotável, anulando toda distância de lugar e tempo. Na contribuição de Liliana Minardi Paesani (2006), a autora

⁷ O primeiro computador foi construído pela interligação de 70 mil resistores e ocupava a área de um ginásio esportivo, quando foi acionado o seu consumo de energia foi tão alto que as luzes da Filadélfia piscaram. (CASTELLS, 1999, p. 79) Na contribuição de Castells (1999, p.83) a primeira rede de computadores entrou em funcionamento em 1º de setembro de 1969.

salienta que é preciso reconhecer, no entanto, que a decolagem da *internet* ocorreu no ano de 1973, quando *Vinton Cerf*, do Departamento de Pesquisa avançada da Universidade da Califórnia e responsável pelo projeto, registrou o Protocolo de Controle da Transmissão (TCP/IP), configurando um código que consente aos diversos *networks* incompatíveis por programas e sistemas comunicarem entre si.

Desde então, reforça a autora, que a evolução dos meios de informação aumentou de forma considerável, a ponto da Organização das Nações Unidas (ONU) reconhecer que a tecnologia da informação abre uma via rápida para o crescimento baseado no conhecimento, como ocorreu com as exportações de *software* da Índia, os serviços de informática da Irlanda e o processamento de dados do Caribe.

Para Mireille Delmas-Marty (2003) a mundialização da mídia parte de dois princípios: a) a cobertura planetária de informações, b) a capacidade de transportá-la rapidamente (do pombo correio ao satélite).

Sobre a mundialização da mídia:

É o desenvolvimento técnico, sem dúvida, que desencadeia, a partir dos anos oitenta, um progresso formidável da mundialização, que toca não apenas o setor da informação mas, ainda, a própria organização das empresas de jornais, televisão e informática que as tornam verdadeiros grupos de informação com vocação mundial. Alimentadas por agências de informação internacionais, e patrocinadas financeiramente por agências de publicidade sempre prontas a preferir as mídias de dimensão internacional, os grupos de imprensa, que privilegiam a mundialização das revistas praticam diferentes estratégias. (DELMAS-MARTY, 2003, p. 143)

Se a mundialização se dá por pessoas e organização dessas em sociedade. A *internet* carrega sim, um traço característico que a diferencia das formas de relacionamento humano até o momento, e este traço, historicamente configura que as relações entre as pessoas têm se

materializado diante do espaço físico em que a sociedade está inclusa. O casamento pressupõe a coabitação; uma compra e venda, a tradição. Há sempre uma cadeia de necessariedade em relação a um contato físico e material. No espaço virtual as relações se estabelecem indiferentemente da distância que estejam as pessoas. (GOIS JUNIOR, 2001, p. 46)

O uso das redes de computadores, que focam na *internet*, é “um espaço sem fronteiras ou ultrafronteiriço onde se dissolveram conceitos importantes do direito como o conceito de território, o de jurisdição, o de materialidade e outros.” (GOIS JUNIOR, 2008, p. 186) Para tanto, José Caldas Góis Junior (2008, p. 186-187) enumera algumas características da *internet*, das quais constata que a questão não é das mais simples, *in verbs*:

- 1) a *internet* hoje não é mais tão somente o espaço literário e romântico de uma democracia de informação, como se afigurou nos seus primórdios. Ao contrário, o que vemos atualmente é um avassalador processo de apropriação da rede pela sociedade capitalista transformando-a em apenas mais um meio de viabilizar o consumo em massa a nível global;
- 2) muito mais que qualquer outro, uma boa lei sem um arcabouço técnico operacional que lhe garanta aplicabilidade pode vir muito rapidamente a se transformar em apenas uma página de boas intenções. Assim é que nenhuma lei será realmente eficaz se não se desenvolverem, concomitantemente, técnicas e métodos de polícia investigativa e mecanismos de cooperação internacional que permitam ao menos se chegar ao ponto inicial da aplicação da lei: a constatação da prática do ilícito ou da negação a um direito garantido.
- 3) as formas atuais de limitação estatal ao uso das redes de computadores ainda estão quase que completamente ligadas a uma tentativa de controle político ou ideológico como é o caso do Afeganistão, da China e mesmo dos Estados Unidos, com o esforço de dar à rede um padrão adequado à cultura e à moral nacional. Tais países se sentem ameaçados com o modelo quase anárquico que a *internet* propõe.

Pois bem, Liliana Minardi Paesani (2006, p.27) ao questionar “o que é *internet*?” alerta que a resposta não é clara e nem completa. Inicialmente, sob o aspecto técnico “é uma imensa rede que liga elevado número de computadores em todo o planeta.”

Portanto, a rede é uma oportunidade de encontro, de troca, de crescimento de relações sociais. Em contrapartida, “existe o reverso da medalha, que Umberto Eco (*apud* PAESANI, 2006, p.27) sintetizou na afirmação de que o verdadeiro problema da comunidade eletrônica é a solidão”. Em oportuna contradição, a pandemia do novo coronavírus fez da comunidade eletrônica o melhor espaço para amenizar o afastamento físico.

A retrospectiva assinada por Têmis Limberger (2007a) no que tange à evolução do fenômeno informático repassa pela contextualização de que a história da humanidade experimentou descobertas que oportunizaram o avanço da sociedade, da própria civilização.

Enfatiza a autora:

Uma das primeiras a ser considerada é a escrita, que proporcionou às pessoas evoluir de uma comunicação oral a uma comunicação gráfica. Com o advento da escrita, a informação pode ser guardada e levada a outros lugares, bem como ser armazenada para outras gerações. Outra conquista significativa na matéria de possibilidades de interação foi a descoberta da máquina a vapor, que significou o nascimento da indústria, do trem e da eletricidade. Uma das consequências que daí advieram para o século XX foi a popularização dos livros, devido à diminuição dos custos, e da imprensa. Atualmente, o acesso de um maior número de pessoas à informática representa um avanço para a comunicação, uma vez que o computador não é somente uma máquina, com seu aspecto tecnológico de última geração, mas também leva consigo a possibilidade de transmitir a informação de uma forma muito veloz. Hoje em dia, os computadores não estão mais isolados, mas sim interligados em redes, em conexão com outros computadores. Isso faz com que seus efeitos saiam de

um âmbito restrito e sejam transmitidos globalmente e com uma velocidade ímpar, combinando os fatores de tempo e espaço. (2007a, p. 51)

Quando se reconhece a informática num todo e a *internet* particularmente como um dos principais avanços contemporâneos da sociedade deve ser analisada a relação da *internet* frente a outros tipos de mídias, do qual viabilizou o processo de mundialização da mídia, e tantos outros efeitos. A produção de dados, a sua consequente violação e a inteligência (artificial) que passou a dar vida a coisas reinventam e desafiam os tempos atuais.

2 Ordem pública global: perspectivas de governança e confiabilidade diante da COVID-19

2.1 Governança: desafios da sociedade em rede

A internet precursora do espaço virtual, da queda das fronteiras, constrói um novo território, caracterizado pela ausência de barreiras. Na medida em que se organiza como um instrumento de conhecimento, concretiza, como dito, um mundo aberto.

Neste contexto, carece-se da união de corporações, da atuação multinacional, em um universo global. Eis aqui, um dos principais dilemas da *internet*. A proposta de estudo a seguir, que inaugura o segundo momento desta pesquisa, volta-se à ideia da construção de diretrizes à governança, consideradas a partir de perspectivas e limites do governar universal, na soma de esforços diante dos efeitos da pandemia da COVID-19.⁸

⁸ O item 4.8 - *Governança*, da publicação da Comissão Europeia sobre a Inteligência Artificial, assim aborda o tema: É necessária uma estrutura de governança europeia em AI, sob a forma de um quadro de cooperação das autoridades nacionais competentes, para evitar a fragmentação de responsabilidades, aumentar a capacidade nos Estados-Membros e garantir que a Europa se equipe progressivamente com a capacidade necessária para testar e certificar AI produtos e serviços habilitados. Nesse contexto, seria benéfico apoiar as autoridades nacionais competentes para que cumpram seu mandato onde a IA é usada. Uma estrutura de governança europeia poderia ter uma variedade de tarefas, como um fórum para o intercâmbio regular de informações e melhores práticas, identificando tendências emergentes, aconselhando atividades de padronização e certificação. Também deve desempenhar um papel

Os pontos que estruturam este capítulo reforçam a necessidade de solucionar os desacordos. No que tange à governança, a sociedade internacional contemporânea tem que organizar diretrizes que permitam a resolução pacífica e a articulação global. Nestes impasses é que se procura questionar a governança como verdade ou utopia.

Há que se considerar que tal contexto impõe um pensar sobre os efeitos, as sequelas oriundas deste cenário. Se a *internet* oportuniza o acesso às informações em um caráter nunca visto, também insurge diversas celeumas. Eis então, um dos principais dilemas da *internet* a ser enfrentado em tempos atuais, governá-la. Pela facilidade com que extrapola fronteiras nacionais, a convergência tecnológica no campo da informação pede negociações multilaterais para discutir sua administração, ou seja, mecanismos de governança global.

A governança é mais que um conceito teórico. É um campo de conhecimentos e práticas que exigem uma abordagem multidisciplinar para sua compreensão. Trata-se de um:

fundamental na facilitação da implementação do quadro jurídico, como por meio da emissão de orientações, opiniões e conhecimentos. Para esse efeito, deve basear-se numa rede de autoridades nacionais, bem como em redes setoriais e autoridades reguladoras, a nível nacional e da UE. Além disso, um comitê de especialistas poderia prestar assistência à Comissão. A estrutura de governança deve garantir a máxima participação das partes interessadas. As partes interessadas - organização de consumidores e parceiros sociais, empresas, pesquisadores e organizações da sociedade civil - devem ser consultadas sobre a implementação e o desenvolvimento do quadro. Dadas as estruturas já existentes, como finanças, produtos farmacêuticos, aviação, dispositivos médicos, proteção ao consumidor, proteção de dados, a estrutura de governança proposta não deve duplicar as funções existentes. Em vez disso, deve estabelecer laços estreitos com outras autoridades competentes da UE e nacionais nos vários setores para complementar os conhecimentos existentes e ajudar as autoridades existentes a monitorar e supervisionar as atividades dos operadores econômicos que envolvem sistemas de IA e produtos e serviços habilitados para IA. Por fim, se essa opção for utilizada, a realização de avaliações da conformidade poderá ser confiada aos organismos notificados designados pelos Estados-Membros. Os centros de teste devem permitir a auditoria independente e a avaliação dos sistemas de IA de acordo com os requisitos descritos acima. A avaliação independente aumentará a confiança e garantirá a objetividade. Também poderia facilitar o trabalho das autoridades competentes relevantes. A UE possui excelentes centros de teste e avaliação e deve desenvolver sua capacidade também na área de IA. Os operadores econômicos estabelecidos em países terceiros que pretendam entrar no mercado interno podem recorrer a organismos designados estabelecidos na UE ou, sujeitos a acordos de reconhecimento mútuo com países terceiros, recorrer a organismos de países terceiros designados para realizar essa avaliação. A estrutura de governança relacionada à IA e as possíveis avaliações de conformidade em questão deixariam os poderes e responsabilidades sob a legislação da UE existente das autoridades competentes relevantes em setores específicos ou sobre questões específicas (finanças, produtos farmacêuticos, aviação, dispositivos médicos, proteção ao consumidor, proteção de dados pessoais etc.) não afetadas.

conjunto de regras, processos e práticas que orientam e estabelecem as relações formais de poder de uma organização com seus públicos ou entre governos e governados.

[...]

num mundo onde a autoridade sofre deslocamento contínuo, tanto exteriormente, no sentido das entidades supranacionais, como internamente, no sentido dos grupos subnacionais, é cada vez mais necessário verificar como pode existir a governança na ausência de um governo. (ROSENAU, 2000, sp)

A expressão *governance* surge a partir de reflexões conduzidas principalmente pelo Banco Mundial, “tendo em vista aprofundar o conhecimento das condições que garantem um Estado eficiente” (Diniz, 1995, p. 400). Ainda, segundo Diniz, “tal preocupação deslocou o foco da atenção das implicações estritamente econômicas da ação estatal para uma visão mais abrangente, envolvendo as dimensões sociais e políticas da gestão pública”.

O relatório elaborado pela Comissão Sobre Governança Global (1996) define a governança como o exercício da autoridade, controle, administração, poder de governo. No mesmo sentido, é a maneira pela qual o poder é exercido, administrando recursos sociais e econômicos de um país. Implica, assim, na capacidade dos governos de planejar, implementar políticas e cumprir funções.

Assim, Maria Helena de Castro (1997) sobre governabilidade, governança e democracia descreve que:

- a) A ideia de que uma “boa” governança é um requisito fundamental para um desenvolvimento sustentado, que incorpora ao crescimento econômico equidade social e também direitos humanos;
- b) A questão dos procedimentos e práticas governamentais na concretização de suas metas adquire relevância, incluindo aspectos como o formato institucional do processo decisório, a articulação público-privado na

formulação de políticas ou ainda a abertura maior ou menor para a participação dos setores interessados ou de distintas esferas de poder. (SANTOS, 1997, p. 340-341)

Nesta concepção, é apropriado dizer que o debate em torno da globalização da *internet* incumbe na atuação de agentes governamentais, não governamentais e sociedade civil. Situação que implica mudança de paradigma, pois os governos já não são os únicos, carecem de subsídios e apoio de outras esferas.

Por mais que a órbita não seja exatamente a mesma, Jânia Saldanha (2001) ao trabalhar os processos integracionistas no âmbito jurisdicional e do direito comunitário, também está diante da globalização, em função disso, afirma que limitar-se ao Estado nação condiciona à inconsistência do direito processual. Assim, a prestação jurisdicional deve reconhecer os meios que oportunizam uma visão mais ampla.

Da mesma forma que nas vias processuais, não apenas o direito, mas os atores envolvidos e a se envolver, nos mais diversos temas possíveis, devem tomar nortes que possibilitem cooperações globais.

Para Barros-Platiau (2009), a governança global reside no processo de construção de instituições, tais como a Organização das Nações Unidas e dos regimes internacionais para a regulação dos desafios contemporâneos, portanto não deve ser confundida com um governo global. Fundamenta tal sentido, James Rosenau (2000) ao definir que a governança demonstra a existência de regras, a todos os níveis da atividade humana, cujas finalidades são controladas para terem um efeito internacional. Essa abordagem defende que os indivíduos são capazes de se organizar para resolver problemas comuns, por meio de mecanismos interativos de decisão, que constituem a “governança sem governo” a partir de uma iniciativa comum tomada sob consenso. As relações de

poder tendem a ser afastadas, formando uma rede de instituições de natureza estatal e não-estatal, que mobiliza funções diversas para atingir objetivos convergentes.

Para Rousseau (2001, p. 91) “a governança é a maneira pela qual o poder é exercido no gerenciamento dos recursos sociais e econômicos de um país”. Articular efetivamente esse gerenciamento diz respeito à boa governança. Por certo, se a governança engloba técnicas de governo, boa governança requer boas técnicas.

Na concepção de governança, governabilidade vem a ser, na compreensão de Márcia Ribeiro Dias (2002), as condições em que se organiza o exercício do poder em um sistema político. Para tanto, o conceito de governança num viés global, é a troca de experiências a respeito da melhor forma de administrar os assuntos internos. Portanto, governança global, deve articular a sociedade em diálogos inter-estatais.

Em acordo com a Comissão sobre Governança Global (2009), a tomada de decisão global deve fundamentar e influenciar as decisões locais, nacionais e regionais, contando com a capacidade e os recursos de um grande número de pessoas e instituições em vários níveis. Devem ser desenvolvidas políticas e práticas conjuntas sobre questões de interesse comum.

Oportuna a contribuição, em caráter de conclusão, oferecida por Dalmo de Abreu Dalari (2001), ao sintetizar que a governança global mostra-se como uma alternativa à globalização, mero artifício usado pelos grandes grupos econômicos e financeiros no final do século XX para simular uma nova tendência e tentar escancarar as fronteiras para os seus negócios.

Se a *internet* é resultado desse artifício, a correta utilização dos meios governativos mundiais terminaria por amenizar, ou mesmo sanar, as indesejáveis sequelas trazidas pelos (des)caminhos da *internet*. Para

resolver seus desacordos, a sociedade internacional contemporânea tem que fazer uso da governança global, tendo por base duas diretrizes: a resolução pacífica e a articulação global para solucionar problemas e impasses de ordem universal.

A ideia desenvolvida para a conceituação de governança volta-se às políticas governamentais que compreendem o conjunto das regras e processos, estabelecidos, capazes de orientar as relações entre governos e governados. Para os efeitos da COVID-19, a governança se presta na medida em que os governos, sociedade civil e iniciativas privadas desenvolvem normas condizentes às necessidades de suas vítimas, sejam os familiares das vítimas fatais; sobreviventes com sequelas; pequenos empresários que tiveram seus empreendimentos fechados; as relações contratuais pendentes de adimplemento; a produção massiva de dados e a provável violação destes.

O tema governança para *internet* é resultado da Cúpula Mundial sobre a Sociedade de Informação (CMSI), o qual Valéria Betancourt (2004) descreve os processos e temas debatidos, que passam a ser encarados com um desafio à contemporaneidade.

A CMSI, diferentemente de outras Cúpulas patrocinadas pelas Nações Unidas, se efetua em duas fases (Genebra 2003 e Túnis 2005), inclui pela primeira vez o setor privado como ator-chave e pretende refletir os interesses dos diversos atores convocados para o processo.

Outra particularidade da CMSI é o fato de ser organizada por um organismo técnico, a União Internacional de Telecomunicações (UIT), embora os temas que aborda tenham profundas implicações sociais, culturais, econômicas e políticas. (BETANCOURT, 2004, p. 30)

A Cúpula Mundial sobre Sociedade de Informação teve sua preparação em meados de 2002. Um processo de discussão global

orientado pela Secretaria da Organização das Nações Unidas, que visava orientar o desenvolvimento de um marco global que permita enfrentar os desafios apresentados pela chamada Sociedade da Informação (SI).

Em princípio a governança envolve diversos assuntos, como segurança, privacidade, controle de conteúdo, liberdade de expressão, tributação, direito autoral, propriedade intelectual, regulamentação de telecomunicações, políticas de competição, inclusão digital, universalização de acesso e a coordenação e padronização técnica da Internet.

Certamente nenhum desses assuntos é novo, ainda que a questão da governança, em si, seja um fenômeno recente e em busca de definição. Toma-se como exemplo apenas dois dos assuntos da governança da Internet, em especial diante dos efeitos da pandemia da COVID-19, a proteção de dados e a reengenharia necessária diante das relações contratuais.

2.2 O modelo da Comissão Europeia sobre Inteligência Artificial⁹

Na medida em que a tecnologia digital se amplifica, cada vez mais a Inteligência Artificial é assunto central na vida das pessoas, bem como a necessidade de dimensionar o valor da confiança.¹⁰ Este ponto do artigo é parte da tradução do documento publicado pela Comissão Europeia sobre

⁹ Trata-se de parte de uma tradução livre dos autores, da publicação do Jornal eletrônico da Comissão Europeia sobre a Inteligência Artificial e como a Europa está introduzindo iniciativas por meio de uma consulta pública para não colocar em risco a segurança jurídica dos seus cidadãos e consumidores, para que não enfraqueça a confiança e não impeça o surgimento de uma indústria europeia mais dinâmica. O documento traduzido apresenta opções de políticas públicas para permitir um desenvolvimento confiável e seguro da IA na Europa, em pleno respeito aos valores e direitos dos seus cidadãos. Faz uma análise, também, das implicações de segurança e responsabilidade em tempos de inteligência artificial, internet das coisas e robótica. Apresenta um panorama geral de como a IA mudará nossas vidas, melhorando a assistência médica, aumentando a eficiência da agricultura, contribuindo para a mitigação e adaptação nas mudanças climáticas, aumentando a segurança das pessoas. Mas, ao mesmo tempo, desnuda uma série de riscos potenciais, como tomada de decisões, discriminação de gênero ou outros tipos de discriminação, intrusão em nossas vidas particulares ou o uso para outros fins.

¹⁰ Na dicção de Karl Larenz, a boa-fé é o alicerce do relacionamento humano e a eventual desconfiança de todos implicarem a fim da paz e o domínio da discórdia. Assim, a boa-fé, além de constituir um princípio, uma referência ética, norma de comportamento representa a regra moral nas obrigações.

Inteligência Artificial, que será apresentado com o intuito de fundamentar as discussões sobre segurança após a nova fase da mundialização virtual decorrente da pandemia do coronavírus.

Ao falar em confiança (com fé) oportuno trazer os ensinamentos sobre boa-fé, conceito não definido em lei, devido à sua natureza relativa; o que cabe ao julgador definir, no momento da aplicação da norma, segundo as convicções da sociedade e as circunstâncias especiais do caso. Desde a célebre concepção de Cicerón, segundo a qual o fundamento da justiça é a fidelidade (*fundamentum est iustitiae fides*), sempre existe, também, a relação da boa-fé com a justiça.¹¹

Jean Carbonnier fala em um “dever de honradez e probidade e, concentrando sua atuação na boa-fé contratual, alude à cooperação indispensável entre as partes contratantes.”¹² Já Gorphe assevera que a boa-fé impõe o dever moral de não prejudicar ou enganar o outro.¹³ Algumas dessas manifestações citadas referem-se à boa-fé subjetiva e outras, à boa-fé objetiva. Segue, então, a distinção entre elas.

Os ensinamentos de Canaris também pontificam uma teoria relativa à noção sistêmica e concebem o sistema jurídico¹⁴ como uma ordem teleológica ou axiológica de princípios gerais de direito. O elemento de adequação valorativa conduz à característica de ordem teleológica, enquanto a unidade interna dirige-se para os princípios gerais. Trata-se, deste modo, de um sistema aberto.¹⁵

¹¹ Cf. CICERÓN, 1966 apud REZZONICO, op. cit., p. 502.

¹² CARBONNIER, 1971 apud ZANELATO, op. cit., p. 67.

¹³ GORPHE, 1928 apud ZANELATO, op. cit., p. 68.

¹⁴ Para Miranda Coutinho sistema jurídico é um conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação e costurados por um princípio unificador, formam um todo pretensamente orgânico destinado a uma determinada finalidade. É fundamental, como parece óbvio ser o conjunto orquestrado pelo princípio unificador e voltado para o fim ao qual se destina”. MIRANDA-COUTINHO, 1993 apud BERBERI, op.cit., p.76.

¹⁵ A concepção de um sistema aberto, assevera Canaris, implica duas ordens de idéias: a primeira diz respeito a incompletude do conhecimento científico, devendo o jurista, como qualquer outro cientista, estar preparado para, a qualquer tempo, questionar o sistema – que exprime o estado de conhecimento de seu tempo – até então elaborado, de maneira que o progresso ou a reelaboração científica possam resultar num alargamento ou na modificação do

Assim, a confiabilidade é um pré-requisito para sua aceitação. A Europa tem um forte apego aos seus valores e ao Estado de direito, bem como uma capacidade comprovada de construir produtos e serviços seguros, confiáveis e sofisticados, já proporcionado na aeronáutica, na produção de energia, no setor automotivo e na produção de equipamentos médicos. Também foi a Europa uma das regiões do mundo mais devastada pela COVID-19.

O crescimento econômico sustentável atual, o futuro da Europa e o seu bem-estar social cada vez mais tem suas bases em valores criados pelos dados. A IA é uma das implicações mais importantes da economia de dados. Atualmente, grande parte dos dados está relacionada aos consumidores e são armazenados e processados na infraestrutura central localizada em uma nuvem. Por outro lado, uma grande parte dos dados virá das indústrias, dos negócios e do setor público, e serão armazenados em uma variedade de sistemas e dispositivos de computação que trabalham com a rede. Isso abre novas oportunidades para a Europa, pois tem uma forte posição na indústria digitalizada e nos aplicativos empresariais, mas com uma posição relativamente fraca nas plataformas de consumidores.

Este contexto exige o questionamento sobre a produção, armazenamento, uso e violação dos dados gerados durante a pandemia da COVID-19. O que terá a Comissão Europeia sobre Inteligência Artificial a ensinar?

Para os cidadãos perceberem novos benefícios, como por exemplo, assistência médica aprimorada, mais qualidade nos utensílios domésticos, sistemas de transporte seguros e limpos, bem como eficientes serviços

sistema. A segunda admite a modificabilidade dos valores fundamentais na ordem jurídica. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 106.

públicos; o desenvolvimento de negócios - uma nova geração de produtos e serviços nas áreas já fortalecidas na Europa (máquinas, transporte, segurança cibernética, agricultura, economia circular, saúde e setores de alto valor agregado, como moda e turismo); os serviços de interesse público, por exemplo, é possível uma redução dos custos de prestação de serviços (transporte, educação, energia e gestão de resíduos), melhorando a sustentabilidade, equipando melhor as autoridades policiais com as ferramentas apropriadas com salvaguardas adequadas no respeito aos direitos e liberdades individuais.

2.2.1 Um ecossistema de confiança: quadro regular para IA

Como em qualquer nova tecnologia, o uso da IA traz oportunidades e riscos. Os cidadãos temem ficar impotentes na defesa de seus direitos e segurança quando enfrentam as assimetrias de informações da tomada de decisões algorítmicas, e as empresas estão preocupadas com a incerteza jurídica. Embora a IA possa ajudar a proteger a segurança dos cidadãos e permitir que eles desfrutem de seus direitos fundamentais, os cidadãos também se preocupam com a possibilidade de ter efeitos indesejados. Essas preocupações precisam ser abordadas. Além disso, a falta de investimentos e habilidades, a falta de confiança é um fator principal que impede uma adoção mais ampla da IA.

É por isso que a Comissão definiu uma estratégia de IA¹⁶, em 25 de abril de 2018, abordando os aspectos socioeconômicos paralelamente ao aumento do investimento em pesquisa, inovação e capacidade de IA em toda a UE. Acordou um plano coordenado¹⁷ com os Estados-Membros para

¹⁶ COM(2018) 237.

¹⁷ COM(2018) 795.

alinhar as estratégias. A Comissão também estabeleceu um grupo de *experts* que publicou diretrizes sobre IA confiável em abril de 2019¹⁸

A Comissão publicou uma comunicação¹⁹ que tem como base sete principais requisitos identificados nas orientações do grupo de peritos de alto nível: a) Agência humana e supervisão, b) Robustez técnica e segurança, c) Privacidade e governança de dados, d) Transparência, e) Diversidade, não discriminação e justiça, f) Bem-estar social e ambiental, e g) Prestação de contas.

O desenvolvimento e a implementação da IA já estão sujeitos à legislação europeia sobre direitos fundamentais (por exemplo, proteção de dados, privacidade, não discriminação), proteção ao consumidor e regras de segurança e responsabilidade do produto. Os consumidores esperam o mesmo nível de segurança e respeito aos seus direitos, independentemente de um produto ou sistema confiar ou não na IA. No entanto, alguns recursos específicos da IA (por exemplo, opacidade) podem dificultar a aplicação e a aplicação dessa legislação. Por esse motivo, é necessário examinar se a legislação atual é capaz de lidar com os riscos da IA e pode ser efetivamente aplicada, se são necessárias adaptações da legislação ou se é necessária nova legislação.

Os Estados-Membros apontam para a atual ausência de um quadro europeu comum. A Comissão de Ética de Dados da Alemanha adotou um sistema de regulamentação baseado em risco em cinco níveis, que deixaria de existir uma regulamentação para os sistemas de IA mais inócuos para uma proibição completa dos mais perigosos. A Dinamarca acaba de lançar o protótipo de um selo de ética em dados. Malta introduziu um sistema de certificação voluntário para IA. Se a UE não fornecer uma abordagem à

¹⁸ <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation/guidelines#Top>

¹⁹ COM(2019) 168.

escala da UE, existe um risco real de fragmentação no mercado interno, o que comprometeria os objetivos de confiança, segurança jurídica e aceitação do mercado.

Uma estrutura reguladora europeia sólida para a IA confiável irá proteger todos os cidadãos europeus e ajudar a criar um mercado interno sem atritos para o desenvolvimento e a adoção da IA, além de fortalecer a base industrial da Europa na IA. Embora a IA possa fazer muito bem, inclusive tornando produtos e processos mais seguros, também pode causar danos. Esse dano pode ser material (segurança e saúde dos indivíduos, incluindo vidas, danos à propriedade) e imaterial (perda de privacidade, limitações ao direito à liberdade de expressão, dignidade humana, discriminação, por exemplo, no acesso ao emprego), e pode estar relacionado a uma ampla variedade de riscos. Uma estrutura regulatória deve se concentrar em como minimizar os vários riscos de possíveis danos, em particular os mais significativos.

Os principais riscos relacionados ao uso da IA dizem respeito à aplicação de regras projetadas para proteger os direitos fundamentais (incluindo dados pessoais e proteção da privacidade e não discriminação), bem como questões relacionadas à segurança²⁰ e responsabilidade.

a) Riscos por direitos fundamentais, incluindo dados pessoais, proteção de privacidade e não discriminação.

O uso da IA pode afetar os valores em que a UE se baseia e levar a violações dos direitos fundamentais²¹, incluindo os direitos à liberdade de expressão, liberdade de reunião, dignidade humana, não discriminação com base no sexo, origem racial ou étnica, religião ou crença, deficiência,

²⁰ Isso inclui problemas de segurança cibernética, problemas associados a aplicativos de IA em infraestruturas críticas ou uso malicioso de IA.

²¹ Pesquisas do Conselho da Europa mostram que um grande número de direitos fundamentais pode ser afetado pelo uso da IA, <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5>.

idade ou orientação sexual, conforme aplicável em certos domínios, proteção de dados pessoais e vida privada ou o direito a um recurso judicial efetivo e a um julgamento justo, bem como à proteção do consumidor. Esses riscos podem resultar de falhas no projeto geral dos sistemas de IA (inclusive no que se refere à supervisão humana) ou do uso de dados sem corrigir possíveis vieses.

A IA pode executar muitas funções que anteriormente só podiam ser executadas por seres humanos. Como resultado, cidadãos e entidades legais estarão cada vez mais sujeitos a ações e decisões tomadas por ou com a assistência de sistemas de IA, que às vezes podem ser difíceis de entender e efetivamente contestar quando necessário. Além disso, a IA aumenta a possibilidade de rastreamento e análise dos hábitos diários das pessoas.

A IA também é utilizada por intermediários on-line para priorizar as informações de seus usuários e executar moderação de conteúdo. Os dados processados, a maneira como os aplicativos são projetados e o escopo da intervenção humana podem afetar os direitos à liberdade de expressão, proteção de dados pessoais, privacidade e liberdades políticas.

b) Riscos de segurança e funcionamento efetivo do regime de responsabilidade

As tecnologias de IA podem apresentar novos riscos de segurança para os usuários quando incorporados em produtos e serviços. Por exemplo, como resultado de uma falha na tecnologia de reconhecimento de objetos, um carro autônomo pode identificar incorretamente um objeto na estrada e causar um acidente envolvendo ferimentos e danos materiais. Assim como os riscos para os direitos fundamentais, esses riscos podem ser causados por falhas no design da tecnologia de IA, estar relacionados a problemas com a disponibilidade e a qualidade dos dados ou a outros

problemas decorrentes do aprendizado de máquina. Embora alguns desses riscos não se limitem a produtos e serviços que dependem da IA, ou o uso dela pode aumentar ou agravar os riscos.

Se os riscos à segurança se materializarem, a falta de requisitos claros e as características das tecnologias de IA mencionadas acima dificultam o rastreamento de decisões potencialmente problemáticas tomadas com o envolvimento dos sistemas de IA. Por sua vez, isso pode dificultar que as pessoas que sofreram danos obtenham uma compensação nos termos da legislação atual da UE e da legislação de responsabilidade nacional²².

De acordo com a Diretiva de Responsabilidade pelo Produto, um fabricante é responsável por danos causados por um produto com defeito. No entanto, nenhum caso de um sistema baseado no IA, como carros autônomos, pode ser difícil de provar que existe um defeito no produto, ou um dano causado no nó de causalidade entre dois. Além disso, há alguma incerteza sobre como e a medida de Diretiva de Responsabilidade pelo Produto se aplica no caso de certos tipos de defeitos, por exemplo, se eles resultarem em fragilidades na segurança cibernética do produto.

Assim, a dificuldade de rastrear decisões potencialmente problemáticas tomadas pelos sistemas de IA e mencionadas acima em relação aos direitos fundamentais se aplica igualmente a questões relacionadas à segurança e à responsabilidade. As pessoas que sofreram danos podem não ter acesso efetivo às evidências necessárias para instaurar um caso no tribunal, por exemplo, e podem ter possibilidades de reparação menos efetivas em comparação com situações em que os danos são causados pelas tecnologias tradicionais. Esses riscos aumentam à medida que o uso da IA se torna mais difundido.

²² The implications of AI, Internet of Things and other digital technologies for safety and liability legislation are analysed in the Commission Report accompanying this White Document.

2.2.2 Possíveis ajustes ao quadro legislativo da UE em relação a IA

Um amplo corpo da legislação²³ existente sobre segurança e responsabilidade de produtos da UE, incluindo regras específicas do setor, complementadas ainda mais pela legislação nacional, é relevante e potencialmente aplicável a várias aplicações emergentes de IA.

No que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais e dos direitos do consumidor, o quadro legislativo da UE inclui legislação como a Diretiva relativa à igualdade racial²⁴, a diretiva relativa à igualdade de tratamento no emprego e na profissão²⁵, as diretivas sobre a igualdade de tratamento entre homens e mulheres em relação ao emprego e acesso a bens e serviços²⁶, várias regras²⁷ de proteção ao consumidor, bem como regras sobre proteção e privacidade de dados pessoais, especialmente o Regulamento Geral de Proteção de Dados e outras legislações setoriais que abrangem proteção de dados, como a Diretiva de aplicação da lei de proteção de dados.²⁸ Além disso, a partir de 2025, as regras sobre requisitos de acessibilidade para bens e serviços, estabelecidas na Lei Europeia da Acessibilidade, serão aplicáveis.²⁹ Além disso, os direitos fundamentais precisam ser respeitados ao implementar outra legislação

²³ O quadro jurídico da UE para a segurança do produto consiste na Diretiva Geral de Segurança do Produto (Diretiva 2001/95 / CE), como uma rede de segurança, e em várias regras setoriais que abrangem diferentes categorias de produtos, desde máquinas, aviões e carros a brinquedos e dispositivos médicos com o objetivo de proporcionar um alto nível de saúde e segurança. A lei de responsabilidade do produto é complementada por diferentes sistemas de responsabilidade civil por danos causados por produtos ou serviços.

²⁴ Diretiva 2000/78/EC

²⁵ Diretiva 2000/78/EC

²⁶ Diretiva 2004/113/EC; Diretiva 2006/54/EC

²⁷ Como a Diretiva de práticas comerciais desleais (Diretiva 2005/29 / CE) e a Diretiva de Direitos do Consumidor (Diretiva 2011/83 / CE).

²⁸ Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de pessoas infracções ou a execução de sanções penais e à livre circulação desses dados.

²⁹ Diretiva (UE) 2019/882 relativa aos requisitos de acessibilidade para produtos e serviços.

da UE, inclusive no campo de serviços financeiros, migração ou responsabilidade de intermediários on-line.

Embora a legislação da UE permaneça, em princípio, totalmente aplicável, independentemente do envolvimento da IA, é importante avaliar se ela pode ser aplicada adequadamente para enfrentar os riscos que os sistemas de IA criam ou se são necessários ajustes em instrumentos legais específicos.

Por exemplo, os atores econômicos permanecem totalmente responsáveis pela conformidade da IA às regras existentes que protegem os consumidores, qualquer exploração algorítmica do comportamento do consumidor que viole as regras existentes não será permitida e as violações serão punidas em conformidade.

A Comissão considera que o quadro legislativo poderia ser melhorado para enfrentar os seguintes riscos e situações:

Aplicação e aplicação eficazes da legislação nacional e da UE em vigor: as principais características da IA criam desafios para garantir a aplicação e aplicação adequadas da legislação nacional e da UE. A falta de transparência (opacidade da IA) dificulta a identificação e a comprovação de possíveis violações das leis, incluindo disposições legais que protegem os direitos fundamentais, atribuem responsabilidade e atendem às condições para reivindicar compensação. Portanto, para garantir uma aplicação e aplicação eficazes, pode ser necessário ajustar ou esclarecer a legislação existente em determinadas áreas, por exemplo, sobre responsabilidade, conforme detalhado no Relatório, que acompanha este Documento Branco.

Limitações do escopo da legislação da UE existente: um foco essencial da legislação de segurança de produtos da UE está na colocação de produtos no mercado. Enquanto na legislação da UE de segurança de produtos, o software, quando faz parte do produto final, deve obedecer às regras relevantes de segurança do produto, é uma questão em aberto se o software independente é coberto pela legislação de segurança de produtos da UE, fora de alguns

setores com regras explícitas.³⁰ A legislação geral de segurança da UE atualmente em vigor se aplica a produtos e não a serviços e, portanto, em princípio também a serviços baseados na tecnologia de IA (por exemplo, serviços de saúde, serviços financeiros, serviços de transporte).

Alterando a funcionalidade dos sistemas de IA: a integração de software, incluindo IA, em produtos pode modificar o funcionamento de tais produtos e sistemas durante seu ciclo de vida. Isso é particularmente verdadeiro para sistemas que exigem atualizações frequentes de software ou que dependem de aprendizado de máquina. Esses recursos podem gerar novos riscos que não estavam presentes quando o sistema foi colocado no mercado. Esses riscos não são tratados adequadamente na legislação existente, que se concentra predominantemente nos riscos de segurança presentes no momento da colocação no mercado.

Incerteza no que diz respeito à atribuição de responsabilidades entre diferentes operadores econômicos na cadeia de suprimentos: em geral, a legislação da UE sobre segurança de produtos atribui a responsabilidade ao produtor do produto colocado no mercado, incluindo todos os componentes, por exemplo. Sistemas de IA. Mas as regras podem, por exemplo, se tornar incertas se a IA for adicionada depois que o produto for colocado no mercado por uma parte que não é o produtor. Além disso, a legislação da UE em matéria de responsabilidade sobre produtos prevê a responsabilidade dos produtores e deixa regras nacionais de responsabilidade para governar a responsabilidade de terceiros na cadeia de suprimentos.

Mudanças no conceito de segurança: o uso da IA em produtos e serviços pode gerar riscos que a legislação da UE atualmente não aborda explicitamente. Esses riscos podem estar relacionados a ameaças cibernéticas, riscos à segurança pessoal (vinculados, por exemplo, a novos aplicativos de IA, como eletrodomésticos), riscos resultantes de perda de conectividade etc. Esses riscos podem estar presentes no momento da colocação dos produtos no mercado ou surgir como resultado de atualizações de software ou auto

³⁰ Por exemplo, o software destinado pelo fabricante a ser utilizado para fins médicos é considerado um dispositivo médico nos termos do Regulamento de Dispositivos Médicos (Regulamento (UE) 2017/745)

aprendizado quando o produto estiver sendo usado. A UE deve fazer pleno uso das ferramentas de que dispõe para aprimorar sua base de evidências sobre os riscos potenciais associados aos aplicativos de IA, incluindo o uso da experiência da Agência de Segurança Cibernética da UE (ENISA) para avaliar o cenário de ameaças à IA.

Conforme indicado anteriormente, vários Estados-Membros já estão explorando opções para a legislação nacional para enfrentar os desafios criados pela IA. Isso aumenta o risco de o mercado único ser fragmentado. É provável que regras nacionais divergentes criem obstáculos para as empresas que desejam vender e operar sistemas de IA no mercado único. A garantia de uma abordagem comum a nível da UE permitiria às empresas europeias beneficiar de um acesso fácil ao mercado único e apoiar a sua competitividade nos mercados globais.

Conclusão

A sociedade de consumo é também parte da mundialização virtual, que exige uma nova ordem pública global, de forma especial pós COVID-19, momento em que a produção de dados e conteúdo digital foi intensa. O caminho que se aponta passa pela governança e confiabilidade destes espaços.

A Comissão Europeia sobre Inteligência Artificial serve de inspiração ao introduzir consulta pública, no sentido de conciliar a proteção dos consumidores, fortalecendo a confiança e o aumento de uma indústria europeia mais dinâmica.

Para tanto, a inteligência artificial precisa atuar em conformidade às regras vigentes que protegem o consumidor, evitando a exploração algorítmica do comportamento deste, as violações dos direitos fundamentais, como o direito à liberdade de expressão, a discriminação de qualquer espécie (com fundo sexual, racial, étnico, religião, crença,

deficiência, idade, gênero), e demais questões que comprometam a dignidade da pessoa humana.

A proteção de dados pessoais e da vida privada em relação aos consumidores deve ser condição essencial diante do avanço da inteligência artificial. Assim como a Europa avança para tirar proveito das oportunidades das novas tecnologias, o reforço das capacidades industriais deve estar atrelado à tutela dos consumidores.

A comemoração de três décadas de legislação de proteção e defesa do consumidor no Brasil desafia a promoção, como na Europa, da capacidade de diálogo para uma inovação tecnológica, aceita como desenvolvimento necessário, ética e confiável. Uma inteligência artificial a serviço das pessoas, para o bem da sociedade. A governança é peça elementar para um quadro regulatório, e a consulta pública é o convite para os partícipes, deste diálogo, exporem seus interesses. Para tutela dos consumidores resta o desejo de garantir a máxima participação, no sentido de se construir uma política forte de proteção sob o prisma, de modo especial, do princípio da efetividade.

Referências

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 14, p. 20-27, abr./jun., 1995.
- BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. Novos atores, governança global e o direito internacional ambiental. Disponível em <http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente>. Acesso em jan.2009
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARDOSO, Gustavo. A mídia na sociedade em rede: filtros, vitrines, notícias. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2007

CARPENA, Heloísa. Abuso do direito nos contratos de consumo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Políticas Públicas e as lições preliminares da COVID-19, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/garantias-consumo-politicas-publicas-lico-es-preliminares-covid-19>. Acesso em 01 de maio, 2020.

CASTELLS, Manuel. A galáxia da Internet. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Jorge Zahar: São Paulo. 2003

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. Tradução: Roneide Venâncio Majer. In: A era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo/SP: Paz e Terra, 1999

CASTELLS, Manuel. Fim de Milênio. Tradução: Roneide Venâncio Majer. São Paulo/SP: Paz e Terra, 1999

COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL. Nossa comunidade global. Disponível em www.cgg.ch. Acesso em mai.2009

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU. 2018

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU. 2019

COMISSÃO EUROPEIA. Excelência e confiança na inteligência artificial. Disponível em https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/excellence-trust-artificial-intelligence_pt. Acesso em 20 de abril, 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O Futuro do Estado. São Paulo: Saraiva, 2001

DELMAS-MARTY, Mireille. Três desafios para um Direito Mundial. Fauzi Hassan Choukr (trad.). Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2003

DIAS, Márcia Ribeiro. Entre a representação e a participação política: o debate acerca da institucionalização do orçamento participativo de Porto Alegre. In MILANI, Carlos e outros (orgs.). Democracia e Governança Mundial: que regulações para o século XXI? Porto Alegre: UFRGS/UNESCO, 2002.

DINIZ, Eli. Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado: Os Desafios da Construção de uma Nova Ordem no Brasil dos Anos 90. In: Dados - Revista de Ciências Sociais: Rio de Janeiro. 1995

GÓIS JUNIOR, José Caldas. O direito na era das redes: a liberdade e o delito no ciberespaço. Bauru: Edipro, 2001

GÓIS JUNIOR, José Caldas. Regulamentação da internet: legislar ou reciclar? In: KAMINSKI, Omar (org.). Internet Legal: o direito na tecnologia da informação. Curitiba: Juruá, 2008

LARENZ, Karl. Derecho justo – fundamentos de ética jurídica. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, 1985. p. 32.

LIMBERGER, Têmis. O direito à intimidade na era da informática. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2007

MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. Revista dos Tribuanis. Vol. 1015/2020. Maio. 2020.

PAESANI, Liliana Minardi. Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2006

PARLAMENTO EUROPEU. Diretiva 2001/95. Conselho Europeu. 2001

PARLAMENTO EUROPEU. Diretiva 2004/113. Conselho Europeu. 2004

PARLAMENTO EUROPEU. Diretiva 2005/29. Conselho Europeu. 2005

PARLAMENTO EUROPEU. Diretiva 2006/54. Conselho Europeu. 2006

PARLAMENTO EUROPEU. Diretiva de Direitos do Consumidor. Diretiva 2011/83. Conselho Europeu. 2011

PARLAMENTO EUROPEU. Diretiva União Europeia. 2016.

PARLAMENTO EUROPEU. Diretiva União Europeia. 2019.

REZZONICO, Juan Carlos. Principios de los contratos en particular. Buenos Aires: Astrea, 1999.

ROSENAU, J. N.; CZEMPIEL, E. Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial. Brasília: Editora UNB: São Paulo: Imprensa Oficial, 2000.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Cooperação jurisdicional. Reenvio prejudicial: Um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Mauro Marcelo de Lima. Os crimes digitais hoje: polícia revela o perfil do criminoso na internet. In: KAMINSKI, Omar. Internet Legal: o direito na tecnologia da informação. Curitiba: Juruá. 2008

ZANELATO, Marco Antônio. Da boa-fé no direito privado. São Paulo: Faculdade de Direito. 219f, p. 66, Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2002.

Pareceres /notas técnicas

Parecer 002/2020/CG-GAA, de 09 de junho de 2020

Jaci Rene Costa Garcia

Assunto: Consulta sobre a irrepetibilidade de verba de caráter alimentar percebida sob a tutela jurisdicional concedida em ação ordinária movida por militares da Aeronáutica contra a União envolvendo parcela denominada “adicional de inatividade”.

Interessados: Militares da Aeronáutica.

Ementa: Administrativo. Militares. Adicional de Inatividade. Percepção sob o abrigo de tutela jurisdicional. Verba de caráter alimentar. Cobrança administrativa. Impossibilidade.

1 Trata-se de consulta que visa analisar a necessidade de devolução de valores recebidos em processo judicial referente a rubrica denominada “adicional de inatividade” em processo movido pelos consulentes contra a União. O caso concreto envolve ação ajuizada em 2004 em que o TRF/4, em sede de Agravo de Instrumento (2004.04.01.024672-6/RS), assim se manifestou¹:

DECISÃO Os agravantes pedem a antecipação da tutela recursal, visando ao restabelecimento de um adicional de inatividade que a MP n° 2.131/2000 lhes suprimiu. Sustentam, em suma, que tal vantagem já estava incorporada a seu patrimônio jurídico, não mais podendo ser retirada, sob pena de violado o instituto do direito adquirido.

Decido.

¹ AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2004.04.01.024672-6/RS - RELATOR: Des. Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON - AGRAVANTE: O. N. e outros - ADVOGADO: Jaci Rene Costa Garcia.

A teor da Súmula 359 do STF, os proventos da inatividade regulam-se pela legislação vigente à época em que o militar reuniu as condições exigidas. A Carta da República de 1988 imantou o direito adquirido de qualquer alteração legislativa, de modo a assegurar que aqueles direitos que se tivessem incorporado ao patrimônio jurídico do respectivo titular restassem incólumes. Sem dúvida que se deu prevalência ao cânone da segurança jurídica, em prol da estabilização das situações consolidadas sob a égide de ordem jurídica alterada. Nesta perspectiva, portanto, descortina-se relevante a fundamentação delineada nesta sede recursal, indicando que deve ser restaurada a relação com a Administração Pública, consoante *o statu quo ante*. Outrossim, **é patente o caráter alimentar da verba cuja restauração é postulada**, denotando o perigo da demora *in casu*. Não se diga que a hipótese encontra empecilho na legislação, pois o caso em exame trata de simples manutenção de vantagem que já vinha sendo paga, não implicando aumento, extensão ou criação de uma nova. Ante o exposto, **defiro o provimento liminar pleiteado, para ordenar o restabelecimento do pagamento do adicional de inatividade previsto pela Lei nº 5.774/71, com os percentuais fixados pela Lei nº 9.367/96, considerando o tempo de serviço de cada agravante**.

Comunique-se ao MM. Juízo a *quo*. Intime-se a parte agravada para responder.

Porto Alegre, 04 de agosto de 2004. (Grifou-se)

Nessa senda, como a percepção dos valores se deu ainda no ano de 2004/2005, sob a égide da medida de tutela antecipada, não poderia a Administração em 2020 buscar administrativamente tais valores. De se considerar que, se fosse possível, deveria ter buscado em sede de processo administrativo após o julgamento do recurso de apelação ocorrido em setembro de 2005, do qual se extrai a ementa:

ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS MILITARES. ADICIONAL DE INATIVIDADE. SUPRESSÃO. POSSIBILIDADE.

1. Inexiste direito adquirido à regime de remuneração, sendo que as parcelas que compõem os proventos dos servidores podem ser modificadas ou extintas, desde que não haja redução do seu valor nominal.

2. A extinção do Adicional da Inatividade pela MP 2.131/2000 não viola direito adquirido, já que não acarretou decréscimo remuneratório.

3. Apelação improvida.

ACÓRDÃO: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 05 de setembro de 2005.

A possibilidade aventada decorre, em tese, em razão de que o Recurso Extraordinário interposto teria efeito apenas devolutivo, iniciando-se após a decisão Colegiada do TRF/4 a possibilidade de cobrança administrativa dos valores, o que só veio a ocorrer em 2020. Ocorre que essa possibilidade (se realizada à época própria) esbarraria em dois óbices intransponíveis: [1º] o valor foi recebido por força de decisão judicial; [2º] o caráter alimentar da verba (*a parcela “adicional de inatividade” integrava a remuneração do militar à época*).

2 A impossibilidade de devolução de valores percebidos em 2004/2005 se dá pelo fato de a parcela remuneratória ter sido recebida de boa-fé, acrescida ao fato de se tratar de verba de natureza alimentar protegida pela decisão judicial que produziu efeitos no período considerado - o que impede a sua repetibilidade.

Nesse sentido, tem-se o enunciado 34 da AGU:

"Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública". (No mesmo sentido: Súmula 72 da AGU)

Sobre a definição de verba de caráter alimentar, a Constituição ao dispor a respeito não deixa dúvidas quanto ao caráter alimentar dos vencimentos:

Art. 100 (...)

§ 1º Os débitos de **natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações**, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. (Grifou-se)

As antecipações de tutela que envolve, sobretudo, a materialização das prestações positivas previstas no artigo 194 da CF/88, merecem interpretação diferenciada, pois o objetivo do pagamento aos inativos integra a concepção ampla que envolve a promoção do bem estar social do cidadão e a garantia de condições mínimas para a preservação de sua sobrevivência. A eventual irreversibilidade parcial da tutela antecipada não pode preponderar sobre tais postulados de cunho constitucional, devendo prevalecer a exegese da irrepetibilidade da verba.

Sobre a questão, o Código de Processo Civil assim dispõe:

Art. 833. São impenhoráveis:

[...]

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal [...]

O Tema 692 do STJ que – pela simetria - poderia dar ensejo a uma eventual possibilidade de cobrança dos valores recebidos por força de

tutela antecipada, com possível interpretação extensiva aos servidores públicos e militares, passa por revisão de entendimento e processos dessa natureza se encontram suspensos em face da reanálise do entendimento. Nesse sentido: “*Proposta de Revisão de Entendimento firmado em tese repetitiva firmada pela Primeira Seção relativa ao Tema 692/STJ, quanto à devolução dos valores recebidos pelo litigante beneficiário do Regime Geral da Previdência Social - RGPS em virtude de decisão judicial precária, que venha a ser posteriormente revogada.*”

Para sustentar o pedido de revisão de entendimento, o Ministro Og Fernandes justificou a Questão de Ordem nos termos²:

“Entretanto, data venia, não se pode afirmar tenha existido pleno debate acerca de todas as peculiaridades relacionadas ao tema. Demais disso, **ainda há de se considerar a formação posterior de jurisprudência contrária do STF, a exemplo dos seguintes julgados:** ARE 734.242-AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma; MS 28.165-AgR/DF, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma; MS 25.921-AgR/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma; MS 27.467-AgR/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma. Apenas para ressaltar a importância do tema e da necessidade de que o debate seja feito com maior amplitude, podem ser listadas as seguintes hipóteses – que, ainda assim, não encerram todas as possibilidades de variações a respeito da questão –, as quais resultam de situações as mais diversas, tais como: [...] f) **tutela de urgência concedida em agravo de instrumento pela segunda instância**”. (Grifou-se)

De qualquer forma, no atual momento, nem judicialmente é possível a cobrança de tais valores, sendo ainda mais remota a possibilidade de a Administração realizar administrativamente a cobrança de valores referentes ao ano de 2004/2005, considerando se tratarem de verbas de caráter alimentar, recebidas de boa-fé, decorrentes de decisão proferida

² O colegiado, acolhendo questão de ordem levantada pelo Min. Og Fernandes determinou a suspensão da tramitação dos processos que versem sobre o assunto submetido à revisão.

em Agravo de Instrumento no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acrescida ao fato de ter ocorrido há mais de **15 anos**.

3 Há de se destacar, também, que uma eventual revisão por parte da Administração Militar de atos administrativos consubstanciados nos pagamentos realizados na rubrica denominada “adicional de inatividade” encontraria óbice no instituto da decadência, insculpido no art. 54 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, uma vez que a decisão deixou de produzir efeitos em 2005 (e o Recurso Extraordinário interposto não teria efeito de manter válida a medida liminar que já havia caído em razão do julgamento do mérito em sede de Apelação).

Cita-se a Lei: “Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.”

4 Face ao estudo apresentado, opina-se pela inexigibilidade da verba, em face da inexistência de base legal a justificar uma eventual devolução dos valores percebidos sob o abrigo de tutela antecipada proferida por decisão proferida em sede de Agravo de Instrumento no ano de 2004.

Santa Maria/RS, 09 de junho de 2020.

JACI RENE COSTA GARCIA

OAB/RS 33.799

Parecer jurídico 17/2021

Cristiano Becker Isaia

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO. NULIDADE DE INSTRUMENTO PARTICULAR. OBSERVÂNCIA DO ART. 733 DO CPC E DOS ARTS. 166, IV, E 108 DO CÓDIGO CIVIL.

INTERESSADA: M. A. T.

DATA: 11 de agosto de 2021

I - RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela interessada M.A.T. para emissão de parecer a respeito de procedimento de *Reconhecimento e dissolução de união estável, partilha de bens e nulidade de instrumento particular*, considerando o fato de que a interessada conviveu com T.U.K. de abril de 2009 a novembro de 2019, período em que residiram juntos, compuseram relacionamento público, contínuo e duradouro, objetivando a constituição de família.

Durante a relação adquiriram imóvel (terreno) onde edificaram casa de alvenaria e madeira, tendo sido o bem registrado em nome de T.U.K. e alienado fiduciariamente à instituição bancária nacional.

É de se registrar que em 2019 os conviventes decidiram dissolver a União Estável, pondo fim aos deveres da convivência. O término da relação

foi formalizado por *Instrumento Particular de Reconhecimento e Dissolução de União Estável*, termo este que deliberou acerca do reconhecimento e dissolução da União Estável e deliberou sobre a partilha dos bens.

O presente parecer jurídico tem por objetivo principal a elaboração de estudo técnico e investigação sobre suposta nulidade do *Instrumento Particular de Reconhecimento e Dissolução de União Estável*, bem como a necessidade de realização de nova partilha igualitária dos bens existentes à época do término da união estável.

II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

M.A.T. e T.U.K. celebraram *Instrumento Particular de Reconhecimento e Dissolução de União Estável*. Neste termo deliberaram acerca do reconhecimento da união estável, do interesse em seu término e da partilha dos bens móveis e imóveis adquiridos na constância do relacionamento.

Vícios na elaboração e constituição do instrumento são flagrantes.

Para situá-los, calha registrar, inicialmente, que a historicidade do instrumento particular remonta ao encontro dos envolvidos, em dezembro de 2019, para formalmente colocar término à relação, o que ocorreu perante a procuradora exclusiva de T.U.K. Naquele momento, M.A.T. encontrava-se desassistida profissionalmente, em nítida posição de vulnerabilidade, tomada pelo imensurável desejo de se separar do então convivente, o que a levou a concordar com o proposto.

Este fato acabou sendo corroborado pela manifesta desproporcionalidade com que a partilha foi (forçosamente) deliberada, uma vez que se constituíram quinhões absolutamente distintos e de valores extremamente diferentes para cada convivente. Certamente a

situação de desespero em que M.A.T. se encontrava, aliada à desassistência por advogado por ela contratado, com evidente intuito de simplesmente por ponto final ao relacionamento, foi responsável por isso.

Somente aí já exsurge vício do consentimento, notadamente o erro, com consequente lesão a direito, consubstanciada na previsão em receber, na partilha, quinhão desigual ao comparado com o de T.U.K. Isso em muito se deve ao fato de que M.A.T., por necessidade e inexperiência, assentiu partilha manifestamente desproporcional, o que tem o poder de gerar a anulabilidade do negócio jurídico celebrado. Em decorrência do erro, a anulabilidade advém do desconhecimento das circunstâncias do que fazia, o que levou M.A.T. a agir de modo diferente do que agiria se tivesse o domínio completo da situação, algo que só poderia ocorrer se contasse com a assistência e proteção de profissional (advogado) contratado por ela para tal finalidade.

Corroborar o acima alegado o estranho fato de que sequer houve o reconhecimento da assinatura dos conviventes ou das duas testemunhas em Cartório (o que evidencia que o instrumento celebrado é de índole exclusivamente particular, vício formal abaixo denunciado), ao que se alia a também estranha assinatura da procuradora (exclusiva) de T.U.K. apenas no verso da última página do instrumento de dissolução e partilha da União Estável (nos termos “Vistos. Conferi.”).

Se isso já não bastasse à derrocada do instrumento particular no plano da validade jurídica, vícios de ordem formal são ainda mais flagrantes. A nulidade do negócio jurídico celebrado entre M.A.T. e T.U.K. também decorre da não observância da forma prescrita pela legislação brasileira, em especial o art. 733 do CPC¹, que prevê, em linhas gerais, que

¹ Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o [art. 731](#).

a extinção consensual de União Estável só pode ocorrer pela via judicial ou por escritura pública, o que não ocorreu neste caso.

O instrumento particular ora referido não foi realizado em Tabelionato específico para esta finalidade, tampouco foi homologado judicialmente, o que caracteriza evidente nulidade em decorrência de inobservância de forma prescrita em lei. Saliente-se que, antes de 2007 (com a Lei 11.441, que incluiu o art. 1.124-A no Código de Processo Civil vigente) sequer era permitida a realização de divórcio ou separação extrajudiciais. E sua permissão, após 2007, por óbvio, não pode ser vulgarizada, devendo ser atendidas formalidades à validade do ato, especialmente a forma pública e a real e efetiva assistência, de cada interessado, por advogado constituído para este fim, com assinatura em todas as vias do instrumento.

A conclusão deste parecer, neste sentido, rumo à nulidade do negócio jurídico pactuado entre M.A.T. e T.U.K já que passou ao largo da forma prescrita em lei, deixando de atender à solenidade que a lei considera essencial para seu ingresso no plano da validade.

São inúmeros e recentes os julgados sobre esta temática na jurisprudência brasileira. A título exemplificativo, decidiu a Sétima Câmara Cível o TJ/RS, no ano 2018, no julgamento da Apelação n.º70077191989, de relatoria do Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, em caso praticamente idêntico ao presente, *in verbis*:

[...] Inicialmente, observo que DAIANE e CHARLES firmaram “Instrumento Particular de Dissolução de União Estável e Outras Avenças”, documento este datado de fevereiro de 2015, onde ajustaram expressamente a dissolução da união estável e a partilha dos bens adquiridos na constância do casamento (fls. 17/19). E, independentemente da análise da existência do vício de consentimento, **impõe-se o reconhecimento da nulidade do referido negócio jurídico, pois, além de não observar a forma prescrita no art. 733**

do NCPC, não podendo também ser desprezado o fato de que as partes não estavam assistidas por advogado no ato.

Para além do vício formal aqui denunciado, relacionado à inobservância das formalidades previstas pelo art. 733 do CPC, soma-se o fato de que, como o instrumento particular contém partilha de bens, sendo um deles bem imóvel, também não foi preservado o disposto no art. 166, IV, do CCB², c/c o art. 108³, do mesmo diploma civilista.

Tais dispositivos determinam a observância da lavratura de escritura pública para a transmissão de bens imóveis a que se pretende transferência, tal como ocorreu no *Instrumento Particular de Reconhecimento e Dissolução de União Estável* do presente caso. Nesse sentido, assim decidiu o TJ/RS:

UNIÃO ESTÁVEL. DISSOLUÇÃO. ACORDO EXTRAJUDICIAL. PARTILHA DE BENS. 1. Havendo ajuste entre os companheiros acerca do término da convivência e da destinação dos bens comuns, através de acordo por instrumento particular, esse ajuste é válido apenas relativamente à dissolução da união estável. 2. **Esse acordo, no entanto, não é válido nem eficaz em relação ao bem imóvel, pois a escritura pública é da substância do ato. Incidência dos art. 166, inc. IV, comb. com art. 108 do CCB.** Recurso provido, em parte. (Apelação Cível Nº 70076437532, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/03/2018)

DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ACORDO EXTRAJUDICIAL. INVALIDADE. PARTILHA DE BENS. IMÓVEIS. SUB-ROGAÇÃO. PROVA. PRESTAÇÕES PAGAS APÓS A SEPARAÇÃO FÁTICA. VERBAS TRABALHISTAS. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A APELAÇÃO. AJG. 1. Descabe juntar com a apelação documentos que não sejam novos ou relativos

² Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: IV - não revestir a forma prescrita em lei.

³ Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

a fatos novos supervenientes. Inteligência do art. 397 do CPC. **2. Não é possível reconhecer a validade do acordo de dissolução de união estável por instrumento particular, quando a transação dispõe sobre bens imóveis, pois a escritura pública é da substância do ato. Incidência dos art. 166, inc. IV, comb, com art. 108 do CCB.** 3. Prouada a união estável, devem ser partilhados de forma igualitária todos os bens adquiridos a título oneroso na constância da vida em comum, pouco importando qual tenha sido a colaboração prestada individualmente pelos conviventes. Inteligência do art. 1.725 do CCB. 4. A sub-rogação de bens constitui exceção à regra e deve ser cabalmente comprovada, o que não ocorreu no caso. 5. Não se comunicam os valores relativos à prestações do imóvel pagas exclusivamente pelo varão após a separação fática, os quais deverão ser computados como crédito em favor de quem pagou. 6. Não são partilháveis na união estável os valores referentes a créditos trabalhistas, pois constituem apenas frutos civis do trabalho, ex vi do art. 1.659, inc. VI, do Código Civil. 7. O benefício da assistência judiciária gratuita visa assegurar o acesso a justiça de quem não possui recursos para atender as despesas do processo sem acarretar sacrifício ao seu sustento ou ao de sua família. 8. A gratuidade constitui exceção dentro do sistema judiciário pátrio e o benefício deve ser deferido aqueles que são efetivamente necessitados, na acepção legal. 9. É cabível a concessão do benefício quando fica demonstrado que o réu possui ganhos modestos, não podendo arcar com as custas sem prejudicar o seu próprio sustento. Recurso da autora desprovido e recurso do réu parcialmente provido. (Apelação Cível nº 70063968465, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/07/2015)

Observe-se, ainda, em julgado que retrata situação fática idêntica à presente, que assim decidiu o TJ/RS, desta feita no julgamento da Apelação n.º70076437532, *in verbis*:

[...] E independentemente da análise da existência do vício de consentimento alegado pela autora, **impõe-se o reconhecimento da nulidade do referido negócio jurídico em relação à disposição acerca do bem imóvel pertencente ao casal e que foi alvo de aquisição na constância da entidade**

familiar, pois não se revestiu da forma prescrita em lei ex vi do art. 166, inc. IV do CCB. Nesse passo, lembro que o art. 108 do CCB tem clareza solar ao dispor que “a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

Se já não bastassem todos os argumentos acima deduzidos, os quais, por si só, já seriam suficientes para a decretação da nulidade do instrumento particular celebrado entre M.A.T. e T.U.K., há mais um. Como se disse nas linhas acima, o bem imóvel partilhado no supracitado termo, no momento da partilha, foi alienado à instituição bancária nacional.

É sabido que o bem alienado fiduciariamente não pode ser objeto de negócio jurídico antes da quitação do financiamento, sem anuência do credor fiduciário, sob pena de nulidade, circunstância que se apresenta no presente caso. Tal fato, inclusive, tornaria a partilha celebrada inexequível, desproporcional à interessada M.A.T., uma vez que o verdadeiro proprietário do bem imóvel sobre o qual recaiu o entabulado é o credor fiduciário, o que torna inoponível, a ele, o disposto no instrumento particular convencionado entre os envolvidos.

III – CONCLUSÃO

Diante do acima exposto opina-se pelo ajuizamento de procedimento de *Reconhecimento e dissolução de união estável, partilha de bens e nulidade de instrumento particular*, postulando-se, essencialmente, pela declaração do reconhecimento da União Estável entre M.A.T. e T.U.K. no período descrito neste parecer, sua dissolução, somando-se a isso a decretação da nulidade do *Instrumento Particular de Reconhecimento e Dissolução de União Estável* celebrado entre os envolvidos para o fim de

se determinar, consequentemente, a partilha igualitária dos bens adquiridos durante a vigência da União Estável, observando-se o regime da comunhão parcial de bens, no qual, como é sabido, comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância da sociedade conjugal, conforme resulta do artigo 1.725⁴, combinado com os artigos 1.658 a 1.662, todos do Código Civil Brasileiro.

Cristiano Becker Isaia
Advogado (OAB/RS 56.614)

4 Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Nota Técnica nº 3/2021

*Marcia Andrea Bühring*¹

ASSUNTO: EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL

1. DESTINATÁRIO: P.R.B.*
2. GRANDE PRECEDENTE. REsp 1.114.398/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2012, DJe 16/02/2012.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS A PESCADORES CAUSADOS POR POLUIÇÃO AMBIENTAL POR VAZAMENTO DE NAFTA, EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO DO NAVIO N-T NORMA NO PORTO DE PARANAGUÁ - [...] c) **INADMISSÍVEL A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO** (REsp 1.114.398/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2012, DJe 16/02/2012).

No Brasil, são consideradas excludentes para fins de responsabilidade civil geral: a força maior, o caso fortuito, a culpa de terceiro e o fato da vítima. Todavia, em se tratando de responsabilidade Civil Ambiental, esta é objetiva, com base na teoria do risco integral, portanto, **não admite excludentes**.

¹ OAB Nº 42.678. Pós Doutora em Direito Pela FDUL-Lisboa-Portugal. Doutora em Direito pela PUCRS-Brasil. Mestre em Direito pela UFPR. Professora da PUCRS, UFN e ESMAFE. Advogada e Parecerista. E-mail: marcia.buhring@gmail.br

Assim tem decidido os tribunais brasileiros, a exemplo do REsp nº 1.114.398/PR, de relatoria do Min. Sidnei Beneti em 2012, sobre os danos causados a pescadores causados pela poluição ambiental em razão do vazamento de nafta de navio de propriedade da Petrobrás S/A Transpetro, ocorrido no dia 18.10.2001, com a proibição da atividade de pesca, decretada pelo IBAMA².

E nesse caso, também, não há que se alegar culpa exclusiva de terceiro, pois a responsabilidade Civil Ambiental é objetiva, com base na teoria do risco integral, portanto, não admite excludentes.

Ao mesmo tempo, no julgado do TJ/SP, no AgRg no REsp 1.412.664 / SP -T4 – Quarta Turma, de relatoria do Ministro Raul Araújo, DJe 11/03/2014, há menção **da não incidência das excludentes**.

DIREITO AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. DANO AMBIENTAL. LUCROS CESSANTES AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA INTEGRAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. CABIMENTO.

² AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS A PESCADORES CAUSADOS POR POLUIÇÃO AMBIENTAL POR VAZAMENTO DE NAFTA, EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO DO NAVIO N-T NORMA NO PORTO DE PARANAGUÁ - 1) PROCESSOS DIVERSOS DECORRENTES DO MESMO FATO, POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO COMO RECURSO REPETITIVO DE TEMAS DESTACADOS PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL, À CONVENIÊNCIA DE FORNECIMENTO DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL UNIFORME SOBRE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO FATO, QUANTO A MATÉRIAS REPETITIVAS; 2) TEMAS: a) CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE NO JULGAMENTO ANTECIPADO, ANTE OS ELEMENTOS DOCUMENTAIS SUFICIENTES; b) LEGITIMIDADE DE PARTE DA PROPRIETÁRIA DO NAVIO TRANSPORTADOR DE CARGA PERIGOSA, DEVIDO A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR; c) INADMISSÍVEL A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO; [...] c) Inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva.- A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador. d) Configuração de dano moral. - Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida a indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo. e) termo inicial de incidência dos juros moratórios na data do evento danoso. - Nos termos da Súmula 54/STJ, os juros moratórios incidem a partir da data do fato, no tocante aos valores devidos a título de dano material e moral; f) Ônus da sucumbência.- Prevalendo os termos da Súmula 326/STJ, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não afasta a sucumbência mínima, de modo que não se redistribuem os ônus da sucumbência. 3.- Recurso Especial improvido, com observação de que julgamento das teses ora firmadas visa a equalizar especificamente o julgamento das ações de indenização efetivamente movidas diante do acidente ocorrido com o Navio N-T Norma, no Porto de Paranaguá, no dia 18.10.2001, mas, naquilo que encerram teses gerais, aplicáveis a consequências de danos ambientais causados em outros acidentes semelhantes, serão, como natural, evidentemente considerados nos julgamentos a se realizarem. (REsp 1.114.398/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2012, DJe 16/02/2012). (grifou-se).

1. A legislação de regência e os princípios jurídicos que devem nortear o raciocínio jurídico do julgador para a solução da lide encontram-se insculpidos não no código civilista brasileiro, mas sim no art. 225, § 3º, da CF e na Lei 6.938/81, art. 14, § 1º, que adotou a teoria do risco integral, impondo ao poluidor ambiental responsabilidade objetiva integral. Isso implica o dever de reparar independentemente de a poluição causada ter-se dado em decorrência de ato ilícito ou não, não incidindo, nessa situação, nenhuma excludente de responsabilidade. Precedentes [...].

No caso em tela, não incide nenhuma excludente de responsabilidade, e as demandas ambientais requerem a incidência de responsabilidade civil integral objetiva.

A par de tudo isso, afirme-se: O Brasil adota a teoria do risco integral em termos de responsabilidade Civil Ambiental, há que se mencionar, porém, que existem posicionamentos doutrinários contrários acerca de diferentes teorias e interpretações, quanto à aplicação das excludentes.

A segunda corrente, mesmo entendendo que a Teoria seja a do Risco Integral, admite (2) **duas das excludentes: força maior e fato de terceiros**, a exemplo de José Rubens Morato Leite e Luiz Antônio Scavone Jr.

DANO AMBIENTAL. EMPRESA DE MINERACAO.RESPONSABILIDADE OBJETIVA NEXO CAUSAL CONFIGURADO.TEORIA DO RISCO INTEGRAL. Apelação cível. Ação civil pública. Direito ambiental. **Extração mineral - areia, saibro e pedras em loteamento irregular.** Inexistência de autorização. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado que é garantido constitucionalmente. Inteligência do art. 225 § 3º CF/88. Responsabilidade objetiva. Risco integral. Inteligência do art. 14 § 1º da Lei 6.938/81. Dano ambiental comprovado pela prova pericial. Nexos de causalidade. Empresa ré que, desde o início de suas atividades, tem sede no mesmo local da extração irregular. Objeto social da ré que é a extração e comércio varejista de areia, saibro e pedra. Obtenção de licença específica da Prefeitura, esta que não foi registrada no órgão competente. Parecer

desfavorável para a concessão de nova licença. Extração ilegal. **Empresa que não comprova a alegação de ter sido a atividade realizada por terceiros**, ônus que lhe incumbia na forma do art. 333, II CPC. Fato de não ser proprietária do terreno que não isenta a ré da responsabilidade. Solidariedade entre o poluidor e o proprietário. Precedentes. Teoria da reparação integral do dano ambiental. Possibilidade de recuperação da área atestada pelo expert. Cessação das atividades danosas e recuperação total da área degradada, pena de multa, corretamente determinadas. Precedentes jurisprudenciais. Inteligência dos arts. 3º e 11 da Lei 7347/85. Recurso desprovido. Sentença reformada, em menor parte, de ofício para, na forma dos arts. 11 e 21 LACP c.c. art. 84 caput e §§ 4º e 5º CDC, fixar multa cominatória por cada descumprimento da obrigação da não fazer. Fixação de prazo certo para o implemento do projeto de recuperação da área devastada, sob pena de multa diária (TJRJ. AC 0004389-10.2006.8.19.003. Des. Cristina Tereza Gaulia. Quinta Câmara Cível. Julg. 29/03/2012)³.

A **terceira corrente** traz a **Teoria do Risco Criado** que admite as excludentes de responsabilidade Civil, ou seja, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiros e caso fortuito ou força maior, cujo fundamento é a sociedade de risco contemporânea, são adeptos: Toshio Mukai, Andreas Joachim Krell, Helita Barreiro Custódio, Von Adamek, Fernando Noronha.

Entende Steigleder que essa teoria, na seara ambiental, “busca criar um instrumento eficiente de canalização da responsabilidade, evitando uma socialização dos riscos”⁴. E, adverte Stoco que a teoria do risco criado:

[...] é aquela na qual o agente responde em razão do risco ou perigo que a atividade exercida apresenta, ou seja, aquele que, em razão de sua atividade ou profissão cria um perigo ou expõe alguém ao risco de dano. Nesta teoria a responsabilidade não está conectada a um proveito ou lucro, mas apenas à

³ BRASIL. Tribunal De Justiça do Rio De Janeiro. TJRJ. AC 0004389-10.2006.8.19.003. Des. Cristina Tereza Gaulia. Quinta Câmara Cível. Julg. 29/03/2012.

⁴ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 172.

consequência da atividade em geral, de sorte que a ideia do risco passa a conectar-se a qualquer atividade humana que seja potencialmente danosa para outros, como na previsão do art. 927 do CC⁵.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em Apelação Cível 2007.060479-9, cujo relator foi juiz Newton Trisotto, em agosto de 2008, alegadas e admitidas em alguns (poucos) julgados as excludentes de responsabilidade, quando ocorre causalidade cumulativa, ou seja, ao fato de **terceiro ou culpa da vítima e a motivos de caso fortuito e força maior**, veja-se:

A ação de indenização foi proposta com o intuito de reparação de dano ambiental individual – impossibilidade do seu exercício profissional (pesca), haja vista a mortandade e escassez de peixes, atribuídas à atividade da empresa, ou melhor, ao fechamento das comportas no rio Uruguai para a geração de energia elétrica. A decisão do juízo *a quo* condenou a empresa ao pagamento de um salário mínimo mensal ao autor da demanda, pelo período de três anos, pelos danos causados (impossibilidade do exercício profissional). Em recurso ao 2º grau de jurisdição, a sentença foi reformada e a empresa não foi condenada ao pagamento de indenização pelos danos cometidos. A decisão majoritária entendeu não haver prova do nexo causal, embora reconheceu a existência de danos decorrentes da instalação da referida usina ao mencionar: “a qual [Tractebel S.A.] neutralizou, na medida do possível e na lógica do razoável, os danos afeitos a sua atividade [...]”. Em voto dissidente o Desembargador José Volpato de Souza, afirma que, dos autos, pode ser extraída a responsabilidade da empresa, tendo em vista a comprovação do nexo causal entre sua atividade e o resultado/dano. Todavia, de acordo com o entendimento majoritário do acórdão, a escassez de peixes é gradativa e

⁵ BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. A responsabilidade civil por danos ambientais no direito brasileiro e comparado: Teoria do Risco Criado versus Teoria do Risco Integral. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.10, n.19, p.45-88, Jan/Jun de 2013. “A base da responsabilidade pelo risco é qualquer atividade desenvolvida. Assim são também as teorias do Risco Profissional – quem exerce atividade com fins lucrativos deve assumir os riscos dos danos que possa causar; do Risco-Proveito – é responsável quem tira proveito de atividade danosa; do Risco-Benefício – aquele que colhe o bônus deve arcar com o ônus de sua atividade; do Risco Excepcional – o dever de reparação é decorrente de atividade que causa extremo risco, como a exploração de energia nuclear”. p. 54.

causada por fatores, como a turbidez provocada pela erosão laminar em terras cultivadas; o aumento de efluentes nocivos provenientes das indústrias de processamento de celulose; a criação de suínos às margens dos rios com lançamentos de dejetos e a pesca obscura na época da piracema. Esses fatos (**fato de terceiros**), de acordo com a Teoria do **Risco Criado** têm o condão de **excluir a responsabilidade da empresa, já que rompem o liame causal**. (TJSC. Apelação Cível 2007.060479-9. Relator Newton Trisotto. 1ª Câmara de Direito Público. Publicado em 08/08/2008).

Quer dizer, no presente julgado, os inúmeros fatos (fato de terceiros), baseados na Teoria do Risco Criado, têm o condão de excluir a responsabilidade da empresa, já que rompem o liame (nexo) causal.

Todavia, reafirme-se, diferente da Europa, que possui uma Directiva específica sobre a reparação de danos ambientais, ou de Portugal, que internalizou a Directiva, por meio do seu Regime próprio de responsabilidade por danos ambientais, no Brasil, em se tratando de responsabilidade Civil Ambiental, por danos ambientais, esta é objetiva, independe de culpa ou dolo, com base na teoria do risco integral, portanto, **não admite excludentes**.

Nesse sentido, para exemplificar, o chamado **Caso exemplar**: Recurso Especial nº 1.373.788/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Decisão: “A colocação de placas no local indicando a presença de material orgânico não é suficiente para excluir a responsabilidade civil”, **é irrelevante a “eventual culpa exclusiva ou concorrente da vítima”**.⁶

⁶ Caso concreto ação indenizatória movida por “jovem que sofreu graves queimaduras nas pernas ao manter contato com resíduo industrial depositado em área rural”. Na ementa da decisão: “A colocação de placas no local indicando a presença de material orgânico não é suficiente para excluir a responsabilidade civil”, é irrelevante a “eventual culpa exclusiva ou concorrente da vítima”.

Relatório da decisão: A polêmica devolvida ao conhecimento desta Corte situa-se em torno da responsabilidade civil da empresa recorrente pelos danos sofridos pelo recorrido decorrentes de queimaduras sofridas pelo contato com resíduos tóxicos depositados em terreno pertencente à demandada. Com efeito, o Tribunal de origem, reformando a sentença que julgara improcedente o pedido indenizatório, condenou a parte recorrente a indenizar a parte recorrida pelos danos morais advindos das queimaduras sofridas pelo autor, decorrentes do contato com resíduos tóxicos que se encontravam expostos a céu aberto na propriedade da ré, arbitrando quantum indenizatório no montante de 200 salários mínimos nacionais [...]

Também nesse sentido, o julgamento do Recurso Especial 1.346.430, de relatoria do Min. Luiz Felipe Salomão, de 18.10.2012, Informativo 507:

Direito civil. Responsabilidade civil objetiva. Dano ambiental. A responsabilidade por dano ambiental é objetiva e pautada no risco integral, **não se admitindo a aplicação de excludentes de responsabilidade**. Conforme a previsão do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, recepcionado pelo art. 225, §§ 2º e 3º, da CF, a responsabilidade por dano ambiental, fundamentada na teoria do risco integral, pressupõe a existência de uma atividade que implique riscos para a saúde e para o meio ambiente, impondo-se ao empreendedor a obrigação de prevenir tais riscos (princípio da prevenção) e de internalizá-los em seu processo produtivo (princípio do poluidor-pagador). Pressupõe, ainda, o dano ou risco de dano e o nexo de causalidade entre a atividade e o resultado, efetivo ou potencial, **não cabendo invocar a aplicação de excludentes de responsabilidade**. Precedente citado: REsp 1.114.398-PR, DJe 16.02.2012 (REPETITIVO).

O recurso da empresa sustentou: (i) a inexistência de provas acerca da ocorrência do evento danoso; (ii) a ausência de nexo de causalidade, por não haver relação entre a conduta da ré e o suposto dano do autor; (c) a ausência de ato ilícito praticado pela recorrente que adotou todas as providências necessárias ao acautelamento e afastamento de terceiros não autorizados, entre outras coisas.

O autor narrou, na petição inicial, que, em 8 de outubro de 1995, “quando contava com doze anos de idade, na parte da manhã, em um terreno de propriedade da parte requerida, localizado atrás da Chácara Planalto, no Município de Sertãozinho, no Estado de São Paulo, estava caminhando por uma estrada a fim de recolher seu gado, quando pisou em uma terra vermelha que lhe causou queimaduras de terceiro grau, permanecendo sob cuidados médicos por sete dias, sendo submetido a diversos curativos e pequenas intervenções cirúrgicas”.

Ainda no relatório: “A sentença julgou improcedentes os pedidos da parte autora, sob o fundamento de que “o episódio envolvendo o autor não decorreu de conduta dolosa nem culposa das requeridas, **mas sim de caso fortuito ou força maior**, já que nenhuma prova foi produzida no sentido de que o local dos fatos era destinado ao depósito de materiais perigosos e nocivos para a saúde de outrem”.

O acórdão recorrido, revisando os fundamentos da sentença, asseverou que a simples existência de placas de sinalização e cerca não torna lícito o despejo de material tóxico no meio ambiente, contaminando o solo e o lençol freático de maneira a colocar em perigo toda comunidade em seu entorno, e asseriu que aquele que joga resíduos industriais no terreno responde pelo prejuízo que causou e causar enquanto houver dano a quem quer que seja.

Na decisão do STJ, “A modalidade que apresenta peculiaridades mais marcantes é exatamente a teoria do risco integral, que interessa neste momento. Constitui uma modalidade extremada da teoria do risco em que o **nexo causal é fortalecido de modo a não ser rompido pelo implemento das causas que normalmente o abalariam (v.g., culpa da vítima; fato de terceiro, força maior)**. Essa modalidade é excepcional, sendo fundamento para hipóteses legais em que o risco ensejado pela atividade econômica também é extremado, como ocorre com o dano nuclear (CF, art. 21, XXIII, letra “c”, e Lei 6.453/77). O mesmo ocorre como o dano ambiental (CF/88, art. 225, caput e § 3º, e Lei 6.938/81, art. 14, § 1º), em face da crescente preocupação com o meio ambiente.

Obs.: O caso concreto demorou cerca de **20 anos para ser decidido pelo STJ**.

Dessa forma a tese contemplada no julgamento do REsp n. 1.114.398/PR, de relatoria do Ministro SIDNEI BENETI, julgado em 8/2/2012, concernente à teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental traz claramente que é irrelevante o questionamento sobre as excludentes de responsabilidade civil, e por conseguinte, descabe sua invocação.

Inclusive o STJ acolheu, em sede de julgamento de recurso repetitivo, a teoria do risco integral, REsp 1.374.284/MG, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/08/2014, nos seguintes termos:

Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo **descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar**; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado. STJ, 2ª S., REsp 1.374.284/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/08/2014, DJe 05/09/2014.

Noutra seara, uma realidade distinta da brasileira, ou seja, da **União Europeia, que pela Directiva 2004/35 CE, menciona as Exclusões, conforme o Artigo 4º**: deixando claro que a directiva não abrange danos

ambientais nem ameaças iminentes desses danos, se forem causados, em primeiro lugar por: “a) Actos de conflito armado, hostilidades, guerra civil ou insurreição; b) Fenómenos naturais de carácter excepcional, inevitável e irresistível”; Assim como não se aplica, em segundo lugar, se resultarem “de incidentes relativamente aos quais a responsabilidade ou compensação seja abrangida pelo âmbito de aplicação de alguma das Convenções Internacionais enumeradas no Anexo IV”, E alterações posteriores⁷. Também não há prejuízo, em terceiro lugar, ao “direito de o operador limitar a sua responsabilidade nos termos da legislação nacional de execução da Convenção sobre a Limitação da Responsabilidade em Sinistros Marítimos, de 1976” e, também, “da Convenção de Estrasburgo sobre a Limitação da Responsabilidade na Navegação Interior, de 1988, incluindo quaisquer posteriores alterações às mesmas”. Por fim, não se aplica, em quarto lugar, ainda a riscos nucleares”, “causados pelas actividades abrangidas pelo Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atómica ou por incidentes ou actividades relativamente aos quais a responsabilidade ou compensação seja do âmbito de algum dos instrumentos internacionais enumerados no Anexo V” e alterações posteriores. Por fim, não se aplica, em quinto lugar, “a actividades cujo principal objectivo resida na defesa nacional ou na segurança internacional, nem a actividades cujo único objectivo resida na protecção contra catástrofes naturais”⁸.

Por tudo, a directiva é aplicável somente aos danos ambientais, ou à ameaça iminente desses danos ambientais e, ainda, causados por poluição de carácter difuso, e sempre que seja possível estabelecer o nexo causal

⁷ Directiva 2004/35 CE. Directiva «Responsabilidade ambiental» (texto oficial) Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:143:0056:0075:pt:PDF>. Acesso em 12 dez 2018.

⁸ Directiva 2004/35 CE. Directiva «Responsabilidade ambiental» (texto oficial) Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:143:0056:0075:pt:PDF>. Acesso em 12 dez 2018.

dos danos em relação às atividades, até agora, somente a operadores individuais.

Para Seia, a Directiva 35/2004 é aplicável apenas “aos danos ambientais e à ameaça iminente desses danos causados pelas actividades referidas no seu Anexo III”, e “aos causados a espécies e habitats naturais protegidos por quaisquer actividades ocupacionais distintas quando o operador age com culpa ou negligência”⁹.

Por outro lado, questiona Gomes sobre a não consideração dos danos ao ar e ao subsolo¹⁰, como danos ecológicos, visto que a Directiva não os menciona, mas o RRPDE sim¹¹. E conclui Gomes que “das duas uma” ou pela inconstitucionalidade ou pela interpretação útil¹².

⁹ SEIA, Cristina Aragão. Novas normas de responsabilidade ambiental na União Europeia: implicações para a jurisprudência. Lusíada. Direito. Porto nos. 1 e 2 (2010) 71-86, p. 76.

¹⁰ A interrogação deve-se a que poderá sempre ler-se a referência ao solo como abrangendo o subsolo — apesar de a LBA os distinguir. Ainda assim, a circunscrição do dano ao solo como dano à saúde humana sempre implicará um duplo problema para o RRPDE: *primo*, a não consideração do dano ao solo como dano ecológico; *secundo*, a exclusão do dano ao subsolo.

¹¹ Sobre o RRPDE “porque emitido não só em razão de uma obrigação de transposição da directiva 2004/35/CE como também de desenvolvimento do regime de responsabilização sumariamente gizado na LBA e, naturalmente, no quadro da tutela constitucional do ambiente, não pode, arbitrariamente, estabelecer distinções entre bens ambientais merecedores de tutela preventiva, reconstitutiva e compensatória e bens isentos dela. Não há (não deve haver) bens ambientais de 1ª e de 2ª. Nem deve o legislador revelar um temor reverencial pelo Direito Comunitário (*rectius*: um receio de ser alvo de acções por incumprimento...) e uma indiferença olímpica pelo Direito nacional, *maxime* pela Lei Básica. Note-se que a LBA recenseia como bens ambientais naturais, no artigo 6º: o ar, a luz, a água, o solo vivo e o subsolo, a flora e a fauna. Acresce que o artigo 66º/2/a) da Constituição (= CRP) impõe, como tarefa do Estado e demais entidades públicas, a “prevenção da poluição”, não fazendo distinção entre recursos afectados por esta. Além de que os danos ecológicos a ressarcir, nos termos do artigo 52º/3/a) da CRP (e apesar da equivocidade do texto do preceito) são relativos ao “ambiente”, sem exclusão de qualquer componente.” GOMES, Carla Amado. A Responsabilidade Civil por Dano Ecológico: reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho”. In: GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (org.). **Actas das Jornadas de Direito do Ambiente**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 15 de Outubro de 2008. Lisboa: [S. n.], 2009. p. 250-251.

¹² “[...] ou se conclui que o RRPDE padece de ilegalidade reforçada (cfr. os artigos 280º/2/a) e 281º/1/b) da CRP), por afronta da LBA (bem como de inconstitucionalidade indirecta, por redução do âmbito de protecção das normas constitucionais de tutela do ambiente), na parte em que omite a referência ao(s) componente(s) ar (e subsolo); ou, em nome de uma interpretação útil — mas forçada —, se procede a uma leitura do RRPDE conforme à LBA e à CRP, considerando dano ecológico também a degradação significativa, concreta, mensurável e imputável a um/vários operador(es) das condições ecológicas do ar (e do subsolo), sujeitando estas lesões ao regime de prevenção e reparação instituído por aquele diploma “ GOMES, Carla Amado. A Responsabilidade Civil por Dano Ecológico: reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho”. In: GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (org.). **Actas das Jornadas de Direito do Ambiente**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 15 de Outubro de 2008. Lisboa: [S. n.], 2009. p. 250-251.

Concorda-se com a segunda, em se entender que a Directiva, transposta para o Regime Português, tem presente que o dano ecológico-ambiental é a degradação significativa, concreta, mensurável e imputável a um ou a vários operadores das condições ecológicas, portanto, uma interpretação alargada.

Por fim, adverte Pereira sobre a fragilidade do RPRDE, que elenca várias situações em que se exclui a responsabilidade do operador, “quer pela consagração, no caso de danos causados às espécies e *habitats* da própria inexistência de dano”, ou ainda, “pela introdução de exceções ao princípio da responsabilização, no caso em que o dano tenha sido permitido pela administração ou não fosse de esperar, à luz do conhecimento científico existente, a sua verificação”¹³.

O RPRDE - Decreto-Lei n.º 147/2008 de 29 de julho de Portugal traz que a Responsabilidade, segundo o **Artigo 7.º, é uma Responsabilidade objetiva**:

Quem, em virtude do exercício de uma actividade económica enumerada no anexo III ao presente decreto-lei, que dele faz parte integrante, ofender direitos ou interesses alheios por via da lesão de um qualquer componente ambiental

¹³ “Este tipo de exceções, por claramente irem contra o princípio da prevenção e da responsabilização, acabaram por fragilizar o RPRDE, por si só já complexo, devendo ser totalmente eliminadas, por não haver qualquer razão objetiva que justifique a sua manutenção. O reforço do RPRDE deverá igualmente ser feito, mediante uma ampliação das atividades elencadas no anexo III, incluindo-se na lista atividades potencialmente causadoras de dano, entre outras, o transporte por condutas de substâncias perigosas, as atividades de exploração mineira, a introdução de espécies exóticas invasoras, bem como certas atividades desenvolvidas no meio marinho. Com efeito, as atividades constantes do anexo III e sujeitas ao regime da responsabilidade objetiva são sobretudo desenvolvidas no meio terrestre, sendo necessário, fazer-se uma prospeção sobre outras atividades lesivas, como a aquicultura e mesmo a investigação científica marinha que poderão potencialmente causar dano ecológico significativo ao ambiente marinho, devendo, por isso, estar sujeitas a um regime de responsabilidade objetiva” PEREIRA, Eliana Silva. O regime de prevenção e reparação do dano ecológico: o balanço possível de dez anos de vigência: a perspectiva da ZERO. In: GOMES, Carla Amado; ANTUNES, Tiago (org.). **Actas das Jornadas de Direito do Ambiente**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 15 de Outubro de 2008. Lisboa: [S. n.], 2009. In: **O Regime de Prevenção e Reparação do Dano Ecológico**: o balanço possível de dez anos de vigência. Actas do colóquio de 5 de Dezembro de 2018. Coord. Carla Amado Gomes e Rui Tavares Lanceiro. ICJP 2019, p. 69.

é obrigado a reparar os danos resultantes dessa ofensa, independentemente da existência de culpa ou dolo¹⁴.

Ao passo que a responsabilidade civil do **Artigo 8.º é uma Responsabilidade subjetiva**: “Quem, com dolo ou mera culpa, ofender direitos ou interesses alheios por via da lesão de um componente ambiental fica obrigado a reparar os danos resultantes dessa ofensa”¹⁵.

Para tanto, e em razão dos dois tipos de responsabilidade, há menção também às excludentes, no Artigo 20.º - Exclusão da obrigação de pagamento, quando feita por terceiros, e de ordem ou instrução emanadas de autoridade pública.¹⁶

Por tudo, em sede de Conclusão: No Brasil, (diferentemente da União Europeia) em se tratando de responsabilidade Civil Ambiental, por danos ambientais, esta é Objetiva, independe de culpa ou dolo, com base na Teoria do Risco Integral, e portanto, **não admite excludentes**.

Marcia Andrea Bühring

OAB 42.678

¹⁴ Decreto-Lei n.º 147/2008 de 29 de Julho. *Diário da República*, 1.ª série - N.º 145 - 29 de Julho de 2008. Disponível em: https://apambiente.pt/_zdata/Instrumentos/Responsabilidade%20Ambiental/DL%20147_2008.pdf. Acesso em 10 nov. 2019.

¹⁵ Decreto-Lei n.º 147/2008 de 29 de Julho. *Diário da República*, 1.ª série - N.º 145 - 29 de Julho de 2008. Disponível em: https://apambiente.pt/_zdata/Instrumentos/Responsabilidade%20Ambiental/DL%20147_2008.pdf. Acesso em 10 nov. 2019.

¹⁶ “ 1- O operador não está obrigado ao pagamento dos custos das medidas de prevenção ou de reparação adoptadas nos termos do presente decreto-lei, quando demonstre que o dano ambiental ou a ameaça iminente desse dano: a) Tenha sido causado por terceiros e ocorrido apesar de terem sido adoptadas as medidas de segurança adequadas; ou b) Resulte do cumprimento de uma ordem ou instrução emanadas de uma autoridade pública que não seja uma ordem ou instrução resultante de uma emissão ou incidente causado pela actividade do operador.” Decreto-Lei n.º 147/2008 de 29 de Julho. *Diário da República*, 1.ª série - N.º 145 - 29 de Julho de 2008. Disponível em: https://apambiente.pt/_zdata/Instrumentos/Responsabilidade%20Ambiental/DL%20147_2008.pdf. Acesso em 10 nov. 2019.

Parecer na Tese

É cabível indenização por dano moral quando o consumidor de veículo zero-quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes para reparo de defeitos apresentados no veículo ¹

Fabiana D'Andrea Ramos ²
Vitor Hugo do Amaral Ferreira ³

Comentário Doutrinário

O fato é conhecido: o consumidor adquire veículo zero-quilômetro e nas primeiras semanas, senão dias, é surpreendido por vício ou defeito no produto. Precisar reparar um veículo novo já seria frustrante por si só, mas a situação é agravada pela demora na realização do conserto, que pode durar meses, sujeitando o consumidor a idas e vindas constantes na concessionária fornecedora. Os danos, materiais e imateriais, são evidentes. Esse comentário, no entanto, restringir-se-á à análise da configuração dos danos morais, objeto da tese em questão.

¹ Comentário publicado na Obra Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores, em Direito do Consumidor, pela Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, em 2017, organizada por Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa e Bruno Miragem.

² Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade de Heidelberg. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora Associada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Secretária Executiva da Rede Brasileira de Pesquisadores em Direito Internacional. Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Email: fabianadramos@gmail.com

³ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), linha de pesquisa Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica, ênfase em Direito do Consumidor e Concorrencial. Mestre em Integração Latino Americana, Linha de Pesquisa Políticas Públicas e Desenvolvimento, pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pós-graduado com especialização na Área de Violência Doméstica contra Criança e Adolescente pela Universidade de São Paulo (USP). Docente do Centro Universitário Franciscano, onde coordena o Projeto de Ensino, Pesquisa e Extensão Prática em Direito do Consumidor; e o grupo de pesquisa Política e Sociedade de Consumo. Docente da Antonio Meneghetti Faculdade. Advogado. Parecerista. Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RS). Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da Ordem dos Advogados Brasil, subseção de Santa Maria-RS. Diretor para o Mercosul do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). vitorhugodir@hotmail.com.

Os danos morais, também chamados extrapatrimoniais, são, na definição de Carlos Alberto Bittar⁴, aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, ou seja, sentimentos e sensações negativas.

Também o Superior Tribunal de Justiça traz entendimento no mesmo sentido, definindo danos morais como lesões a atributos da pessoa, enquanto ente ético e social que participa da vida em sociedade, estabelecendo relações intersubjetivas em uma ou mais comunidades, ou, em outras palavras, são atentados à parte afetiva e à parte social da personalidade⁵.

O dever de reparar o dano extrapatrimonial encontra amparo constitucional no artigo 5º, V, que expressamente assegura o direito à indenização por dano material e moral. Nas relações de consumo, o regime de reparação por danos previsto no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, tanto no caso dos acidentes de consumo, bem como nas situações de vício do produto ou serviço abrange as duas modalidades de dano.

O dano causado por vício ou defeito no veículo, no entanto, vem sendo tratado pelo Superior Tribunal de Justiça como um simples aborrecimento, incapaz de causar abalo psicológico.⁶ O entendimento é de que em hipóteses envolvendo direito do consumidor, para a configuração de prejuízos extrapatrimoniais, há que se verificar se o bem ou serviço defeituoso ou inadequadamente fornecido tem a aptidão de causar sofrimento, dor, perturbações psíquicas, constrangimentos, angústia ou desconforto espiritual.

⁴ Reparação Civil por Danos Morais. Revista do Advogado/AASP., nº 44, 1994, p. 24.

⁵ REsp 1426710/RS, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016.

⁶ Nesse sentido: REsp 1.329.189/RN, 3ª Turma, DJe de 21.11.2012; e REsp 1.232.661/MA, 4ª Turma, DJe de 15.05.2012.

O defeito apresentado por veículo zero-quilômetro e sanado pelo fornecedor, via de regra, se qualifica como mero dissabor, incapaz de gerar dano moral ao consumidor. No entanto, há um conjunto de precedentes⁷ do Superior Tribunal de Justiça que, no caso de excessiva demora no reparo, ultrapassando o prazo de 30 dias, afirmaram a existência de danos morais indenizáveis. Afirma-se, nesses julgados, que fazer o consumidor retornar à concessionária diversas vezes, em um curto período – independentemente da solução dos vícios –, não é um simples embaraço ou inconveniente, mas fato que enseja profundo impacto sobre o indivíduo e, assim, causam danos morais.

A partir do momento em que o defeito extrapola o razoável, essa situação gera sentimentos que superam o mero dissabor decorrente de um transtorno ou inconveniente corriqueiro, causando frustração, constrangimento e angústia, superando a esfera do mero dissabor para invadir a seara do efetivo abalo psicológico.

Nesses casos, segundo o Superior Tribunal de Justiça, o dano se caracteriza: (i) pela perda da sensação de prazer inerente à aquisição do bem, que por vezes se transforma até mesmo em motivo de deboche; (ii) pela perda da confiança na utilização do automóvel, levando o proprietário à constante preocupação de estar conduzindo um veículo que a qualquer momento pode apresentar um defeito; e (iii) a apreensão do proprietário quanto à dificuldade futura de revenda.

O dano assim configurado revela-se como verdadeira lesão que atinge valores espirituais, a honra, a paz íntima, a vida nos seus múltiplos aspectos, a personalidade da pessoa, enfim perturba a paz de que todos necessitam para conduzir-se de forma equilibrada.

⁷ Ver AgRg no AREsp 13.600/RN, 3ª Turma, DJe de 01.09.2011; AgRg no RESp 895.706/RJ, 3ª Turma, DJe de 16.09.2008.

Portanto, a excessiva quantidade de defeitos – que não se limitam a reduzir apenas a utilidade do bem, mas também a sua segurança e de seus ocupantes – causam ao consumidor frustração, constrangimento e angústia, superando a esfera do mero dissabor para invadir a seara do efetivo abalo moral.

O limite do simples aborrecimento ou inconveniência da vida cotidiana consideram-se ultrapassados quanto há privação do uso do veículo, com o conforto que poderia proporcionar e com a finalidade a que se destina, diante da incapacidade do fornecedor em apresentar solução para o problema. De fato, tendo o consumidor adquirido um automóvel zero quilômetro, o produto entregue deve apresentar todas as características e qualidades que lhe são inerentes. O fato de ser possível a utilização do veículo, a despeito dos vícios apresentados, não afasta a responsabilidade do fornecedor em cumprir sua obrigação de entregar o produto livre de defeitos.

Cabe destacar o conceito geral de responsabilidade civil onde sua principal função é a de ressarcir/indenizar os prejuízos causados à vítima. Assim, sabemos que a ordem jurídica busca garantir a todos a preservação de seus direitos, seja patrimonial ou da personalidade, no sentido de assegurar sua recomposição sempre que imputável alguma forma de prejuízo ao vitimado.

É uma função de compensação, sendo que o cumprimento da obrigação de indenizar reconduz a vítima à condição anterior ao evento danoso, visando assim a função compensatória o reequilíbrio através da indenização do prejuízo que desequilibrou a relação estabelecida.

Fatos estes que motivam a obrigatoriedade de reparar o dano causado, como consagrado no art. 5º, CF, em que *é assegurado o direito de resposta, proporcionalmente ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem (inciso V) e são invioláveis a intimidade, a*

vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X).

Cabe o dever de reparar como exposto no art. 186, CC. E essa reparação, consistiria na fixação de um valor que fosse capaz de desencorajar o ofensor do dano.

Da mesma forma, o Código de Defesa do Consumidor também prevê o dever de reparação ao enunciar os direitos básicos do consumidor, *in verbs: a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6º, VI, CDC) e o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados (art. 6º, VII, CDC).*

Vê-se, desde logo, que a própria lei já prevê a possibilidade de reparação de danos morais decorrentes do sofrimento, do constrangimento, da situação vexatória, do desconforto em que se encontra o consumidor.

Os danos aos bens imateriais, ou seja, os danos morais, na definição de Carlos Alberto Bittar, são as *lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade. Em razão de investidas injustas de outrem. São aquelas que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas.*⁸

A lesão em destaque trata-se de uma lesão que atinge valores espirituais, a honra, a paz íntima, a vida nos seus múltiplos aspectos, a personalidade da pessoa, enfim afeta de forma profunda não só os bens

⁸ Reparação Civil por Danos Morais, artigo publicado na Revista do Advogado/AASP. nº 44, 1994, p. 24.

patrimoniais, mas perturba a paz de que todos nós necessitamos para nos conduzir de forma equilibrada.

Com efeito, nessa temática é pacífica a diretriz de que os danos derivam do próprio fato da violação *damun in ipsa*, tratando-se do que a doutrina e a jurisprudência denominam de dano moral puro. É que se atingem direitos personalíssimos, mostrando-se detectáveis à luz da própria experiência da vida os danos em tela. Trata-se, aliás, de presunção absoluta.

Assegura a Ministra Nancy Andrigli⁹ que o defeito apresentado por veículo zero-quilômetro e sanado pelo fornecedor, *via de regra*, se qualifica como mero dissabor, incapaz de gerar dano moral ao consumidor. Todavia, a partir do momento em que o defeito extrapola o razoável, essa situação gera sentimentos que superam o mero dissabor decorrente de um transtorno ou inconveniente corriqueiro, causando frustração, constrangimento e angústia, superando a esfera do mero dissabor para invadir a seara do efetivo abalo psicológico.

Importante, em análise ao caso em comento, na *hipótese em que o automóvel adquirido era zero-quilômetro e, em apenas 06 meses de uso, apresentou mais de 15 defeitos em componentes distintos, parte dos quais ligados à segurança do veículo, ultrapassando, em muito, a expectativa nutrida pelo recorrido ao adquirir o bem*.¹⁰

Neste cenário, a aplicação do art. 18, CDC, versa sobre a reparação dos danos materiais causados pela existência de vício de qualidade ou quantidade do produto, o regime legal instituído pelo referido dispositivo não exclui o direito do consumidor à reparação por danos morais, nas

⁹ REsp 1395285/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigli. DJe 12/12/2013.

¹⁰ Idem.

hipóteses em que esse vício causar algum dano de ordem extrapatrimonial.

Sempre oportuno o resgate dos direitos básicos do consumidor, em especial ao caso, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6º, VI, CDC).

Jurisprudência

Acórdãos

Recurso Especial nº 1.395.285/SP, *Rel. Ministra Nancy Andrighi*, julgado em 03/12/2013

EMENTA: CONSUMIDOR E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. DEFEITOS EM VEÍCULO ZERO-QUILÔMETRO. EXTRAPOLAÇÃO DO RAZOÁVEL. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. JUROS DE MORA. *DIES A QUO*. CITAÇÃO. DISPOSITIVOS LEGAIS APRECIADOS: ARTS. 18 DO CDC E 186, 405 e 927 do CC/02.

1. Ação ajuizada em 14.05.2004. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 08.08.2013.
2. Recurso especial em que se discute se o consumidor faz jus à indenização por danos morais em virtude de defeitos reiterados em veículo zero quilômetro que o obrigam a levar o automóvel diversas vezes à concessionária para reparos, bem como o *dies a quo* do cômputo dos juros de mora.
3. O defeito apresentado por veículo zero-quilômetro e sanado pelo fornecedor, via de regra, se qualifica como mero dissabor, incapaz de gerar dano moral ao consumidor. Todavia, a partir do momento em que o defeito extrapola o razoável, essa situação gera sentimentos que superam o mero dissabor decorrente de um transtorno ou inconveniente

corriqueiro, causando frustração, constrangimento e angústia, superando a esfera do mero dissabor para invadir a seara do efetivo abalo psicológico.

4. Hipótese em que o automóvel adquirido era zero-quilômetro e, em apenas 06 meses de uso, apresentou mais de 15 defeitos em componentes distintos, parte dos quais ligados à segurança do veículo, ultrapassando, em muito, a expectativa nutrida pelo recorrido ao adquirir o bem.

5. Consoante entendimento derivado, por analogia, do julgamento, pela 2ª Seção, do REsp 1.132.866/SP, em sede de responsabilidade contratual os juros de mora referentes à reparação por dano moral incidem a partir da citação.

6. Recurso especial desprovido.

Recurso Especial nº 1.443.268/DF, Rel. Ministro Sidnei Beneti, julgado em 03/06/2014.

EMENTA: DIREITO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. VEÍCULO NOVO. VÍCIO DO PRODUTO. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O DIESEL COMERCIALIZADO NO BRASIL E AS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DO PROJETO. PANES REITERADAS. DANOS AO MOTOR. PRAZO DE TRINTA DIAS PARA CONSERTO. RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO. DANO MORAL. CABIMENTO.

1.- Configura vício do produto incidente em veículo automotor a incompatibilidade, não informada ao consumidor, entre o tipo de combustível necessário ao adequado funcionamento de veículo comercializado no mercado nacional e aquele disponibilizado nos postos de gasolina brasileiros. No caso, o automóvel comercializado, importado da Alemanha, não estava preparado para funcionar adequadamente com o tipo de diesel ofertado no Brasil.

2.- Não é possível afirmar que o vício do produto tenha sido sanado no prazo de 30 dias, estabelecido pelo artigo 18, § 1º, caput, do Código de

Defesa do Consumidor, se o automóvel, após retornar da oficina, reincidiu no mesmo problema, por diversas vezes. A necessidade de novos e sucessivos reparos é

indicativo suficiente de que o veículo, embora substituídas as peças danificadas pela utilização do combustível impróprio, não foi posto em condições para o uso que dele razoavelmente se esperava.

3.- A jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de ser cabível indenização por dano moral quando o consumidor de veículo zero quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes, para reparos.

4.- Recurso Especial provido.

AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 385.994/MS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 25/11/2014.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VEÍCULO NOVO. DEFEITO INSANÁVEL. DIMINUIÇÃO DO VALOR DO PRODUTO. DANO MATERIAL. INÚMERAS TENTATIVAS DE SANAR O DEFEITO. DANO MORAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. SÚMULA 83/STJ.

1. Inviável o recurso especial cuja análise das razões impõe reexame do contexto fático-probatório da lide, nos termos da vedação imposta pelo enunciado nº 7 da Súmula do STJ.

2. O STJ possui jurisprudência segundo a qual, em se tratando de vício que diminua o valor ou comprometa a qualidade do produto, terá o consumidor direito à indenização por danos materiais, exigível por uma das modalidades do art. 18, § 1º, do CDC.

3. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de ser cabível indenização por dano moral quando o consumidor de veículo zero

quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes para reparo de defeitos apresentados no veículo adquirido.

4. Inviável o recurso especial se o acórdão recorrido se alinha com o posicionamento sedimentado na jurisprudência do STJ, a teor do que dispõe a Súmula 83 desta Corte Superior.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

AgRg no Recurso Especial nº 1.368.742/DF, *Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado em 17/03/2015*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. VEÍCULO ZERO QUILOMETRO. AFRONTA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADO. DEFEITOS NÃO SANADOS DENTRO DO PRAZO LEGAL. REVISÃO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA SÚMULA N. 7/STJ. POSSIBILIDADE DA VALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. SUBSTITUIÇÃO DO BEM. OBRIGATORIEDADE. OPÇÃO DO CONSUMIDOR. ARTIGO 18 DO CDC. DECISÃO MANTIDA.

1. Inexiste afronta ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido analisou todas as questões pertinentes para a solução da lide, pronunciando-se, de forma clara e suficiente, sobre a controvérsia estabelecida nos autos.

2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7 do STJ.

3. No caso concreto, o Tribunal de origem analisou a prova dos autos, mormente a pericial, para concluir pela existência de defeitos no veículo adquirido, bem como pela falta dos reparos necessários dentro do prazo legal. Alterar esse entendimento demandaria o reexame do conjunto probatório, o que é vedado em recurso especial.

4. Havendo vício de qualidade do produto e não sendo o defeito sanado no prazo de 30 (trinta) dias, cabe ao consumidor optar pela substituição do bem, restituição do preço ou abatimento proporcional, nos termos do art. 18, § 1º, I, II, e III, do CDC.
5. A simples reinterpretação jurídica do substrato fático-probatório delineado pela origem não encontra óbice na Súmula n. 7/STJ.
6. Agravo regimental a que se nega provimento.



A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de produção e pesquisa científica/acadêmica das ciências humanas, distribuída exclusivamente sob acesso aberto, com parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil e exterior, assim como monografias, dissertações, teses, tal como coletâneas de grupos de pesquisa e anais de eventos.

Conheça nosso catálogo e siga as nossas páginas nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org