Ano 14 | v. 2 | n. 33
Julho – Dezembro 2023

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

CECADEP
CENTRO DE ESTUDOS, DE CAPACITAÇÃO E DE APERFEIÇOAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL

DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ANO 14 | v. 2 | n. 33 | 2023

Porto Alegre/RS

2023

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Organização

Centro de Estudos, de Capacitação e de Aperfeiçoamento da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – CECADEP

Arte da Capa

Thiago Silveira de Oliveira – ASCOM DPE/RS

Diagramação

CECADEP/RS

A revista não se responsabiliza pelas opiniões, ideias e conceitos emitidos nos textos, por serem de inteira responsabilidade de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [*online*] / Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 14, v. 2, n. 33 – Porto Alegre: DPE, 2023.

Semestral.
Modo de acesso: https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria
Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.
ISSN 2177-8116

1. Direito. I. Rio Grande do Sul (Estado). II. Defensoria Pública.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Elaborada pela bibliotecária Ana Paula M. Magnus – CRB 10/2052

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO

Antonio Flávio de Oliveira

CORREGEDOR-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Marcelo Turela de Almeida

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Melissa Torres Silveira

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Alexandre Brandão Rodrigues

SUBDEFENSOR PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Marcelo Candiago

CENTRO DE ESTUDOS, DE CAPACITAÇÃO E DE APERFEIÇOAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA – CECADEP

Cleusa Maria Ribeiro Trevisan

COMISSÃO EDITORIAL

COORDENADORA DA REVISTA

Cleusa Maria Ribeiro Trevisan

EDITORES-CHEFES

Andrey Régis de Melo
Lizana Dallazen

CONSELHO EDITORIAL E CIENTÍFICO DA REVISTA

Membros Nacionais

Alberto Milnickel Ruttke
Alexandre Brandão Rodrigues
Alisson de Lara Romani
Ana Maria Marchesan
Angelita Maria Maders
Augusto Jobim do Amaral
Christiane Russomano Freire
André Ribeiro Giamberardino
Clara Moura Masiero
Daniel Kessler de Oliveira
Denise Luz
Domingos Barroso da Costa
Eduardo Medeiros Cavalcanti
Fabiano Aita
Fábio Vieira Heerdt
Francis Moraes de Almeida
Giovana Buonicore
João Batista Oliveira de Moura
Jorge Luís Terra da Silva
Juliano Viali dos Santos
Leonardo Sagrillo Santiago
Luciano de Faria Brasil
Mônica Medeiros Kother Macedo
Paulo César Carbonari
Renata Costa Farias Simeão
Rivana Barreto Ricarte de Oliveira
Rodrigo dos Santos Ribeiro
Sandra Beatriz Morais da Silveira
Simone Schroeder
Tássia Aparecida Gervasoni
Vanessa Cerezer de Medeiros
Vanessa Chiari Gonçalves
Veyzon Campos Muniz

Membros internacionais

Helena Moura Fietz
Roberta Silveira Pamplona

PARECERISTAS AD HOC QUE ATUARAM NO ANO DE 2023

Adriano da Silveira Ribeiro
Álerton Poletto
Alessandra Frei Silva
Alexsandra Ramos Fantinel
Ana Carolina Mezzalira
Carlos Eduardo Ferreira dos Santos
Caroline Isabela Capelesso Ceni
Cíntia Forence Nunes
Dani Rudnicki
Débora Bós e Silva
Douglas de Souza Garbe
Eduardo Aleixo Monteiro
Eduardo Baldissera Carvalho Salles
Elisa Costa Cruz
Elisangela Furian Fratton
Felipe da Veiga Dias
Felipe Lazzari da Silveira
Fransuelen Geremias da Silva
Gerusa Colombo
Guilherme Gomes Vieira
Ivan Barbiero Filho
Jackson Novaes Santos
João Fernando de Moraes Trois
José Alberto Oliveira de Paula Machado
José Luiz Amorim Filho
José Luiz Ribas
José Roberto Sotero de Mello Porto
Karine Montanari Migliavacca
Laerte Radtke Karnopp
Laura Pieta Canan
Leandro Antônio Padilha
Leandro Ferreira de Paula
Marcelo Leandro Pereira Lopes
Márcia Inês Steffen
Mariana Goulart
Marina Nogueira de Almeida
Oniye Nashara Siqueira
Rafaela Weber Mallmann
Roana Funke Goulart
Rodrigo da Guia Silva
Rodrigo da Silva Brandalise
Rogério Borba
Sabrina Staats
Samuel Medeiros Andreatta
Simone Cruz
Sofia Orberg Temer
Suzana Maria Fernandes Mendonça
Susanna Schwantes
Vinícius Ferreira Lanner

SUMÁRIO

Editorial

Escritos à sociedade

Andrey Régis de Mello **i**

Artigos da edição

O impacto da desinformação digital na provisão de servições ecossistêmicos essenciais à qualidade de vida

Walmir Coelho da Costa Santos **1-21**

A hipervulnerabilidade digital do consumidor diante do comércio eletrônico, da inteligência artificial e da internet das coisas

Douglas Roberto Winkel Santin **22-43**

O ativismo judicial e o estado de coisas inconstitucional no direito ambiental

Lourenço Grieco Neto, José Jerônimo Nogueira de Lima, Luana Sbeghen Bonomi **44-63**

Controle Jurisdicional não judicial e judicial das políticas públicas de saúde

Leonardo Rodrigues **64-88**

O consequencialismo na modulação de efeitos das decisões judiciais e sua aplicação em matéria tributária

Maria Danielle Toledo, Vitória Medeiros de Melo Caballero Chagas **89-116**

A busca pessoal sem mandado judicial: justa causa, racismo estrutural e atuação da Defensoria Pública na promoção dos direitos humanos

Yasmin Cordeiro do Nacimento **117-130**

O viés pragmatista do direito comercial: um estudo de precedentes envolvendo a recuperação judicial e extrajudicial de associações sem fins lucrativos

Ivana Harter **131-149**

Justiça de transição e lei da anistia brasileira: a teoria do agir comunicativo habermasiana como crítica à decisão proferida pelo STF na ADPF 153
Alexandre Perin da Paz **150-171**

Autonomia universitária e liberdade de cátedra como instrumentos de realização do Estado Democrático de Direito
Felipe Franz Wienke, Rafaella Fernandes de Mattos **172-186**

A hipervulnerabilidade das mulheres ucranianas na busca por refúgio em meio à pandemia de Covid-19
Janice Scheila Kieling **187-211**

Mínimo existencial e acesso à justiça: a proposta dos diálogos institucionais e a construção do papel da Defensoria Pública
Gustavo Carlos Couto Knopp **212-233**

O reconhecimento da não-binaridade de gênero a partir da atuação da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul
Aline Palermo Guimarães, Rafaela Weber Mallmann, Eduardo Oliveira Zanini **234-252**

Dados pessoais como um direito fundamental autônomo a partir da Emenda Constitucional nº 115/2022
Gabriela Felden Scheuermann **253-274**

Corrupção sistêmica, institucional e estrutural: reflexões jusfilosóficas
Cassiano Mazon, Felipe Labruna, Rafael Hamze Issa **275-289**

A mudança do papel da Defensoria Pública no regime democrático: da constitucionalização da assistência judiciária a uma instituição da soberania popular
Diogo Bacha e Silva, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Domingos Barroso Da Costa **290-309**

A violência policial a partir de dados referentes aos atendimentos da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul: uma comparação entre os anos de 2021 e 2022
Aline Palermo Guimarães, Rafaela Weber Mallmann **310-325**

A análise jurídica da educação sexual de crianças e adolescentes
Júlia Costa **326-346**

O descompasso entre as análises de identificação de drogas previstas na lei 11.343/2006 e a jurisprudência do STJ: precisamos falar sobre isso!
Maria Eduarda Azambuja Amaral, Aline Thaís Bruni **347-370**

Escritos à sociedade

A Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul chega a mais uma edição e, como em tantas outras oportunidades, apresenta temas que dizem respeito não apenas ao campo jurídico, mas também ao cotidiano da sociedade brasileira.

Em tempos de interações sociais marcadas pela virtualidade, às vezes até de forma desmedida e descontrolada, três artigos demarcam uma preocupação que transcende a academia, como é o caso da desinformação digital, hipervulnerabilidade do consumidor em tempos de comércio eletrônico, que já não encontra fronteiras, e o direito à intimidade e privacidade, a partir da aprovação da Emenda Constitucional nº 115 de 2022, que incluiu o inciso LXXIX no art. 5º da Constituição Federal, protegendo os dados pessoais, inclusive digitais.

A promoção e a proteção ao meio ambiente ante aos desastres climáticos também são debatidas nesta edição e, por sinal, desvelam a necessidade de reflexões jurídicas sobre o papel sistema judicial, que, é bem verdade, deve tratar do tema sem esquecer de que se trata de uma escolha constitucional para a preservação da qualidade de vida das futuras gerações.

A garantia de acesso à saúde pública é uma preocupação diária dos defensores e defensoras públicas. Todos os dias, milhares de cidadãos, em todos os cantos do Brasil, buscam tratamentos médicos pelos caminhos da atuação judicial, especialmente quando as políticas públicas mostram-se insuficientes para garantir o direito à vida digna. Com efeito, este tema é de fundamental importância não apenas para o campo judicial, mas sobretudo para os destinatários dos serviços prestados pela Defensoria Pública, de forma que não poderia estar ausente nesta edição.

A liberdade de cátedra sempre retorna ao debate quando práticas políticas não democráticas buscam restringir o pluralismo de ideias. Quando criaturas fantasmagóricas buscam sair dos porões para restabelecer regimes de exceção proscritos, o campo educacional aparece como alvo predileto de autoritárias e perversas investidas, de forma que debater a autonomia das universidades, como realizado na presente edição, é algo fundamental.

O tema da violência policial é histórico: desde o regime escravocrata, quando embrionárias forças policiais substituíram o controle social brasileiro realizado no âmbito da relação senhorial, não há uma adequada distribuição de cidadania no campo da segurança pública, principalmente em espaços sociais periféricos delimitados pela questão racial. Assim, mostra-se fundamental a discussão do tema em torno das ações desenvolvidas pelo Núcleo de Direitos Humanos da DPE-RS.

Outro tema dentro do campo da segurança pública muito relevante é a interação social categorizada como abordagem policial e a necessidade de critérios não subjetivos para definição do suspeito. A prática da suspeição indiscriminada, que é uma manifestação dos racismos estrutural e institucional, deve ser enfrentada pela Defensoria Pública para fins de efetiva promoção dos direitos humanos.

A guerra e o drama dos refugiados aparecem nesta edição a partir de análise sobre a situação de vulnerabilidade das mulheres ucranianas. O Direito Internacional Humanitário e a proteção da dignidade da pessoa humana em tempos de guerra merece

profunda atenção, sob pena de violências de um passado nem tão distante reaparecerem no curso do processo civilizatório.

A teoria do agir comunicativo de Habermas é a base para o debate acerca da Lei da Anistia e os efeitos da ADPF nº 153, quando o tema da justiça de transição foi enfrentado pelo STF.

A questão LGBTQIA+ é debatida diariamente em diversas esferas da vida pública, e uma das mais recentes demandas diz sobre o reconhecimento de identidades de gêneros não-binárias. Na presente edição, tem-se artigo que busca demonstrar a importância da Defensoria Pública como instituição vocacionada à defesa de direitos de grupos sociais vulnerabilizados, com enfoque na atuação que resultou na publicação, pela Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do Provimento n. 16/2022, que autorizou a retificação extrajudicial do registro civil de pessoas não-binárias.

A corrupção enquanto práticas socioculturais, o patrimonialismo, o clientelismo, o personalismo e o nepotismo formam o objeto discutido em artigo que retrata o enfoque filosófico do problema.

As transformações sociais, que muitas vezes regem as mudanças jurídicas, apresentam-se como preocupação central na discussão que propõe analisar o papel constitucional da Defensoria Pública no cerne regime democrático. A instituição que outrora se limitava à assistência judiciária agora ganha matizes que a colocam como protagonista da soberania popular, contemplando a existência de uma Defensoria do Povo, como referido em artigo nesta edição.

A análise jurídica da educação sexual de crianças e adolescentes também é contemplada nesta edição, que constata, de forma ampla, a relevância conferida aos direitos humanos e fundamentais pela Constituição Federal de 1988.

Por fim, a polêmica em torno das drogas, mais precisamente em derredor da Lei nº 11.343/2006, responsável por um incremento significativo em nosso encarceramento é objeto de discussão a partir das decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Boa leitura e reflexões!

Andrey Régis de Melo

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

O IMPACTO DA DESINFORMAÇÃO DIGITAL NA PROVISÃO DE SERVIÇOS ECOSSISTÊMICOS ESSENCIAIS À QUALIDADE DE VIDA

THE IMPACT OF DIGITAL DISINFORMATION ON THE PROVISION OF ECOSYSTEM SERVICES ESSENTIAL TO THE QUALITY OF LIFE

EL IMPACTO DE LA DESINFORMACIÓN DIGITAL EN EL APROVISIONAMIENTO DE SERVICIOS ECOSISTÉMICOS ESENCIALES PARA LA CALIDAD DE VIDA

Walmir Coelho da Costa Santos[1]

RESUMO

Neste artigo investigou-se em que medida a desinformação ambiental digital impacta na proteção do capital natural e, consequentemente, na oferta de serviços ecossistêmicos essenciais à qualidade de vida. A pesquisa qualitativa foi realizada com a aplicação das técnicas de investigação bibliográfica e documental, tendo por base o método de abordagem analítico-dedutivo. Apurou-se que grupos econômicos e políticos resistentes às mudanças necessárias para alcançar a sustentabilidade têm promovido a desinformação no meio digital com o propósito de manipular a opinião pública pela fabricação de incertezas sobre consensos científicos e descredibilização de pessoas e entidades envolvidas em causas ambientais. A partir dos dados analisados, concluiu-se que a desinformação ambiental digital prejudica os serviços ofertados pelos ecossistemas ao impedir ou postergar a adoção de medidas urgentes e indispensáveis para salvaguardar sua existência e proteger a biodiversidade.

Palavras-chave: capital natural; desinformação ambiental; internet; redes sociais; serviços ecossistêmicos.

ABSTRACT

This article investigated to what extent digital environmental disinformation impacts the protection of natural capital and, consequently, the provision of ecosystem services essential to the quality of life. The qualitative research was carried out by applying the techniques of bibliographic and documental investigation, based on the analytical-deductive approach. It was found that economic and political groups resistant to the changes necessary to achieve sustainability have promoted disinformation in the digital environment in order to

[1] Analista do Ministério Público Federal (MPF). Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS). Especialista em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Claretiano. E-mail: walmirc@gmail.com Orcid: 0000-0001-9319-4534.

manipulate public opinion by manufacturing uncertainty about scientific consensus and discrediting people and entities involved in environmental causes. From the data analyzed, it was concluded that digital environmental disinformation harms the services provided by ecosystems by preventing or delaying the adoption of urgent and indispensable measures to safeguard their existence and protect biodiversity.

Keywords: natural capital; environmental disinformation; internet; social networks; ecosystem services.

RESUMEN

Este artículo investiga hasta qué punto la desinformación ambiental digital repercute en la protección del capital natural y, en consecuencia, en el aprovisionamiento de servicios ecosistémicos esenciales para la calidad de vida. La investigación cualitativa se llevó a cabo con la aplicación de técnicas de investigación bibliográfica y documental, basadas en el método de enfoque analítico-deductivo. Se constató que grupos económicos y políticos resistentes a los cambios necesarios para lograr la sostenibilidad han promovido la desinformación en el entorno digital con el fin de manipular a la opinión pública fabricando incertidumbre sobre el consenso científico y desacreditando a personas y entidades implicadas en causas ambientales. De los datos analizados se concluye que la desinformación ambiental digital perjudica los servicios que ofrecen los ecosistemas al impedir o retrasar la adopción de medidas urgentes e imprescindibles para salvaguardar su existencia y proteger la biodiversidad.

Palabras clave: capital natural; desinformación ambiental; internet; redes sociales; servicios ecosistémicos.

Data de submissão: 19/01/2023

Data de aceite: 16/03/2023

1 INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos das últimas décadas promoveram verdadeira revolução na forma como a informação é criada e divulgada. Se antes a disseminação de conteúdos dependia do acesso a escassos meios de comunicação de massa, como o jornal, o rádio e a televisão, hoje seu compartilhamento é possível com o uso de um simples celular conectado à

internet. Esses novos recursos por um lado promoveram relativa democratização da informação ao facilitar o acesso a mais pessoas; por outro, permitiram que indivíduos e grupos mal-intencionados pudessem difundir informações falsas ou enganosas com o propósito de manipular o debate público sobre temas fundamentais, como o meio ambiente.

Diante da crescente perda da biodiversidade e degradação dos ecossistemas, a humanidade se encontra na atualidade em um ponto crítico de sua existência, no qual deve decidir, com base em informações adequadas, como reagir aos desafios ambientais surgidos no Antropoceno. E essa decisão deve ser implementada rapidamente, pois a ciência tem demonstrado que a janela de oportunidade para mudanças está próxima de se fechar.

Este artigo é resultado de investigação que buscou examinar o fenômeno da desinformação ambiental digital a partir da abordagem dos serviços ecossistêmicos. Por meio do exame de fontes bibliográficas e documentais buscou-se responder à questão: em que medida a desinformação ambiental digital impacta na proteção do capital natural[2] e na oferta de serviços ecossistêmicos essenciais à qualidade de vida?

A pesquisa, de natureza qualitativa, adotou o método de abordagem analítico-dedutivo, o qual permitiu a decomposição do objeto estudado para melhor descrição e assimilação, bem como a formulação de inferências a partir de premissas conhecidas e válidas. O texto foi dividido em três partes, sendo a primeira dedicada aos desafios ambientais no Antropoceno, a segunda reservada à análise do direito à informação ambiental e, finalmente, a terceira voltada à desinformação ambiental digital e seus impactos na oferta de serviços ecossistêmicos.

Apurou-se por meio do estudo realizado que a desinformação ambiental digital impacta negativamente na oferta de serviços ecossistêmicos, na medida em que é capaz de manipular a percepção pública e assim impedir ou

[2] Capital natural pode ser definido como uma "[…] metáfora econômica para os estoques limitados dos recursos físicos e biológicos encontrados na Terra, e da capacidade limitada dos ecossistemas em fornecer serviços ecossistêmicos." (THE ECONOMICS..., 2010, p. 38).

postergar a adoção de medidas urgentes e indispensáveis para a proteção dos ecossistemas e da biodiversidade.

2 OS DESAFIOS AMBIENTAIS NO ANTROPOCENO E A ESSENCIALIDADE DOS ECOSSISTEMAS PARA A SAÚDE E BEM-ESTAR HUMANOS

A partir da Revolução Industrial, por volta do ano de 1800, o progressivo acúmulo de conhecimento fez com que a humanidade adquirisse a capacidade de alterar significativamente o funcionamento global da Terra, dando início ao Antropoceno, uma era geológica marcada pelos impactos humanos negativos nos ecossistemas naturais, os quais foram acelerados após o boom econômico do segundo pós-guerra. A exploração dos combustíveis fósseis, a explosão populacional, o rápido crescimento da produção e a inesgotável demanda por fontes energéticas passaram a exercer forte pressão sobre uma ampla gama de funções dos ecossistemas responsáveis pela sustentação da vida, acarretando alterações significativas nos ciclos do carbono, nitrogênio, fósforo, enxofre e da água, além da extinção de diversas espécies (STEFFEN *et al.*, 2011).

No entanto, apenas no início da década de 1960, a comunidade científica passou a ser capaz de mensurar com mais precisão o papel fundamental dos ecossistemas naturais na garantia da saúde e bem-estar humanos, o que viabilizaria nas décadas seguintes a conceituação, categorização e valoração dos serviços ecossistêmicos (BELL-JAMES; LOVELOCK; PHELAN, 2020).

Ao discorrer sobre essa transição, Altmann (2021) aponta que, em um estágio inicial, a Ecologia voltava-se para a investigação das funções dos ecossistemas sem se interessar diretamente pelas utilidades proporcionadas aos seres humanos. Esse quadro, contudo, foi alterado na década de 1980, com a introdução do termo serviços ecossistêmicos, quando uma visão utilitarista passou a ser preponderante, permitindo a aproximação da Ecologia e da Economia, campos que até então eram antagônicos.

A novidade, porém, não foi isenta de críticas. Muitos reprovaram essa abordagem antropocêntrica e questionaram as implicações éticas da valoração econômica da natureza pelo que ela pode prover (serviços), em vez da consideração de seu valor intrínseco. Outros, porém, sustentaram não haver contradição, uma vez que a ênfase nos benefícios dos ecossistemas às pessoas serve como fundamento adicional para a valorização e proteção do capital natural (BELL-JAMES, 2020).

De acordo com o relatório da primeira avaliação global sobre a situação dos ecossistemas, a *Millennium Ecosystem Assessment* (2005), os serviços ecossistêmicos podem ser definidos como os benefícios que os seres humanos obtêm dos ecossistemas, que podem ser classificados em (i) serviços de provisão (alimentos, água, combustíveis, etc.); (ii) serviços de regulação (da qualidade do ar, da água, do clima, etc.); (iii) serviços culturais (estéticos, espirituais, recreacionais, etc.); e (iv) serviços de suporte (ciclo de nutrientes, formação do solo, fotossíntese, etc.). Importante destacar que o mesmo conceito e classificação foram adotados pela Lei nº 14.119/2021, que instituiu a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (BRASIL, 2021).

Bell-James (2020) salienta que os serviços ecossistêmicos estão por toda parte, sendo impossível não fazer uso deles. Os simples atos de respirar ou comer, indispensáveis para a vida humana, beneficiam-se dos serviços de filtragem das florestas e dos serviços de polinização das abelhas, respectivamente. No entanto, é paradoxal notar que muito serviços fundamentais à vida não são sequer considerados pelo principal indicador macroeconômico da atualidade, o PIB (produto interno bruto), tais como: "[…] a retenção e o sequestro de carbono, a regulação climática, o controle de erosão e a regulação hídrica, a provisão de água, a polinização, e a integridade de hábitats de espécies da fauna e da flora." (IBGE, 2022a, p. 13-14).

Ao adotar a abordagem dos serviços ecossistêmicos, a *Millennium Ecosystem Assessment* (2005) buscou dar visibilidade para serviços relevantes que nem mesmo eram considerados no processo de tomada de decisão. O trabalho apurou que nos últimos 50 anos a humanidade promoveu alterações

sem precedentes nos ecossistemas, principalmente por meio da conversão do solo para agricultura, silvicultura e pecuária, acarretando a degradação de diversos serviços essenciais e o aumento dos riscos de mudanças não lineares. Ademais, constatou-se uma perda acelerada da biodiversidade, a qual se deveu a múltiplos fatores antropogênicos, que incluem a redução, degradação e fragmentação dos habitats, as mudanças climáticas, a superexploração dos recursos naturais e a poluição. Por essa razão, o relatório enfatizou a necessidade de ações substanciais para reverter esse cenário, sob pena de as futuras gerações terem consideravelmente reduzidos os benefícios obtidos dos ecossistemas.

Entretanto, tais ações não vieram a se concretizar nos anos seguintes, o que acarretou nova mobilização para a elaboração de um novo estudo que fosse capaz de estabelecer critérios para tornar visível o valor econômico da biodiversidade, dos ecossistemas e de seus serviços a fim de integrá-lo nos processos de tomada de decisões públicos e privados. Dessa forma nasceu o projeto "A Economia dos Ecossistemas e da Biodiversidade" (THE ECONOMICS..., 2010), liderado pelo economista ambiental Pavan Sukhde, cujo relatório final destacou o elevado custo econômico da degradação dos ecossistemas e da perda da biodiversidade com o propósito de influenciar a adoção de estratégias voltadas para a sua conservação.

Não obstante esses intentos para a conscientização de todos acerca do valor dos ecossistemas, seja intrínseco ou econômico, ainda se verificam na atualidade dados alarmantes. De acordo com o 6º Relatório de Avaliação do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC, 2022), os impactos do aquecimento global já são mais generalizados e severos que o esperado. O atual nível de aquecimento de 1,1ºC tem degradado ecossistemas inteiros, tendo sido registradas mortes em massa de diversas espécies. Além disso, eventos climáticos extremos (calor, secas, inundações e tempestades) têm sido cada vez mais comuns, prejudicando a subsistência e a segurança alimentar de milhões de pessoas. O relatório afirma que as medidas adotas atualmente são pontuais e insuficientes para lidar com a magnitude do

problema, sendo necessários esforços coordenados e imediatos no sentido de reduzir as emissões de gases de efeito estufa, proteger os ecossistemas e lidar com os danos e efeitos irreversíveis.

No Brasil, segundo o Sistema de Estimativas de Emissões e Remoções de Gases de Efeito Estufa (2021), 46% das emissões são causadas por mudanças no uso da terra, que em sua maioria (78,4%) consistem no desmatamento do bioma Amazônia. No último triênio, relativo aos anos de 2019-2021, o desmatamento no bioma Amazônia apresentou aumento de 56,6% em relação ao triênio anterior, com maior incidência em terras públicas, as quais costumam ser ocupadas para grilagem e exploração ilegal madeireira (ALENCAR *et al.*, 2022). Importante destacar que, ao contrário das emissões originadas de processos industriais, as emissões do desmatamento não trazem maiores benefícios sociais e econômicos, sendo por isso mais prejudiciais.

Atentos a todos esses desafios, os países integrantes da Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 73/284, decidiram proclamar a Década da Restauração dos Ecossistemas 2021-2030, visando ampliar as ações para prevenir e reverter a degradação dos ecossistemas e aumentar a conscientização sobre sua importância (UNITED NATIONS, 2019). Para isso, foram propostos dez princípios para guiar a década, merecendo destaque o princípio 2, que enfatiza a necessidade de amplo engajamento social nas ações, desde a fase de planejamento até a de monitoramento, por meio da garantia dos direitos de participação e acesso igualitário e regular à informação (UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, 2021).

Percebe-se, pois, a importância do direito à informação para o estabelecimento de medidas que visem frear o aquecimento global, a extinção em massa de espécies e a degradação dos ecossistemas. A superação desses problemas depende em larga medida da garantia de acesso a dados legítimos sobre a situação dos ecossistemas e os riscos ecológicos envolvidos, a fim de que as propostas de solução sejam amplamente debatidas pela sociedade e implementadas o mais rápido possível.

3 A INFORMAÇÃO COMO PEDRA ANGULAR DA PROTEÇÃO DOS ECOSSISTEMAS E SEUS SERVIÇOS

O reconhecimento da relevância da informação para a proteção dos ecossistemas não é fenômeno recente, havendo menções desde os primeiros esforços para edição de normas internacionais ambientais, como pode ser verificado na Declaração de Estocolmo, aprovada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972. De acordo com o princípio 19 da Declaração, os Estados devem se empenhar para viabilizar uma opinião pública bem informada sobre as questões ambientais, cabendo aos meios de comunicação a difusão de informações educativas voltadas para a proteção dos ecossistemas (UNITED NATIONS, 1972).

No âmbito interno, ao estabelecer sua Política Nacional do Meio Ambiente por meio da Lei nº 6.938/1981, o Brasil definiu como objetivos a serem alcançados a divulgação de informações ambientais e a conscientização pública acerca da necessidade da preservação ambiental (art. 4º, inciso V) (BRASIL, 2013). Na mesma linha, a Constituição de 1988, além impor a todos o dever de defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*), exigiu do Poder Público a promoção da educação ambiental e da conscientização pública para a preservação do meio ambiente (art. 225, §1º, inciso VI), assegurando a todos o acesso à informação (art. 5º, XIV e XXXIII) e determinando ao legislador federal o estabelecimento de meios que garantam a possibilidade de defesa face a propaganda nociva à saúde e ao ambiente veiculada nos meios de comunicação (art. 220, §3º, inciso II) (BRASIL, 2022).

Anos mais tarde, em 1992, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, a conscientização pública e o direito à informação ambiental seriam novamente postos em destaque por meio da aprovação do princípio 10 da Declaração do Rio (UNITED NATIONS, 1992).

Ressaltam Sarlet e Fensterseifer (2021) que o princípio 10 reconheceu a interdependência entre os direitos à informação ambiental, à participação

pública nos processos de tomada de decisão e ao acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos. Segundo os autores, essa tríade de direitos assume particular importância à luz do regime constitucional-ambiental, uma vez que sua função é efetivar a legislação ambiental através da conscientização pública, a qual permite a atuação de forma qualificada no processo político e o controle das práticas poluidoras tanto dos agentes públicos quanto privados.

No mesmo sentido sustentam Bertoldi e Rosa (2019), para quem a informação desempenha um papel fundamental na concretização da cidadania socioambiental, permitindo que cidadãos se transformem em fiscais dos processos de decisão que envolvem a gestão dos recursos naturais e a formulação de políticas públicas integradoras do ambiente e da sociedade.

O envolvimento social nas discussões ambientais mostra-se imprescindível, não apenas pelo impacto direto no modo de vida, produção e consumo da sociedade mas em razão de frequentemente estarem envolvidas preocupações de longo prazo, que dificilmente são capazes de satisfazer os interesses eleitorais imediatos de governos e partidos (MIRRA, 2010).

Nos dias atuais, as novas tecnologias têm possibilitado o aperfeiçoamento de diversos direitos ligados à troca da informação, viabilizando assim o exercício *online* da cidadania por meio da formação de grupos e da mobilização pela coleta de assinaturas em prol de causas ambientais (PEREIRA; NASCIMENTO, 2017). No entanto, o tipo e a intensidade dessa participação dependerão da quantidade e qualidade de informação recebida, notadamente de sua veracidade, precisão e tempestividade (MACHADO, 2018).

Como visto, a informação é elemento essencial para o amplo engajamento social e a tomada de decisão. É ela que embasa nossos juízos sobre o que fazer ou deixar de fazer, notadamente em situações de emergência. Saber que um teatro está sendo consumido pelo fogo, por exemplo, é crucial para o público que aguarda na plateia o início do espetáculo. Do mesmo modo, conhecer o grave nível de comprometimento do capital

natural e dos ecossistemas, bem como o impacto dessa degradação no bem-estar humano, é indispensável para a superação do estado de apatia social que tem permitido a manutenção de comportamentos ecologicamente insustentáveis.

Após a Declaração do Rio, avançou-se mais em termos normativos por meio da instituição da Política Nacional de Educação Ambiental brasileira (Lei nº 9.795/1999) e da facilitação do acesso à informação através das Leis nº 10.650/2003 e nº 12.527/2011, que tiveram por fim a regulamentação do dever constitucional dos órgãos públicos de prestarem informações, previsto no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição de 1988.

No ano de 2018, demonstrando sua intenção de reforçar os direitos de acesso, o Brasil assinou o Acordo Regional de Escazú perante a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe das Nações Unidas (CEPAL/ONU). No entanto, a sucessão presidencial no ano seguinte acarretou a paralisação do procedimento de ratificação desse novo tratado, que deixou de ser remetido ao Congresso Nacional por incompatibilidade com as diretrizes da política ambiental do novo governo (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2021).

As várias normas jurídicas nacionais e internacionais editadas para salvaguardar o direito de acesso à informação ambiental não deixam dúvidas de sua posição proeminente dentro da estrutura jurídico-normativa do Estado brasileiro. Contudo, a plena concretização desse direito ainda encontra significativos obstáculos, notadamente em relação à qualidade das informações fornecidas, que nem sempre tem sido prestadas de forma clara e verdadeira (BERTOLDI; ROSA, 2019).

4 A DESINFORMAÇÃO AMBIENTAL DIGITAL E O IMPACTO NOS SERVIÇOS FORNECIDOS PELOS ECOSSISTEMAS

A desinformação representa um dos obstáculos à efetivação do direito fundamental de acesso à informação ambiental. Segundo a Comissão Europeia, ela pode ser definida como um “conteúdo falso ou enganoso que é

divulgado com a intenção de iludir ou de assegurar ganhos econômicos ou políticos e que pode causar prejuízo público" (EUROPEAN COMMISSION, 2020, p. 18, tradução nossa).

Conquanto não se trate de um fenômeno novo, foi no meio digital que o problema atingiu níveis sem precedentes em termos de complexidade e escala, exigindo a adoção de medidas por empresas de tecnologia, governos nacionais, organizações de mídia e pela sociedade civil (WARDLE; DERAKHSHAN, 2017). Essa complexidade e proporção próprias do meio digital tornaram-se mais evidentes após o ano de 2020, quando a pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2 seguiu-se de uma infodemia, caracterizada pelo aumento exponencial do volume de informações, muitas delas manipuladas para iludir o público, circunstância que dificultou a adoção de medidas sanitárias para conter a propagação da doença, segundo informações da Organização Pan-Americana da Saúde (2020).

No Brasil, o uso da internet tem se expandido progressivamente, o que evidencia o elevado risco que a desinformação ambiental digital representa à formação de uma consciência pública ecologicamente adequada. Segundo a última Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2022b), relativa ao ano de 2021, o acesso à internet está presente em 90% dos domicílios brasileiros, sendo o celular a principal ferramenta utilizada para obtenção de informações.

A rede mundial de computadores por um lado facilitou o acesso e a divulgação de informações, porém a oferta excessiva de conteúdos, muitos deles contraditórios entre si, gerou um ambiente propício à manipulação da informação de acordo com os interesses de cada ator social, no qual é difícil identificar quais notícias são verdadeiras e quais são falsas (RIPOLL; MATOS, 2020). Essa situação ainda se agravou por uma crise social generalizada de expectativas, na qual se passou a nutrir um sentimento de desconfiança em relação à mídia tradicional, às agências de checagem de fatos e aos especialistas, todos vistos como amigos ou inimigos do governo, surgindo então versões alternativas da realidade, que se propõem a simplificar

excessivamente resultados de pesquisas científicas e corroer os procedimentos de tomada de decisão política (AMATO, 2021).

Embora existam milhões de sites disponíveis, as atenções dos indivíduos concentram-se em um pequeno número deles, destacando-se aqueles cujos conteúdos são majoritariamente produzidos e compartilhados livremente por seus usuários, como nas redes sociais. Segundo relatório divulgado pelo *DataReportal* em fevereiro de 2022 (KEMP, 2022), o Brasil possui 171,5 milhões de usuários ativos nas redes sociais, que passam em média 3 horas e 41 minutos diários nas plataformas, principalmente para manter contato com família e amigos (65%) e para ler notícias (57,4%). O documento aponta ainda a quantidade de usuários ativos por plataforma, destacando-se as seguintes redes sociais: *Youtube* (138 milhões), *Instagram* (119,5 milhões), *Facebook* (116 milhões), *Tiktok* (74,07 milhões), *LinkedIn* (52 milhões) e *Twitter* (19,05 milhões).

As plataformas de redes sociais revolucionaram a indústria midiática e os meios de comunicação ao facilitar a publicação de conteúdos, porém esses novos recursos deram origem a abusos inaceitáveis das liberdades de expressão, de comunicação e de informação, os quais não têm sido contidos de modo satisfatório pelas empresas de tecnologia (BARTÓKI-GÖNCZY, 2021). A desinformação ambiental mostra-se como um desses abusos, cujos efeitos perniciosos já podem ser sentidos em diversas partes do globo.

Após examinar dados de 195 contas e 48.700 postagens em língua inglesa, o grupo *Stop Funding Heat* constatou grande quantidade de visualizações e interações em conteúdos envolvendo negacionismo climático na rede social *Facebook*, sendo que apenas 3,6% teriam sido objeto de checagem de fatos. Em seu relatório consta que a rede social continua a receber milhares de dólares para espalhar desinformação climática em sua plataforma de anúncios, embora sustente publicamente um discurso de combate à desinformação (BUCHAN, 2021).

Em análise similar conduzida pelo *Center for Countering Digital Hate* (2021), constatou-se que 69% das interações dos usuários de língua inglesa do

Facebook sobre negacionismo climático estão concentradas em apenas 10 sites tóxicos, o que revela que o impulsionamento desse assunto não ocorre de modo orgânico e difuso entre os usuários, mas pela ação de pequenos grupos. O documento revela que esses 10 sites, nos últimos seis meses, receberam cerca de 1,1 bilhão de visitas, o que gerou 5,3 milhões de dólares em receita de propaganda do *Google Ads*. Além disso, 8 desses sites pagaram ao *Facebook* para promover seus conteúdos e assim obter mais cliques dos usuários.

A promoção dessas pautas negacionistas comprometem os serviços ecossistêmicos de regulação do clima, pois incitam a resistência e insurgência popular contra medidas estabelecidas pelos governos para reduzir as emissões de gases de efeito estufa, além de desencorajar a adoção de comportamentos voltados à redução da pegada individual de carbono.

No Brasil, a situação não tem sido diversa. Conforme estudo conduzido por Rajão *et al*. (2022), a desinformação tem acarretado prejuízos reais e graves à proteção ambiental. A pesquisa identificou que um pequeno grupo liderado por um pesquisador da Embrapa Territorial foi responsável nas últimas três décadas por elaborar pseudofatos científicos em matéria de desmatamento e mudanças climáticas para a defesa dos interesses da bancada do agronegócio perante o Congresso Nacional. O estudo apontou que o líder do grupo fez uso indevido de suas credenciais para propositalmente fabricar incertezas sobre consensos científicos com o propósito de influenciar numerosos debates parlamentares, destacando-se as discussões que levaram à aprovação de modificações no Código Florestal no ano de 2012, as quais reduziram os níveis de proteção ambiental e possibilitaram a concessão de anistia a desmatadores. Ademais, os documentos produzidos pelo grupo também foram utilizados em ação civil pública movida pelo Ministério Público de São Paulo para criar falsa controvérsia científica a respeito dos impactos ecológicos da queima da palha da cana-de-açúcar, o que levou à rejeição do pedido de proibição da queima, mesmo diante de fartos dados científicos

apontando para os danos ao meio ambiente e à saúde humana. Apenas anos mais tarde a prática foi proibida no estado de São Paulo.

Importante assinalar que os documentos produzidos por esse grupo não foram publicados em periódicos com mecanismo de revisão por pares, mas em outros espaços livres do escrutínio científico. A ausência de respaldo científico, contudo, não impediu sua ascensão nem a divulgação de suas ideias, graças ao apoio político da bancada do agronegócio e à forte presença nas redes sociais (RAJÃO *et al.*, 2022).

Foucart, Horel e Laurens (2020) registram que nos últimos anos houve uma mudança nas antigas fronteiras do lobby exercido pelos grupos de interesse. Se antes as ações dos mercadores da dúvida tinham como alvo apenas autoridades políticas, hoje elas também buscam influenciar cidadãos comuns, blogueiros, *youtube*rs e pequenos influenciadores digitais com suas pautas antiambientalistas, exercendo assim maior influência no debate público.

Em seu primeiro relatório de ameaças do ano de 2022, a empresa Meta, controladora do *Facebook* e *Instagram*, informou a remoção de 14 contas do *Facebook*, 9 páginas e 39 contas do *Instagram* ligadas a uma operação de desinformação ambiental iniciada em 2020 por indivíduos com vínculos com o Exército Brasileiro. As contas e páginas se apresentavam como organizações não governamentais e ativistas interessados na região amazônica. Nelas se produziam publicações minimizando o desmatamento na Amazônia e criticando a legitimidade das organizações que atuavam na defesa do meio ambiente. Essa foi a primeira rede de desinformação com foco em questões ambientais identificada no mundo (NIMMO; AGRANOVICH; GLEICHER, 2022).

O fato de a operação de desinformação desmantelada visar ao ataque a entidades de defesa do meio ambiente é especialmente preocupante, visto que, segundo dados apurados pela *Global Witness* (2021), o Brasil ocupa a quarta posição no ranking de países com o maior número de assassinatos de defensores ambientais no mundo, tendo registrado 20 homicídios apenas no ano de 2020, sendo dois terços deles ocorridos na região amazônica.

Na rede social *Twitter*, o governo federal também foi responsável por desinformar a população em relação às queimadas. Em 26/09/2020, diante das incontáveis críticas recebidas pelo número recorde de focos de incêndio registrados no Pantanal e na Amazônia, a Secretaria Especial de Comunicação Social da Presidência da República publicou, em sua conta oficial @SecomVc, que a área queimada em todo o território nacional era a menor dos últimos 18 anos. Essa informação foi prontamente desmentida pela agência de checagem de fatos Lupa, que esclareceu que a afirmação levava em conta apenas os dados parciais dos oito primeiros meses de 2020 comparados com os doze meses dos anos anteriores (ALMIRANTE, 2020). Ainda assim a publicação não foi retificada ou excluída, o que evidenciou que seu propósito era desinformar.

Na mesma rede social, segundo apurado pela checadora de fatos Fakebook.eco (2020, 2021), a então Ministra da Agricultura Tereza Cristina publicou no dia 11/10/2020, em sua conta @TerezaCrisMS, um vídeo institucional em língua inglesa produzido com apoio da Frente Parlamentar da Agropecuária (FPA), no qual são apresentados dados falsos e imprecisos para defender a proposta de regularização fundiária do governo federal. Meses depois, em março de 2021, a FPA retomou essa mesma campanha com diversas postagens no *Twitter* (@fpagropecuaria) contendo informações igualmente falsas em defesa do Projeto de Lei nº 2.633/2020, que permitia a titulação expressa de terras públicas ocupadas irregularmente na Amazônia, conhecido como “PL da Grilagem”.

Os exemplos supracitados demonstram que grupos políticos têm utilizado as redes sociais para distorcer dados e manipular a opinião pública, seja para ocultar sua omissão dolosa no combate às queimadas ou para possibilitar a aprovação de projetos de lei que incentivam o desmatamento e a exploração ilegal madeireira. Tais condutas asseguram a continuidade de práticas predatórias que acarretam a elevação da temperatura do planeta, a superexploração dos recursos naturais, a degradação dos habitats naturais e a extinção de espécies, com graves repercussões na oferta de serviços providos pelos ecossistemas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde e o bem-estar humanos dependem da preservação dos ecossistemas e do acesso justo e igualitário aos seus serviços. No Antropoceno a humanidade se transformou em uma potência geológica global capaz de rivalizar com outras grandes forças da natureza. Com isso novos desafios surgiram: as mudanças climáticas, a alteração no ciclo dos elementos e da água, a extinção em massa de espécies, entre outros.

Embora os avanços científicos tenham permitido, cada vez mais, medir o grau de comprometimento do capital natural e definir meios adequados para reduzir os impactos negativos das atividades humanas, ainda não se verificam esforços coordenados e substanciais voltados à redução das emissões dos gases de efeito estufa e à proteção dos ecossistemas. No Brasil, o aumento do desmatamento no bioma Amazônia, impulsionado pela exploração ilegal madeireira e pela grilagem de terras, e a conversão desenfreada de extensas áreas para agricultura e pecuária representam um dos principais problemas a serem enfrentados.

Para que essas questões sejam devidamente abordadas, revela-se indispensável um amplo engajamento social, por meio da participação qualificada tanto no processo de tomada de decisão quanto na fase de implementação das deliberações. Essa participação, porém, não será efetiva sem o amplo acesso a informações e dados legítimos a respeito do estado dos ecossistemas e dos riscos ecológicos existentes. Nesse sentido, o direito à informação ambiental surge como um elemento-chave.

Cientes dessa importância, grupos econômicos e políticos resistentes às mudanças necessárias para alcançar a sustentabilidade têm utilizado com frequência a desinformação digital como estratégia para manipular a opinião pública. Em geral, as informações falsas ou enganosas são disseminadas com o propósito de negar a atual crise ecológica ou desqualificar pessoas e organizações que atuam em defesa do meio ambiente. A regularização

fundiária, o desmatamento e as mudanças climáticas são os temas mais frequentes, sendo dedicada especial atenção à região amazônica. Essas campanhas de desinformação são impulsionadas nas redes sociais, o que faz com que seus conteúdos tenham maior repercussão. Desse modo, considerável parcela da população é levada a crer que problemas como as mudanças climáticas ainda apresentam controvérsias científicas relevantes e que por ora nenhuma providência é necessária.

Não há dúvidas, portanto, que a desinformação digital acarreta a redução dos serviços ecossistêmicos, na medida em que é capaz de manipular a percepção pública e assim impedir ou postergar a adoção de medidas urgentes e indispensáveis para salvaguardar o capital natural e proteger a biodiversidade.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Ane *et al*. **Amazônia em chamas**: o novo e alarmante patamar do desmatamento na Amazônia. Nota técnica IPAM Amazônia nº 9. Fev. 2022. Disponível em: http://bit.ly/3LzC8S6. Acesso em: 15 mar. 2023.

ALMIRANTE, Juliana. Secom divulga informação falsa ao afirmar que área queimada em 2020 foi a menor dos últimos 18 anos. **Agência Lupa**. 29 set. 2020. Disponível em: http://bit.ly/40fj9Rf. Acesso em: 15 mar. 2023.

ALTMANN, Alexandre. **Serviços ecossistêmicos e Direito**: delineamentos para uma teoria jurídica geral e uma tipologia. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2021.

AMATO, Lucas Fucci. Fake news: regulação ou metarregulação? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 58, n. 230, p. 29-53, abr./jun. 2021. Disponível em: https://bit.ly/3KOwbNM. Acesso em: 15 mar. 2023.

BANCADA ruralista divulga informações falsas em defesa da “regularização fundiária”. **Facebook.eco**, 18 mar. 2021. Disponível em: https://bit.ly/3LjjuL5. Acesso em: 15 mar. 2023.

BARTÓKI-GÖNCZY, Balázs. Regulation of Social Media Platforms in the European Union. **Pro Publico Bono**, Budapest, v. 9, n. 1, p. 56-71, 2021. Disponível em: https://bit.ly/37ynZCO. Acesso em: 15 mar. 2023.

BELL-JAMES, Justine; LOVELOCK, Catherine E.; PHELAN, Anya. Introduction to the Special Issue on Ecosystem Services and the Law. **University Of Queensland Law Journal**, Brisbane, v. 39, n. 3, p. 389-390, dez. 2020. Disponível em: http://bit.ly/3JFZuo0. Acesso em: 15 mar. 2023.

BELL-JAMES, Justine. Ecosystem Services as a Metaphor in Environmental Law: Balancing Intrinsic and Instrumental Values. **University Of Queensland Law Journal**, Brisbane, v. 39, n. 3, p. 525-548, dez. 2020. Disponível em: http://bit.ly/3Lvo6ky. Acesso em: 15 mar. 2023.

BERTOLDI, Marcia Rodrigues; ROSA, Rosana Gomes da. A concretização do direito à informação ambiental: o acesso à informação para a efetividade da cidadania socioambiental brasileira. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 10, n. 3, p. 233-257, set./dez. 2019. Disponível em: https://bit.ly/3N4wXId. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://bit.ly/3JrPwnt. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: https://bit.ly/36sBMKH. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.119, de 13 de janeiro de 2021**. Institui a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais; e altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para adequá-las à nova política. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://bit.ly/3mJX2Uj. Acesso em: 15 mar. 2023.

BUCHAN, Sean. **In denial**: *Facebook*'s growing friendship with climate misinformation. [*S. l.*]: Stop Funding Heat, 2021. Disponível em: https://bit.ly/3ILhucM. Acesso em: 15 mar. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Requerimento de Informação (RIC) 386/2021**. Solicita informações ao Sr. Ministro de Estado das Relações Exteriores (MRE), acerca dos acordos internacionais que visam garantir a proteção da Amazônia, Acordo de Escazú e da 46ª sessão do Conselho de Direitos Humanos, sobre o direito ao meio ambiente. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: http://bit.ly/3LqSD2Q. Acesso em: 15 mar. 2023.

CENTER FOR COUNTERING DIGITAL HATE. **The Toxic Ten**: How ten fringe publishers fuel 69% of digital climate chance denial. Londres: [*s.n.*], 2021. Disponível em: http://bit.ly/3JG1Inc. Acesso em: 15 mar. 2023.

EUROPEAN COMMISSION. **Communication on the European Democracy Action Plan**. Bruxelas: European Commission, 2020. Disponível em: https://bit.ly/3TnsLH9. Acesso em: 15 mar. 2023.

FOUCART, Stéphane; HOREL, Stéphane; LAURENS, Sylvain. **Les gardiens de la raison**: enquête sur la désinformation scientifique. Paris: La Découverte, 2020.

GLOBAL WITNESS. **Last Line of Defense**: the industries causing the climate crisis and attacks against land and environmental defenders. [*S.l.*]: Global Witness, 2021. Disponível em: http://bit.ly/3FraMKq. Acesso em: 15 mar. 2023.

IBGE. **Contas de ecossistemas**: resultados do Projeto NCAVES no Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, 2022a. Disponível em: http://bit.ly/3YSq01Q. Acesso em: 15 mar. 2023.

IBGE. **Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2021**. Rio de Janeiro: IBGE, 2022b. Disponível em: https://bit.ly/3YNnmKY. Acesso em: 15 mar. 2023.

IPCC. **Climate Change 2022**: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Working Group II Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change Londres: Cambridge University Press, 2022. Disponível em: http://bit.ly/3TlqagM. Acesso em 15 mar. 2023.

KEMP, Simon. **Digital 2022**: Brazil. [*S.l.*]: DataReportal, 2022. Disponível em: https://bit.ly/3CUjoGC. Acesso em: 15 mar. 2023.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e Meio Ambiente**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MILLENNIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT. **Ecosystems and Human Well-being**: synthesis. Washington, DC: Island Press, 2005. Disponível em: https://bit.ly/3ZHWoW5. Acesso em: 15 mar. 2023.

NIMMO, Ben; AGRANOVICH, David; GLEICHER, Nathaniel. **Adversarial Threat Report**. Califórnia, Meta. 2022. Disponível em: https://bit.ly/3uk8CH4. Acesso em: 15 mar. 2023.

MIRRA, Alvaro Luiz Valery. **Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: http://bit.ly/42d4zv7. Acesso em: 15 mar. 2023.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Entenda a infodemia e a desinformação na luta contra a COVID-19**. Washington, DC: OPAS, 2020. Disponível em: https://bit.ly/37D60Lv. Acesso em: 15 mar. 2023.

PEREIRA, Marília do Nascimento. NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O direito à inclusão digital: o papel da cidadania online em matéria ambiental para a construção de uma democracia direta. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 2, p. 130-154, ago. 2017. Disponível em: http://bit.ly/3mWlgei. Acesso em: 15 mar. 2023.

RAJÃO, Raoni *et al*. The risk of fake controversies for Brazilian environmental policies. **Biological Conservation**, Montpellier, v. 266, n. 109447, fev. 2022. Disponível em: https://bit.ly/3wGAR4r. Acesso em: 15 mar. 2023.

RIPOLL, Leonardo; MATOS, José Claudio. O contexto informacional contemporâneo: o crescimento da desinformação e suas manifestações no ambiente digital. **Informação@Profissões**, Londrina, v. 9, n. 1, p. 87-107, jan./jun. 2020. Disponível em: http://bit.ly/3Lrsz83. Acesso em: 15 mar. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ecológico**: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção da Natureza. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

SISTEMA DE ESTIMATIVAS DE EMISSÕES E REMOÇÕES DE GASES DE EFEITO ESTUFA. **Análise das emissões brasileiras de gases de efeito estufa e suas implicações para as metas climáticas do Brasil (1970-2020)**. [*S.l.*]: SEEG, 2021. Disponível em: https://bit.ly/3LrsKQL. Acesso em: 15 mar. 2023.

STEFFEN, Will *et al*. The Anthropocene: conceptual and historical perspectives. **Phil. Trans. R. Soc. A**, London, v. 369, p. 842-867, mar. 2011. Disponível em: https://bit.ly/3IprOqA. Acesso em: 15 mar. 2023.

THE ECONOMICS ECOSYSTEMS AND BIODIVERSITY. **A Economia dos Ecossistemas e da Biodiversidade**: Integrando a Economia da Natureza. Uma síntese da abordagem, conclusões e recomendações do TEEB. Genebra: TEEB, 2010. Disponível em: https://bit.ly/3ZTMNeU. Acesso em: 15 mar. 2023.

UNITED NATIONS. **Report of the United Nations Conference on Environment and Development**. Rio Declaration on Environment and Development. Nova Iorque: UE, 1992. Disponível em: https://bit.ly/3FvKDKf. Acesso em: 15 mar. 2023.

UNITED NATIONS. **Report of the United Nations Conference on the Human Environment**. Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment. Nova Iorque: UE, 1972. Disponível em: https://bit.ly/3X411rl. Acesso em: 15 mar. 2023.

UNITED NATIONS. **Resolution 73/284 adopted by the General Assembly on 1 March 2019**. United Nations Decade on Ecosystem Restoration (2021-2030).

Nova Iorque: UE, 2019. Disponível em: https://bit.ly/40dySjJ. Acesso em: 15 mar. 2023.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **Principles for Ecosystem Restoration to Guide the United Nations Decade 2021–2030**. Nova Iorque: UE, 2021. Disponível em: http://bit.ly/3TIFXMX. Acesso em: 15 mar. 2023.

VIDEO do governo mente sobre regularização fundiária: peça produzida pelo Ministério da Agricultura, voltada ao público estrangeiro, lança mão de analogias sem sentido e números distorcidos. **Facebook.eco**, 17 out. 2020. Disponível em: https://bit.ly/381ePyV. Acesso em: 15 mar. 2023.

WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. **Information Disorder**: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making. Council of Europe report, 2017. Estrasburgo: Council of Europe, 2017. Disponível em: https://bit.ly/3ub5Wu9. Acesso em: 15 mar. 2023.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

A HIPERVULNERABILIDADE DIGITAL DO CONSUMIDOR DIANTE DO COMÉRCIO ELETRÔNICO, DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DA INTERNET DAS COISAS

THE CONSUMER'S DIGITAL HYPERVULNERABILITY FACED BY ELECTRONIC COMMERCE, ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE INTERNET OF THINGS

LA HIPERVULNERABILIDAD DIGITAL DEL CONSUMIDOR ANTE EL COMERCIO ELECTRÓNICO, LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL INTERNET DE LAS COSAS

Douglas Roberto Winkel Santin[1]

RESUMO

Trata-se de pesquisa que objetiva o estabelecimento do consumidor digital enquanto uma nova categoria de consumidor hipervulnerável. Ao longo do estudo, verificou-se que ao ampliarem os meios de indução dos consumidores à aquisição de produtos ou serviços em meio digital, inclusive sofisticando as práticas de assédio de consumo, o advento da Internet das Coisas e o uso da inteligência artificial fazem do consumidor digital um sujeito hipervulnerável, vale dizer, é vulnerável por ser consumidor – condição ínsita à sua posição na relação jurídica de consumo – e simultaneamente também é vulnerável ao estabelecer sua contratação no meio digital. O método de pesquisa adotado é o indutivo, com recorte qualitativo, valendo-se de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave*:* comércio eletrônico; inteligência artificial; Internet das Coisas; consumidor digital; hipervulnerabilidade.

---

1 Analista Processual do Ministério Público da União. Mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas (área de concentração: direitos sociais) na linha de pesquisa nº2 ("Direito e Vulnerabilidade Social"), sob a orientação do Professor Dr. Fernando Costa de Azevedo. Membro do GECON – Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito do Consumidor (CNPq), vinculado à Faculdade de Direito – UFPel. Membro do Grupo de Pesquisa em Responsabilidade Civil diante das práticas abusivas no comércio eletrônico, na economia do compartilhamento e na Internet das Coisas (CNPq) – ABDECON/UFBA, sob a orientação da Professora Dra. Joseane Suzart Lopes da Silva. E-mail: drwsantin@gmail.com.

ABSTRACT

This is a research that aims to establish the digital consumer as a new category of hypervulnerable consumer. Throughout the study, it was found that by expanding the means of inducing consumers to purchase products or services in digital media, including sophisticated practices of consumer harassment, the advent of the internet of things and the use of artificial intelligence make the digital consumer a hyper-vulnerable subject, that is to say, is vulnerable for being a consumer – a condition inherent to their position in the legal relationship of consumption – and simultaneously is also vulnerable when establishing their contract in the digital environment. The research method adopted is inductive, with a qualitative approach, using bibliographic and documentary research techniques.

Keywords: e-commerce; artificial intelligence; Internet of Things; digital consumer; hypervulnerability.

RESUMEN

Esta es una investigación que tiene como objetivo establecer al consumidor digital como una nueva categoría de consumidor hipervulnerable. A lo largo del estudio, se encontró que al expandir los medios para inducir a los consumidores a comprar productos o servicios en medios digitales, incluyendo prácticas sofisticadas de acoso al consumidor, el advenimiento del internet de las cosas y el uso de la inteligencia artificial hacen del consumidor digital un hiperactivo. sujeto vulnerable, es decir, es vulnerable por ser consumidor - condición inherente a su posición en la relación jurídica de consumo- ya la vez es vulnerable también al establecer su contrato en el entorno digital. El método de investigación adoptado es inductivo, con enfoque cualitativo, haciendo uso de técnicas de investigación bibliográfica y documental.

Palabras clabe: comercio electrónico; inteligencia artificial; Internet de las Cosas; consumidor digital; hipervulnerabilidad.

Data de submissão: 21/01/2023

Data de aceite: 21/03/2023

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo principal estabelecer o consumidor digital, dadas novas vulnerabilidades ínsitas ao estabelecimento de relações

jurídicas de consumo em meio eletrônico, enquanto uma nova categoria de consumidor hipervulnerável.

Para tanto, o estudo parte da compreensão conceitual acerca do comércio eletrônico enquanto uma realidade massificada, especialmente após o contexto da pandemia de Covid-19; bem como o fenômeno da inteligência artificial e o avanço da Internet das Coisas.

Em seguimento, parte-se para uma compreensão da relação jurídica de consumo e um aprofundamento dos conceitos de vulnerabilidade e hipervulnerabilidade do consumidor.

Por fim, retomando as reflexões desenvolvidas nos capítulos anteriores, passa-se para uma compreensão das novas vulnerabilidades inerentes ao comércio eletrônico e potencializadas pelos desafios relativos à inteligência artificial e à Internet das Coisas. Daí alcançando-se a noção de hipervulnerabilidade digital e a necessária resposta protetiva do sistema nacional de defesa do consumidor.

Trata-se de pesquisa de significativa relevância acadêmica e social, tendo em vista o pouco desenvolvimento do tema sob o enfoque da hipervulnerabilidade, bem como tendo em consideração a notável emergência das relações jurídicas de consumo em meio digital enquanto forma predominante de contratação de produtos e serviços neste século, notadamente, a partir da pandemia de Covid-19.

A metodologia adotada é de caráter indutivo, com necessário recorte qualitativo, analisando as circunstâncias que cercam o estabelecimento das relações jurídicas de consumo em meio digital contemporaneamente para, a partir da construção doutrinária e dos marcos normativos pertinentes, estabelecer o consumidor digital enquanto nova categoria de consumidor hipervulnerável. As técnicas de pesquisa utilizadas concentram-se nas técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, envolvendo tanto a análise direta dos textos normativos pertinentes quanto o estabelecimento de ponderações a partir da doutrina especializada.

2 O COMÉRCIO ELETRÔNICO, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E INTERNET DAS COISAS

2.1 O COMÉRCIO ELETRÔNICO COMO REALIDADE MASSIFICADA

A produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços de forma massiva são inerentes à chamada sociedade de consumo (AZEVEDO; KLEE, 2013).

Nada obstante, a partir da década de 1990 essas atividades ganham um novo espaço para se desenvolver, notadamente, a rede mundial de computadores, o chamado ciberespaço (MARQUES, 2003), e é nesse contexto que se passa a falar em comércio eletrônico.

Com efeito, em termos conceituais o comércio eletrônico é muito bem definido na lição da professora Cláudia Lima Marques, nos seguintes termos (MARQUES, 2003, p. 48):

> Trata-se do denominado "comércio eletrônico", comércio realizado através de contratações à distância, as quais são conduzidas por meios eletrônicos (e-mail, etc.), por Internet (on-line) ou por meios de telecomunicações de massa (telemarketing, TV, TV a cabo, etc.), sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar (e sim à distância).

Foi apenas neste século, porém, que o consumo a partir de plataformas eletrônicas ampliou significativamente seu espaço dentre as formas de adquirir bens e serviços, sejam eles físicos ou digitais, a ponto de se tornar uma realidade massificada. Tendo em vista que somente no século XXI culminaram todas as circunstâncias para a eclosão dessa modalidade de consumo (SCHMIDT NETO, 2021).

Tal expansão recebeu especial impulso a partir da pandemia de Covid-19, a qual estabeleceu uma série de restrições à interação física entre consumidores e fornecedores e induziu um salto nas contratações em meio eletrônico. Nesse sentido (MIRAGEM, 2022):

> O que parecia uma consequência inafastável do avanço da tecnologia da informação acelerou-se com a pandemia: o consumo pela internet — o comércio eletrônico — passou a contemplar uma série de produtos e serviços tradicionalmente oferecidos no mundo físico. O distanciamento social fez com que a aquisição de produtos mais diversos, consultas médicas e com uma série de outros profissionais, serviços de educação, encontros e congressos profissionais, entre outros, passassem a ser realizar pela internet. Há tele-entrega de quase tudo, embora não acessível a todos. A agilidade do fornecimento e o conforto de adquirir e receber em casa rivaliza com as dificuldades no caso de desacertos negociais, a crescente automatização das contratações, a reclamação de vícios de produtos e serviços, ou ainda problemas de conexão (em especial para quem não contratar planos com melhor velocidade e dados). A equação de vantagens e desvantagens permite perceber a tendência de que muitas dessas atividades que passaram a se realizar pelo meio digital prossigam assim no pós-pandemia.

Também salientando o impacto do contexto pandêmico no incremento do comércio eletrônico (SCHMIDT NETO, 2021, p. 158):

> A pandemia de coronavírus que iniciou entre o final de 2019 e o início de 2020 exigiu um isolamento social que restringiu as visitas físicas durante longos períodos de quarentena e as vendas online dispararam em todo o mundo forçando os fornecedores a se lançar no comércio eletrônico. Somente em abril de 2020 o crescimento acumulado no número de vendas nesse modelo de negócios cresceu 40%.

Com efeito, a rápida disrupção de soluções tecnológicas, com ampla oferta de soluções de consumo via comércio eletrônico rapidamente organizadas para fazer frente às restrições de circulação de pessoas impostas pela pandemia, associadas às próprias circunstâncias concretas impostas para enfrentamento do vírus, propiciaram uma ampliação do comércio eletrônico, o qual passou a alcançar atividades que até então eram predominantemente presenciais – como por exemplo, as compras de alimentos nos supermercados por aplicativos em substituição à ida presencial ao supermercado –, bem como levou a realização de atos de consumo por meio digital a um público de consumidores que até então não o utilizavam – como é o caso dos idosos, por exemplo.

2.2 O FENÔMENO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Inteligência artificial é expressão construída em oposição a ideia de uma inteligência natural presente nos seres humanos. Com efeito, consiste na capacidade de um determinado sistema informático de interpretar autonomamente dados da realidade e, a partir disso, tomar decisões e aplicar ações.

Nesse sentido aduz o professor Bruno Miragem (2021, p. 140):

> Essa noção de inteligência artificial compreende a capacidade de um determinado sistema informatizado não apenas executar comandos pré-programados, mas, também interpretar um determinado contexto e atuar sem prévia definição, apenas de acordo com a representação que estabeleça sobre a ação mais adequada para intervir em certa situação. Daí a noção de "inteligência" reconhecida como capacidade de interpretação da realidade e determinação de uma ação de forma autônoma, independente de comandos anteriores definidos por programação. Será "artificial" porque desenvolvida no âmbito da computação e das tecnologias da informação, em oposição àquela natural, reconhecida aos seres humanos. A rigor, uma pessoa muitas vezes decide o que fazer avaliando os resultados das diferentes possibilidades de ações que pode realizar. Um programa inteligente deverá fazer o mesmo, mas usando processo lógico capaz de identificar e demonstrar as alternativas sem deixar de considerar que se trata, em última análise, de uma máquina.

Vale dizer, a inteligência artificial é elemento que permite a automatização de diversas tarefas e a integração de diferentes dispositivos e bancos de dados na tomada de decisões "autônomas" por sistemas informatizados.

Atualmente diferentes níveis de inteligência artificial estão presentes em diversos processos, desde processos negociais, na obtenção e tratamento de informações que permitem maior eficácia na atuação dos agentes econômicos e intensificação do engajamento de consumidores (MIRAGEM, 2021). No entanto, pelos mesmos motivos, essa inteligência artificial à disposição dos fornecedores expõe os consumidores a novas e aprofundadas vulnerabilidades como se verá adiante.

2.3 O AVANÇO DA INTERNET DAS COISAS

Denomina-se Internet das Coisas o crescente fenômeno de integração entre bens e serviços a partir de uma conexão virtual ou física. Nesse sentir, merece destaque a definição construída por Patricia Strauss Riemenschneider e Guilherme Antônio Balczarek Mucelin (2021):

> A expressão Internet das Coisas (IdC) tem sua origem na língua inglesa, Internet of Things, e apareceu pela primeira vez em 1995 nas produções de Kevin Ashton, cofundador do MIT Auto ID Center (RIFKIN, 2016). Muito se tem escrito sobre o tema, mas seu conceito não encontra unanimidade na Academia (HELBERGER, 2016): dentre as diversas interpretações possíveis, pode-se, de maneira geral, estabelecer que se trata da conexão de objetos físicos à Internet, entre si e com o usuário, por meio de sensores e tecnologias wireless, tornando-os capazes de interagir com ambiente e com as pessoas (DUTTON, 2013), com capacidade de responsividade em tempo real.

Em igual sentido (MAGRANI, 2018):

> A expressão IoT é utilizada para designar a conectividade e interação entre vários tipos de objetos do dia a dia, sensíveis à internet. Fazem parte desse conceito os dispositivos de nosso cotidiano que são equipados com “sensores capazes de captar aspectos do mundo real, como por exemplo temperatura, umidade e presença, e enviá-los a centrais que recebem estas informações e as utilizam de forma inteligente”.86 A sigla refere-se a um mundo onde objetos e pessoas, assim como dados e ambientes virtuais, interagem uns com os outrosno espaço e no tempo.

Ainda no que pertine às definições, muito elucidativo é o Decreto n. 9.854, de 25 de junho de 2019, o qual instituiu o Plano Nacional de Internet das Coisas, e traz as seguintes definições normativas:

> Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:
> I - **Internet das Coisas - IoT** - a infraestrutura que integra a prestação de serviços de valor adicionado com capacidades de conexão física ou virtual de coisas com dispositivos baseados em tecnologias da informação e comunicação existentes e nas suas evoluções, com interoperabilidade;
> II **- coisas** - objetos no mundo físico ou no mundo digital, capazes de serem identificados e integrados pelas redes de comunicação;
> III - **dispositivos** - equipamentos ou subconjuntos de equipamentos com capacidade mandatória de comunicação e capacidade opcional de sensoriamento, de atuação, de coleta, de armazenamento e de processamento de dados; e

> IV **- serviço de valor adicionado** - atividade que acrescenta a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde novas utilidades relacionadas ao acesso, ao armazenamento, à apresentação, à movimentação ou à recuperação de informações, nos termos do disposto no art. 61 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. (grifei)

Com efeito, o mencionado texto normativo busca estabelecer definições alinhadas ao atual estágio da chamada Internet das Coisas (IoT), trazendo não somente uma definição-base desta, mas também buscando definir elementos que lhe são inerentes tais como: coisas, dispositivos e serviços de valor adicionado.

Tal fenômeno é extremamente novo, visto que só se tornou viável e massificado por recentes avanços tecnológicos, tais como: o aprimoramento da infraestrutura de conexão de internet sem fio, e integração de novos dispositivos multitarefas com a internet, bem como o desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial.

A título exemplificativo do que venha a ser a IoT e sua presença na vida cotidiana dos consumidores, nada é mais simbólico e autoexplicativo que os chamados "alto-falantes inteligentes", dispositivos domésticos multitarefas conectados à internet e providos de capacidades de atender a comandos de voz dos usuários, tais como os dispositivos *Amazon Alexa*, *Google Nest* e *Apple HomePod*. Tais dispositivos permitem a realização de pesquisas, reprodução de músicas, execução de tarefas em outros dispositivos também conectados, entre outras. Evidentemente trata-se apenas de uma ilustração, sendo o fenômeno da IoT muito mais amplo e profundo do que isso.

3 A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO, VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR E A NOÇÃO DE HIPERVULNERABILIDADE

3.1 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

Conforme delineado nos artigos 2.º e 3.º da Lei 8.078/1990, a relação jurídica de consumo consiste na relação jurídica estabelecida entre o consumidor – pessoa que realiza, na condição de destinatário final, um ato de

consumo – relativamente a um objeto – que é o produto ou serviço – que lhe é prestado por um fornecedor. Fornecedor, por sua vez, é a pessoa ou ente despersonalizado que pratica ato típico da cadeia produtiva colocando a disposição do mercado um produto ou serviço (AZEVEDO, 2009).

Nesse sentir, portanto, consumidor deve ser compreendido como toda pessoa, física ou jurídica, que realiza, na condição de destinatário final, ato de consumo. Tal é o conceito contido no artigo 2.º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, nos seguintes termos: consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Tal é o denominado conceito *standart* de consumidor, o qual deve ser ainda complementado com as figuras de consumidor equiparado de que tratam o parágrafo único do mesmo artigo 2.º do Código de Defesa do Consumidor – conforme o qual "equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo" –, o artigo 17 do mesmo diploma legal – o qual dispõe se equiparar a consumidor todas as vítimas do fato do produto ou serviço –, e também o artigo 29 do estatuto consumerista, que ao tratar da coibição das práticas abusivas nas relações de consumo dispõe se equipararem a consumidores "todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas".

Do outro lado da relação jurídica tem-se a figura do fornecedor, que encontra definição legal no artigo 3.º do Código de Defesa do Consumidor, nos seguintes termos:

> Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Nesta senda, tem-se que fornecedor pode ser toda pessoa, seja física ou jurídica, nacional ou não; e ainda qualquer ente despersonalizado, isto é, aqueles entes que embora existentes no mundo dos fatos, não se revestem de personalidade jurídica formal. Isso porque a ênfase do conceito reside menos na forma do sujeito que atua e mais, e centralmente, na atividade exercida,

vale dizer, o exercício de atividade típica da cadeia produtiva - produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização – para a colocação no mercado de consumo de um produto ou serviço.

Ademais, conforme vislumbrado no conceito inicial de relação jurídica de consumo indicado, a relação jurídica de consumo, tal qual qualquer relação jurídica base, dá-se relativamente a um objeto, qual seja, o produto ou o serviço. Por produto, deve-se entender qualquer coisa, móvel ou imóvel, material ou imaterial. Por serviço, deve-se entender qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, salvo as decorrentes de relações trabalhistas.

Nesse sentido, dispõe os §§1.º e 2.º do artigo 3.º do Código de Defesa do Consumidor, nos seguintes termos:

> Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
> § 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
> § 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Ocorre que a estrutura da relação jurídica de consumo exige, para além dos já mencionados elementos subjetivos (consumidor e fornecedor) e objetivos (produto ou serviço), a presença ainda de um elemento finalístico/teleológico, qual seja, a aquisição ou utilização de produto ou serviço na condição de destinatário final por parte do sujeito consumidor. Vale dizer, para que haja relação jurídica de consumo é preciso que o ato do consumidor ao adquirir ou utilizar um determinado produto ou serviço se esgote por si, do ponto de vista econômico, não servindo tal como meio ou insumo para a produção de um produto ou serviço a ser colocado no mercado de consumo.

Tal perspectiva acerca do elemento finalístico corresponde à perspectiva dominante na doutrina e na jurisprudência brasileiras, consolidada

na denominada teoria finalista. Segundo a teoria finalista, a expressão destinatário final enquanto elemento caracterizador do sujeito consumidor e elemento teleológico da própria definição de relação jurídica de consumo, deve ser entendida como destinatário final fático e econômico. Nesse sentido é a lição da professora Claudia Lima Marques (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2021):

> Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida "destinação final" do produto ou do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição.

De outro lado, e em contraponto, há a teoria maximalista a qual sustenta uma maior amplitude ao termo destinatário final, e por consequência ao âmbito de incidência da relação jurídica de consumo, ao sustentar que seria consumidor o destinatário final fático do produto ou serviço. Nesse sentido a lição do professor Bruno Miragem (2021, p. 242):

> A interpretação maximalista, assim, considera consumidor o destinatário final fático do produto ou serviço, ainda que não o seja necessariamente seu destinatário economico. Em outros termos, basta para qualificar-se como consumidor, segundo os maximalistas, que se adquira ou utilize o produto ou serviço, não sendo preciso que a partir do ato de consumo sejam retirados do mercado, ou que não sejam reempregados na atividade econômica.

Outrossim, há uma terceira perspectiva acerca do alcance da expressão destinatário final, qual seja, a teoria finalista aprofundada. Trata-se de uma perspectiva de viés finalista e que, portanto, assume como regra que a expressão destinatário final deve ser, simultaneamente, fático e econômico. A distinção com a teoria finalista clássica surge em razão da proposição de um modelo de mitigação/flexibilização da rigidez do finalismo, ao assumir que em determinados contextos fáticos e diante da presença da vulnerabilidade concreta do consumidor, equiparar-se-á a consumidor – leia-se: coloca no

âmbito de incidência da relação jurídica de consumo e da proteção das normas consumeristas – certos sujeitos que *a priori* não se enquadrariam no conceito finalista de consumidor (MIRAGEM, 2021, p. 243-248).

3.2 VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

A característica central da relação jurídica de consumo é o desequilíbrio entre a posição dos dois sujeitos da relação jurídica, consumidor e fornecedor, sendo este o fundamento do mandamento constitucional de proteção do consumidor que faz exsugir a legislação protetiva deste polo mais frágil da relação jurídica (AZEVEDO, 2014, p. 108).

E é nesse contexto que exsurge a própria noção de vulnerabilidade do consumidor (artigo 4.º, inciso I, da Lei 8.078/1990). A vulnerabilidade é justamente o princípio jurídico assinalado expressamente no Código de Defesa do Consumidor que reconhece a qualidade do consumidor enquanto sujeito mais fraco na relação de consumo diante do fornecedor. Nesse ponto pertinente é o conceituado pelo professor e procurador de justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul Paulo Valerio Dal Pai Moraes (2009, p. 125), conforme o qual:

> Vulnerabilidade, sob o enfoque jurídico, é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daquele(s) sujeito(s) mais fraco na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venha(m) a ser ofendido(s), na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do(s) sujeito mais potente(s) da mesma relação.

No mesmo sentir é a posição sustentado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem (2012, p. 117 e 162):

> […] a vulnerabilidade é mais um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação [...] A noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica [...]

Igualmente, não se pode confundir a vulnerabilidade material do consumidor com a hipossuficiência processual do sujeito consumidor no processo. Vale dizer (BRAGA NETTO, 2021, p. 68-69):

> É importante, desde logo, distinguir vulnerabilidade de hipossuficiência. A hipossuficiência – conforme veremos adiante, no Capítulo XVIII, ao analisarmos a inversão do ônus da prova – deve ser aferida pelo juiz no caso concreto e, se existente, poderá fundamentar a inversão do ônus da prova (CDC, art.6.º, VIII). [...] Já a presunção de vulnerabilidade do consumidor é absoluta. Todo consumidor é vulnerável, por conceito legal. A vulnerabilidade não depende da condição econômica, ou de quaisquer contextos outros. A hipossuficiência, como dissemos, deve ser aferida no caso concreto [...] A hipossuficiência diz respeito, nessa perspectiva, ao direito processual, ao passo que a vulnerabilidade diz respeito ao direito material. [...] Assim, nem todo consumidor é hipossuficiente, embora todos sejam vulneráveis.

Ademais, tal vulnerabilidade do consumidor não deve ser vista apenas como uma posição de fragilidade econômica, embora também o seja, diante do fornecedor. Vale dizer, a vulnerabilidade do consumidor é uma condição complexa que se reveste de dimensões técnica, jurídica, política, neuropsicológica, econômica, ambiental e tributária (MORAES, 2009, p. 128-203).

3.3 NOÇÃO DE HIPERVULNERABILIDADE

Compreendida a abrangência do conceito de relação jurídica de consumo e a assinalada a centralidade da vulnerabilidade do sujeito consumidor como elemento inerente e caracterizador dessa relação, cumpre avançar para uma condição ainda mais peculiar no âmbito da vulnerabilidade.

Efetivamente, há circunstâncias concretas de determinados indivíduos e grupos sociais que os colocam numa condição de especial vulnerabilidade, de uma vulnerabilidade agravada, frente ao fornecedor, e a tal situação a doutrina e jurisprudência dominantes denominam de hipervulnerabilidade. Nesse sentido (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 189):

> Em outras palavras, enquanto a vulnerabilidade "geral" do art. 4º, I se presume e é inerente a todos os consumidores (em especial tendo em vista sua posição nos contratos, tema desta obra), a hipervulnerabilidade seria "inerente" e especial à situação pessoal de um consumidor, seja permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou temporária (doença, gravidez, analfabetismo, idade).

De igual sorte, e dando preferência a expressão vulnerabilidade agravada, aduz o professor Bruno Miragem (2021, p. 201):

> Em resumo, o princípio da vulnerabilidade é aquele que estabelece a presunção absoluta de fraqueza ou debilidade do consumidor no mercado de consumo, de modo a fundamentar a existência de normas de proteção e orientar sua aplicação na relação de consumo. Poderá, todavia, variar quanto ao modo como se apresenta em relação a cada consumidor, em face de suas características pessoais e suas condições econômicas, sociais e intelectuais. E da mesma forma, certas qualidade pessoais do consumidor podem dar causa a uma soma de fatores de reconhecimento da vulnerabilidade, razão pela qual se pode falar em situação de vulnerabilidade agravada, ou como também vem denominando a doutrina, hipervulnerabilidade do consumidor. A utilidade do reconhecimento de causas que acentuem a vulnerabilidade do consumidor, agravando sua condição, se estabelece como um critério de interpretação e aplicação das normas de proteção – ou como sugere a doutrina, originando um dever de cuidado especial – atendendo a essa situação peculiar de certos consumidores.

Portanto, o conceito de hipervulnerabilidade tem enorme importância no incremento da intensidade e amplitude do âmbito de incidência da relação jurídica de consumo e, por consequência, na proteção desses sujeitos consumidores pelas normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido (AZEVEDO, 2019):

> A proteção jurídica dos grupos hipervulneráveis representa uma segunda conquista para a efetividade do Direito do Consumidor. De fato, a primeira conquista foi a consolidação do campo de aplicação do CDC (LGL\1990\40) em nossos tribunais pela aplicação da corrente finalista, chega-se, hoje, ao reconhecimento de que se deve dar atenção diferenciada aos grupos de consumidores que se encontram em estado de vulnerabilidade agravada, seja em razão da identificação constitucional (proteção do idoso, da criança, etc.), seja pela indicação de certos fatores no CDC (LGL\1990\40), bem como "idade, saúde, conhecimento ou condição social" (art. 39, IV) ou ainda por outros que se possa identificar, já que se trata de uma categoria aberta.

Outrossim, elencam-se na doutrina e nas decisões judiciais diferentes termos para designar a noção de hipervulnerabilidade - tais como:

vulnerabilidade agravada, vulnerabilidade duplicada, vulnerabilidade potencializada, vulnerabilidade especial.

Há também importantes divergências acerca de quais grupos e indivíduos devem figurar sob o âmbito desse conceito, notadamente, se apenas aqueles grupos cuja vulnerabilidade se extrai diretamente do texto constitucional – idosos, crianças e adolescentes, pessoas com deficiência, entre outros – (NISHIYAMA; DENSA, 2010) ou tratar-se-ia de conceito também apreciável diante do caso concreto a qualquer indivíduo ou grupo que numa dada situação e por circunstâncias ali postas ocupe uma peculiar posição de vulnerabilidade (MARQUES; MIRAGEM, 2012).

4 A HIPERVULNERABILIDADE DIGITAL E A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES.

4.1 AS NOVAS VULNERABILIDADES INERENTES AO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Conforme assinalado alhures, o comércio eletrônico se caracteriza pelo estabelecimento de relações jurídicas de consumo à distância, por meio eletrônico. Nesse contexto verificam-se diferentes incrementos de riscos a vulnerar a posição do consumidor digital.

Por primeiro tem-se a disponibilização da possibilidade de aquisição de produtos ou serviços ininterruptamente, tendo em vista que no comércio eletrônico os fornecedores não dependem de estabelecimentos abertos e nem mesmo de trabalhadores à disposição em tempo real para que sejam realizados atos de consumo.

Paralelamente, tem-se a exacerbação do modelo de contratos de adesão, pela simplificação e padronização rígida dos contratos e termos de adesão em meio digital, os não somente não aceitam negociação – visto que são fechados – como passam a se contentar com a aceitação pura e simples, e irrefletida, do consumidor com um clique – daí a expressão *one click contracts*

– assim colocando o consumidor digital numa posição de ainda maior assimetria contratual (MIRAGEM, 2021). Aliás, frenquentemente a aceitação pura e simples dos termos de contrato pelo consumidor é condição indispensável ao acesso ao produto ou serviço desejados pelo consumidor, o que só condiciona sua irrefletida aceitação pelo sujeito vulnerável da relação jurídica de consumo.

4.2 ASPECTOS VULNERANTES NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E NA INTERNET DAS COISAS

Tanto a Internet das Coisas – integração entre bens e serviços a partir de uma conexão virtual ou física – quanto a inteligência artificial – capacidade de um determinado sistema informático de interpretar autonomamente dados da realidade e, a partir disso, tomar decisões e aplicar ações – exacerbam a vulnerabilidade do consumidor digital.

Com efeito, a inteligência artificial permite a adoção de soluções automatizadas de contratação e execução de produtos ou serviços, colocando o consumidor cada vez mais a mercê de sistemas construídos para atender ao interesse unilateral dos fornecedores.

Ademais, a Internet das Coisas, ao ampliar a integração dos diferentes aspectos da vida do consumidor – seus hábitos, gostos, dados de saúde – a partir dos diferentes dispositivos conectados que o cercam no cotidiano, permite aos fornecedores a obtenção de dados em níveis críticos, o quais permitem encontrar as vulnerabilidades de cada consumidor e aperfeiçoar as formas de assédio de consumo.

Nesse sentido (SCHMIDT NETO, 2021, p. 161-162):

> O Big Data busca processar uma enorme quantidade de dados, permitindo, inclusive, que estabeleça o padrão comportamental a partir de algoritmos. Os movimentos na rede são coletados e processados formando um perfil que descreve aquele consumidor em suas preferências mais íntimas. Com base nesta descrição, são possíveis, inclusive, preços personalizados a partir de critérios obscuros.

A combinação da IoT e da inteligência artificial, de outro aspecto, permite o desenvolvimento de algoritmos cada vez mais precisos e, assim, o aperfeiçoamento dos sistemas de inteligência artificial e da própria integração dos dispositivos eletrônicos.

4.3 A HIPERVULNERABILIDADE DIGITAL E A ATUAÇÃO DO SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Ao ampliarem os meios de indução dos consumidores à aquisição de produtos ou serviços em meio digital – inclusive sofisticando as práticas de assédio de consumo – o advento da Internet das Coisas e o uso da inteligência artificial fazem do consumidor digital um sujeito hipervulnerável, vale dizer, é vulnerável por ser consumidor – condição ínsita à sua posição na relação jurídica de consumo – e, simultaneamente, é vulnerável ao estabelecer sua contratação no meio digital. Trata-se, conforme se pretende delinear nesse estudo, de uma nova categoria de consumidor hipervulnerável, a saber, o consumidor digital.

Efetivamente a massificação do comércio eletrônico como forma preponderante de estabelecimento total ou parcial das relações de consumo – associada à sofisticação da apropriação e processamento de dados propiciados pelo avanço da Internet das Coisas e pelos variados sistemas informáticos de inteligência artificial – coloca o consumidor digital numa posição singular de vulnerabilidade, uma posição de vulnerabilidade muito mais exacerbada que aquela tradicional e inerente a qualquer relação jurídica de consumo.

Nesse sentido (SCHMIDT NETO, 2021, p. 161-162):

> A revolução industrial e a recente revolução tecnológica criaram um abismo no que se refere à computação de dados que nem o consumidor mais educado e informado do mundo superaria a lógica e as ferramentas de mercado. A total liberdade de dados na rede, gradativamente, faz o sujeito perder direitos como privacidade, individualidade e, principalmente, autonomia.

Vale dizer, o consumidor digital encontra-se em uma posição de vulnerabilidade agravada pelas circunstâncias próprias dessa modalidade de relação jurídica de consumo.

Ademais, abordando a questão ainda por outro aspecto, é possível reconhecer a acumulação de vulnerabilidades de diferentes ordens, de forma simultânea, sobre a figura do consumidor digital ao estabelecer sua relação jurídica de consumo com fornecedores no comércio eletrônico.

Nesse sentir (AZEVEDO; SANTOS; MOREIRA, 2022):

> Logo, é possível dizer que, no caso de contratação no comércio eletrônico, pode haver acúmulo dos vários tipos de vulnerabilidade, tal como a vulnerabilidade técnica – entendida como falta de conhecimento do consumidor para lidar com determinados instrumentos –, a vulnerabilidade neuropsicológica – em decorrência de obediência a determinados padrões que são impostos nas redes –, e, ainda, a vulnerabilidade cibernética – que decorre tanto da falta de acesso à internet quanto da ignorância no uso da tecnologia. Existe, por conseguinte, uma hipervulnerabilidade do consumidor na rede.

Ainda nesse sentido leciona André Perin Schimdt Neto (2021, p. 162) ao apontar que: “Esse desequilíbrio deve ser considerado como ponto de partida em busca de formas efetivas de proteger os dados do consumidor, buscando equalizar desiguais com vistas à concretização da isonomia”.

De fato, o sistema nacional de defesa do consumidor, nos termos delineados atualmente, possui ferramentas para a tutela dos consumidores em geral, aí abrangidas as relações de consumo em meio digital. Todavia, tais instrumentais são limitados diante dos novos desafios impostos, exigindo-se, portanto, novos marcos normativos que permitam uma melhor tutela dessa categoria de consumidores (AZEVEDO; SANTOS; MOREIRA, 2022).

Nesse sentido tramita na Câmara dos Deputados o PL. 3.514/2015, trata-se de projeto oriundo e já aprovado pelo Senado Federal – tendo tramitado originalmente como o PLS 281/2012 – e que tem como objetivo principal alterar o Código de Defesa do Consumidor para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico.

Entre os vários aspectos a destacar nessa proposta legislativa está o reconhecimento da já mencionada assimetria informacional exacerbada nas

relações de consumo estabelecidas em meio digital, conforme redação proposta de seu artigo 45-A, nos seguintes termos:

> 45-A. Esta seção dispõe sobre normas de proteção do consumidor no comércio eletrônico, visando fortalecer a sua confiança e assegurar a tutela efetiva, com **a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais.** (grifei)
> Parágrafo único. As normas desta Seção aplicam-se às atividades desenvolvidas pelo fornecedores de produtos ou serviços por meio eletrônico ou similar.

Com efeito, ao reconhecer a existência de uma especial assimetria nas relações estabelecidas por meio eletrônico o legislador reforça a posição de vulnerabilidade agravada do consumidor digital.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com efeito, ao longo do presente estudo, verificou que, ao ampliarem os meios de indução dos consumidores à aquisição de produtos ou serviços em meio digital, inclusive sofisticando as práticas de assédio de consumo, o advento da Internet das Coisas e o uso da inteligência artificial fizeram do consumidor digital um sujeito hipervulnerável, vale dizer, é vulnerável por ser consumidor – condição ínsita à sua posição na relação jurídica de consumo – e simultaneamente também é vulnerável ao estabelecer sua contratação no meio digital.

Diante do exposto, indica-se o surgimento de uma nova categoria de consumidores hipervulneráveis representada pelos consumidores digitais, isto é, aqueles que realizam a contratação de produtos ou serviços, sejam estes físicos ou digitais, em meio eletrônico. Tal contexto, exige aprofundamento dos estudos acerca das formas de proteção desses consumidores e, inclusive, acerca da necessidade de aprimoramento dos instrumentos normativos e regulatórios protetivos desse grupo hipervulnerável.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Fernando Costa de. **O desequilíbrio excessivo da relação jurídica de consumo e sua correção por meio da cláusula geral de proibição de vantagem excessiva no Código de Defesa do Consumidor**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

AZEVEDO, Fernando Costa de. O núcleo familiar como coletividade hipervulnerável e a necessidade de sua proteção contra os abusos da publicidade dirigida ao público infantil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 28, n. 123, p. 17-35, maio/jun. 2019.

AZEVEDO, Fernando Costa de. Uma Introdução ao Direito Brasileiro do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 18, n. 69, p. 32-86, jan./mar. 2009.

AZEVEDO, Fernando Costa de; KLEE, Antonia Espíndola Langoni. Considerações sobre a proteção dos consumidores no comércio eletrônico e o atual processo de atualização do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 22, n. 85, p. 209-260, jan./fev. 2013.

AZEVEDO, Fernando Costa de; SANTOS, Karinne Emanoela Goettems dos; MOREIRA, Tássia Rodrigues. Vulnerabilidade dos consumidores na sociedade da informação e a necessidade de proteção jurídica de seus dados nas relações estabelecidas em ambiente digital. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 31, n. 141, p. 201-218, maio/jun. 2022.

BRAGA NETTO, Felipe. **Manual de Direito do Consumidor à luz da jurisprudência do STJ**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990.

BRASIL. **Decreto n. 9854, de 25 de junho de 2019**. Institui o Plano Nacional de Internet das Coisas e dispõe sobre a Câmara de Gestão e Acompanhamento do Desenvolvimento de Sistemas de Comunicação Máquina a Máquina e Internet das Coisas. Brasília, DF: Presidência da República, 2019.

BRASIL. **PL 3514/2015**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Brasília, DF: Presidência da República, 1990.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

MARQUES, Claudia Lima. Proteção do consumidor no âmbito do comércio eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 23, 2003.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 184-196.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor pós-pandemia. **Consultor Jurídico**, 17 de março de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-mar-17/garantias-consumo-direito-consumidor-pos-crise-covid-19. Acesso em: 11 mar. 2022.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.124-203.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA. Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 19 n. 76, p. 13-45, out./dez. 2010.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Consumidor. *In*: Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/320/edicao-1/consumidor. Acesso em: 27 ago. 2021.

RAMOS, Fabiana D'Andrea; ZANATTA, Lisiane. Fundamentos principiológicos para a proibição da publicidade dirigida à criança no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 183-199, dez. 2017.

RIEMENSCHNEIDER, Patrícia Strauss; MUCELIN, Guilherme Balczarek. Internet das Coisas, Decisões Automatizadas e o Direito à Explicação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, [*S. l.*], v. 49, n. 1, p. 689-708, 2021. Disponível em: https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/56135. Acesso em: 26 out. 2022.

SCHMIDT NETO, André Perin. **O livre-arbítrio da Era do Big Data**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 18, n. 70, p.139-171, abr./jun. 2009.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

O ATIVISMO JUDICIAL E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO DIREITO AMBIENTAL

THE JUDICIAL ACTIVISM AND THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS IN ENVIRONMENTAL LAW

EL ACTIVISMO JUDICIAL Y EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN EL DERECHO AMBIENTAL

José Jerônimo Nogueira de Lima[1]

Lourenço Grieco Neto[2]

Luana Sbeghen Bonomi[3]

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo geral compreender a promoção e proteção do meio ambiente enfatizando os problemas climáticos a partir do uso da chamada litigância climática, quando o estado se omite e descumpre seu dever constitucional. Por conseguinte, os objetivos específicos visam verificar o histórico legislativo ambiental e a litigância climática no Brasil, a partir da análise doutrinária e jurisprudencial, bem como refletir sobre o ativismo judicial na defesa das normas fundamentais socioambientais, a partir da verificação interpretativa da corte colombiana e suas questões sociais. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, partindo-se do argumento de que existe uma omissão estatal na esfera ambiental para, por conseguinte, defender a responsabilidade objetiva do Poder Público frente suas omissões, bem como defender a atuação do Poder Judiciário para garantir a efetividade da proteção e preservação ambiental. Ao final, realiza-se uma pesquisa metodológica empírica, por meio da análise de decisões judiciais, com objetivo de defender a utilização do mecanismo do

1 Advogado, Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Mestre em Direito pela mesma universidade, Especialista em Direito Administrativo e Constitucional pela Escola Paulista de Direito – EPD. E-mail: jeronimocb@yahoo.com.br.

2 Advogado, Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Especialista em Direito Constitucional pela mesma universidade. E-mail: lourenco.grieco@gmail.com.

3 Advogada, Mestranda em Direito Constitucional e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Especialista em Direito Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público. E-mail: luana_bonomi@hotmail.com.

Estado de Coisas Inconstitucional para garantir a efetividade das normas fundamentais socioambientais.

Palavras-chave: direito ambiental; litigância climática; responsabilidade objetiva do Estado; ativismo judicial; estado de coisas inconstitucional.

ABSTRACT

This research principal object aims to understand the promotion and protection of the environment, emphasizing climate problems from the use of the climate change litigation, which occurs when the state fails to comply its constitutional duty. Therefore, the specifics objectives aim to verify the environmental legislative history and the climate change litigation in Brazil, based on the doctrinal and jurisprudential analysis, as well as to reflect about judicial activism to defend the fundamental socio-environmental norms, based on the interpretative verification of the Colombian Court and their social issues. To achieve this purpose, the deductive method is used to argue that there is a State omission in the environmental sphere and to defend the objective liability of the government against its omissions, as well as to defend the co-operation of the Judiciary Power to guarantee the effectiveness of environmental protection and preservation. In the end, an empirical research is carried out through the analysis of judicial decisions, with the purpose to defend the use the mechanism of the Unconstitutional State of Affairs to guarantee the effectiveness of fundamental socio-environmental rules.

Keywords: environmental law; climate change litigation objective liability; judicial activism; unconstitutional state of affairs.

RESUMEN

Este articulo tiene como objetivo general comprender la promoción y protección del medio ambiente a partir de la litigación climática, que ocurre cuando el Estado no cumple con su deber constitucional. Por consiguiente, los objetivos específicos consisten en verificar la historia legislativa ambiental y la litigación climática en Brasil, a partir del análisis doctrinal y jurisprudencial, así como reflexionar sobre el activismo judicial en la defensa de las normas socioambientales fundamentales, a partir de la verificación interpretativa de la Corte Colombiana y sus cuestiones sociales. Para estos fines, se utiliza el método deductivo, partiendo del argumento de que hay una omisión estatal en el ámbito ambiental para, por consiguiente, defender la responsabilidad objetiva del Poder Público delante de sus omisiones, así como defender la actuación del Poder Judicial para garantizar la eficacia de la protección y preservación del medio ambiente. Al final, se realiza una investigación empírica, mediante análisis de decisiones judiciales, con el objectivo de defender la utilización del mecanismo del Estado de Cosas Inconstitucional para garantizar la efectividad de las normas fundamentales del medio ambiente.

Palabras clabe: derecho ambiental; litigación climática; responsabilidad objetiva del Estado; activismo judicial; estado de cosas inconstitucional.

Data de submissão: 30/01/2023

Data de aceite: 27/03/2023

1 INTRODUÇÃO

Em 2020, o povo brasileiro passou a questionar a atuação do Poder Público no enfrentamento de algumas questões ambientais, dentre elas o aumento das queimadas e do desmatamento ilegal na Amazônia. Além disso, no âmbito internacional, outros países também passaram a questionar a postura do Governo Brasileiro, gerando repercussões econômicas negativas ao país, especificamente no tocante as negociações de exportação (CARBONARO; CURCIO, 2020).

O descaso do Poder Público não é de hoje, notadamente com relação às mudanças climáticas, mesmo com a edição da Lei Federal 12.187/09 e no âmbito do Município de São Paulo Lei 14.933/09, verifica-se que as diretrizes legais estipuladas não são efetivamente cumpridas, de forma que o Poder Judiciário tem sido cada vez mais procurado para se manifestar sobre a aplicação de direitos e obrigações afetas às variações climáticas (PEEL; OSOFSKY, 2015).

Ocorre que a Constituição, em seus artigos 23, VI e 225, estabelece que um meio ambiente equilibrado é essencial a uma vida digna, e que é dever do Poder Público defendê-lo, preservá-lo e protegê-lo (BRASIL, 1988). Trata-se de um dever constitucional, e não uma escolha política.

Diante disso, a presente pesquisa pretende analisar qual o limite e como se dá a atuação do Poder Judiciário quando o Estado, que é formado pelo povo, fere o pacto social ao descumprir seus deveres e se omitir na implementação de políticas públicas e na fiscalização inerente ao meio ambiente.

Trata-se de um tema extremamente importante, considerando que estamos enfrentando diversos problemas ambientais face a atual inércia do Poder Público. Nesse sentido, a referida pesquisa irá analisar a responsabilidade objetiva do Estado frente suas omissões e, por conseguinte, irá defender o ativismo judicial derivado do estado de coisas inconstitucional em matéria ambiental, a fim de garantir a efetividade dos direitos ambientais expressos na Carta Magna.

2 HISTÓRICO LEGISLATIVO AMBIENTAL E LITIGÂNCIA CLIMÁTICA NO BRASIL

É nítido que não se pode imaginar a existência de uma vida digna sem um meio ambiente devidamente equilibrado. Por isso, com a evolução dos direitos fundamentais, a sociedade verificou a necessidade de formar uma consciência ambiental para fins de solidariedade com as futuras gerações que terão de conviver com a diminuição dos recursos naturais.

Nesse sentido, com o intuito de impor tal consciência no povo, o Poder Legislativo incluiu, no parágrafo 1º do art. 14 da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (lei nº 6.938/81[4]), a obrigação de reparar os danos ambientais de forma objetiva, isto é, independentemente da existência de culpa (HENKES, 2009, p. 56).

E, posteriormente, a Constituição Federal de 1988 recepcionou tal norma, acolhendo a responsabilidade objetiva e consolidando a garantia aos direitos relativos ao meio ambiente[5].

4 "Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:
§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente."

5 Esclarece José Afonso da Silva:
"As Constituições Brasileiras anteriores à de 1988 nada traziam especificamente sobre a proteção do meio ambiente natural. Das mais recentes, desde 1946, apenas se extraía orientação protecionista do preceito sobre a produção da saúde e sobre a competência da União para legislar sobre água, florestas, caça e pesca, que possibilitavam a elaboração de leis protetoras como o Código Florestal e os Códigos de Saúde Pública, de Água e de Pesca. A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental." (SILVA, 2011, p. 48).

Verifica-se que a preocupação do legislador ordinário e, sobretudo, do constituinte, com o meio ambiente é recente se considerarmos que a primeira constituição brasileira foi promulgada em 25 de março de 1824, tendo as primeiras regras acerca do Direito Ambiental, ainda infraconstitucionais, surgido em meados do século XX.

De forma singela, pode-se dividir o histórico legislativo do Direito Ambiental em quatro fases. A primeira, denominada "desregrada" perdurou desde o ano de 1500 até meados do século XX, fase em que não havia nenhum regulamento, que começa a surgir por volta de 1930, mas ainda sim de forma superficial, originando a segunda fase, "fragmentária".

A segunda fase, podendo ser chamada fase "fragmentária", porque não tem um código único, conforme foram surgindo os problemas, as leis foram sendo elaboradas, assim, tem-se código florestal em 1965, código de caça em 1967, código de pesca também em 1967, criação da Secretaria Especial de Meio Ambiente (SIMA) em 1973 (criada um ano após a conferência de Estocolmo, que foi a primeira reunião que tratou da questão ambiental de forma intensiva), responsabilidade (objetiva) por danos nucleares em 1977 e lei dos agrotóxicos em 1989, portanto foram diversas leis criadas de forma esparsa para solucionar questões pontuais que emergiram durante os anos.

Ato contínuo, à terceira fase atribui-se a alcunha de "sistêmica", e, razão da organização de um sistema de políticas públicas e de preocupação com o meio ambiente. Na década de 80, por ocasião da supracitada Lei 6.938/81, foi criada a política nacional de Meio Ambiente, inaugurando um novo tipo de estruturação de norma, foi a primeira lei a estabelecer princípios, instrumentos, ou seja, lei que além de prescrever sanção remete a uma fase introdutória. Também na mesma fase, houve a inserção do tema na Constituição Federal de 1988, notadamente no artigo 225[6].

Chega-se a fase atual, quarta fase, podendo ser considerada como "retrocesso", na qual se ignora a terceira fase e discute-se acerca de suposta invasão das funções

6 "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

típicas do legislativo por parte do Conselho de Meio Ambiente do Distrito Federal (CONAM) e outros conselhos de proteção ao meio ambiente. Debate-se sobre a formulação dos conselhos e sua suposta interferência nas funções de legislar do Congresso Nacional. Ou seja, questiona-se se os conselhos poderiam ou não editar regulamentos sobre temas que o Congresso é omisso. Há, nesse sentido, um retrocesso na efetiva proteção do meio ambiente que foi conquistada nas fases anteriores, ferindo, inclusive o princípio da vedação ao retrocesso[7].

Relatado brevemente o histórico legislativo ambiental brasileiro, destaca-se no presente trabalho a litigância climática, termo utilizado para descrever o conjunto de ações judiciais e administrativas envolvendo questões relacionadas à redução das emissões de gases de efeito estufa (mitigação), redução da vulnerabilidade aos efeitos das mudanças climáticas (adaptação), reparação de danos sofridos em razão das mudanças climáticas (perdas e danos) e à gestão dos riscos climáticos (riscos) (FABBRI; CUNHA; SETZER, 2019, p. 59).

Nos últimos anos, em que pese a Lei Federal 12.187/09, tenha instituído a Política Nacional sobre Mudança do Clima, estabelecendo diretrizes e instrumentos a serem seguidos para evitar, reduzir e reparar as alterações climáticas, verifica-se que o país possui uma economia calcada fortemente nos combustíveis fósseis e poucos investimentos orçamentários e científicos em energias renováveis, outrossim, a opção brasileira por transporte sobre rodas levou a um crescimento das emissões saídas de escapamentos de carros, ônibus e caminhões. A queima de diesel é a maior fonte de emissão de carbono nos transportes, que vem crescendo mais rápida do que as da gasolina (INSTITUTO…, 2022). De se notar, ainda, que apesar do aumento recente na produção de energia eólica e solar, essas fontes ainda respondem, por uma parte muito

7 “O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas ("lei de segurança social", "lei do subsídio de desemprego", "lei do serviço de saúde") deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa “anu lação", "revogação" ou "aniquilação" pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.” (CANOTILHO, 1999. p. 377).

pequena na matriz energética quando comparada aos países desenvolvidos (FABBRI; CUNHA; SETZER, 2019, p. 88).

Nesse sentido, pelos planejamentos climáticos precisam existir e funcionar no âmbito do Poder Executivo brasileiro que deve cumprir com os padrões de sustentabilidade exigidos pelo Acordo de Paris e pela Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, criando de forma harmônica leis e mecanismos eficazes para cumprir com as diretrizes previstas nos referidos instrumentos. Na falha ou na ausência dessas políticas públicas climáticas, voltadas para o corte de emissões ou para adoção de medidas de adaptação e de resiliência, é que a litigância climática pode exercer relevante papel no Brasil (FABBRI; CUNHA; SETZER, 2019, p. 89), notadamente pela atuação do poder judiciário para garantir efetividade aos programas de políticas públicas e condenar os agentes públicos pela omissão ou ação falha para garantir melhoria climática e, por conseguinte, ambientais.

A litigância climática no Brasil ganha força quando permite a atuação dos órgãos judiciais para tentar garantir a efetividade das políticas públicas para combater os problemas climáticos, se mostra como instrumento hábil para garantir a participação do Poder Judiciário no chamado ciclo de políticas públicas, não só em sua função de controle e fiscalização, mas também em todos elementos que compõem o programa de política pública, inclusive como forma de garantia da participação popular nos referidos programas, a partir de audiências públicas e consultas regionais, efetivando a democracia participativa e a participação ativa na promoção das políticas públicas ambientais.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO NA ESFERA AMBIENTAL

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e a Carta Magna são claras sobre a aplicabilidade da teoria da responsabilidade objetiva em matéria ambiental, tendo o

Superior Tribunal de Justiça[8] pacificado o entendimento no mesmo sentido. Assim, não restam dúvidas de que, atualmente, a responsabilidade civil no âmbito ambiental adota a teoria do Risco Integral frente aos particulares causadores de danos, a fim de garantir a efetividade da dignidade da pessoa humana, protegendo as presentes e futuras gerações das ações prejudiciais ao meio ambiente (HENKES, 2009, p. 68).

Nota-se que esses deveres detém força normativa e visam, em termos gerais, promover e proteger o meio ambiente, principalmente por meio da precaução e da prevenção de danos ambientais, colaborando no desenvolvimento sustentável do país (SILVA; REZENDE, 2016, p. 219). Tratam-se de deveres constitucionais tanto de natureza defensiva (não fazer) quanto de natureza prestacional (fazer), que devem ser observados frente aos princípios da precaução (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 10), da máxima efetividade (ou da eficiência) dos direitos fundamentais e da vedação ao retrocesso.

Ocorre que, "no mundo do ser" – e não no do "dever ser", as normas ambientais carecem de efetividade em virtude da omissão do Estado na fiscalização do seu cumprimento e na instituição de políticas públicas. Como explana Carlos Alexandre de Azevedo Campos em sua tese de doutorado, "a ausência estatal ou a atuação incompleta em favor dos direitos fundamentais configura grave violação à Constituição [...] e isso ocorre independentemente da eficácia jurídico-formal dos dispositivos constitucionais envolvidos." (CAMPOS; 2015, p. 61).

Assim, diante de tais omissões, surgiram indagações entre os aplicadores do Direito sobre a possibilidade de utilização da teoria da responsabilidade civil objetiva perante o Estado, ou seja, além dos particulares. Todavia, antes de entrarmos em tal

8 "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. [...] (BRASIL, 2014)

[...] A exoneração da responsabilidade pela interrupção do nexo causal é admitida na responsabilidade subjetiva e em algumas teorias do risco, que regem a responsabilidade objetiva, mas não pode ser alegada quando se tratar de dano subordinado à teoria do risco integral. Os danos ambientais são regidos pela teoria do risco integral, colocando-se aquele que explora a atividade econômica na posição de garantidor da preservação ambiental, sendo sempre considerado responsável pelos danos vinculados à atividade, descabendo questionar sobre a exclusão da responsabilidade pelo suposto rompimento do nexo causal (fato exclusivo de terceiro ou força maior). [...]" (BRASIL, 2020).

reflexão, não podemos nos esquecer de que, atualmente, vivemos em um Estado de Direito que reconhece o Estado como um titular de direitos e obrigações (CUOZZO; 2014, p. 31)[9].

Assim, o Estado deve cumprir os deveres que lhes foram impostos na Carta Magna a fim de garantir a eficácia dos direitos fundamentais e, por conseguinte, responder por suas ações e omissões perante a sociedade. Tanto é que o art. 37, §6º da Constituição Federal estabeleceu que Estado responde, objetivamente, pelos danos que seus agentes causam à terceiros - sendo resguardado o direito de regresso no caso de dolo ou culpa do agente. Com isso, é nítido que, quando o dano ambiental resultar de uma ação de seus agentes, o Estado responderá de forma objetiva perante a sociedade (BARROSO, 2011, p. 212).

Observa-se que, nesta hipótese, a responsabilidade objetiva do Estado divide-se em duas teorias: do risco administrativo - que admite a existência de fatores excludentes de responsabilidade - e do risco integral - que não admite tais excludentes. Contudo, no âmbito ambiental, entendemos que os objetivos da Carta Magna se coadunam com a aplicação da teoria do risco integral - é o que se extrai da leitura em conjunto dos art. 37, §6º e art. 225, §3º da CF com os arts. 3º, IV e 14 da Lei nº 6.938/81.

Pois bem. No tocante as suas ações, resta nítido que o Estado responde de forma objetiva perante a sociedade, entretanto, a grande questão é se o Estado também deve responder, de forma objetiva, em face das suas omissões.

Ora, considerando que "o Estado ofende a Constituição não apenas quando pratica excessos, intervindo de maneira exagerada ou indevida nas relações sociais, mas também quando deixa de agir em prol dos direitos fundamentais ou de outros bens jurídicos relevantes, ou quando o faz de modo insuficiente" (CAMPOS, 2015, p. 71,

9 "O conceito de Estado de Direito em sentido amplo designa um tipo de Estado que adota uma forma de organização estatal, de natureza política e jurídica, na qual o poder do Estado se encontra limitado pelo direito, com a finalidade de garantir os direitos fundamentais. Estado de Direito significa, primordialmente, a legitimidade do poder do Estado; ademais, o poder do Estado está vinculado ao direito, reconhece e protege os direitos fundamentais." (RANIERI; 2013, p. 196, grifo nosso).

apud SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 480), não há lógica na não aplicação da responsabilização do Estado em face de sua omissa ou ineficiente atuação.

Este, inclusive, foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nº 604.725[10] e nº 1.071.741[11], bem como na recente edição do enunciado sumular 652[12], restando cristalino que tal responsabilidade deve sim ser aplicada nos casos de omissão (parcial ou total) estatal. No entanto, cumpre destacar que a

10 "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE.LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. ART. 267, IV DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. [...] 3. O Estado recorrente tem o dever de preservar e fiscalizar a preservação do meio ambiente. Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental. 4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a ausência das cautelas fiscalizatórias no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente. 5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei nº 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva). 6. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no pólo passivo na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo). 7. Recurso especial conhecido em parte e improvido." (BRASIL, 2005).

11 "AMBIENTAL. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL (LEI 9.985/00). OCUPAÇÃO E CONSTRUÇÃO ILEGAL POR PARTICULAR NO PARQUE ESTADUAL DE JACUPIRANGA. TURBAÇÃO E ESBULHO DE BEM PÚBLICO. DEVER-PODER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO. OMISSÃO. ART. 70, § 1º, DA LEI 9.605/1998. DESFORÇO IMEDIATO. ART. 1.210, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL. ARTIGOS 2º, I E V, 3º, IV, 6º E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE). CONCEITO DE POLUIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DE NATUREZA SOLIDÁRIA, OBJETIVA, ILIMITADA E DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. [...] 4. Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação in integrum, da prioridade da reparação in natura, e do favor debilis, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à Justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental. Precedentes do STJ. 5. Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa, regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorrer de expressa previsão legal, em microssistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei 6.938/1981, art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um standard ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, consoante a construção doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional. [...] 12. Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano urbanístico-ambiental e de eventual solidariedade passiva, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem cala

divergência nesse tópico se dá em face do fato de que a responsabilização do Estado é nada mais do que a responsabilização da própria sociedade por um dano causado à coletividade. E, a depender da pena que lhe for imposta, poderá causar, indiretamente, danos à própria sociedade (BARROSO, 2011, p. 212).

Dessa forma, deve-se tomar cuidado para que o Estado, ao ser responsabilizado, não afaste as penalidades que também devem ser impostas ao causador direto do dano (BARROSO, 2011, p. 214). Além disso, também deve-se analisar com cautela a responsabilização do Estado nos casos de situações clandestinas – realizadas em locais de difícil acesso ou ocultadas pela distância e subterfúgio - uma vez que não é factível que o Estado seja onipresente e onisciente (BARROSO, 2011, p. 214).

Ante tais ressalvas, pode-se concluir que a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado, nos casos de omissão, deve se dar apenas quando o Estado não atuar de forma preventiva ou repressiva quando os fatos forem levados ao seu conhecimento.

Assim, considerando tal premissa – de que o Estado detém um dever constitucional de proteger o meio ambiente e, por isso, a sua responsabilidade civil frente a sociedade deve ser objetiva - partiremos para a análise do ativismo judicial e do Estado de Coisas Inconstitucional no âmbito ambiental em face das omissões Estatais frente aos seus deveres estabelecidos na Carta Magna.

quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem. 13. A Administração é solidária, objetiva e ilimitadamente responsável, nos termos da Lei 6.938/1981, por danos urbanístico-ambientais decorrentes da omissão do seu dever de controlar e fiscalizar, na medida em que contribua, direta ou indiretamente, tanto para a degradação ambiental em si mesma, como para o seu agravamento, consolidação ou perpetuação, tudo sem prejuízo da adoção, contra o agente público relapso ou desidioso, de medidas disciplinares, penais, civis e no campo da improbidade administrativa. [...] 18. Recurso Especial provido." (BRASIL, 2009).

12 Superior Tribunal de Justiça, Súmula 652: A responsabilidade civil da Administração Pública por danos ao meio ambiente, decorrente de sua omissão no dever de fi scalização, é de caráter solidário, mas de execução subsidiária.

4 O ATIVISMO JUDICIAL NA DEFESA DAS NORMAS FUNDAMENTAIS SOCIOAMBIENTAIS.

Como já explanado, a proteção ambiental está assegurada em nossa Constituição como um objetivo e dever fundamental do Estado[13], portanto, o status de "direito-dever" da norma constitucional é o que "desloca o Estado da condição de único guardião da natureza" (SARLET; FENSTERSEIFER, 2008, p. 74) e impõe à sociedade o dever de defender e preservar o meio ambiente, viabilizando a possibilidade de levar ao Judiciário os diversos litígios relativos aos direitos socioambientais.

Assim, após a sociedade ingressar com a referida ação (por exemplo, por meio da ação popular), é o Judiciário que age a fim de resolver os referidos litígios. Mas até que ponto é cabível a este Poder interferir nas ações (ou omissões) do Executivo e do Legislativo?

Ora, pode-se compreender que todos os poderes estatais estão constitucionalmente obrigados a atuar, no âmbito da sua esfera constitucional de competências, a fim de obter a maior eficácia possível dos direitos e deveres fundamentais socioambientais (SARLET; FENSTERSEIFER, 2008, p. 77). Assim, ao Judiciário, cabe a função típica de julgar, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos (LENZA, 2014, p. 543).[14]

Dessa forma, quando a causa do processo detiver natureza coletiva, como ocorre nas ações civis públicas ambientais, e o seu objeto tratar-se de direito

13 "A Constituição brasileira (art. 225, caput, e art. 5.º, § 2.º) atribuiu ao direito ao ambiente o status de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, bem como consagrou a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado - Socioambiental - de Direito brasileiro. Há, portanto, o reconhecimento, pela ordem constitucional, da dupla funcionalidade da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, a qual toma a forma simultaneamente de um objetivo e tarefa estatal e de um direito (e dever) fundamental do indivíduo e da coletividade". (SARLET; FENSTERSEIFER, 2008, p. 74).

14 "Com efeito, por estar vinculado ao dever de proteção do ambiente, o Poder Judiciário deve pautar a sua atuação tendo sempre em vista o seu dever constitucional de "guardião" do direito fundamental ao ambiente, afastando as ações ou omissões violadoras de tal direito levadas a cabo tanto por atores privados quanto pelo Poder Público, o que, é bom ressalvar, é legitimado constitucionalmente pela garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, arrolada no rol dos direitos e garantias fundamentais" (art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3)." (SARLET; FENSTERSEIFER, 2008, p. 77).

fundamental, os juízes terão de ponderar o princípio da separação dos poderes, afastando sua aplicação, para atuar como agentes políticos vinculados à concretização dos direitos indisponíveis (SARLET; FENSTERSEIFER, 2008, p. 77), a fim de efetivar o seu objetivo final: a dignidade da pessoa humana[15].

Assim sendo, não restam dúvidas de que, na ineficiente atuação dos Poderes Executivos e Legislativo em face da promoção e proteção dos direitos ambientais, cabe ao Poder Judiciário buscar a eficácia plena desses direitos, por exemplo, por meio da utilização do mecanismo jurídico do Estado de Coisas Inconstitucional, considerando que a proteção dos direitos constitucionalmente reconhecidos é de tamanha importância que transcende o sistema ordinário de proteção judicial, de forma que quando ameaçados há que se prover meios processuais extraordinários de proteção. (PIOVESAN, 2022, p. 82).

Em nosso país, existe uma realidade social muito distinta em virtude do legado histórico que carregamos, de forma que a grande extensão territorial dificulta a fiscalização e impõe a necessidade de uma administração extremamente organizada (PIOVESAN; CRUZ, 2021). Fato é que, diante dos problemas estruturais que dificultam a atuação plena e abrangente do poder Executivo e Legislativo, devemos exigir uma ação do Judiciário de forma ampla, manifestado pelo uso recíproco de julgamentos e soluções das Cortes, ainda que externas, além das iterações diretas envolvendo os diversos órgãos do judiciário interno e externo (DIAS; MOHALLEM, 2016. p. 250).

Assim, é neste cenário que o mecanismo jurídico chamado de “Estado de Coisas Inconstitucional” foi criado pela Corte Colombiana, com o propósito de defender a Constituição por meio da presença de um juiz que assumisse uma dimensão estadista, a fim de coordenar as Autoridades Públicas a superarem a violação dos direitos

15 “Tal intervenção judicial trata-se, em verdade, não de um poder, mas sim de um dever constitucional do agente político investido do papel de prestar a jurisdição, haja vista o seu compromisso com a efetividade do processo e a tutela do direito fundamental ao ambiente. Da mesma forma, sem que se possa também aqui avançar com a análise, há de se enfatizar o dever dos órgãos judiciais no sentido de interpretar o processo e as técnicas processuais no sentido de sua adequação à tutela ambiental eficaz constitucionalmente exigida.” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2008, p. 78).

fundamentais, decorrente das falhas estruturais das políticas estatais (CAMPOS, 2015, p. 89).

Nota-se que a Corte Colombiana é considerada uma das cortes mais ativistas do mundo, deixando-se envolver nas principais causas políticas e sociais do país (CAMPOS, 2015, p. 92), especialmente "no controle das práticas políticas e das ações dos Poderes Executivo e Legislativo, e na promoção dos direitos fundamentais, sociais e econômicos" (CAMPOS, 2015, p. 93 *apud* YEPES, 2007, p. 54).

Um dos casos mais famosos - e que foi utilizado como referência pelo STF na ADPF nº 347 MC/DF- refere-se ao Estado de Coisas Inconstitucional frente a superlotação do sistema carcerário e das condições desumanas de algumas penitenciárias do país, tendo a Suprema Corte feito uso da decisão proferida na Corte Colombiana[16], impondo, frente ao Estado de Coisas Inconstitucional, diversas medidas à Entidades Estatais e, inclusive, ao Presidente da República, a fim de garantir aos presos condições mais dignas de vida. O tema chamou grande atenção da sociedade perante a inércia Estatal e, é diante dessa mesma inércia em nosso país, que devemos defender a aplicação do instrumento do Estado de Coisas Inconstitucional.

Pois bem. A omissão estatal discutida no presente artigo refere-se à ineficiente e falha atuação do Estado na tutela dos direitos ambientais, especialmente na má fiscalização e na inaplicação de políticas públicas. Podemos citar, notadamente com relação ao clima, o aumento as emissões brasileiras de gases de efeito estufa ocasionados pela agropecuária, no qual, somando-se as emissões indiretas, por desmatamento, e as diretas, principalmente pelo metano do rebanho bovino, o agronegócio responde por 71% das emissões totais do país, quase 1,5 bilhão de toneladas de CO2 equivalente (SISTEMA…, 2018). Ainda, o aumento do desmatamento no Cerrado elevou as emissões de gases de efeito estufa no segundo maior bioma do Brasil de 144 milhões para 159 milhões de toneladas de CO2. (FABBRI; CUNHA; SETZER, 2019, p. 88).

16 Sentencia T – 153, de 1998.

Além das escassas, para não dizer nenhuma, atuação do poder público na expansão da malha ferroviária tanto para locomoção de pessoas, quanto para transporte de cargas, transportes coletivos, transportes por modais, bem como investimentos em energia e combustíveis renováveis ou alternativos.

Nota-se que a preocupação é tanta que o próprio ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, convocou uma reunião para debater a omissão do governo federal face a não adoção de medidas de proteção ao meio ambiente (FREITAS, 2020). Assim, é nítido que a omissão do Poder Público na proteção desses direitos é justamente o que deve reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional em nosso país e, por conseguinte, autorizar uma imissão judicial[17]-[18].

Destaca-se que o instrumento do Estado de Coisas Inconstitucional já está sendo utilizado pela Corte brasileira para implantação de políticas públicas direcionadas à concretização de direitos Fundamentais[19]. Inclusive, a ADPF nº743 e a ADO nº 60 (reautuada para ADPF nº 708) são ações que questionam a má gestão Estatal no âmbito ambiental e que pleiteiam providências de natureza estatal ante o estado de coisas inconstitucional frente ao dever de proteção ambiental, determinando a convocação de audiência pública para apuração de fatos[20], participação popular de

17 "O juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de transformação urgente e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses políticos que implicam, além do estado inconstitucional em si mesmo, a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial" (CAMPOS, 2015, p. 88).

18 "Com efeito, ao utilizar o instrumento da declaração do estado de coisas inconstitucional, a Corte deixa de restringir-se à função de garantidor de direitos individuais em casos particulares e assume papel muito mais ativo, o de formular ou contribuir à formulação de políticas públicas e de assegurar sua implementação e o controle de sua execução. [...] A Corte tanto interfere em escolhas políticas quanto procura assegurar que essas escolhas se concretizem e surtam efeitos reais. Agindo assim, a corte tanto determina como supervisiona as ações públicas." (CAMPOS, 2015, p. 90).

19 "RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – POLÍTICAS PÚBLICAS – JUDICIÁRIO – INTERVENÇÃO – EXCEPCIONALIDADE. Ante excepcionalidade, verificada pelas instâncias ordinárias a partir do exame de quadro fático, é possível a intervenção do Judiciário na implantação de políticas públicas direcionadas à concretização de direitos fundamentais, especialmente considerado o estado de coisas inconstitucional do sistema de custódia brasileiro. Precedente: recurso extraordinário nº 592.581, julgado no Pleno sob a sistemática da repercussão geral – Tema nº 220 –, relator o ministro Ricardo Lewandowski, acórdão publicado no Diário da Justiça de 1º de fevereiro de 2016." (BRASIL, 2019).

20 DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO GOVERNAMENTAL EM RELAÇÃO AO FUNDO CLIMA E A OUTRAS QUESTÕES AMBIENTAIS. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DE COMPROMISSOS INTERNACIONAIS DO BRASIL. CONVOCAÇÃO DE

suma importância para efetivação da democracia participativa e a participação ativa na promoção das políticas públicas.

Outrossim, observa-se que, apesar de existirem inúmeras críticas sobre o ativismo judicial pautado no estado de coisas inconstitucional, deve-se admirar a eficácia desse instrumento na Colômbia, uma vez que tais decisões reduziram "o tempo vivido pelos colombianos em estado de exceção, [que] caiu de 80%, na década de 1980, para menos de 20% a partir da introdução desse controle judiciário, na década de 1990" (CAMPOS, 2015, p. 93 *apud* YEPES, 2007, p. 54).

Dessa forma, deve-se considerar que o estado de coisas inconstitucional é um instrumento extremamente importante frente a omissão Estatal, apto a ser aplicado na defesa dos direitos ambientais em nosso país.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A grande discussão deste artigo permeia sobre as consequências da omissão Estatal frente ao seu dever constitucional de promoção e proteção do meio ambiente, notadamente acerca do enfrentamento das mudanças climáticas, nas quais, mesmo com o Acordo de Paris e a Agenda de 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, que

AUDIÊNCIA PÚBLICA. 1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão recebida como arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). 2. A mudança climática, o aquecimento da Terra e a preservação das florestas tropicais são questões que se encontram no topo da agenda global. Deficiências no tratamento dessas matérias têm atraído para o Brasil reprovação mundial. 3. A Constituição brasileira é textual e veemente na consagração do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ademais, impõe ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225). 4. Além de constituir um direito fundamental em si, o direito ao meio ambiente saudável é internacionalmente reconhecido como pressuposto para o desfrute de outros direitos que integram o mínimo existencial de todo ser humano, como a vida, a saúde, a segurança alimentar e o acesso à água. 5. São graves as consequências econômicas e sociais advindas de políticas ambientais que descumprem compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. A União Europeia e diversos países que importam produtos ligados ao agronegócio brasileiro ameaçam denunciar acordos e deixar de adquirir produtos nacionais. Há uma percepção mundial negativa do país nessa matéria. 6. O quadro descrito na petição inicial, se confirmado, revela a existência de um estado de coisas inconstitucional em matéria ambiental, a exigir providências de natureza estrutural. Vale reiterar: a proteção ambiental não constitui uma opção política, mas um dever constitucional. 7. Convocação de audiência pública para apuração dos fatos relevantes e produção, na medida do possível, de um relato oficial objetivo sobre a situação do quadro ambiental no Brasil. (BRASIL, 2020).

hoje está apertada, considerando que estamos no ano de 2023, poucas são as ações efetivas para a melhora climática.

Nesse sentido, ao analisarmos a responsabilidade civil do Poder Público frente suas omissões, concluímos que a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado deve se dar apenas quando o Estado não atuar de forma preventiva ou repressiva quando os fatos forem levados ao seu conhecimento.

Diante do descaso do Poder Executivo, atrelado ao conceito de litigância climática, verificamos como uma medida possível de solucionar o problema o ativismo judicial frente às omissões estatais perante as normas socioambientais, concluímos que os juízes devem atuar como agentes políticos vinculados à Carta Magna e, por conseguinte, à concretização dos direitos indisponíveis, a fim de perseguir a dignidade da pessoa humana por meio da defesa dos recursos ambientais, sobretudo às alterações climáticas que afetam toda a população brasileira e mundial. Defendemos, assim, a imissão do Poder Judiciário frente a ineficiente atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

Outrossim, observamos que é diante da inércia, bem como da ineficiente e falha atuação do Poder Público na tutela dos direitos ambientais, que deve ser utilizado o instrumento do Estado de Coisas Inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ARON, Renard. Com Amazônia e Pantanal em chamas, 100 mil pessoas se mobilizam, mas sem meta concreta. **JOTA**, [*S. l.*], 16 set. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/lobby-digital/amazoniapantanalchamas-pessoas-mobilizam-sem-meta-concreta-16092020. Acesso em: 30 out. 2022.

BARROSO, Ricardo Cavalcante. A responsabilidade civil do estado por omissão em face do dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, [*S. l.*], v. 16, n. 63, p. 203-238, jul./set. 2011. Disponível em: https://revistadostribunais-com-br.sbproxy.fgv.br/maf/app/delivery/document. Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. **Lei n. 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.938%2C%20DE%2031%20DE%20AGOSTO%20DE%201981&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20Pol%C3%ADtica%20Nacional,aplica%C3%A7%C3%A3o%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.612.887 – PR**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 28 de abril de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%27201601778772%27.REG. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 604.725 – PR**. Relator: Min. Castro Meira, 21 de junho de 2005. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%22604725%22%29+ou+%28RESP+adj+%22604725%22%29.suce. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.071.741 – SP**. Relator: Ministro Herman Benjamin, 24 de março de 2009. Disponível em: https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=4715617&tipo=0&nreg=&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.374.284 – MG**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 27 de agosto de 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%221374284%22%29+ou+%28RESP+adj+%221374284%22%29.suce. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n° 652**. A responsabilidade civil da Administração Pública por danos ao meio ambiente, decorrente de sua omissão no dever de fiscalização, é de caráter solidário, mas de execução subsidiária. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2022. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/article/viewFile/12730/12823. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgR no ARE 1192016**, Relator: Ministro Marco Aurélio, 17 de setembro de 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por omissão ao Estado de coisas inconstitucional**. 2015. 249 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: http://www.bdtd.uerj.br/handle/1/9297. Acesso em: 29 mar. 2023.

CARBONARO, Tato; CURCIO, Maria Elisa. Quando o descaso com o meio ambiente pode se tornar um entrave à exportação. **JOTA**, [*S. l.*], 25 set. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/relacoes-institucionais-internacionais/descaso-ambiente-entrave-exportacao-25092020. Acesso em: 30 out. 2022.

CUOZZO, Luisa Costa. **Responsabilidade civil ambiental do Estado por omissão: responsabilidade objetiva e solidária de execução subsidiária**. 2014. 75 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: https://doi.org/10.17771/PUCRio.acad.24138. Acesso em: 29 mar. 2023.

DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O Diálogo jurisprudencial sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. *In*: BORGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia. (coord.). **Ius Constitucionale Commune na América Latina**: Diálogos Jurisdicionais e Controle de Convencionalidade, vol. III, Curitiba: Juruá, 2016

FABBRI, Amália Botter; CUNHA, Kamyla; SETZER, Joana (cord.). **Litigância climática**: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2019.

FREITAS, Hyndara. Barroso convoca audiência pública sobre situação do meio ambiente no Brasil. **JOTA**, [*S. l.*], 29 jun. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/dosupremo/meioambiente-audiencia-publica-29062020. Acesso em: 19 nov. 2022.

HENKES, Silviana L. A responsabilidade civil no direito ambiental brasileiro. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 51-70, mar./jul. 2009. Disponível em: https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v10i1p51-70. Acesso em: 29 mar. 2023.

INSTITUTO CLIMA E SOCIEDADE. **Desafios para o Brasil**. Disponível em: https://www.climaesociedade.org/desafios-para-o-brasil-1. Acesso em: 18 nov. 2022.

LENZA, Pedro. Separação de "Poderes" – Teoria Geral. *In*: LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 543-550.

MILARÉ, Edis. **Direito do meio ambiente**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil ambiental e a jurisprudência do STJ. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 20, n. 48, p. 47-71, mar./abr. 2019. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/48.03%20valerymirra.pdf?d=636970733448306078. Acesso em: 29 mar. 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Juliana Cunha. **Curso de Direitos Humanos**: Sistema Interamericano. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PEEL, J.; OSOFSKY, H. M. **Climate change litigation**: regulatory pathways to cleaner energy. Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. Barueri: Manole, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang, FENSTERSEIFER, Tiago. Deveres Fundamentais Ambientais – A natureza de Direito-Dever da norma jusfundamental ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, [*S. l.*], v. 17, n. 67, p. 11-69, jul./set. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder Judiciário Brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. **Revista de Direito Ambiental**, [*S. l.*], v. 13, n. 52, p. 73-100, out./dez. 2008.

SISTEMA de Estimativas de Emissões e Remoções de Gases de Efeito Estufa. [*S.l.*]: SEEG, 2018. Disponível em: [http://seeg.ecop.br/wp-content/uploads/2018/11/SEEG_PR_full_final.pdf]. Acesso em: 19 nov. 2022.

SILVA, Larissa Gabrielle Braga e; REZENDE, Élcio Nacur. Responsabilidade civil ambiental na Bolívia. **Revista do Mestrado em Direito da UCB**, Brasília, DF, v. 10, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: https://doi.org/10.18840/rvmd.v10i2%20Jul/Dez.5896. Acesso em: 30 mar. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

CONTROLE JURISDICIONAL NÃO JUDICIAL E JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

NON-JUDICIAL AND JUDICIAL JURISDICTIONAL CONTROL OF PUBLIC HEALTH POLICIES

CONTROL JURISDICCIONAL NO JUDICIAL Y JUDICIAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SALUD

Leonardo José Rodrigues do Espírito Santo[1]

RESUMO

Trata-se de artigo que, valendo-se do método qualitativo exploratório por coleta de dados, tem por objetivo discutir o controle das políticas públicas de saúde sob o enfoque do controle jurisdicional da dispensação de tratamentos de saúde de alto custo pelo Sistema Único de Saúde, analisando tal questão a partir do ângulo da programação orçamentária, da efetivação das políticas públicas sociais de saúde e da competência constitucional dos órgãos de controle externo. Busca-se estabelecer parâmetros para a atuação judicial e, atendendo ao princípio da separação de poderes e a teoria das capacidades institucionais, conclui-se que somente a construção dialógica das ações de governo por meio de um processo objetivo de cooperação que deve incluir os dados concretos das demandas judiciais (o perfil das demandas judiciais na área da saúde pública, o impacto financeiro do cumprimento das demandas judiciais referentes à saúde pública no âmbito da União, do Distrito Federal, dos estados e dos municípios, as medidas tomadas para aperfeiçoar a atuação do Poder Judiciário nos processos relativos ao direito sanitário e à saúde público, as ações do Ministério da Saúde e das Secretarias estaduais e municipais de saúde para conhecer e mitigar os efeitos negativos da judicialização da saúde) é capaz de trazer uma solução para o problema.

Palavras-Chave: políticas públicas sociais de saúde; orçamento programa; tratamentos de saúde de alto custo; tribunais de contas; controle judicial; parâmetros.

ABSTRACT

This is an article that, using the exploratory qualitative method for data collection, aims to discuss the control of public health policies from the perspective of jurisdictional control of the dispensation of high-cost health treatments by the Unified Health System, analyzing this issue from the angle of budget programming, the

1 Advogado, Auditor de Controle Externo lotado na procuradoria jurídica do TCE/PA, mestrando em Direito Constitucional pela PUCSP.

implementation of social public health policies and the constitutional competence of external control bodies. It seeks to establish parameters for judicial action and, taking into account the principle of separation of powers and the theory of institutional capacities, it is concluded that only the dialogical construction of government actions through an objective process of cooperation that must include data concrete aspects of legal demands (the profile of legal demands in the area of public health, the financial impact of complying with legal demands relating to public health within the Union, the Federal District, states and municipalities, the measures taken to improve performance of the Judiciary in processes related to sanitary law and public health, the actions of the Ministry of Health and the state and municipal health departments to understand and mitigate the negative effects of the judicialization of health) is capable of bringing a solution to the problem.

Keywords: social public health policies; program budget; high cost health care; courts of accounts; judicial control; parameters.

RESUMEN

Este es un artículo que, utilizando el método cualitativo exploratorio para la recolección de datos, tiene como objetivo discutir el control de las políticas públicas de salud en la perspectiva del control jurisdiccional de la dispensación de tratamientos de salud de alto costo por el Sistema Único de Salud, analizando esta cuestión desde la ángulo de la programación presupuestaria, la ejecución de las políticas públicas sociales de salud y la competencia constitucional de los órganos de control externo. Se busca establecer parámetros para la acción judicial y, teniendo en cuenta el principio de separación de poderes y la teoría de las capacidades institucionales, se concluye que sólo la construcción dialógica de las acciones de gobierno a través de un proceso objetivo de cooperación que debe incluir datos sobre aspectos concretos de demandas legales (el perfil de las demandas legales en el área de la salud pública, el impacto financiero del cumplimiento de las demandas legales relacionadas con la salud pública dentro de la Unión, el Distrito Federal, los estados y municipios, las medidas tomadas para mejorar el desempeño del Poder Judicial en procesos relacionados con el derecho sanitario y la salud pública, la actuación del Ministerio de Salud y de las secretarías estatales y municipales de salud para comprender y mitigar los efectos negativos de la judicialización de la salud) es capaz de dar solución al problema.

Palabras clave: políticas sociales de salud pública; presupuesto del programa; atención médica de alto costo; tribunales de cuentas; control judicial; parámetros.

Data de submissão: 02/02/2023
Data de aceite: 27/03/2023

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais sociais de saúde são codificados financeiramente através da inserção de políticas públicas de saúde em programas orçamentários, cujo controle de efetividade é feito pelos Tribunais de Contas. No Estado Constitucional, subsiste o direito fundamental ao bom governo[2] ou boa administração, definidos a partir do conceito de justiça financeira e de sustentabilidade[3] (direito às finanças públicas equilibradas) das presente e futuras gerações. O controle judicial de tais políticas públicas, principalmente nos acasos de tratamento de saúde de alto custo financiados pelo Sistema Único de Saúde, deve ocorrer em situações excepcionais, em caso de política pública existente e, desde que, observados parâmetros de racionalidade e vise atender ao princípio do mínimo existencial.

As normas constitucionais que disciplinam a direito à saúde encontram-se dispostas nos artigos 23, inciso II (competência administrativa comum para formular políticas públicas); 24, inciso XII, e no art. 30, inciso II (competência legislativa concorrente para proteção e defesa da saúde) e, de maneira geral, estabelecem que cabe à União editar normas gerais, aos Estados, a suplementação das leis federais, e aos Municípios legislar sobre normas de interesse local.

Entretanto, o planejamento e a execução das políticas públicas de saúde são de competência comum dos três entes federados, devendo existir uma atuação baseada na cooperação com vista a promover o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Na seara infraconstitucional, a Lei n° 8.080/90 – Lei Orgânica da Saúde – prevê e define o Sistema Único de Saúde como conjuntos de ações e serviços de saúde neles incluídos os serviços privados contratados ou conveniados, regidos pelos princípios da universalidade, da subsidiariedade e da municipalização (BRASIL, 1990). Nesta estrutura normativa, compete ao ente federal prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios

2 Expressão usada por Moises Maciel (2020).
3 Expressão cunhada por Juarez Freitas (2019).

para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional, com descentralização dos serviços e das ações de saúde para os municípios e atuação suplementar dos Estados.

Muito embora, do ponto de vista normativo, tenhamos uma poderosa estrutura orgânica, o fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Sistema Único de Saúde vem sofrendo pesada intervenção do Poder judiciário mediante determinações à administração pública de custeio de fármacos.

Este artigo tem por objeto o exame do controle jurisdicional[4] da disponibilização de tratamentos de saúde de alto custo pelo Sistema Único de Saúde, analisando tal questão a partir do ângulo da programação orçamentária e da efetivação das políticas públicas sociais de saúde.

O controle das políticas públicas de saúde pelo Poder Judiciário será estudado sob os aspectos da macrojustiça e da microjustiça, estabelecendo parâmetros racionais de julgamento e definindo os limites de atuação judicial, a partir das teorias das capacidades institucionais, da separação de poderes e do mínimo existencial.

Ao final, pretende-se responder as seguintes questões: a) quais os limites impostos ao exercido do controle do Poder Judiciário sobre as políticas públicas de saúde, envolvendo tratamentos de alto custo? Qual a intersecção deste controle com o exercido pelos Tribunais de Contas? b) como estabelecer o equilíbrio entre o dever de promoção da saúde e a proteção a vida (direito individual à saúde) e o direito à política pública de saúde (direito coletivo à saúde)?

2 CONTROLE JURISDICIONAL JUDICIAL: DISFUNCIONALIDADE?

A questão específica da dispensação gratuita de medicamentos de alto custo pelo Sistema Único de Saúde encontra-se disciplinada pela Portaria n° 3.916/98 do

4 Muito embora haja grande divergência na doutrina, a jurisdição também é exercida pelos Tribunais de Contas, existindo, inclusive, fora do Estado, como nas hipóteses de jurisdição paraestatal, jurisdição extraestatal, jurisdição comunitária, jurisdição arbitral, bem como podemos encontrá-la desvinculada da ideia de soberania a exemplo da jurisdição consultiva (GONÇALVES, 2020, p. 119). Por esta razão, neste artigo, será feita a distinção entre jurisdição judicial, exercida pelo Poder Judiciário, e Jurisdição não judicial, exercida pelos Tribunais de Contas.

Ministério da Saúde que estabelece a matriz e toda a estrutura da Política Nacional de Medicamentos que integra a Política Nacional de Saúde, cabendo ao gestor federal, por meio do Ministério da Saúde, estabelecer normas e promover a assistência farmacêutica nas três esferas de poder, bem como elabora, atualizar e revisar a Relação Nacional de Medicamentos (BRASIL, 1998). Aos municípios coube garantir, prioritariamente, o acesso aos medicamentos voltados à atenção básica de saúde, além daqueles definidos no plano municipal de saúde. À União, ao Distrito Federal e aos Estados atribuiu-se a obrigação de aquisição e distribuição dos medicamentos de caráter excepcional, cabendo aos gestores estaduais a disponibilização de medicamentos para tratamento de patologias específicas, de alto custo que atinge número limitado de pacientes.

Existe, portanto, um modelo de cooperação financeira e técnica com repartição de atribuições regidas pelos princípios da descentralização administrativa, da subsidiariedade e da municipalização que orientam a articulação entre os três entes federativos na elaboração das listas de medicamentos definidas por cada um.

O problema começa quando, por meio de decisões judiciais, se busca dar efetividade a norma programática disposta no art. 196 da Constituição Federal que estabelece que o direito à saúde será implementado por meio de políticas sociais e econômicas. É que, por meio deste desenho institucional, traçado pelo poder constituinte originário, a implementação de tais políticas compete aos Poderes Legislativo e Executivo, sob controle financeiro e de resultados exercido pelos Tribunais de Contas, e não ao Poder Judiciário (BRASIL, 1988).

Surgiria, em caso da implementação do direito individual da saúde em detrimento do direito coletivo, por meio de decisão jurisdicional judicial, uma colisão de interesses jurídicos a ser resolvida, a partir da atribuição de normatividade aos princípios e da necessária distinção entre princípios (que abrigam um fundamento ou um valor) e regras (mandamentos definitivos). Neste caso, Barroso (2007) traz, com argumento relevante a ser debatido, a teoria da análise econômica do direito pela qual o benefício social auferido com a entrega singular de um medicamente de alto custo é bem menor que o resultado social angariado com um programa coletivo que

trata da política pública de saúde e, por fim, esclarece que a questão envolve princípios e direitos fundamentais que por envolverem cláusulas gerais como a dignidade da pessoa humana, a vida e a saúde, comportam grande diversidade de sentidos e podem ser implementadas de forma diferentes, e, por isso, em caso de colisão devem ser resolvidos tendo como cenário prevalente a omissão ou comissão dos Poderes Públicos que afronta a Constituição.

E arremata:

> As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades sócias e econômicas. Contudo, quando o Poder Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegiam aqueles que possuem acesso qualificado a justiça. Por isso, a possibilidade de o judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria a classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais (BARROSO, 2007, p. 27).

Neste artigo, será analisado os limites imposto ao exercido do controle do Poder Judiciário sobre as políticas públicas de saúde, envolvendo medicamentos de alto custo. E, consequentemente, qual a intersecção deste controle com o exercido pelos Tribunais de Contas.

De início, serão estabelecidas as diferenças fundamentais entre os instrumentos de controle:

a) O controle pelos Tribunais de Contas se dá pelo exercício da tutela jurisdicional e administrativa das finanças públicas, a partir de competências privativas, fixadas no art. 71 da Constituição Federal (BRASIL, 1988); a.1) o objeto do processo de controle é a tutela da gestão pública, e a jurisdição de contas se projeta sobre os atos financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais, sob os aspectos da legitimidade, economicidade, eficiência, eficácia e efetividade da gestão (tutela coletiva do orçamento, das finanças e dos resultados das políticas públicas que possuem conteúdo de concretização de direitos fundamentais); a.2) os instrumentos processuais de controle, tais como, a tomada e a prestação de contas, as auditorias, as inspeções, o acompanhamento e o levantamento, são específicos e

especiais, manejados por um corpo auditorial multidisciplinar, concursado e especializado (critério da especialização funcional);

b) O controle judicial das políticas públicas ocorre por exceção, como meio de salvaguarda de direitos fundamentais, em casos de disfuncionalidade, sob a forma exclusiva de tutela jurisdicional, inserida na cláusula geral de competência judicial, prevista no art. 5, inciso XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988); b.1) os instrumentos processuais utilizados são genéricos, como a ação civil pública que não inclui as políticas públicas no rol de objetos, de modo que somente por força da regra geral contida no art. 1°, inciso IV, Lei n. 7.347/1985 (BRASIL, 1985) podemos entender ser possível sua tutela por meio deste instrumento, as ações coletivas, a ação de descumprimento de preceitos fundamental, a ação direta de inconstitucionalidade e de inconstitucionalidade por omissão, que visão a tutela de direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos (direitos metaindividuais ou transindividuais), ou a higidez das normas constitucionais; b.2) não existe órgão judicial ou corpo funcional do poder judiciário especializado no controle de políticas públicas.

As ações de controle de constitucionalidade estão no grupo das medidas de controle constitucional de políticas públicas, que engloba o controle concentrado (ou abstrato) e o controle difuso (ou no caso concreto). Neste campo, o objeto de sindicabilidade são as diretrizes fixadas pela Constituição para implementação das políticas sociais a partir do agir administrativo e legislativo. Cabe ao Poder Judiciário eliminar e corrigir incompatibilidades, em face de ações ou omissões provenientes dos outros Poderes, no que diz respeito à implementação de direitos fundamentais (CARVALHAES, 2019). O problema, segundo Andréia Schneider Carvalhaes (2019), é que a Constituição não delimita de forma específica como e qual programa deve ser implementado, principalmente no tocante à destinação dos recursos públicos, que envolve o quanto gastar, com que finalidade gastar, em que gastar e como gastar.

A situação, em caso de propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por versar sobre inação do poder público quanto ao dever de legislar

ou quanto a adoção de providência de índole administrativa que venha a prejudicar a efetividade do texto constitucional, é ainda mais complexa, porque o Poder Judiciário não pode assumir a função de legislador positivo, devendo apenas cientificar o poder público sobre a necessidade de adoção da providência de concretização do texto constitucional e ainda que a decisão possua natureza mandamental, a exemplo da fixação de prazo para cumprimento, não detém efeito concreto.

A ação civil pública é o principal instrumento de tutela coletiva, inserida no âmbito da macrojustiça e de ampla efetividade no controle de política públicas, fundada na proteção de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, voltada à proteção dos diretos fundamentais. A esta, devemos somar outros microssistemas jurídicos, como o Estatuto de Defesa do Torcedor, o Estatuto do Idoso, a Lei de Violência Doméstica, a Lei do Mandado de Segurança, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei Geral de Proteção de Dados e o Marcos Civil da Internet (CARVALHAES, 2019).

Muito embora as políticas sociais propriamente ditas não sejam o objeto da ação civil pública, mas sim os direitos transindividuais por ela abrangidos, havendo omissão ou ineficiência na gestão pública quanto à execução dos programas e ações governamentais, onde estão inseridas as atividades prestacionais do Estado, este instrumento de tutela coletiva, na defesa dos direitos metaindividuais, é hábil a legitimar o controle do Poder Judiciário na correção da execução da política pública (CARVALHAES, 2019) deficiente ou omissa.

O problema é que, o controle judicial só é possível e efetivo, conforme afirma Andreia Schneider Carvalhes (2019), se a política pública estiver institucionalizada normativamente, trazendo o programa, as diretrizes, as prioridades, as metas, os indicadores e os meios financeiros para sua execução, pois são esses critérios que balizarão a atuação do Poder Judiciário. O ponto de partida, para que haja segurança jurídica, portanto, há de ser a política pública existente (prevista na lei orçamentária).

No mesmo sentido, Vanice do Valle (2009) leciona que prover um montante determinado de recurso financeiros via orçamento, pressupõe uma quantificação

desses mesmos valores, que há de ser decorrente de um conhecimento prévio de qual seja a ação ou programa a ser desenvolvido. A atuação Judicial fica reduzida àquelas hipóteses em que os detalhes relacionados ao desenho e custo da política pública cogitada sejam conhecidos – e, portanto, não é possível, na hipótese de ausência total de política pública, alcançar, por meio de uma decisão judicial, justamente essa definição do curso da ação governamental a ser determinado à administração. Afinal, ainda que se pudesse cogitar de uma ordem de remanejamento de recursos não quantificados – tantos quantos sejam necessários – o resultado será uma carga de indeterminação tão alta no *decisum* que tendencialmente comprometerá sua própria observância.[5]

No que diz respeito à formulação das políticas públicas, não previstas normativamente nas leis orçamentárias, a decisão do Poder Judiciário deverá limitar-se à determinação (caráter mandamental) de inclusão da demanda social na pauta de debate do poder público para que os diversos atores sociais, inseridos no ciclo de formação das políticas públicas, definam seu conteúdo e estabeleçam a ação governamental a ser adotada.

Não está o órgão judicial autorizado a criar política pública, afastando de maneira unilateral todo o ciclo de formação da agenda de governo, e não lhe é permitido desconsiderar as regras constitucionais de elaboração orçamentária (processo legislativo) e de equilíbrio financeiro. Principalmente, estabelecer a inclusão de despesa ou determinar a abertura de créditos adicionais sem indicar a fonte de recurso, nem desconsiderar os riscos e as metas fiscais definidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias e o planejamento estratégico traçado no Plano Plurianual.

5 Outra observação crítica, lançada por Andréia Schneider Cravalhaes (2019, p. 119-120), é que a "preferência pela solução de demandas sociais que envolvam políticas públicas através da ordem judicial, em ações individuais ou coletivas, do simples remanejamento ou previsão futura de recursos, parece desconhecer a circunstância de que, uma vez que as dotações são limitadas, a destinação de valores a um programa ou ação, evidentemente significa a diminuição na mesma proporção, do montante destinado a outras atividades desenvolvidas pelo poder público. Equivale a dizer que uma atuação cuja inspiração original envolve o discurso da busca de concretização de uma justiça distributiva - a final, essa é a matriz teórica original da própria concepção dos direitos fundamentais de segunda dimensão – pode se converter, do ponto de vista concreto, numa inversão absoluta dessa lógica, consagrando uma espécie de direito à preferência em favor de um determinado jurisdicionado ou de uma área de atuação posta na pauta do controle, sem que a Constituição assegure, ou mesmo reconheça possível, o estabelecimento dessa mesma prioridade".

Bem como, não pode ao determinar a execução de determinada despesa pública afastar, indiretamente, a obrigação do gestor público prestar contas aos órgãos de controle externo, fundamento de qualquer Estado democrático e republicano.

Neste último caso, a decisão judicial ainda produziria um outro efeito jurídico, secundário e deletério: tornar inócua a regra constitucional constante do art. 71, inciso II (BRASIL, 1988). Equivale a dizer, estamos diante de hipótese de exclusão da responsabilidade do administrador de recursos públicos, tendo em vista que a despesa executada resultou do cumprimento de decisão judicial, e o órgão judicial que determinou a execução da despesa, e que, portanto, do ponto de vista fático, é o responsável pelo gasto, não prestará contas dos recursos públicos despendidos.

Aprofunda-se a questão para chegar à hipótese de realização de auditoria operacional pelo Tribunal de Contas, onde venha-se a constatar que o cumprimento da decisão judicial produziu resultado antieconômico e que a despesa pública se mostrou ineficiente e ineficaz do ponto de vista de concretização dos resultados sociais almejados. Mais ainda, gerou grave distorção no equilíbrio orçamentário e financeiro das constas públicas, comprometendo, inclusive, o atingimento das metas previstas para outros programas e ações de governo de natureza igualmente social.

Nesta situação, tendo o gestor público executado fielmente a decisão judicial, não poderá ter suas contas desaprovados, nem poderá sofrer sanções de natureza pecuniária, muito menos poderá o Tribunal de Contas cassar, *spont propria*, a decisão judicial ou responsabilizar, do ponto de vista do exercício do controle financeiro e orçamentário, o magistrado que proferiu a decisão.

Ainda que se avalie o resultado da execução da decisão judicial, voltamos ao problema inicial: Demonstrada a ineficiência da medida forçadamente implementada pelo administrador público e verificado que os resultados esperados com a implementação da política pública não foram alcançados, poderá este ser responsabilizado ou de alguma forma penalizado? A resposta continua sendo negativa. E, a conclusão será, inevitavelmente, que nem tudo que vem do Poder Judiciário é legítimo e que a avaliação realizada, quando positiva, apenas serve para diminuir seu *déficit* de representação política.

Constata-se, então, que a atuação judicial quanto ao controle de políticas públicas, especialmente as de saúde, estará sempre condicionada: a) ao mínimo existencial a ser garantido ao cidadão (art. 1° e art. 3° da CF); b) à razoabilidade na prestação individual social deduzida em juízo (art. 5° da CF); c) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas a prestação positiva reclamada (reserva do possível - teoria dos custos do direito) – art. 165 da CF (GRINOVER (2010); d) a existência de política pública incluída em programação orçamentária pelo Poder Executivo e aprovada pelo Poder Legislativo ou prevista na Constituição Federal, cuja execução é obrigatória (art. 165, §10° e art. 167, inciso I, da CF); e) a impossibilidade de substituir a política pública inserida na agenda de governo pelos diversos atores sociais, por outra definida unilateralmente e de forma individual pelo Poder Judiciário (art. 196, art. 205, art. 211 e art. 230 da CF); f) ao respeito ao ciclo de formação das políticas pública; g) a universalidade das políticas públicas (art. 196, art. 205, art. 211 e art. 230 da CF); h) ao respeito à competência privativa do Poder Executivo de propor lei de natureza orçamentária, remanejar, transferir e transpor[6] recurso e solicitar créditos adicionais, ao respeito às proibições de criar despesa sem a respectiva fonte de receita e de dar início a programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (art. 167 da CF); i) ao devido processo legal orçamentário (art. 59 da CF); j) ao dever constitucional de prestar contas em razão da administração de recursos públicos (art. 71 da CF); l) aos ditames da lei de responsabilidade fiscal, mormente o planejamento, a responsabilidade e o equilíbrio das contas públicas e do orçamento (art. 163 da CF); m) aos valores constitucionais e à concretização do direito fundamental violado ou ameaçado[7].

6 Tramita no congresso nacional o projeto de lei 8.058/2014 que institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo poder judiciário que traz, inclusive, a possibilidade de o poder judiciário determinar a transposição de recurso orçamentários. Sem dúvida tal projeto será objeto de intensos debates e de medidas de controle de constitucionalidade em face da complexidade estrutural dos poderes, e do âmbito de competência privativa de cada um (BRASIL, 2014).

7 Vanice do Valle (2009) traz as seguintes indagações, quanta a **disfuncionalidade do controle do judiciário**, relacionadas: a) a ausência de *expertise* nas áreas técnicas que possam influir ou determinar políticas públicas, a demonstrar a fragilidade do poder judiciário para o seu controle; b) as relações de mútua referência e dependência das ações públicas, de modo que as políticas públicas somente podem ser compreendidas nas suas relações de coordenação e isso ampliará a prestação jurisdicional para além do objeto do pedido; c) ao fato da intervenção judicial ter que considerar a

Barroso (2007) define alguns parâmetros para a atuação judicial em relação às ações individuais. Neste caso, o autor entende que a atuação jurisdicional judicial deve ficar restrita "à dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos" (p. 29). Já nas ações coletivas, o autor compreende que o judiciário pode determinar a alteração das listas, desde que, em caso de inclusão de medicamento não previsto, este seja de comprovada eficácia, e não se trate de fármaco experimental ou alternativo; que se opte por substâncias disponíveis no Brasil; que a decisão judicial faça a escolha, quando possível, pelo medicamento genérico de menor custo; que o medicamento seja indispensável para a manutenção da vida; que o ente federativo sobre o qual recai a decisão judicial seja o responsável pela lista na qual se encontra o medicamento (BARROSO, 2007).

Não se pode esquecer que a realização dos direitos sociais, econômicos e culturais se caracteriza pela gradualidade de sua concretização. São direitos de eficácia progressiva, cujo planejamento e a implementação levados a efeito pelo Estado depende da existência de recursos financeiros, do grau de desenvolvimento e organização da sociedade e da própria administração. Em sentido contrário, também é verdadeiro que pesa sobre o Estado o dever de implementação desse núcleo essencial de direitos e o dever de promover o desenvolvimento da sociedade, estabelecendo e definindo as bases de sua consolidação.

Conforme entendeu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento REsp 811608, em voto da lavra do Min. Luiz Fux, ainda que

> a existência limitada de recursos financeiros seja um obstáculo fático, real e restritivo da atuação do Poder Público, não imuniza o administrador de adimplir os programas constitucionais vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, principalmente, quando verificada a destinação de recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação governamental, são menos prioritárias e de relevância inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. (BRASIL, 2006, p. 06).

---

perspectiva temporal de concretização da política pública, uma vez que, se a pretensão de controle se dirigir a um momento determinado e a ação pública questionada não tiver gerado ainda os efeitos esperados, pode existir inadequada intervenção do Poder Judiciário que paralisa, reconfigura ou substitui a estratégia da ação governamental já traçada; d) a necessidade de continuidade da política pública quando se trata de programação orçamentária de execução continuada em face do caráter temporária da decisão judicial que determina a alocação de recursos.

Não é permitido ao Poder Público através da atividade político-administrativa ou financeira que exerce, criar obstáculos ou mesmo dificuldades artificiais movidas por propósitos antijurídicos e imorais capazes de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor das pessoas, de condições materiais mínimas de existência[8].

O poder público se sujeita a duas diretrizes básicas quanto às políticas alocativas de recursos, a proibição de ausência ou insuficiência de políticas públicas voltadas à implementação de direito fundamental e a vedação do retrocesso (princípio da não regressividade) que impede a adoção de políticas ou de regras normativas que piorem a situação dos direitos sociais.

Sem dúvida, o controle judicial de políticas públicas, como forma de implementação de direitos fundamentais é legítimo, e visa verificar se a tomada de decisão administrativa ou legislativa condiz com os objetivos constitucionais e com a promoção desses direitos, e deve buscar proporcionar eficiência mínima à concretização das metas sociais estabelecidas constitucionalmente, entretanto estará submetida a diversos parâmetros fixados na própria Constituição (CARVALHAES, 2019).

Encontramos na ADI 5595 proposta contra a Emenda Constitucional n. 86/2015 (BRASIL, 2015a) que estabeleceu nova forma de cálculo dos percentuais a serem aplicados anualmente pela União nas políticas e serviços públicos de saúde, um exemplo de decisão judicial, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, voltada a concretização de política pública, nos termos defendidos nesse trabalho.

O Ministro Relator Ricardo Lewandowski votou[9] no seguinte sentido:

> Ofende cláusulas pétreas da Constituição da República a redução drástica no orçamento público para ações e serviços em saúde, promovida pelos arts. 2° e 3° da Emenda Constitucional 86/2015, por violar, a um só tempo, os direitos à vida e à saúde (CR, arts. 5°, caput, 6° e 196 a 198, caput e § 1°); o princípio da vedação de retrocesso social (art. 1°, caput e III); o princípio da proporcionalidade, derivado do postulado do devido processo legal (art. 5°, LIV), em sua acepção substantiva, na faceta de proibição de proteção deficiente; e o dever de progressividade na concretização de

8 De acordo com trecho do voto do Ministro Luiz Fux no REsp 811608/RS. (BRASIL, 2006).
9 Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5056708. Acesso em: 21 nov. 2021.

> direitos sociais, assumido pelo Brasil no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (promulgado pelo Decreto 591/1992) e no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador, promulgado pelo Decreto 3.321/1999).
> A Constituição Federal prevê, ao lado do direito subjetivo público à saúde, o dever estatal da sua consecução, cuja garantia pressupõe "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 a sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196). Para alcançar tal finalidade, fontes de receita relativas à seguridade social (arts. 195 e 198, § 1º) e o dever de gasto mínimo nas ações e serviços públicos de saúde (arts. 167, IV e 198, §§ 2º e 3º) se conjugaram na garantia de financiamento estável e progressivo.
> A dimensão objetiva do financiamento adequado do direito fundamental à saúde, segundo Heleno Taveira Torres, encontra-se fundada nas garantias financeiras, assentadas constitucionalmente, de gasto mínimo e fontes próprias de receitas no bojo do orçamento da seguridade social.
> Nesse contexto, como anota Ana Paula de Barcellos, "o constituinte originário não deixou ao livre alvedrio do legislador ordinário, isto é, da maioria episodicamente no poder, o estabelecimento das prioridades e nem muito menos quanto devem investir nas áreas de educação e saúde, principalmente. Ao contrário, vinculou-o desde logo às prioridades que previamente estabeleceu, indispensáveis ao alcance das metas propostas, e, mais que isso, ao quanto se deve investir nos respectivos setores, de modo a tornar até mesmo sindicáveis pelo poder judicial as respectivas políticas públicas à luz do princípio da eficiência a que se submete a administração pública.
> Nesse cenário, executivo e legislativo estão obrigados, no âmbito do orçamento, a destinar os recursos necessários à prestação de tais serviços. A não alocação de verbas nesses termos descreverá uma deliberação incompatível com a Constituição e, por isso mesmo, inválida. E se se trata de um dever jurídico – isto é: o dever de alocar os recursos necessários para a prestação de serviços exigidos constitucionalmente –, sua inobservância deve poder ser objeto de controle jurisdicional. (BRASIL, 2015b, p. 07).

Entretanto, o tema estudado não se esgota no controle da política pública com um todo, mas deve ser, também, analisado, do ponto de vista da tutela individual. Definidos os principais critérios do tema sobre o enfoque da macrojustiça, vamos ao exame de casos concretos em áreas temáticas da política pública de saúde, a partir do tipo de tutela proporcionada pela microjustiça, ou seja, da implementação individual de direitos fundamentais.

3 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: PARÂMETROS

No âmbito das decisões judiciais individuais, por se tratar de tutela pontual (microjustiça), que visam atender necessidades imediatas dos jurisdicionados, os princípios da igualdade material e da universalidade das políticas públicas acabam vulnerados (FARIAS, 2015), e, globalmente, tais decisões impedem a otimização das políticas estatais quanto à promoção da saúde pública, gerando um conflito com a pauta administrativa do gestor público (BARROSO, 2007 apud FARIAS, 2015).

A situação na área de políticas públicas de saúde é disfuncional pela não utilização de critérios racionais, pelo Poder Judiciário, para decidir as demandas individuais, normalmente baseadas em uma deficiente fundamentação de proteção à vida ou de dignidade, sem maior preocupação com a viabilidade orçamentária do Estado, o que pode desequilibrar as fontes de custeio do sistema público de saúde (FARIAS, 2015).

Foram fixados, em julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175, os seguintes parâmetros, que devem ser considerados pelo Poder Judiciário quando da avaliação de casos concretos, pelo Poder Judiciário (BRASIL, 2010): (a) a inexistência de tratamento ou procedimento, medicamento similar ou genérico, oferecido gratuitamente pelo SUS para a doença ou, no caso de existência, sua utilização sem êxito pelo postulante ou sua inadequação devido a peculiaridades do paciente; (b) a adequação e a necessidade do tratamento ou do medicamento pleiteado para a doença que acomete o paciente; (c) a aprovação do medicamento pela Anvisa (só podendo ser relevado em situações muito excepcionais, segundo disposto nas Leis n.º 6.360/76 e 9.782/99) e; (d) a não configuração de tratamento experimental (BRASIL, 2016a)m.

Carvalho Filho e Leão (2019) listam algumas decisões judiciais que definiram importantes parâmetro de julgamento: a) RE-RG 855.178 de relatoria do Min. Luiz Fux que fixa a tese do Tema de Repercussão Geral 793 e dispõe sobre a solidariedade dos entes federados nas demandas de saúde nas hipótese de competência constitucional comum; b) Embargos de Declaração no RE 1.657.156, Tema 106 da sistemática de recursos repetitivos, da relatoria do Min. Bendito

Gonçalves, que trata dos medicamentos não padronizados pelo SUS, não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária , do uso *off label* de fármacos e estabelece requisitos para sua concessão pelo Poder Judiciária; c) RE-RG 657.718 da relatoria originária do Min. Marco Aurélio que estabeleceu ser possível o fornecimento de medicamento não constante da lista do governo e sem registro sanitário se houve mora injustificável do órgão responsável para apreciar o pedido de registro, desde que atendidos os requisitos fixados pelo STF, tais como a existência de registro do medicamento por renomadas agencias de regulação no exterior, d) Agr. na SS 5.222 de relatoria da Min. Cármen Lúcia que definiu que "a condenação do Estado para fins de fornecimento de medicamento de alto custo não representa lesão à ordem pública apta a autorizar o deferimento de suspensão de segurança"; e) Recurso Extraordinário 566.471, de relatoria do Min. Marco Aurélio, que se encontra pautado para julgamento, com previsão para 2023[10], cujas teses para fixação do Tema 06 de Repercussão geral encontram-se postas no seguinte sentido:

d.1) proposta do Min. Marco Aurélio:

> O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil. (BRASIL, 2007, p. 16)

d.2) proposta do Min. Alexandre de Moraes:

> Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT's), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente - inclusive da análise da tutela de urgência -, o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou

10 Incluído no calendário de julgamento pela Presidente do STF, com data de julgamento previsto para 18/05/2023, conforme informação do sistema de andamento processual do STF. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078. Acesso em: 26 jan. 2023.

> ressarcimento pela União: (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio; (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências; (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento. (BRASIL, 2007, p. 01).

d.3) proposta do Min. Roberto Barroso:

> O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS. (BRASIL, 2007, p. 03).

Deve-se, não existe qualquer dúvida, garantir a efetivação do direito ao mínimo existencial como parâmetro para atuação do Poder Judiciário e assegurar a utilização de critérios racionais para casos de disponibilização imediata de medicamentos e tratamentos de saúde, principalmente quando de alto custo, que sejam necessários para manter o indivíduo vivo[11]. O direito fundamental ao mínimo

11 Luciano Chaves Farias (2015) cita, ainda, alguns exemplos práticos de aplicação da teoria, em casos de microjustiça, como a determinação para fornecimento de medicamentos de comprovada eficácia, excluindo-se os experimentais ou alternativos, com preferência por medicamentos nacionais ou disponíveis no país, observados os programas de assistência farmacêutica do SUS, de modo a se dar prioridade a fármacos inclusos em lista de distribuição da rede pública, bem como a determinação para concessão de tratamentos com equipes médicas e em instalações hospitalares nacionais, quando há tratamento adequado no país.

existencial está associado ao conceito de dignidade da pessoa humana (existência digna) através do fornecimento de recursos materiais mínimos, impondo uma postura positiva por parte do Estado, no sentido de garantir a manutenção das condições existenciais do ser humano (SARLET; ZOCKUN, 2016).

O cerne da questão, envolve, em matéria de saúde, o equilíbrio entre o dever de promoção da saúde e a proteção a vida (direito individual à saúde[12]) e o direito à política pública de saúde (direito coletivo à saúde). De onde se infere que deve preponderar o direito público subjetivo à existência da política pública, que seja capaz de implementar, proteger e concretizar o direito individual à saúde[13] quer quanto ao fornecimento de tratamentos, quer ao fornecimento de medicamento, inclusive de alto custo.

Analisando o problema tanto sobre o ângulo da macrojustiça quanto da microjustiça, Vanice do Valle (2009) leciona que a questão se pôs, no âmbito do Supremo Tribunal, com a ADPF 45 que teve por objeto a redução de valores de receita pública que serviam de base de cálculo para os recursos orçamentários vinculados à saúde. A ação não chegou a ser julgada, e houve perda de objeto, porque o Poder Executivo apresentou nova proposta legislativa que superava a redução do gasto[14]. O acervo de decisões no STF, segundo a autora (VALLE, 2009),

12 Sobre o tema destaco a seguinte decisão do STJ: Processo civil. Fornecimento de medicamentos. Criança. Doença rara. Risco de vida. Ausência de registro na Anvisa. Situação excepcional devidamente justificada. Perícia médica do juízo. Possibilidade. Precedentes. No caso, o fornecimento dos fármacos não registrados na Anvisa foi autorizado pela Corte de origem, em razão das circunstâncias excepcionais dos autos, que envolve o tratamento de moléstia grave de criança, a inexistência de qualquer outro tratamento pelo SUS, a inviabilidade da realização de transplante de fígado, o fato de os medicamentos serem amplamente aprovados por agências reguladoras estrangeiras e pela comunidade científica internacional, além de sua comprovada eficácia em cerca de 90% dos casos. Com efeito, não se pode subjugar a sobrevivência de uma criança de pouco mais de 1 ano de idade à burocracia e ineficiência do aparelho estatal, impondo-se ao Judiciário uma postura proativa na concretização dos direitos mais basilares do ser humano, como o direito à vida. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2016b).

13 No mesmo sentido, Vanice do Valle (2009) sustenta que não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para proteção, promoção e reestabelecimento da saúde, independente de uma política pública de saúde que o concretize. Há sim, um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam e protejam, com base no dever constitucional imposto ao Estado de cria-las e implementá-las.

14 Nas STA n. 91 e STA n. 185, se discutiu, respectivamente o tratamento para doentes renais crônicos em hemodiálise e transplantados, e, a realização de cirurgias de transgenitalização. Nos dois casos, destaca-se a importância de considerar-se os efeitos inter-relacionais de uma ordem judicial que tenha por objeto o remanejamento de verbas originalmente destinadas a outras políticas públicas de saúde e o risco do problema de alocação dos recursos públicos indispensáveis ao financiamento

combina a análise individual e as pretensões de caráter mais amplo veiculados normalmente nos mecanismos de Suspensão de Tutela Antecipada (STA), Suspensão de Liminar (SL) e Suspensão de Segurança (SS), o que denota o reconhecimento do necessário balanceamento ente universalização e financiamento, e o exame da inter-relação entre políticas públicas, com maior abertura dialógica da Corte, seja através de audiências públicas, seja através de procedimentos de admissão de *amicus curae*. A particularidade de caso (dimensão subjetiva dos direitos fundamentais) e sua inextensibilidade a outros casos é ponto presente nas decisões do Supremo Tribunal que vem optando pela proteção à dimensão objetiva dos direitos fundamentais[15].

O fato é que toda essa disfuncionalidade resultante do "descontrole" das políticas públicas pelo Poder Judiciário representou, na área de saúde, um expressivo avanço nos gastos com cumprimento de decisões judiciais, da ordem de R$ 2,4 milhões em 2005, para R$ 52 milhões em 2008 (PINTO, 2019), que apesar da tragédia orçamentária, pode representar um importante catalisador de mudanças da agenda de ação do poder público, através de um processo de construção de demandas sociais a partir do estudo analítico das pretensões deduzidas em juízo (VALLE, 2009). Além disso, a experiência vivida pela judicialização de políticas públicas demonstra que o objeto da medida jurisdicional deve ser a determinação de formulação da política pública, e não o efeito ou o produto desta, individualmente considerado (VALLE, 2009), que deve estar restrito às hipóteses, devidamente delimitadas, de atendimento ao direito à vida e ao acesso aos tratamentos de saúde (e de suporte à vida), dentro dos parâmetros técnicos definidos neste artigo levando em conta o princípio do mínimo existencial.

do Sistema Único de Saúde em âmbito nacional (VALLE, 2009).

15 Para Vanice do Valle (2009, p. 139) "há uma dissintonia quando se comparam as decisões do STF e do STJ quanto ao aspecto inerentes ao financiamento de medidas individuais de tutela do direito à saúde (tutela individual de direitos fundamentais ou controle das políticas públicas?), que se agrava quando se considera o poder judiciário como um todo, particularmente no campo do fornecimento de medicamento onde já se registrou determinações de custeio de florais de *bach*, medicamentos para impotência ou mesmo alopecia. Também já houve decisões obrigando o poder pública a entregar medicamentos sem prazo pré-estabelecido que com o passar do tempo se tornam desnecessários, do ponto de vista do tratamento, e que passavam a abastecer um mercado negro de indústria de demandas, por vezes, com o objetivo de fornecimento de medicamentos não incluídos em listas oficiais".

O Tribunal de Contas da União que já vinha alertando que as decisões judiciais na área da saúde estavam provocando a realocação emergencial de recursos da programação orçamentária com a consequente descontinuidade do tratamento de pacientes regulares das políticas públicas previstas nestes programas, além de ameaçar os gestores públicos pelo eventual descumprimento das decisões judiciais e levar os laboratórios a aumentar os preços de medicamentos na hipótese de aquisição emergencial, sem licitação, para o cumprimento das decisões judiciais[16], desta vez, na auditoria operacional – TC 009.253/2015-7 – do tipo fiscalização de orientação centralizada (FOC) que teve por objeto a judicialização da saúde com a finalidade de "identificar o perfil, o volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde, bem como investigar a atuação do ministério da saúde para mitigar seus efeitos nos orçamentos e no acesso dos usuários à assistência à saúde" (BRASIL, 2017, p. 13) constatou:

> Predominância da litigância individual (procedimento comum ou juizado especial) em detrimento da judicialização coletiva. Em síntese, conclui-se que há, nos últimos anos, uma tendência de aumento gradual do número de processos individuais relativos à saúde pública no Brasil, majoritariamente na justiça estadual, com foco em fornecimento de medicamentos e tratamento médico-hospitalar, mediante forte atuação da advocacia privada e da Defensoria Pública, a depender do estado. O fornecimento de medicamentos, alguns sem registro no Sistema Único de Saúde, corresponde a 80% das ações.
> Na União, observou-se o seguinte perfil: a) o número de ações judiciais federais é crescente e sua proporção por habitante é maior em estados das regiões Sul, Centro-Oeste e Sudeste; e b) os gastos federais com a judicialização são crescentes e concentram-se em três medicamentos que não fazem parte da RENAME, sendo que um deles não possui registro na Anvisa. A média nacional de processos judiciais recebidos pelo Ministério da Saúde (União) por cem mil habitantes dobrou de 3, em 2010, para 6, em 2014 (linha 'Brasil') e não há uma relação causal entre judicialização e subdesenvolvimento humano regional. Entretanto, aumento do número de

16 No ano de 2004, conforme TC 005.010/2004-2, Acórdão 1.673/2004-TCU-Plenário, "o TCU realizou auditoria de natureza operacional referente à Ação Assistência Financeira para Aquisição e Distribuição de Medicamentos Excepcionais, vinculada ao Programa Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos (TC 005.010/2004-2, Acórdão 1.673/2004-TCU-Plenário). A equipe daquela auditoria verificou o crescente número de demandas judiciais, em 2003 e 2004, referentes a medicamentos de dispensação excepcional. Constatou-se que a judicialização da saúde provocava a realocação emergencial de recursos do programa, descontinuava o tratamento de pacientes regulares do programa, ameaçava os gestores pelo eventual descumprimento das decisões judiciais e admitia que laboratórios aumentassem os preços de medicamentos na hipótese de aquisição emergencial, sem licitação, para o cumprimento das decisões judiciais". (BRASIL, 2004, n. p.).

> processos é associado a um aumento no gasto público. Conforme dados apresentados pelo Ministério da Saúde, os valores gastos no cumprimento das decisões judiciais na área da saúde aumentaram mais de quatorze vezes nos últimos oito anos, passando de 70 milhões de reais em 2008 para mais de um bilhão de reais em 2015. Os dados coletados indicam que o impacto da judicialização da saúde é mais intenso no nível estadual que no federal, em relação ao número de processos judiciais (Poder Judiciário) e ao gasto total com itens judicializados (Poder Executivo). A judicialização da saúde também afeta as contas estaduais por meio dos bloqueios e sequestros judiciais. Nos municípios, observou-se que o gasto com a judicialização da saúde foi crescente de 2013 para 2014. Em alguns municípios, os registros com a judicialização apontam uma predominância dos gastos com medicamentos; em outros, a maior parte dos gastos refere-se a fraldas e itens alimentares.
> O controle administrativo sobre as ações judiciais referentes à saúde é insuficiente no Ministério da Saúde e na maioria das secretarias de saúde selecionadas para análise. Por controle administrativo entendem-se: a) a existência de rotinas de coleta, processamento e análise de dados que permitam o dimensionamento da judicialização da saúde, de forma a subsidiar a tomada de decisão; e b) a existência de mecanismos de detecção de fraudes, mediante o cruzamento de dados para a identificação de padrões e inconsistências, permitindo a realização de investigações com ou sem a participação de órgãos de persecução criminal (polícia e Ministério Público) (BRASIL, 2017, p. 13).

Sem dúvida, somente o controle da política pública voltado ao fornecimento de informações à sua enunciação, pode transformar o Poder Judiciário em uma caixa de ressonância das necessidades sociais e, possibilitar, aos demais poderes, a partir destes dados concretos (número de demandas, tipos de pedidos e de medidas judiciais, conteúdo das decisões e características das ações judiciais etc.), a construção dialógica das ações de governo, ou se necessário a reconfiguração ou repriorização das existentes que deve se concretizar por meio de um processo objetivo de cooperação (VALLE, 2009).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após apresentar algumas das possíveis respostas, ao longo deste artigo, às principais indagações aos quais nos propomos examinar, podemos concluir que: a) o controle das políticas públicas de saúde está a cargo dos Tribunais de Contas; b) a tutela das necessidades sociais nas áreas de saúde deve atender ao direito fundamental do cidadão-contribuinte a uma tutela especial e especializada em

finanças públicas, ao direito fundamental ao bom governo ou boa administração e ao direito fundamental de sustentabilidade das presentes e futuras gerações; c) o controle das políticas públicas de saúde por parte do Poder Judiciário ocorre a partir dos parâmetros de macrojustiça e microjustiça e, tão-somente, será possível se a política pública estiver institucionalizada normativamente, trazendo o programa orçamentário, as diretrizes, as prioridades, as metas, os indicadores e os meios financeiros para sua execução; d) do ponto de vista da tutela individual (microjustiça), as decisões judiciais envolvendo tratamentos de saúde de alto custo devem observar às seguintes balizas: 1) inexistência de tratamento ou medicamento, oferecido gratuitamente pelo SUS ou, no caso de existência, sua utilização sem êxito pelo postulante ou sua inadequação devido a peculiaridades do paciente; 2) a adequação e a necessidade do tratamento ou do medicamento pleiteado para a doença que acomete o paciente; 3) a aprovação do medicamento pela Anvisa, dispensada em casos excepcionais; e; 4) a não configuração de tratamento experimental.

A tutela das políticas públicas de saúde pelo Poder Judiciário deve ocorrer apenas em caso de ineficiência dos órgãos constitucionalmente responsáveis pela elaboração e controle de tais ações, sempre levando em conta o necessário equilíbrio entre o direito individual à proteção da saúde e o direito coletivo à política pública de saúde, devendo prevalecer o direito à efetivação do mínimo existencial de maneira a se assegurar a disponibilização imediata de tratamentos de saúde (principalmente, quando de alto custo) que sejam necessários para manter o indivíduo vivo.

Entretanto, este remendo emergencial resultante da atuação do Poder Judiciário, nos casos de políticas públicas insuficientes ou deficientes, serve de fundamento para atuação dos demais poderes, que deverão incluir na agenda de governo, posteriormente, na própria programação orçamentária e no planejamento de fiscalização dos órgãos de controle externo, as demandas sociais apresentadas em juízo, vinculados que estão, quanto às políticas alocativas de recursos, a proibição de ausência ou insuficiência de políticas públicas voltadas à

implementação de direito fundamental e a vedação do retrocesso (princípio da não regressividade) que impede a adoção de políticas ou de regras normativas que piorem a situação dos direitos sociais de saúde.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Fórum**, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, p. 31-61, nov./dez. 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8.058, de 04 de novembro de 2014**. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=68775. Acesso em: 25 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. **Lei n. 7.347/1985, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a organização do SUS. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 3.916, de 30 de Outubro de 1998**. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 out. 1998. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n. 86, de 2015**. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal. Brasília, DF: Senado Federal, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm. Acesso em: 25 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 811.608 - RS (2006/0012352-8)**. Relator: Min. Luiz Fux, 2006. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2974395&num_registro=200600123528&data=20070604&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5595.** Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 2015b. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5056708. Acesso em: 09 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial nº 1.502.239/PR**. Relatora: Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), 18 de fevereiro de 2016b. Disponível em: https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1487066&tipo=0&nreg=201403175886&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160226&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 25 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada 175**. Relator: Gilmar Mendes, 17 de março de 2010. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário – RE 566471**. Relator: Min. Marco Aurélio, 2007. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078. Acesso em: 26 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.673/2004-TCU-Plenário**. 27 de outubro de 2004. Disponível em: https://www.tcu.gov.br/acordaoslegados/2004/Plenario/AC-2004-001673-LMR-PL.doc. Acesso em: 25 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1787/2017 – Plenário**. 16 de agosto de 2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:1787%20ANOACORDAO:2017%20COLEGIADO:'Plen%C3%A1rio'/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0. Acesso em: 09 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/remessa necessária n. 5009243-74.2014.4.04.7102/rs**. Relator: Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, 10 de maio de 2016a. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/jurisprudencia/sumulas/sumula_98/50092437420144047102.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.

CARVALHAES, Andréia Schneider Nunes. **Decisão Judicial e Políticas Pública**: limites controle e medidas judiciais. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos; LEÃO, Simone Letícia Severo e Souza Dabés. A concretização do direito à saúde pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Belém, v. 5, n. 2, p. 23-42, jul./dez. 2019.

FARIAS, Luciano Chaves de. **Mínimo existencial**: Um parâmetro para o controle judicial das políticas sociais de saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro, 4. ed.; Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora Jupodivm, 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, São Paulo, v. 7, n. 7, 2010.

MACIEL, Moises. **Tribunais de Contas e o direito fundamental ao bom governo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PINTO, Élida Graziane. Uma estéril década de microjustiça da saúde no STF reclama novas respostas. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 de maio de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mai-21/contas-vista-esteril-decada-microjustica-saude-stf. Acesso em: 16 dez. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais,** Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. Disponível em: http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594. Acesso em: 30 mar. 2023.

VALLE, Vanice Regina Lírio. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

O CONSEQUENCIALISMO NA MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAIS E SUA APLICAÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

THE CONSEQUENTIALISM IN THE PROSPECTIVE OVERRULING AND ITS APPLICATION TO TAX MATTERS

EL CONSECUENCIALISMO EN LA MODULACIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES Y SU APLICACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA

Vitória Medeiros de Melo Caballero Chagas[1]

Maria Danielle Rezende de Toledo[2]

RESUMO

O instituto da modulação de efeitos, antes aplicável apenas às Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ganhou novas formas e passou a integrar as decisões judiciais com maior amplitude, especialmente para os processos com formação de precedentes qualificados ou de efeitos vinculantes, nos termos do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). Assim, conhecer as possibilidades e os efeitos decorrentes da modulação faz do instituto objeto de pesquisa para o presente artigo, com foco em compreender se a modulação temporal de efeitos pode ser realizada em favor do Estado, especialmente, em matéria tributária, verificando-se erros e acertos decorrentes das decisões do STF nesse sentido.

Palavras-chave: modulação de efeitos; segurança jurídica; proteção da confiança; superação de precedentes; matéria tributária.

ABSTRACT

The prospective overruling, previously applicable only in the concentrated control of constitutionality, has gained new forms and started to integrate judicial decisions with greater amplitude, especially for processes with formation of qualified precedents or binding effects, under the Civil Procedure Code of 2015. Thus, knowing the possibilities

1 Mestranda em Direito Constitucional Processual Tributário pela PUC-SP. Advogada. Email: vitoria.medeirosmelo@gmail.com.

2 Mestranda em Direito Constitucional Processual Tributário pela PUC-SP. Pós-Graduada em Direito Constitucional pela FDSM-IBDC. Advogada. E-mail: mariadanielletoledo@gmail.com.

and effects arising from prospective overruling, this paper aims to understand whether it can be performed on behalf the State, especially, in tax matters, verifying errors and successes resulting from the Supreme Court's decisions in this regard.

Keywords: prospective overruling; legal certainty; legitimate expectative; biding precedents; tax matters.

RESUMEN

El instituto de la modulación de efectos, antes aplicable sólo a las Acciones Directas de Inconstitucionalidad, ha ganado nuevas formas y pasó a integrar las decisiones judiciales con mayor amplitud, especialmente para los procesos con formación de precedentes calificados o efectos vinculantes, en virtud del Código de Procedimiento Civil de 2015 (CPC/2015). Así, conocer las posibilidades y efectos derivados de la modulación convierte al instituto en el objeto de investigación de este artículo, centrándose en comprender si la modulación temporal de los efectos puede realizarse a favor del Estado, especialmente, en materia fiscal, verificando los errores y aciertos derivados de las decisiones del STF en este sentido.

Palabras clabe: modulación de efectos; seguridad jurídica; protección de la confianza; anulación de precedentes; materia fiscal.

Data de submissão: 07/02/2023
Data de aceite: 30/03/2023

1 INTRODUÇÃO

O polêmico instituto da modulação de efeitos, usado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) antes mesmo de haver expressa previsão legal no sistema processual brasileiro, ganhou novos contornos e novas discussões com o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). Com a atribuição de carga normativa diferenciada a uma série de decisões judiciais, surgiu também a preocupação com a proteção da confiança do

jurisdicionado quando estas decisões representam mudanças inesperadas do cenário jurídico.

Essa preocupação é ainda maior quando se está diante do que Teresa Arruda Alvim chama de ambientes decisionais rígidos, como o direito tributário e o direito penal, campos nos quais a alteração do mundo jurídico por meio da jurisprudência não é desejada, havendo preferência pelas alterações legislativas (ALVIM, 2020, p. 44).

Há, ainda, a possibilidade de modulação de efeitos ocorrer em prol do excepcional interesse social. Não é pacífico, entretanto, se esse caso se aplica à modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes, o que leva ao questionamento de se a modulação de efeitos poderá ser aplicada em favor do Estado e não apenas em benefício do jurisdicionado.

Esses questionamentos são o objeto central do presente artigo e foram abordados por meio de pesquisa qualitativa, baseada na análise de materiais bibliográficos e, ao fim, com base em um breve estudo de caso, de como o assunto vem sendo tratado pelo STF em suas decisões que versam sobre matéria tributária.

2 MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Tradicionalmente, as decisões judiciais produzem efeitos retroativos. Isso porque, enquanto o Poder Legislativo regula, no exercício de suas competências típicas, as situações futuras, por meio da elaboração de leis e outros atos normativos, o Poder Judiciário possui como principal atribuição resolver as contendas já postas, as situações passadas, pacificar os conflitos existentes na sociedade. Dessa forma, é lógico que os efeitos das decisões que resolvam esses conflitos deverão produzir efeitos que atinjam o passado.

No entanto, há situações excepcionais nas quais esses efeitos retroativos não são desejáveis, seja em razão da proteção da confiança e da segurança jurídica, seja por questões de excepcional interesse social. Nessas hipóteses, o Poder Judiciário poderá manipular os efeitos da decisão, conferindo-lhe eficácia prospectiva. A essa manipulação dá-se o nome de modulação temporal de efeitos.

Apesar de o STF já suavizar a retroatividade dos efeitos das decisões proferidas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ALVIM, 2020, p. 37), a modulação de efeitos foi introduzida no sistema positivo nacional por meio da Lei n. 9.868/1999, que disciplina o controle de constitucionalidade concentrado pela Suprema Corte, e, em seu art. 27, prevê:

> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

O CPC/2015, por seu turno, por meio do art. 927, § 3º[3], introduziu norma – sem correspondente no CPC/1973, prevendo que

> Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Ainda, a Lei n. 13.655/2018 inseriu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o art. 24, com o seguinte teor:

> Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.
> Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência

3 Que, vale dizer, é apenas exemplificativo. Ver: ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes**. São Paulo: RT, 2020, p. 61.

> judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

A primeira norma destacada acima parte do princípio de que a lei e o ato normativo, quando editados e promulgados, possuem presunção de validade e constitucionalidade, produzindo, assim, efeitos no mundo fático e jurídico que podem ser significativos o suficiente para que, se declarada a inconstitucionalidade da norma, não seja conveniente seu desfazimento.

As outras duas normas partem de princípio similar. Não dizem respeito, no entanto, a uma norma geral e abstrata, mas a entendimento consolidado manifestado pelo Poder Judiciário. Explica-se: no caso do art. 27 da Lei n. 9.868/1999, a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo é fundamentada – além de possível prejuízo gerado pelo desfazimento dos atos e fatos dela decorrentes – na confiança gerada por estas normas em todos os jurisdicionados, em razão de sua presunção de validade (ALVIM, 2020, p. 71). Já no caso do CPC/2015 e da LINDB, a modulação existe como forma de proteger a confiança dos jurisdicionados em determinadas manifestações do Poder Judiciário.

Neste ponto, pontua-se que a confiança depositada em determinadas decisões judiciais merece proteção, pois vem sendo paulatinamente superado o entendimento de que o julgador simplesmente descobre o direito. De fato, hoje é amplamente aceito que o julgador exerce, sim, atividade criativa ao julgar. Essa criação pode decorrer do fato de não haver norma positivada aplicável à situação sob análise ou, então, do fato de que a linguagem, que é a mesma utilizada nos textos normativos, possui textura aberta e, por isso, permite as mais diversas interpretações. Assim, o julgador não descobre o direito, mas ajuda a criá-lo, completando a tríade lei + doutrina + jurisprudência (ALVIM, 2020, p. 94-98).

Diante disso, não é mais possível defender que as decisões judiciais produzam única e exclusivamente efeitos retroativos, pois as decisões judiciais também têm carga

normativa – em diferentes níveis –, o que pode requerer ajustes nos efeitos produzidos. Não é desejado que apenas a lei possua efeitos irretroativos, mas, sim, em maior ou menor medida, que o direito como um todo o faça.

2.1 OBRIGATORIEDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Além das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade e das súmulas vinculantes, que possuem observância obrigatória decorrente da própria Constituição Federal de 1988 (CF/1988), conforme seus artigos 102, § 2º e 103-A, respectivamente, o art. 927 do CPC/2015 introduziu no sistema processual brasileiro uma série de outras decisões e enunciados jurisprudenciais com carga normativa mais acentuada em relação às decisões judiciais como um todo.

Essas decisões e enunciados jurisprudenciais têm a capacidade de gerar efeitos para além dos processos que lhes deram origem, atingindo indivíduos que não integram os referidos processos, uma vez que deverão ser observadas pelos demais julgadores ao apreciarem casos semelhantes.

Em todas as decisões/enunciados de observância obrigatória mencionados até o momento, percebe-se certo afastamento das funções típicas do Poder Judiciário, visto que a manifestação do julgador, ainda que proferida em um processo ajuizado para resolver conflito entre duas partes, produzirá efeitos gerais, representando verdadeira pauta de conduta para terceiros estranhos à lide.

O grau de obrigatoriedade dessas decisões e enunciados, todavia, varia, conforme as ferramentas conferidas ao jurisdicionado para garantir sua aplicação ao caso concreto. Segundo Teresa Arruda Alvim (2020, p. 112-115), a obrigatoriedade será forte, quando, em caso de inobservância do precedente, for cabível ação específica para saná-la. Atualmente, essa ação é a reclamação. Exemplos de precedentes de obrigatoriedade forte, segundo o CPC/2015, são os acórdãos proferidos

em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou de incidente de assunção de competência (IAC).

Por outro lado, há os precedentes de obrigatoriedade média, aqueles que, se desrespeitados, ensejam a correção por meio de ferramentas não concebidas necessariamente para este fim, como os recursos. Também são precedentes de obrigatoriedade média aqueles eleitos pela lei como critério para a aplicação de facilidades processuais, como a dispensa de oferecimento de garantia.

Por fim, há os precedentes cuja obrigatoriedade é fraca, decorrente da racionalidade ínsita ao direito, apenas cultural. Assim, se um juiz decide determinado caso de maneira "x", um terceiro alheio à lide que possua caso idêntico tem a expectativa de que seu caso seja julgado da mesma forma.

Fixadas, então, as premissas quanto aos níveis de obrigatoriedade dos precedentes, ressalta-se que todos eles geram, em maior ou menor grau, a confiança dos jurisdicionados. Mesmo os precedentes de obrigatoriedade fraca podem ensejar o dever de proteção da confiança do jurisdicionado, desde que tenham capacidade de figurar como verdadeiras pautas de conduta. O fato de determinada decisão judicial figurar como pauta de conduta aos jurisdicionados é essencial na análise da aplicação ou não da modulação de efeitos.

2.2 MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle concentrado de constitucionalidade tem efeitos vinculantes em razão de previsão expressa no texto constitucional. É certo que a estrutura clássica de controle impunha efeitos *ex tunc* para as decisões em que se reconhecesse a inconstitucionalidade de dispositivos legais, tendo em vista a concepção de que a lei já

nasceria inconstitucional, consequentemente sem efeitos, ou, até mesmo, de que a lei inconstitucional seria inexistente.

Nesse ponto, Emília Maria Velano apresenta posicionamento firme quanto à atribuição de efeito *ex tunc* para controle concentrado de constitucionalidade, amparada inclusive na própria interpretação do texto constitucional:

> Embora nossa Constituição não tenha se manifestado sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade expressamente e apesar de a doutrina reconhecer que vários dispositivos constitucionais demonstram que a lei inconstitucional deve ser considerada nula, ou seja, não deve produzir nenhum efeito, a constitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/99 é defendida pelos próprios autores que confirma a hierarquia constitucional do princípio da nulidade da lei inconstitucional. (VELANO, 2021, p. 73).

Causa estranheza o entendimento contrário à nulidade da lei inconstitucional desde o seu nascedouro, tendo em vista que a preservação do texto constitucional deveria ser o norte, a regra firme no sentido de impor ao legislador a "penalidade" pela edição de texto legislativo que não esteja conforme a Constituição Federal de 1988. Afinal, ninguém mais do que o próprio Poder Legislativo deveria conhecer e observar o texto essencial do Estado Brasileiro.

No entanto, este posicionamento, eleito por muito tempo como regra (nulidade da lei e extinção de seus efeitos desde sua edição) passou a ser revisto nos últimos anos, de maneira que ao julgador foi conferido o poder, a competência, de analisar os impactos decorrentes da legislação tida por inconstitucional. Assim, em casos excepcionais, seria possível atribuir efeitos em determinado período de tempo, ou para determinados jurisdicionados e territórios, como forma de garantir a preservação de direitos e a mitigação das consequências advindas da nulidade da norma.

Aqui surge a ponderação de princípios para atribuir o melhor efeito ao reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, o que o STF já vem reproduzindo em seus julgados, conforme demonstrado em trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa:

> [...] Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado 'in concreto' se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional (ADI 3.022, Rel. Joaquim Barbosa, DJ, 18 ago. 2004).

Nesse contexto, pontua-se que essa orientação não guarda unanimidade na doutrina, conforme ressalta Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

> o referido dispositivo transformou nossa Constituição em flexível, pois é possível que o Judiciário modifique os efeitos das declarações de inconstitucionalidade por razões de caráter apenas político. Nestes termos, sustenta que ocorreu a transformação do Supremo Tribunal Federal em uma "terceira Câmara Legislativa". (FERREIRA FILHO, 2020).

No entanto, o posicionamento majoritário da doutrina reconhece que o art. 27 da Lei n. 9.868/1999 apresenta uma nova possibilidade de atribuição de efeitos para a declaração de inconstitucionalidade, possibilitando ao julgador analisar e ponderar entre princípios afetados com essa medida drástica, mas, sem indicar que a modulação passaria a ser a regra no controle de constitucionalidade. Não obstante, o que se verifica na prática é a modulação como efeito corriqueiro, sobretudo para as demandas que impliquem impacto negativo à arrecadação de tributos.

Aqui, ampara-se novamente em Emília Maria Velano, que manifesta preocupação quanto aos aspectos vagos ou abertos relativos ao conceito de "interesse público relevante" e "segurança jurídica":

> Para evitar as argumentações de caráter político, é necessário contrapor duas formas de aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99: a primeira, em razão da ausência de controle metodológico, permite que as expressões "interesse público" e "segurança jurídica" sejam fundamento para considerações políticas nas decisões judiciais, sem embasamento constitucional, tal como ocorre em alguns casos de suspensão da segurança atualmente na jurisprudência

> brasileira; já a segunda oferece uma metodologia complexa para a concretização da Constituição, sempre orientada pela norma constitucional, o que propicia o controle do emprego de considerações políticas na fundamentação de decisões judiciais. (VELANO, 2021, p. 82).

A preocupação e a crítica são fundadas, principalmente, quando se identificam os últimos julgamentos pelo STF, nos quais há efetiva análise político-social na escolha dos processos que ganharão modulação de efeitos em controle de constitucionalidade concentrado. Um exemplo é o julgamento da ADI n. 5.422, que trata da incidência de imposto de renda da pessoa física sobre os valores recebidos a título de pensão alimentícia, mesmo diante da informação por parte da Advocacia Geral da União ("AGU") em embargos de declaração, indicando o impacto de R$ 6,5 bilhões com a restituição do imposto pago nos últimos 5 anos[4].

Por certo, o STF entendeu por bem não modular os efeitos da decisão, especialmente por dar interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, ou seja, sem declarar inconstitucionalidade de dispositivo legal, para alcançar o máximo de efetividade social com a restituição dos valores para pessoas físicas, especialmente em se tratando de menores.

2.3 FUNDAMENTOS PARA A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DAS MANIFESTAÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO

2.3.1 Proteção da confiança

Dentre os fundamentos que justificam a modulação dos efeitos das decisões judiciais está a proteção da confiança, ou seja, a preservação da fé do jurisdicionado nas manifestações do Poder Público, que promoverá a solução do litígio e garantirá a igualdade de tratamento e a pacificação social.

4 Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4893325. Acesso em: 30 nov. 2022.

Nesse sentido, Daniel Mitidiero apresenta considerações elucidativas:

> O que significa dizer que a modulação está autorizada em nome do princípio da segurança jurídica?
> Significa dizer que está autorizada em nome da confiabilidade da ordem jurídica, isto é, que pesa mais para os cidadãos em termos de credibilidade da ordem jurídica como um todo manter os efeitos da lei decretada inconstitucional do que os suprimir. Daí a importância em restringir a modulação dos efeitos a casos excepcionais, de difícil repetição: fosse corrente a sua possibilidade, a supremacia da Constituição restaria indevidamente restringida. (MITIDIERO, 2021, p. 142).

Juliana Bizarria faz interessante vinculação do princípio da confiança e boa-fé:

> A vedação ao comportamento contraditório vincula-se à ideia de proteção da credibilidade e expectativa gerada pela parte, quando age reiteradamente de certa maneira e, inesperadamente, altera seu modo de atuar contrariando a orientação anterior. Trata-se, desse modo, de dois comportamentos que, apesar de separados no tempo, frustram a legítima confiança depositada pela outra parte ao se surpreender com a conduta incompatível. Frustra-se a aparência criada em torno da crença de que o comportamento continuaria a ser de determinada forma [...]
> O julgador decide de acordo com a lei, mas, se a lei comporta diversas formas de interpretação, cada uma delas constituirá uma pauta de conduta diferente para os jurisdicionados, comprometendo o próprio princípio da legalidade. Por essa razão, a proteção da confiança está relacionada diretamente à previsibilidade, do contrário, seria inútil a lei ser a mesma para todos e os juízes e tribunais poderem interpretá-la de modos diferentes, surpreendendo os jurisdicionados. (BIZZARIA, 2021, p. 58).

No mesmo sentido, é possível considerar a modulação de efeitos decorrente da modificação do posicionamento dos Tribunais, em que os jurisdicionados foram direcionados a agir de determinada maneira, como deixar de recolher um tributo, mas foram surpreendidos pela mudança de posicionamento, que passou a exigir o seu recolhimento através de nova decisão.

Nesse contexto, adequada e desejada a modulação dos efeitos da decisão, de forma a garantir àqueles que pautaram suas condutas pela orientação de determinada decisão judicial ou ato normativo vigente por período limitado, que não sejam prejudicados pela modificação da jurisprudência. E aqui não se está justificando a

aplicação da modulação de efeitos em razão de decisões temporárias, precárias, como tutela antecipada ou medida liminar, mas, sim, em razão de decisões, posicionamentos consolidados, mesmo em segunda instância, que serviam como verdadeiras pautas de conduta aos jurisdicionados, similares aos atos normativos, e que foram reformadas por precedente vinculante dos Tribunais Superiores, configurando efetiva quebra de confiança entre jurisdicionado e Poder Judiciário.

2.3.2 Excepcional interesse social

O excepcional interesse social aparece inicialmente no art. 27 da Lei n. 9.868/1999, como fundamento para a modulação de efeitos em matéria de controle concentrado de constitucionalidade, sem que se tenha o conceito de interesse social fixado pela legislação. Constitui também cláusula aberta com dependência interpretativa pela doutrina e pela jurisprudência.

Para Ana Paula Ávila, “a expressão interesse social designa interesse de uma dada classe social, a menos favorecida, ou seja, aquela que constitui o problema social que reclama a desapropriação da propriedade privada e individual em favor da coletividade” (ÁVILA, 2009, p. 164).

A autora alerta também sobre a necessidade de não se confundir interesse social com interesse da administração ou interesse do Estado, ou seja, deve-se buscar o que seria interesse social na Constituição Federal de 1988:

> A premissa fundamental a ser registrada é que, em todo caso, a proteção dos efeitos de norma inconstitucional deve-se apresentar como a melhor alternativa para assegurar a normatividade da Constituição como um todo, preservando-se, assim, a integridade da ordem jurídica. (ÁVILA, 2009, p. 167).

Isso se dá pela necessidade de justificação efetiva e robusta da aplicação da modulação de efeitos, especialmente para que sua aplicação não se transforme em regra, como vem ocorrendo, em sua maioria, sob a justificativa de grande impacto

econômico das alterações de posicionamento do Poder Judiciário, interferindo no orçamento público.

É sabido que o impacto econômico é utilizado como fundamento, amparado no que a doutrina denomina "argumento não-institucional", porque não relacionado, *a priori*, com qualquer elemento descrito no ordenamento jurídico. A justificativa para essa argumentação está no pragmatismo ou no consequencialismo, conforme explica Humberto Ávila:

> Os argumentos não-institucionais não fazem referência aos modos institucionais de existência do Direito. Eles fazem apelo a qualquer outro elemento que não o próprio ordenamento jurídico. São argumentos meramente práticos que dependem de um julgamento, feito pelo próprio intérprete, sob pontos de vista econômicos, políticos e/ou éticos. As consequências danosas de determinada interpretação e a necessidade de atentar para os planos de governo se enquadram aqui (ÁVILA, 2001).

Assim, quando a modulação de efeitos possuir como fundamento o excepcional interesse social, é inegável que a justificativa para tanto deve possuir origem em valores e princípios constitucionais, como a necessidade de manutenção de prestação de serviços aos mais vulneráveis, especialmente quanto amparados por argumentos não institucionais. Há, nestes casos, especial ônus argumentativo do qual o tribunal precisa se desincumbir.

Segundo a doutrina mais tradicional, no caso da alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes, a modulação só poderia ocorrer em benefício do particular, protegendo-se a confiança do jurisdicionado. No entanto, discorda-se deste posicionamento. Entende-se que o excepcional interesse social também pode ser fundamento suficiente à modulação de efeitos que não apenas em controle concentrado de constitucionalidade.

Inicialmente, pontua-se que o art. 927, § 3º, do CPC/2015 é expresso ao prever que a modulação ocorra "no interesse social". Assim, há amparo em norma positivada

para que a modulação se dê nos moldes aqui defendidos. Além disso, em muitos casos, proteger a saúde do Estado e de suas contas corresponde a proteger o próprio jurisdicionado, uma vez que, com a atual complexidade social, Estado e cidadão são indissociáveis. Os interesses do Estado coincidem – ou deveriam coincidir – com os interesses dos cidadãos enquanto sociedade. Daí ser plenamente defensável a modulação de efeitos em prol do Estado, desde que extremamente bem fundamentada e aplicada com muita cautela, excepcionalmente. É o que se passa a demonstrar.

3 A TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL DE RICARDO LUIS LORENZETTI

Ricardo Luís Lorenzetti ensina, em sua *Teoria da Decisão Judicial*, o "esquema do raciocínio judicial" (LORENZETTI, 2021, p. 159) para que seja possível a elaboração de decisões judiciais razoáveis logrando a paz social. Para o Ministro da Suprema Corte de Justiça Argentina, uma das etapas deste esquema é o "elemento consequencialista" do processo decisório, segundo o qual o juiz deverá analisar as consequências jurídicas gerais e econômico-sociais a serem produzidas por sua decisão no futuro. Vale dizer, que, se tais consequências, por alguma razão, não se revelarem desejáveis, o julgador estará diante de um caso de difícil resolução, que não pode ser resolvido apenas com base no método dedutivo, mas será necessário o uso de princípios e de ponderações.

Segundo o autor, ao decidir, antes mesmo de utilizar os princípios e de ponderar, o juiz estará pré-condicionado pelo que chama de paradigma. Os paradigmas, por sua vez, são modelos ideológicos adotados por cada pessoa, que determinarão como ela enxergará o mundo ao seu redor. A depender do paradigma adotado, as mesmas regras e princípios poderão ser aplicados distintamente por cada um.

Os paradigmas apresentados na *Teoria da Decisão Judicial* são: (i) paradigma protetor, (ii) paradigma do acesso, (iii) paradigma coletivo, (iv) paradigma

consequencialista, (v) paradigma do Estado de Direito e (vi) paradigma ambiental. Para esse estudo, o paradigma relevante é o consequencialista.

3.1 O PARADIGMA CONSEQUENCIALISTA

Como exposto, Lorenzetti defende que o julgador, ao tomar qualquer decisão, deve avaliar suas consequências. Contudo, além deste *elemento* consequencialista, existe, ainda, um *paradigma* consequencialista que pode pré-condicionar o julgador.

Nas palavras do autor, "o paradigma consequencialista sustenta que a aplicação ilimitada dos direitos individuais (paradigma protetivo), somada a uma desconexão entre o público e o privado, gera uma tensão elevada, que torna impossível a vida em comum" (LORENZETTI, 2021, p. 305). Em outras palavras, o adotante do paradigma reconhece que a vida em sociedade está permeada por conflitos de interesse e pela escassez moderada de recursos, como diria John Rawls (2016). Assim, é necessário garantir os direitos individuais, mas considerando os aspectos práticos desta garantia e visando sempre a paz social.

Para tanto, o paradigma consequencialista sempre busca analisar os efeitos da soma das ações privadas na esfera pública. Não basta garantir determinado direito, se, em médio ou longo prazo, a estrutura estatal não tiver como sustentá-lo a todos que dele fazem jus. Diante disso, a postura do juiz que adota o paradigma é de utilizar critérios econômicos e sociológicos para fundamentar a coexistência social, a harmonização de interesses visados com a sua decisão.

Em relação ao aspecto econômico, o posicionamento do julgador consequencialista é de que o protecionismo inconsequente acaba, ao contrário do que se espera, por prejudicar os mais vulneráveis, visto que o Estado não possui recursos suficientes para a garantia irrestrita de direitos individuais. Do ponto de vista sociológico, o juiz consequencialista defende que a garantia de direitos sem uma

análise de suas consequências afasta a sociedade cada vez mais de uma harmonização em sua convivência. Como o Estado não tem meios de garantir todos os direitos para todos, a concessão de certos direitos individuais a uma pequena parcela da população pode inflar o descontentamento do restante da sociedade.

Sob o paradigma consequencialista, é inadmissível adotar uma postura individualista. Afinal, a vida em comunidade não é composta exclusivamente de direitos individuais, mas também de bens comuns, coletivos, que devem servir, de certo modo, como limites à prática daqueles direitos.

Evidentemente, a existência de bens coletivos e o próprio paradigma consequencialista não podem ser utilizados como desculpas para a ofensa a direitos fundamentais. Conforme ensina Lorenzetti, é preciso se estabelecer "um conteúdo mínimo de direitos inexpugnáveis" (2021, p. 311), como o direito à vida e à liberdade, e que, a partir dele, se reconheça a existência de limites impostos em decorrência do exercício de outros direitos individuais e, finalmente, em decorrência da proteção a bens coletivos, como o meio ambiente.

3.2 O CONSEQUENCIALISMO NA MODULAÇÃO DE EFEITOS

Ao se adotar o paradigma consequencialista acima, afirma-se que o julgador poderá utilizar argumentos consequencialistas ao decidir. Contudo, questiona-se: existiria essa possibilidade também para o caso da modulação de efeitos?

Em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, especialmente, quanto às Ações Diretas de Inconstitucionalidade, é mais fácil responder que sim. Isso porque, aceita-se mais pacificamente na doutrina que a modulação de efeitos nesses casos não existe apenas (ou, ao menos, majoritariamente) em razão da proteção da confiança. É amplamente aceito que a modulação, nestas hipóteses, pode ocorrer para

proteger fatos estabelecidos na vigência da norma inconstitucional cujo desfazimento poderia ser demasiadamente prejudicial à sociedade.

Exemplo clássico disso é o da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.240, ajuizada em razão de inconstitucionalidade na lei estadual que criou o município Luís Eduardo Magalhães, na Bahia. O STF, ao apreciar a matéria, constatou a inconstitucionalidade da lei. No entanto, constatou também que o município já existia de fato há mais de seis anos, de maneira que a pronúncia de nulidade (ou inexistência) da lei estadual poderia causar danos incalculáveis. Assim, foi declarada a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada, mantendo sua vigência por 24 meses, para que o Poder Legislativo da Bahia regularizasse a situação.

Por outro lado, a situação é bem menos pacífica sob o prisma da modulação prevista no art. 927, § 3º, do CPC/2015. Isso ocorre porque, para parte considerável da doutrina, a modulação neste caso existe apenas para tutelar a confiança do jurisdicionado nas pautas de conduta manifestadas pelo Poder Judiciário.

De toda forma, em uma sociedade complexa e instável como a atual, é praticamente impossível ao julgador ignorar as consequências de sua decisão. Assim, Teresa Arruda Alvim defende o uso de argumentos consequencialistas ao se julgar, inclusive, a modulação de efeitos, embora identifique um grande ônus argumentativo atrelado a esta possibilidade. Para a processualista, devem ser apresentados estudos robustos que comprovem a consequência utilizada como argumento para a modulação. Além disso, o juiz não poderia atuar contra a norma jurídica posta a pretexto do consequencialismo (ALVIM, 2020, p. 2018-221). Seria legítima, por exemplo, a utilização de argumentos consequencialistas quando a controvérsia residir na interpretação da norma positivada. Neste caso, seria uma ferramenta válida de desempate.

Na prática, no entanto, os argumentos consequencialistas vêm sendo utilizados de maneira recorrente tanto na modulação de efeitos das declarações de

inconstitucionalidade em controle concentrado quanto nas hipóteses abarcadas pelo art. 927, § 3º, do CPC/2015. A correção ou não dessa realidade será analisada a seguir.

4 A POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO DE EFEITOS EM FAVOR DO ESTADO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Em matéria tributária, há forte tendência da doutrina em negar a possibilidade de modulação de efeitos das decisões judiciais modificadoras da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes em favor do Estado. A tributarista mineira Misabel Derzi entende que a modulação de efeitos tem aplicação apenas no caso de mudança desfavorável ao contribuinte e justifica seu entendimento argumentando: “o princípio da confiança e da irretroatividade são princípios e direitos fundamentais individuais, que somente o privado pode reivindicar” (DERZI, 2009, p. 604). Para a autora, o Estado não poderia reivindicar a proteção da confiança, pois ele mesmo cria os fatos geradores da confiança. Além disso, ainda que a boa-fé objetiva possa ser atribuída à Administração Pública, essa possibilidade apenas existe baseada em lei expressa, uma vez que a boa-fé não pode ser invocada “como fonte autônoma de deveres dos contribuintes” (DERZI, 2009, p. 604).

Derzi defende, ainda, a impossibilidade de modulação de efeitos em favor do Estado com base na relação de dependência do cidadão com o Estado, visto que este possui muito mais recursos para se prevenir de uma quebra de confiança, no sentido amplo da palavra. Assim, caso o Poder Judiciário decida que determinado tributo é inconstitucional, o Estado poderia instituir outro para balancear os efeitos nos cofres públicos, por exemplo.

Há, ainda, o argumento segundo o qual a possibilidade de modulação de efeitos em favor do Estado incentivaria a instituição de tributos em desconformidade com a

ordem jurídica, pois os valores arrecadados até a declaração de inconstitucionalidade (ou até mesmo depois disso) não precisariam ser restituídos aos contribuintes.

O posicionamento acima parte do entendimento de que a modulação de efeitos das decisões judiciais modificadoras da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes pode se basear apenas na proteção da confiança.

De maneira oposta, no entanto, o Poder Judiciário vem atuando nos últimos anos, especialmente no que diz respeito às decisões do STF. Modulações de efeitos, tanto em controle concentrado de constitucionalidade quanto em controle difuso, têm sido aplicadas com base em argumentos pela proteção da segurança jurídica e consequencialistas.

Entendemos que a modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes não precisa se fundamentar única e exclusivamente na proteção da confiança do jurisdicionado. Também é possível haver análise das consequências eventualmente causadas no mundo empírico em razão dessa alteração. Assim, abre-se a possibilidade para que a modulação ocorra em favor do Estado.

Contudo, a modulação de efeitos, quando realizada em favor do Estado, deve ser ainda mais fortemente fundamentada, uma vez que, em grande parte dos casos, na esfera tributária, representa ofensa a direitos fundamentais. Como pontua Teresa Arruda Alvim, a utilização de argumentos consequencialistas, como o grave desfalque do orçamento público, gera o dever de o julgador descrever “minuciosamente, o impacto, no mundo dos fatos, da decisão tomada” (ALVIM, 2020, p. 219), especialmente diante das alterações à LINDB trazidas pela Lei n. 13.655/2018. Se a modulação de efeitos no geral deve ser excepcional, a modulação de efeitos em favor do Estado deve ser excepcionalíssima.

O direito tributário é permeado por direitos e garantias assegurados ao contribuinte. Tributos, em regra, só podem ser instituídos ou aumentados por lei; há a previsão de respeito à anterioridade, além, é claro, da irretroatividade. Trata-se de

ambiente jurídico no qual as alterações devem ser realizadas, preferencialmente, por lei. Às decisões judiciais cabe pouca ou nenhuma inovação, ao contrário do que ocorre no direito de família, por exemplo. Assim, a modulação de efeitos da alteração de posicionamento do Poder Judiciário nesse sistema jurídico deve ser tratada com extrema cautela, especialmente quando representar malefício aos contribuintes e seus direitos.

Sob outra perspectiva, não há dúvidas de que a atividade tributária e os recursos arrecadados são essenciais para o bom funcionamento da sociedade como um todo, financiando a prestação de serviços públicos, o poder de polícia, dando amparo aos vulneráveis e a correlata máquina burocrática necessária. Dessa forma, a declaração de inconstitucionalidade de determinado tributo, com a repetição do indébito, pode representar valores expressivos a ponto de colocar em risco a manutenção do aparato estatal. De certo modo, modulando-se os efeitos em favor do Estado, preservam-se interesses dos particulares, ainda que indiretamente.

Uma vez comprovado esse risco com base em laudos, análises que confrontam os efeitos da decisão judicial com o orçamento público, reputa-se viável e, a depender, até mesmo desejável, a modulação de efeitos.

No entanto, não é isso que tem sido visto recentemente no Poder Judiciário. Há inúmeras decisões do STF aplicando a modulação de efeitos em prol do Estado, sem fundamentação satisfatória. Não se nega que, em muitos desses casos, a mudança da pauta de conduta antes proferida poderia realmente representar verdadeiros riscos a um Estado já sobrecarregado. Porém, isso não afasta o dever de o Tribunal fundamentar suas decisões, sobretudo em casos delicados como o tema deste estudo.

Alguns exemplos podem ser citados: no julgamento conjunto da ADI 5469/DF com o RE 1.287.019/DF, em que se definiu a tese de que “a cobrança do diferencial de alíquota (DIFAL) alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional n. 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais” e, por isso,

se declarou inconstitucionais as cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS n. 93/2015, houve modulação de efeitos para que a declaração de inconstitucionalidade apenas produzisse efeitos a partir do exercício financeiro seguinte ao da conclusão do julgamento (ano de 2022), de maneira que o Congresso Nacional pudesse elaborar a lei complementar necessária à exigência tributária.

É evidente que o DIFAL-ICMS corresponde a uma parcela muito significativa da arrecadação dos Estados e Distrito Federal. Uma única empresa, em apenas um mês, pode chegar a recolher valores na casa dos milhões de reais a um único Estado. Assim, inicialmente, há indícios de que uma alteração brusca em relação à legitimidade da referida cobrança poderia colocar em risco as contas estaduais e a prestação de serviços públicos. O Distrito Federal chegou a alegar o fato nos autos.

Contudo, a decisão do STF se mostra bastante insuficiente sobre o assunto. O voto do relator Min. Dias Toffoli apenas menciona que “a ausência de modulação dos efeitos da decisão fará com que os estados e o Distrito Federal experimentem situação inquestionavelmente pior do que aquela na qual se encontravam antes da emenda constitucional”. Ora, disso não se tem dúvidas, mas, questiona-se: Quão pior? Pior de que maneira? Pior o suficiente a ponto de justificar o prolongamento de cobrança inconstitucional por quase um ano e a não repetição do indébito aos contribuintes? Não há respostas a estes questionamentos em nenhum dos votos proferidos.

Existem, inclusive, argumentos equivocados favoráveis à modulação. É o caso do voto do Min. Ricardo Lewandowski, que suscita “a segurança jurídica e a confiança legítima do cidadão”. Ora, não é o caso de modulação baseada na proteção da confiança, pois, como já se viu, esta é aplicável apenas em favor dos particulares.

Outro exemplo é o julgamento da “tese tributária do século”. Ao julgar, em 15-3-2017, o RE 574.706/PR, o STF decidiu que o ICMS não compõe a base de cálculo da Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para

Financiamento da Seguridade Social (COFINS), tendo em vista que o imposto estadual apenas transita pelo caixa dos contribuintes, sem representar seu faturamento.

Inconformada com a decisão, a Fazenda Nacional opôs Embargos de Declaração, pleiteando, dentre outras coisas, a modulação dos efeitos da decisão proferida em 15-3-2017, tendo em vista as consequências nocivas que poderiam ser produzidas aos cofres públicos. O pedido de modulação de efeitos foi acolhido sob o argumento de que a tese firmada no julgamento do RE 574.706/PR representou inovação jurisprudencial, devendo haver balizamento dos efeitos "para preservar a segurança jurídica dos órgãos fazendários, ressalvados os casos ajuizados até a data da sessão de julgamento, em 15-3-2017".

Novamente, utiliza-se a segurança jurídica como argumento para a modulação de efeitos em favor do Estado, o que não é correto. Além disso, no capítulo da decisão dedicado à modulação de efeitos, percebe-se uma preocupação muito maior em se justificar a possibilidade de aplicação da modulação de efeitos do que em se explicar o porquê de ela ser necessária diante do caso concreto. Claramente, há uma preocupação relacionada às consequências que podem ser causadas pelo reconhecimento da inconstitucionalidade, no entanto, muito pouco é exposto e justificado sobre essas possíveis consequências.

Por fim, vale destacar o julgamento em que o STF não aplicou a modulação de efeitos em favor do contribuinte, mesmo diante de sua confiança legítima em pauta de conduta proferida em sede de recurso repetitivo. Trata-se da decisão proferida nos autos do RE 1.187.264/SP, no qual firmou-se a tese, para surpresa da maioria dos operadores do direito tributário, de que "é constitucional a inclusão do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB)".

Surpreendente, pois, após o julgamento do RE 574.706/PR, cuja ideia central foi a de que valores relativos a tributos que apenas passam pela contabilidade dos

contribuintes para posterior repasse aos cofres públicos não compõem sua receita tributável para fins de PIS e COFINS, esperava-se que o posicionamento do STF se mantivesse firme para outros tributos.

Na realidade, não só se esperava. Como é notório, após a decisão proferida nos autos do RE 574.706/PR, surgiram diversas "teses filhotes", que buscavam a aplicação do racional ali expresso para outros tributos, como no caso da CPRB. Diante disso e do grande volume de processos discutindo a inclusão do ICMS na base de cálculo da CPRB, o STJ, ao julgar o Tema Repetitivo n. 994, com efeito vinculante, portanto, decidiu favoravelmente aos contribuintes.

O assunto, no entanto, foi levado ao STF, que, discordando do STJ, julgou constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo da CPRB. A decisão foi baseada no argumento de que a CPRB, criada para desonerar a folha de pagamentos, é de adesão facultativa, de maneira que "não poderia a empresa aderir ao novo regime de contribuição por livre vontade e, ao mesmo tempo, querer se beneficiar de regras que não lhe sejam aplicáveis".

Para muitos operadores do Direito, a argumentação não passou de um artifício utilizado pelos Ministros para evitar o aumento do impacto que mais uma decisão favorável aos contribuintes, depois daquela proferida nos autos do RE 574.706/PR, poderia causar nos cofres públicos.

De toda maneira, sem entrar neste mérito, a decisão do STF representou uma enorme inovação legislativa, superando até mesmo um precedente proferido em sede de recursos repetitivos. Assim, o que se esperava era, ao menos, a modulação de efeitos da decisão, para que tivesse apenas efeitos prospectivos, o que não ocorreu.

O STF não modulou os efeitos de sua tese. Como resultado, os contribuintes que confiaram na similaridade do assunto com aquele tratado nos autos do RE 574.706/PR e no entendimento vinculante do STJ ficaram sujeitos a eventuais autuações pelo Fisco federal e a pagar valores que deixaram de ser recolhidos com os encargos aplicáveis.

Percebe-se que o apreço à segurança jurídica e à proteção da confiança demonstrado em outras decisões não se fez presente.

5 CONCLUSÃO

O instituto da modulação de efeitos surgiu como iniciativa legislativa decorrente da construção jurisprudencial, em que os precedentes formados pelos Tribunais Superiores buscavam alcançar limitações de efeitos para garantir a segurança jurídica ou, ainda, preservar relevantes interesses sociais, num exercício constante de equilíbrio entre a preservação do ordenamento jurídico e a segurança jurídica afetada pelo litígio.

Nesse ínterim, a possibilidade de fundamentação extrajurídica, nascida positivadamente com a Lei n. 12.376/2010, dando nova estrutura à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, trouxe nova roupagem para a modulação de efeitos prevista na Lei n. 9.868/1999, apresentando, formalmente, a possibilidade de elementos extrajurídicos como fundamentos para se delimitar a eficácia da decisão.

Essa medida, inicialmente excepcionalíssima, passou a ser utilizada de forma irrestrita e imotivada nas decisões judiciais em que figuram como partes a Fazenda Pública e os contribuintes, notadamente se forem pessoas jurídicas, com grande impacto financeiro, o que definitivamente gera insegurança jurídica e insatisfação dos jurisdicionados.

Ultimamente, a Suprema Corte não tem se desincumbido apropriadamente do ônus argumentativo causado por manter um entendimento inconstitucional produzindo efeitos no sistema jurídico. As decisões não trazem claramente o paradigma norteador da aplicação da modulação de efeitos (nesse caso, o paradigma consequencialista), não exploram de maneira elucidativa os objetivos pretendidos com a modulação de efeitos e não expõem nem buscam harmonizar os conflitos eventualmente causados

pela adoção desta postura consequencialista com a proteção de direitos fundamentais assegurados aos contribuintes pelo Estatuto do Contribuinte.

Além disso, o fato de grande parte das modulações de efeito resguardar as ações judiciais em curso até determinada data causa uma verdadeira corrida ao Poder Judiciário de contribuintes em busca de proteção aos seus direitos, com medo de que a ausência de propositura de ações próprias os coloque em situação de prejudicialidade. Na pretensão de se preservar uma suposta segurança jurídica, cria-se uma outra situação de grande insegurança potencializada pelo fato de que a data para ressalva da modulação de efeitos é difícil de se prever. Por muitas vezes, este marco temporal é a data de publicação da ata de julgamento, por outras, é a data de publicação do acórdão, podendo, ainda, ser alguma outra considerada pertinente pelos Ministros.

Diante disso, abre-se margem não apenas para insegurança jurídica, mas, também, para a desigualdade entre os contribuintes. Os mais abastados, melhor assessorados juridicamente, terão mais chances de se atentarem às possibilidades de propositura de medidas judiciais, recolherem menos tributos e, até mesmo, recuperarem os tributos pagos indevidamente, se comparados a contribuintes com situação econômica mais modesta.

Resultado disso são contribuintes insatisfeitos e sem compreender como pode ser exigido deles arcar com exações declaradamente inconstitucionais, sem o direito à repetição do indébito e, até mesmo, em alguns casos, com a manutenção da cobrança inconstitucional por determinado período.

Tal insatisfação também é inflada pelo tratamento desigual concedido pelo STF a casos julgados favoravelmente ao contribuinte e a casos julgados favoravelmente à Fazenda Pública. Mesmo quando se está diante de diversos elementos que justificam a aplicação da modulação de efeitos em decisão favorável ao Estado, dificilmente esta será aplicada.

Sente-se falta, no atual cenário jurídico brasileiro, de uma aplicação do paradigma consequencialista em conformidade com o que ensina Ricardo Luis Lorenzetti. Embora seja essencial a preservação dos bens públicos, o juiz não pode se esquecer de sua função de harmonização social e de seu dever de proferir decisões razoáveis e bem fundamentadas.

Não basta suscitar a segurança jurídica. É preciso apresentar dados e argumentos, demonstrar eventual impacto da decisão no mundo prático que seja capaz de demandar a aplicação da modulação de efeitos. É preciso dar ao contribuinte informações que lhe esclareçam o motivo de seus direitos serem mitigados, o porquê de, em determinadas situações, alguns de seus pares terem seus direitos preservados e ele não, e o porquê de serem aplicados pesos e medidas diferentes a depender de quem sai vitorioso da ação judicial.

Assim, a perspectiva de preservação do interesse público é primordial diante das consequências de desequilíbrio orçamentário e políticas públicas voltadas para o bem comum, mas o recurso da modulação de efeitos também deve ser cauteloso como medida educativa para o cuidado legislativo e a gestão da coisa pública, que não pode ser, indistintamente, protegida pelo Poder Judiciário, sem a contrapartida dos Poderes Legislativo e Executivo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes**. São Paulo: RT, 2020.

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade**. Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei n. 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 19, mar. 2001. Disponível em: https://doi.org/10.22456/0104-6594.71526 . Acesso em: 30 nov. 2022.

BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. **Ação rescisória e precedentes**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 nov. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 29 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 01 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [***Site* institucional**]. Brasília, DF: STF, 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/. Acesso em: 01 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Diário da Justiça**. Brasília, DF: STF, 2022. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=ADI&numero=3022#. Acesso em: 30 nov. 2022.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 1-17, abr./jun. 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2. ed. São Paulo: RT, 2021.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

VELANO, Emília Maria. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária**. Curitiba: Juruá, 2021.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

A BUSCA PESSOAL SEM MANDADO JUDICIAL: JUSTA CAUSA, RACISMO ESTRUTURAL E ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

PERSONAL SEARCH WITHOUT A JUDICIAL WARRANT: JUST CAUSE, STRUCTURAL RACISM AND THE PUBLIC DEFENDER'S ROLE IN THE PROMOTION OF HUMAN RIGHTS

ALLANAMIENTO PERSONAL SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL: CAUSA JUSTA, RACISMO ESTRUCTURAL Y EL PAPEL DE LA DEFENSORA PÚBLICA EN LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Yasmin Cordeiro do Nascimento[1]

RESUMO

Em abril de 2022, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o Recurso em *Habeas Corpus* n.º 158.580/BA, fixou importante entendimento jurisprudencial acerca da busca pessoal sem mandado judicial, prevista no art. 244 do Código de Processo Penal, de modo que quaisquer outras interpretações diversas restaram indubitavelmente superadas. A decisão asseverou a necessidade de existência de fundada – e não mera – suspeita para se proceder com a medida, obrigatoriamente relacionada com a possibilidade de posse de objetos que constituam corpo de delito de crime. Ainda, o voto do relator se deteve de forma pormenorizada nas questões que permeiam as abordagens policiais e o racismo estrutural, propondo uma importante reflexão. Por si só, as buscas pessoais são violadores dos direitos fundamentais à privacidade, à intimidade e até mesmo à liberdade, ainda que brevemente. Todavia, quando não são devidamente justificadas e se baseiam em critérios subjetivos de genéricos, servem como instrumentos propagadores do racismo estrutural, em especial contra jovens negros das periferias. Logo, é fundamental a cessação e o rechaço destas condutas. A análise deste acórdão é de extrema relevância para os operadores do Direito de um modo geral, merecendo especial atenção no que concerne à atuação da Defensoria Pública, que possui a missão constitucional de promover os direitos humanos. Portanto, a título de conclusão, serão tecidas considerações sobre a atuação do órgão no combate não somente às buscas pessoais ilegais, mas ao racismo estrutural como um todo.

Palavras-chave*:* busca pessoal; racismo estrutural; direitos humanos.

---

[1] Advogada e estagiária da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul; mestranda em Ciências Criminais, pós-graduanda em Direitos Humanos, Responsabilidade Social e Cidadania Global e pós-graduada em Direito Penal e Criminologia; Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); yasmin.cordeiro@outlook.com.br.

ABSTRACT

In April 2022, the 6th Courtoom of the Superior Court of Justice, when deciding the Appeal in Habeas Corpus n.º 158.580/BA, established an important jurisprudential understanding about the personal search without a judicial warrant, provided for in the article 244 of the Code of Criminal Procedure, so that any other different interpretations were undoubtedly overcome. The decision asserted the need for the existence of well-founded – and not mere – suspicion in order to proceed with the measure, necessarily related to the possibility of possession of objects that constitute the *corps delicti* of the crime. Still, the rapporteur's vote focused in detail on the issues that permeate police approaches and structural racism, proposing an important reflection. By themselves, personal searches violate fundamental rights to privacy, intimacy and even freedom, even though briefly. However, when they are not duly justified and are based on subjective and generic criteria, they serve as propagating instruments of structural racism, especially against young black people from the peripheries. Therefore, it is essential to stop and reject these behaviors. The analysis of this judgment is extremely important for operators of the Law in general, deserving special attention with regard to the work of the Public Defender, which has the constitutional mission of promoting human rights. Thus, as conclusion, considerations will be made about the agency's performance in combating not only illegal personal searches, but structural racism in general.

Keywords*:* personal search; structural racism; human rights.

RESUMEN

En abril de 2022, la Sala 6 del Superior Tribunal de Justicia, al resolver el Recurso de Habeas Corpus n.º 158.580/BA, estableció un importante entendimiento jurisprudencial sobre el allanamiento personal sin orden judicial, previsto en el artículo 244 del Código Procesal Penal, por lo que sin duda se superó cualquier otra interpretación diferente. La sentencia aseveró la necesidad de la existencia de fundada -y no de mera- sospecha para proceder a la medida, necesariamente relacionada con la posibilidad de posesión de objetos que constituyen el cuerpo del delito. Aún así, el voto del relator se centró en detalle en los temas que permean los enfoques policiales y el racismo estructural, proponiendo una importante reflexión. Por sí mismos, los allanamiento personales violan los derechos fundamentales a la privacidad, la intimidad e incluso la libertad, aunque sea brevemente. Sin embargo, cuando no están debidamente justificados y se basan en criterios subjetivos y genéricos, sirven como instrumentos propagadores del racismo estructural, especialmente contra los jóvenes negros de las periferias. Por ello, es fundamental frenar y rechazar estas conductas. El análisis de esta sentencia es de suma relevancia para los operadores jurídicos en general, mereciendo especial atención en lo que se refiere a la labor de la Defensoría Publica, que tiene la misión constitucional de promover los derechos humanos. Por lo tanto, a modo de conclusión, se realizarán consideraciones sobre el papel del defensor en el combate no solo de los allanamientos personales ilegales, sino del racismo estructural en su conjunto.

Palabras clabe: allanamiento personal; racismo estructural; derechos humanos.

Data de submissão: 17/02/2023

Data de aceite: 27/03/2023

1 INTRODUÇÃO

Brasil. País do futebol, do samba e do carnaval. Terra de belezas exuberantes e de povo acolhedor. Berço de grandes escritores e compositores. Com dimensões continentais e riquíssimas divergências culturais. Paraíso tropical... cujo passado está eternamente maculado com uma das maiores atrocidades da história: a escravidão.

Depois de mais de trezentos anos de horrores inenarráveis, a Lei Áurea finalmente aboliu a escravidão do Império do Brasil em 1888 – sendo o último dentre os países americanos a fazê-lo.

O Brasil como conhecemos foi erguido com suor e sangue dos negros escravizados, através de violações sistêmicas e institucionalizadas de direitos humanos. Por óbvio, é nefasta a herança deste período vergonhoso, e é incalculável a dívida da sociedade brasileira para com os negros.

O passado escravagista brasileiro rompeu as barreiras do tempo e deixou marcas profundas na sociedade. O racismo estrutural está presente no cotidiano, desde práticas simples a complexas, institucionalizado nas instâncias de controle estatais, e não dá mostras de que ruma para seu derradeiro fim. Assim, discuti-lo é extremamente essencial para combatê-lo – e isso deve ser feito nas mais diversas áreas, sobretudo na área jurídica.

O Direito, por excelência, possui um papel fundamental na luta antirracista. Dentre as possibilidades existentes, destaca-se a jurisprudência, sobretudo dos tribunais superiores, através da qual é possível, de forma mais célere e dinâmica, interpretar os dispositivos legais há muito positivados de maneiras mais atuais e progressistas, levando em consideração as demandas e aspirações da sociedade contemporânea.

A jurisprudência pode se tornar verdadeira aliada no combate ao racismo estrutural e às práticas decorrentes em diversos ramos da justiça – como, por exemplo, nas buscas pessoais sem mandado judicial realizadas em policiamentos ostensivos. Essa temática foi objeto de apreciação recente pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) através do Recurso em *Habeas Corpus* n.º 158.580/BA, julgado em 24/04/2022, cuja análise detalhada é o foco do presente artigo científico.

As abordagens policiais realizadas no Brasil são fortemente influenciadas por esse mencionado histórico escravagista. O racismo estrutural está institucionalizado na polícia, e gera diversas práticas discriminatórias, que não se resumem apenas às buscas pessoais irregulares, mas vão muito além, influenciando inclusive na letalidade policial durante operações. É urgente que se coíba tais práticas, que são total e completamente violadoras dos mais básicos direitos humanos da população negra.

Por mais extensa que seja a legislação penal e processual penal brasileira, não dá conta de prever todas as possibilidades do cotidiano, tampouco de delinear com exatidão os limites de atuação das autoridades públicas – sobretudo em se tratando do mencionado policiamento ostensivo. Logo, cabe à jurisprudência preencher as lacunas deixadas pela lei, de forma a salvaguardar os direitos fundamenrais dos cidadãos.

Ao julgar o referido Recurso em Habeas Corpus n.º 158.580/BA, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu contornos mais claros quanto à redação do art. 244 do Código de Processo Penal. Com isso, finalmente foi estabelecido um *stardard* probatório mínimo para realização de busca pessoal sem mandado judicial, com exigência de critérios objetivos e devidamente fundamentados.

A decisão é de extrema importância tanto no combate ativo ao racismo estrutural – comumente observado não só na atuação policial, mas em todo o sistema de justiça –, quanto na consecução dos direitos humanos à liberdade, à privacidade e à liberdade, respectivamente previstos no art. 5º, caput, e inciso X, da Constituição Federal. Também se faz necessária um exame do papel da Defensoria Pública enquanto promotora de direitos humanos e defensora dos vulneráveis dentro do mencionado contexto.

Por isso, o presente artigo visa debater o acórdão mencionado, em especial com relação às contribuições para o debate antirracista, que ganha mais destaque a cada dia, à medida que a sociedade evolui e deixa de tolerar práticas que antes eram normalizadas.

2 RESULTADOS

A prática processual penal enfrenta diversos desafios corriqueiros, que refletem diretamente na atuação da Defensoria Pública. Dentre eles, destacam-se os percalços relativos às abordagens policiais, que frequentemente se revestem de práticas preconceituosas e estigmatizantes, sobretudo no que diz respeito aos casos de busca pessoal sem mandado judicial.

Sendo assim, é fundamental analisar a extensão do art. 244 do Código de Processo Penal, que determina a necessidade fundada suspeita nas abordagens policiais sem mandado judicial. A partir desta perspectiva, impõe-se uma reflexão mais detalhada acerca da influência do racismo estrutural nestas abordagens, bem como dos direitos são violados em abordagens ilegais.

Dentro da técnica processualista penal adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, os meios de obtenção de prova possuem especial relevância. Etimologicamente, a palavra “prova” vem do latim *probatio*, que deriva do verbo *probare*, cujo significado literal é examinar, persuadir, demonstrar. O destinatário da prova é o juiz, que a utilizará na formação do convencimento necessário para sentenciar. Assim, “a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz” (GRECO FILHO, 2019, p. 246).

Há um conjunto de normas, tanto constitucionais quanto processuais, que estipulam as formalidades que as autoridades devem observar quando da produção das provas que instruirão o processo penal. Tal observância é fundamental em um Estado Democrático de Direito, e serve para salvaguardar os direitos fundamentais da população, não sendo mera discricionariedade das autoridades, mas verdadeira obrigatoriedade. Neste sentido:

> Para isso, a parte deve utilizar-se de meios juridicamente possíveis, dentro dos procedimentos previstos no Código, no momento adequado. Os meios de prova devem ser, portanto, idôneos e adequados, bem como formalmente corretos. (GRECO FILHO, 2019, p. 246).

O Código de Processo Penal regulamenta as provas no Título VII, a partir de seu artigo 155. Diversas são as provas em espécie previstas, sendo que o presente estudo versará acerca da busca pessoal independente de mandado judicial, popularmente conhecida como "dura", "geral", "enquadro", "revista" ou "baculejo", utilizada com frequência na prática policial, principalmente na ostensiva, e que constitui objeto de diversas polêmicas recentes.

Em recente e paradigmática decisão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se debruçou sobre o tema de forma maestral, sendo o voto do relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, uma verdadeira lição, não apenas no aspecto jurídico, mas também nos aspectos histórico, social e moral. Portanto, o conteúdo do Recurso em *Habeas Corpus* n.º 158/580/BA será fundamental nesta análise.

Para compreendermos a problemática envolvendo o art. 244 do Código de Processo Penal, primeiro é importante destacar sua redação literal. Vejamos:

> Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

À primeira vista, o conteúdo do dispositivo supra pode parecer bastante óbvio. Porém, trata-se de algo muito mais complexo na prática, precipuamente quanto à atuação policial.

Por mais que a norma exija fundada suspeita para que se realize a busca pessoal sem mandado judicial, as abordagens comumente se dão de modo subjetivo e discricionário, lastreadas em "intuições", "achismos" ou "pressentimentos", configurando verdadeiro tirocínio policial.

Entretanto, "a norma exige fundada suspeita, que é mais concreto e seguro" (NUCCI, 2014, p. 473), até mesmo como forma de referibilidade da medida. Autorizar busca pessoal baseada em suspeição genérica é extremamente temerário – afinal, este meio de obtenção de prova não pode, em hipótese alguma, se transformar em salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias (*fishing expeditions*).

A lei, como se vê no artigo transcrito acima, não autoriza buscas pessoais praticadas como “rotina” ou “praxe” no patrulhamento policial ostensivo, com escopo preventivo e motivação exploratória, mas apenas e tão somente com finalidade de produção probatória e motivação correlata. Mas apenas o texto legal não se mostra suficiente, de modo que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) precisou se manifestar de forma contundente e derradeira a respeito do assunto.

Estabeleceu-se, portanto, que a suspeita não pode ser genérica e indeterminada, mas fundada de modo concreto e específico, além de relacionada com a posse de eventuais corpos de delito. Mais do que isso, deve ser formalmente justificada, e não pode se fundar apenas em informações de fontes não identificadas (por exemplo, em denúncias anônimas).

Ressalta-se, também, que a diligência realizada de modo ilegal não será validada caso sejam encontrados objetos ilícitos (independentemente da quantidade) na posse do suspeito. Na ausência da fundada suspeita, trata-se de descoberta casual, que não pode se admitir como justificadora para a adoção de um meio de obtenção de prova ilícito.

Na decisão analisada, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que são três as principais razões para que a busca pessoal seja embasada em elementos sólidos e objetivos: evitar o uso excessivo da medida, preservando direitos fundamentais dos indivíduos; garantir a sindicabilidade da abordagem, permitindo controle e questionamento por terceiros; e evitar a reprodução, nem sempre consciente, de preconceitos estruturais, como o perfilamento racial.

Ora, evidente que a subjetividade das abordagens policiais possui alvos bem definidos. São pautadas em preconceitos e discriminações raciais, baseando-se na aparência física, o que leva a uma ordem de preferência: primeiro os pretos, depois os pardos, e, por último, os brancos. As abordagens infundadas, sem justa causa comprovada, têm um denominador comum: o racismo estrutural.

Racismo pode ser entendido como a união de políticas e ideias que produzem e normalizam desigualdades raciais (KENDI, 2020, p. 18), e se fundamenta em uma lógica irracional e confusa que coloca a população negra como inferior, sobretudo intelectualmente, pois outrora essas pessoas foram propriedade dos brancos (DAVIS, 2016, p. 110). E essa lógica preconceituosa e estigmatizante encontra-se

arraigada nas estruturas fundantes da sociedade, principalmente no âmbito das instituições estatais.

Pontua-se que o surgimento da polícia ostensiva no Brasil se deu para controle da circulação da massa escrava (CASARA, 2015), de onde se originou a suspeição construída sobre a população preta. Com a abolição da escravidão em 1888, aumentou a repressão sobre os negros, que foram reduzidos a párias sociais, dando início a um processo de marginalização que originou uma cultura da pobreza – afinal, os pretos passaram de escravos do senhor da Casa Grande a escravos do sistema capitalista (REALE JÚNIOR, 2015).

Mesmo com o passar dos anos, a mentalidade escravagista seguiu arraigada na sociedade brasileira, sobretudo nas instituições de repressão estatal, que têm especial predileção pelo controle sobre os corpos dos negros no espaço público. Desta forma, os enquadros reproduzem a estrutura de preconceito racial existente dentro das polícias, porque se dirigem majoritariamente para os rapazes negros moradores de regiões periféricas das cidades.

Diariamente, um incontável número de pessoas são alvos de abordagens policiais em todo o país, gerando verdadeiro controle social através de uma tentativa de atuação preventiva da segurança pública estatal. De acordo com o local, o horário e a situação, certas pessoas passam a temer mais as abordagens policiais do que a própria criminalidade. (CARNEIRO, 2022, p. 18). Em virtude disso, é possível disciplinar os corpos de determinada parcela da população, tornando-os dóceis (FOUCAULT, 2014). Todavia, evidente que apenas parte da população sofre esse controle social disciplinador, que se orienta sobretudo pela cor da pele e pela classe social.

Assim, não se pode negar que “o racismo é reproduzido e reforçado através da maior vigilância policial a que é submetida a população negra” (MATA, 2021, p. 150), que é alvo da seletividade do sistema penal, em especial porque se criou uma associação estigmatizante entre ser pobre e negro com ser bandido.

É essa estrutura racial que faz com que a população negra tenha seus direitos reiteradamente vulnerados no momento das abordagens policiais. Deixa-se de lado a exigência legal de “fundada suspeita” e se procede com a busca pessoal

baseada no tirocínio policial, com características predominantemente exploratórias e preconceituosas.

Segundo o voto do relator, “infelizmente, ter pele preta ou parda, no Brasil, é estar permanentemente sob suspeita” (BRASIL, 2022, p. 24).

Verifica-se o racismo, ainda que subjacente, nas abordagens policiais, quando uma pessoa negra é parada sem qualquer justificativa fática para tal, e outras pessoas, brancas, não foram ou não seriam paradas nas mesmas circunstâncias. Ora, “comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade cujo racismo é regra e não exceção” (ALMEIDA, 2018, p. 38).

A falta de objetividade do analisado texto legal permite que, na maioria dos casos, as abordagens policiais sejam praticamente escolhas pessoais, permitindo que os agentes estatais optem ou não por realizá-las de acordo com suas respectivas vontades (CARNEIRO, 2022, p. 19). Sendo o racismo uma prática estruturalmente institucionalizada no Brasil, evidente que reveste tais abordagens, ainda que em níveis quase inconscientes. Assim, a cor da pele nada mais é do que um eterno alvo para a população negra.

Para evitar que isso aconteça, é indispensável a existência de motivos concretos, demonstráveis e plausíveis, suficientes para formar o *standard* probatório da justa causa. As abordagens para busca pessoal representam violações aos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e até à liberdade – e, somadas ao racismo estrutural perpetrado no perfilamento racial das abordagens, também constitui violação à igualdade.

Não se pode normalizar as práticas nocivas perpetratadas pelos agentes da lei, que emparedam toda e qualquer pessoa com base em estigmas, destacando os potenciais suspeitos de modo discricionário e em violação a seus direitos fundamentais (ROSA, 2021, p. 625). A relativização dos direitos fundamentais dos indivíduos deve possuir uma contrapartida significativa, capaz de efetivamente legitimar a atuação estatal – o que, por óbvio, fortaleceria as instituições de segurança pública (CARNEIRO, 2022, p. 22).

Afinal de contas, violar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal significa violar os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o

Brasil é signatário – como, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Declaração Universal de Direitos Humanos, entre outros.

Destaca-se, por oportuno, que o Brasil se submeteu à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e que a vulneração sistemática de direitos humanos através da perpetração do racismo estrutural pode ensejar uma condenação perante o órgão internacional. Inclusive, a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui decisões emblemáticas nas quais tratou casos de racismo estrutural e perfilamento racial na atuação policial, como nos casos *Fernández Prieto & Tumbeiro vs. Argentina* e *Acosta Martínez vs. Argentina*.

Ato contínuo, ao final do voto em estudo, o relator faz um convite para que todos os integrantes do sistema criminal reflitam em conjunto acerca do papel que ocupam na manutenção da seletividade racional que perpetua há séculos.

Ao tecer críticas sobre o respaldo e a chancelar que as buscas pessoais ilegais possuem, o relator menciona essencialmente as figuras dos delegados de polícia, dos membros do Ministério Público (aos quais compete o controle externo da atividade policial, conforme art. 129, inciso VII, da Constituição Federal, além do papel de *custos iuris*), e do Poder Judiciário (que valida as práticas ilegais e abusivas).

Para além de convalidar os atos ilegais e arbitrários existentes em abordagens policiais racistas, por meio de ações positivas, há também casos de pura e simples omissão, que igualmente chancelam tais barbáries. Acerca do assunto, destaca-se a seguinte lição:

> [...] o racismo é parte da estrutura social e, por isso, não necessita de intenção para se manifestar, por mais que calar-se diante do racismo não faça do indivíduo moral e/ou juridicamente culpado ou responsável, certamente o silêncio o torna ética e politicamente responsável pela manutenção do racismo (ALMEIDA, 2018, p. 52).

Contudo, este olhar crítico também deve se voltar para a Defensoria Pública, cuja função exercida é essencial à justiça. Ainda que não seja responsável direta por legitimar as abordagens policiais discriminatórias da mesma forma que os demais citados, possui um importante e crucial papel a cumprir no combate ao racismo estrutural.

A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, está prevista no art. 134 da Constituição Federal:

> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Também conta com previsão no art. 1º da Lei Complementar n.º 80/1994, que repetiu o texto constitucional acima ditado. Portanto, a instituição possui a incumbência fundamental de promover os direitos humanos e defender os direitos individuais e coletivos dos necessitados, de forma integral e gratuita.

Ainda, a referida lei complementar traz como um dos objetivos da Defensoria Pública a prevalência e a efetividade dos direitos humanos, conforme art. 3º-A, inciso III.

Além de promover os direitos humanos, à Defensoria Pública se destina a missão de atuar em defesa dos vulneráveis. Pontua-se que a vulnerabilidade não está apenas no quesito econômico, ainda que este seja o mais popular, mas está em diversas outras situações fáticas que colocam determinados indivíduos e grupos nesta situação.

Por excelência, os negros pertencem a uma minoria extremamente vulnerável, em razão da estrutura social racista que os submete diariamente a incontáveis violações de direitos humanos. Neste caso, há uma evidente vulnerabilidade social, que decorre diretamente do mencionado passado escravocrata que macula a história do Brasil.

Por sua vez, os negros mais frequentemente abordados de forma arbitrária pela polícia são duplamente vulneráveis – surgindo, então, a ideia de hipervulnerabilidade, que se dá quando uma mesma pessoa se encaixa em duas ou mais categoriais de vulnerabilidades – pois tendem a pertencem às camadas menos abastadas da população.

Logo, a Defensoria Pública se torna duplamente responsável em coibir as práticas discriminatórias existentes nas abordagens policiais racistas, sendo os negros vítimas de tais arbitrariedades vulneráveis tanto no aspecto social quanto no

aspecto econômico. Trata-se, pois, da atuação da Defensoria Pública enquanto *custus vulnerabilis,* ou seja, "guardiã dos vulneráveis", papel que a própria Carta Magna brasileira lhe atribuiu. Isso sem falar na importantíssima atribuição constitucional de promotora de direitos humanos.

Em termos práticos, a atuação da Defensoria Pública no combate ao racismo estrutural nas buscas pessoais realizadas em abordagens policiais pode se dar de algumas formas: através da prática cotidiana dos defensores públicos que atuam em processos criminais, abordando a temática nas teses de defesa dos assistidos em todos os graus de jurisdição; através de diálogo e integração com demais órgãos do sistema de justiça; através de atuação junto à sociedade, promovendo e educando sobre direitos humanos.

Estas abordagens atrozes não podem mais ser admitidas em um Estado Democratico de Direito, e devem ser coibidas e combatidas de todas as formas possíveis, tendo a Defensoria Pública um protagonismo evidente em razão do *status* institucional que possui. Portanto, através de todos os seus membros, órgãos e núcleos, deve a Defensoria Pública atuar para impedir que se perpetuem quaisquer atitudes discriminatórias, não apenas de cunho racial, de modo a promover os direitos humanos em sua totalidade.

Ainda, em casos mais extremos, se as instâncias nacionais de controle jurisdicional não forem capazes de fazer cessar as violações de direitos, ainda, a Defensoria Pública possui a função institucional de postular perante os órgãos dos sistemas de proteção internacional dos direitos humanos, conforme previsão expressa do art. 4º, inciso VI, da Lei Complementar n.º 80/1994, nos moldes dos tratados e convenções vigentes.

Apenas por meio de uma atuação conjunta entre a sociedade civil e o Estado, com os órgãos que o compõe, é que se pode cogitar um efetivo combate ao racismo estrutural, combate este que "depende, antes de tudo, da tomada de posturas e da adoção de práticas antirracistas" (ALMEIDA, 2018, p. 39). Está luta também – e principalmente – pertence à Defensoria Pública enquanto instituição. Afinal, nas sábias palavras de Djamila Ribeiro, "o antirracismo é uma luta de todas e todos" (RIBEIRO, 2019, p. 8).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Recurso em *Habeas Corpus* n. 158.580/BA**. Tráfico de drogas. Busca pessoal. Ausência de fundada suspeita. Alegação vaga de “atitude suspeita”. Insuficiência. Ilicitude da prova obtida. Trancamento do processo. Recurso provido. Recorrente: Mateus Soares Rocha. Recorrido: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 19 de abril de 2022, DJe 25 de abril de 2022. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/RHC%20158580%20Ministro%20Rogerio%20Schietti%20Cruz.pdf. Acesso em: 15 jan. 2023.

CARNEIRO, Robyson Danilo. **Abordagem policial**: o exercício do controle social à luz dos direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2022.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Acosta Martinez y otros vs. Argentina**. Buenos Aires: CIDH, 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_410_esp.pdf. Acesso em: 02 abr. 2023.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Boitempo, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual do processo penal**. 12. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

KENDI, Ibram X. **Como ser antirrascista**. Rio de Janeiro: Alta Cult, 2020.

MATA, Jéssica da. **A Política do Enquadro**. São Paulo: RT, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. São Paulo: Gen/Forense, 2014.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RIBEIRO, Djamila. **Pequeno Manual Antirracista**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Estratégico**: de acordo com a Teoria dos Jogos. Florianópolis: Emais, 2021.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

O VIÉS PRAGMATISTA DO DIREITO COMERCIAL: UM ESTUDO DE PRECEDENTES ENVOLVENDO A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS

THE PRAGMATIST BIAS OF CORPORATE LAW: A STUDY OF PRECEDENTS INVOLVING JUDICIAL REORGANIZATION AND EXTRAJUDICIAL REORGANIZATION OF NON-PROFIT ASSOCIATIONS

EL SESGO PRAGMATISTA DEL DERECHO MERCANTIL: ESTUDIO DE ANTECEDENTES DE REORGANIZACIÓN JUDICIAL Y REORGANIZACIÓN EXTRAJUDICIAL DE ASOCIACIONES SIN FINES DE LUCRO

Ivana Harter Albuquerque[1]

RESUMO

Este artigo tem por objeto a análise das principais características do Direito Comercial e sua correlação com o método pragmatista. Para tanto, o trabalho analisa a ação dos tribunais em matéria comercial, notadamente no que se refere a casos de recuperação judicial de associações sem fins lucrativos. É que, nos termos da lei aplicável (Lei n° 11.101/2005), por não possuírem a qualificação de empresárias, essas entidades não poderiam utilizar-se de processos de recuperação judicial e recuperação extrajudicial, que se prestam a solucionar o passivo apenas de sociedades empresárias. Contudo, atentando-se para a realidade econômica de determinadas associações e para as consequências que poderiam advir da impossibilidade de renegociação coletiva de seus débitos (nomeadamente o risco de falência dessas entidades de caráter social relevante, como hospitais e universidades), os Tribunais têm adotado viés pragmático para interpretar as disposições da Lei n° 11.101/2005 e autorizar o requerimento de recuperação judicial e recuperação extrajudicial por essas entidades.

Palavras-chave*:* Direito Comercial; método pragmatista; recuperação judicial e recuperação extrajudicial de associações sem fins lucrativos.

ABSTRACT

This paper's subject is the analysis of the main characteristics of Commercial Law and its correlation with the pragmatist method. The paper will analyze the action of the Courts in commercial matters, notably with regard to cases of judicial reorganization of non-profit associations. Under the terms of the applicable law (Law n° 11.101/2005), since these entities do not have the qualification of business companies, could not use processes such as judicial and extrajudicial reorganization

1 Advogada; Mestranda em Direito Comercial; Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC SP; iharter@gc.com.br. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4960-246X.

that lend themselves to solving the liabilities of business companies. However, considering the economic reality of certain associations and also to the consequences that could arise from the impossibility of judicially renegotiating their debts (such as the bankruptcy of relevant social entities such as hospitals and universities), the Courts have been adopting a pragmatic bias to interpret the provisions of Law n° 11.101/2005 and authorize the request for recovery judicial and extrajudicial by these entities.

Keywords: Corporate Law; pragmatism method; judicial and extrajudicial reorganization of non-profit associations.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar las principales características del Derecho Comercial y su correlación con el método pragmático. A tal fin, el trabajo analizará la actuación de los tribunales en materia mercantil, en particular en lo que se refiere a los casos de recuperación judicial de asociaciones sin ánimo de lucro. Es que, de acuerdo com la ley aplicable (Ley N° 11.101/2005), al no tener la calificación de empresarias, estas entidades no podrían utilizar procesos de recuperación judicial y extrajudicial que se presten a resolver los pasivos únicamente de empresas comerciales. Sin embargo, atendiendo a la realidad económica de determinadas asociaciones y también a las consecuencias que podrían derivarse de la imposibilidad de renegociar colectivamente sus deudas (a saber, el riesgo de quiebra de estas entidades de relevante carácter social, como hospitales y universidades), los tribunales han adoptado un sesgo pragmático para interpretar las disposiciones de la Ley nº 11.101/2005 y autorizar la solicitud de cobro judicial y extrajudicial por parte de estas entidades.

Palabras clabe: ley comercial; método pragmático; saneamiento judicial y extrajudicial de asociaciones sin fines de lucro.

Data de submissão: 21/02/2023

Data de aceite: 16/03/2023

1 INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Lei nº 11.101/2005 ("Lei de Recuperação Judicial e Falência" ou "LRF") (BRASIL, 2005), a natureza jurídica da entidade/sociedade apta a utilizar-se da recuperação judicial e/ou extrajudicial tem sido condicionante para que ela possa ou não, através desses mecanismos, reestruturar seu passivo. Isso porque o art. 1° da LRF (BRASIL, 2005) prevê que apenas o empresário ou a sociedade empresária podem requerer recuperação judicial e/ou extrajudicial.

A qualidade de empresário, obtida com registro dos atos constitutivos na junta comercial competente, sempre foi impeditivo para que associações, fundações ou quaisquer pessoas jurídicas não empresárias gozassem da possibilidade de utilizar processos concursais para renegociação de suas dívidas. A realidade dos agentes econômicos, contudo, levou diversas associações e fundações a tentarem liquidar seus passivos através de recuperação judicial e/ou extrajudicial[2].

Nesse contexto, é possível notar um movimento dos Tribunais no sentido de adotar uma visão pragmatista, que decorre da compreensão do problema concreto em conjunto com a realidade social em que a associação está inserida. Sob essa perspectiva, há precedentes do próprio STJ e de outros tribunais reconhecendo a legitimidade da associação civil para ingressar com o pedido de recuperação judicial.

Nesse sentido, foram autorizados processos de reestruturação das seguintes associações e/ou fundações sem fins lucrativos: Universidade Cândido Mendes (RIO DE JANEIRO, 2020), Universidade Luterana do Brasil (RIO GRANDE DO SUL, 2019) e Hospital Casa Portugal, no Rio de Janeiro (BRASIL, 2008). O fundamento para admissão da possibilidade ou não de requerer recuperação judicial e/ou extrajudicial reside na natureza da atividade exercida pela entidade devedora.

O que se defende é que, se a atividade econômica é organizada, deve ser entendida como de natureza empresarial para fins de reestruturação do passivo. A natureza empresarial da atividade, portanto, deveria viabilizar a possibilidade de adoção de medidas para redução do endividamento de entidades, ainda que elas não possuam a qualificação de empresárias.

Em suma, atualmente, é possível que as associações sem fins lucrativos requeiram recuperação judicial e/ou extrajudicial desde que comprovem o exercício de atividade produtiva organizada, logo, de natureza empresária.

2 Recentemente, observa-se um movimento novo na economia. Diversas associações de finalidade desportiva (os clubes de futebol) têm requerido recuperação judicial e/ou extrajudicial. A justificativa mercadológica está na impossibilidade de preservação das atividades econômicas sem a adoção de processos de reestruturação que contem com os benefícios legais dispostos na Lei nº 11.101/2005 (BRASIL, 2005). Como demonstrado na análise de casos concretos a ser aprofundada ao longo deste trabalho, o Judiciário tem autorizado a possiblidade de utilização de processos de recuperação judicial e/ou extrajudicial por essas entidades com base em uma visão consequencialista acerca de possíveis quebras dos clubes de futebol. Em atenção a esse movimento do mercado, o legislador fez promulgar a Lei nº 14.193/2021, de 6 de agosto de 2021 (BRASIL, 2021), conhecida como Lei das Sociedades Anônimas do Futebol, que autoriza a apresentação de pedidos de recuperação judicial e recuperação extrajudicial por clubes de futebol.

Este artigo tem por objetivo ofertar reflexões sobre o viés pragmático que vem sendo adotado pelos Tribunais para fundamentar essa possibilidade. Para tanto, busca-se realizar exame dos recentes casos concretos envolvendo a reestruturação do passivo de associações sem fins lucrativos e correlacioná-los às bases do pragmatismo. Ao final, pretende-se demonstrar que o Direito Comercial é de essência pragmatista e, por conseguinte, seus institutos merecem releitura pragmática.

2 A BASE PRAGMATISTA

O pragmatismo é um método filosófico que nasceu nos Estados Unidos em meados do século XIX. Seu precursor, Charles Sander Pierce, foi reconhecido como o maior defensor da lógica de seu tempo. Através de seus estudos, Pierce viabilizou a instituição de uma metodologia do pensamento cujas bases jurídicas residem na aplicação da Lei ao caso mediante a consideração das consequências da decisão e do contexto econômico, político e social em que ela é proferida (NÓBREGA, 2013).

É possível extrair da doutrina (PEIRCE, 1972; CAMARGO, 2009; REGO, 2009) as principais características do pragmatismo jurídico, que podem ser consideradas marcos teóricos para a compreensão acerca do emprego do pensamento pragmatista pelos Tribunais em matéria empresarial.

A primeira e mais citada característica é o antifundacionalismo. Trata-se da rejeição da aplicabilidade descontextualizada de postulados apriorísticos. Nas palavras da melhor doutrina:

> [A]ceitar o método pragmatista – avaliar teorias por suas consequências – implica abandonar posições teóricas fixas, essências, quintessências. É, também, assumir postura crítica e experimental, bem próxima ao falibilismo e ao espírito do método científico: abertura a novas possibilidades, tentativa, erro, correção, autocorreção (MENDONÇA, 2018, p. 31).

O antifundacionalismo é característica que busca afastar uma forma de decidir que pode ser considerada perniciosa – e que, infelizmente, é adotada em larga medida pelos aplicadores do Direito –: a adoção de uma teoria mais palatável pelo julgador e sua posterior adaptação ao caso concreto, com adequação de

conceitos *a priori* em um processo de subsunção que não aplica, verdadeiramente, o Direito ao fato. Nesses termos, o pragmatismo jurídico propugna o conhecimento do problema para, então, conduzi-lo conforme as teses jurídicas verdadeiramente aplicáveis.

Outra característica conhecida do pragmatismo jurídico é o consequencialismo. Trata-se da análise dos efeitos futuros da decisão, isto é, de suas consequências e seus resultados. Sob essa perspectiva, a decisão deve pautar-se em seus potenciais reflexos futuros e sua influência sobre outros comportamentos de agentes envolvidos no problema.

Há, ainda, o contextualismo, característica que pode ser explicada pelo fato de que o juiz pragmatista deve considerar o contexto social, político, econômico, histórico e cultural na investigação do problema. Com a doutrina, defende-se que "[u]m pragmatista filosófico não crê em abstrações atemporais, se não por seu antifundacionalismo, então porque elas costumam se inserir num plano a-histórico, acima do tempo, do lugar e das circunstâncias pessoais e culturais" (MENDONÇA, 2018, p. 32).

Por fim, diz-se que o pragmatismo é interdisciplinar. Isso porque, ao ter em conta a realidade do problema, o método pragmatista recorre a diferentes áreas do conhecimento justamente porque entende que, assim, será possível verdadeiramente aplicar o Direito ao problema e antever, de forma mais apurada, as consequências da decisão. Para o Direito Comercial, um importante instrumental utilizado sob essa perspectiva reside nos estudos econômicos, área estudada por um dos grandes nomes do pragmatismo, inclusive jurídico, na contemporaneidade, Richard Posner (POSNER, 2012).

Esta é a base pragmatista: abandonar teorias destituídas de aplicabilidade prática, propugnar o verdadeiro estudo do problema e abordar as consequências na aplicação do Direito. Trata-se do escopo prioritário do Direto Comercial dos dias atuais e, notadamente, da metodologia aplicada para resolução de questões envolvendo admissibilidade de processos de recuperação judicial e recuperação extrajudicial de associações sem fins lucrativos.

3 AS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO COMERCIAL E SUA EVOLUÇÃO

O Direito Comercial encontra suas origens no século XII e surge de uma necessidade prática dos mercadores: garantir celeridade, segurança e confiabilidade nos negócios firmados por eles. Nesse aspecto, os institutos romanos de Direto Civil não mais socorriam os comerciantes, dado que as formalidades exigidas para formação do negócio jurídico prejudicavam o tráfico mercantil ao passo que não conferiam o grau de confiabilidade necessária à acomodação das expectativas econômicas das partes envolvidas.

O Direito Comercial já nasce, então, voltado para a realidade, para a prática dos mercadores. Os institutos (como os títulos de crédito) foram todos criados para, concomitantemente, resolverem problemas práticos e assegurarem o fluxo das relações futuras através da crença na formação de um ambiente seguro para as transações que estariam por vir. Pode-se dizer, assim, que o Direito Comercial adota, desde as origens, diversas das bases pragmatistas.

Como assevera a doutrina:

> O direito comercial é uma dimensão da realidade, na qual se imiscuem fatos, regras exógenas e endógenas, o comportamento dos agentes econômicos e outros aspectos ligados a essa mesma realidade; nível de um todo complexo, da estrutura social global. Compõe-se e resulta de sua interação com os demais níveis desse todo, sendo 'sempre, fruto de uma determinada cultura' e de 'sua história' (FORGIONI, 2021, p. 15).

Detalhadamente, pode-se elucidar que o Direito Comercial brasileiro evoluiu do estudo dos atos de comércio, em que se analisavam a atividade de intermediação e seus requisitos jurídicos, para a percepção de que o objeto desse ramo específico estaria na empresa como entidade transformadora no processo produtivo.

Atualmente, compreende-se que a empresa não atua de forma isolada, razão pelo qual é preciso considerá-la no contexto do mercado, ambiente que justifica a existência da empresa a partir de sua interação com outros agentes econômicos (FORGIONI, 2021, p. 15).

À vista das considerações expostas, é possível afirmar que o Direito Comercial emprega método indutivo de análise, que perpassa pela consideração da

realidade econômica e pela apuração possível das consequências dos atos à luz do mercado de que a empresa participa.

A constatação levou a doutrina e a jurisprudência a adotarem postura que se utiliza das bases pragmatistas quando se trata de matéria comercial. A admissão de processos de recuperação judicial e recuperação extrajudicial por parte de entidades associativas é um caso de aplicação de viés pragmatista ao Direito Comercial.

4 O PRAGMATISMO EM MATÉRIA COMERCIAL: UMA ANÁLISE DOS CASOS DE RECUPERAÇÕES JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DE ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS

As recuperações judicial e extrajudicial tratam de processos concursais que objetivam a renegociação coletiva do passivo da empresa. Essa renegociação é conduzida pelo devedor, que apresenta seu plano de recuperação judicial[3] ou extrajudicial, contendo as condições de pagamento da dívida.

Se obtida a aprovação da maioria qualificada dos credores da empresa (conforme quóruns dispostos no art. 45 da LRF) em relação às condições de pagamento e aos meios de soerguimento previstos no plano de recuperação judicial, a recuperação é concedida e a empresa terá um prazo de 2 anos para comprovar o cumprimento de suas obrigações. Caso comprovado o cumprimento das obrigações vencidas no período de dois anos e se adotadas medidas de reestruturação do passivo fiscal, a recuperação é encerrada (AYOUB, CAVALLI, 2013).

Ambos os processos recuperacionais, dada as suas especificidades, possuem regramentos próprios, destinados a atender aos principais objetivos da Lei de Recuperação e Falência: a preservação da empresa e o tratamento igualitário entre credores (conforme art. 47 da LRF[4]). Esses objetivos devem guiar todo o

3 A nova redação da Lei 11.101/2005 conforme alterada pela Lei 14.112/2020 possibilita aos credores a apresentação de sua própria versão do plano de recuperação judicial em determinadas hipóteses conforme previsto no art. 56, §4º da LRF (BRASIL, 2005).

4 Artigo 47 da LRF (BRASIL, 2005): A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

processo de recuperação e precisam ser constantemente adaptados conforme a lógica empresarial própria de cada setor.

Como antecipado na introdução deste trabalho, a Lei nº 11.101/2005, através de seu artigo 1°[5], restringe o uso de processos de recuperação judicial e recuperação extrajudicial a entidades que se qualifiquem como sociedades empresárias, ou seja, cujos atos constitutivos estejam registrados na junta comercial competente. Ocorre que há associações sem fins lucrativos que, embora não possuam qualificação formal de empresa, exercem atividade produtiva organizada, isto é, com caráter empresarial.

Considerando-se a análise concreta das atividades exercidas por essas associações e os impactos de eventual falência dessas entidades na sociedade (*i.e.*, perda do recolhimento de tributos, extinção de postos de trabalho, encerramento da entidade produtora de bens e serviços), os Tribunais vêm interpretando a restrição do artigo 1° da Lei nº 11.101/2005 para entender que, independentemente da qualificação de empresária, caso a associação comprove que pratica atos de natureza empresarial, poderá requerer a renegociação de suas dívidas através das medidas viabilizadas pela Lei nº 11.101/2005.

Um levantamento dos precedentes em que a utilização de recuperação judicial e recuperação extrajudicial por associações sem fins lucrativos foi admitida revela um viés pragmático adotado pelos Tribunais ao considerarem a natureza dos institutos de Direito Comercial, bem como seu apego à realidade e às consequências para a economia.

Nesse sentido, confira-se a ementa do acórdão que apreciou a possibilidade de a Universidade Cândido Mendes, conhecida universidade particular no Rio de Janeiro, constituída através de uma associação sem fins lucrativos, requerer sua recuperação judicial:

> Ainda que formalmente registrada como associação civil, a entidade de ensino, a toda evidência, desempenha atividade econômica lucrativa, que repercute jurídica e economicamente. Como salientado pelos demandantes, em sua petição inicial, a concepção moderna da atividade empresária se afasta do formalismo, da letra fria da Lei, para alcançar a autêntica natureza da atividade objetivamente considerada. Ainda que no aspecto formal a mantenedora da Universidade Cândido Mendes se apresente como

5 Art. 1º da LRF: Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

> associação civil, formato que assumiu desde a sua formação, há mais de 100 anos, desempenha atividade empresária, ao teor do disposto no art. 966 do Código Civil, por realizar atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, atuando na área da Educação em nível superior, gerando empregos, bens culturais e arrecadação para o Estado, exercendo assim a sua função social. Destaque-se que a falta do registro na Junta Comercial não pode ser obstáculo para o deferimento da recuperação. O que está em debate é a qualidade de empresária da recorrente quando da apresentação do pedido de recuperação, e não a regularidade de seus atos constitutivos, os quais apenas refletem a forma de sua organização jurídica, que atendeu plenamente o que prescrevia a ordem jurídica no início do século XX (RIO DE JANEIRO, 2020).

Vê-se que, em linha com José Vicente Santos de Mendonça (2018), o pragmatismo no cotidiano jurídico aparece às escondidas (p. 31). Significa dizer, a decisão utiliza-se de parâmetros pragmatistas, mas não elege expressamente o método pragmático: em vez disso, utiliza-se de argumentação consequencialista, contextual e que não aplica soluções apriorísticas.

Nesses termos, conclui que uma associação sem fins lucrativos que exerce atividade produtiva organizada merece ter sua dívida renegociada com auxílio dos benefícios previstos na LRF (BRASIL, 2005) sob pena de importante entidade de fins educacionais (como é o caso da Universidade Cândido Mendes supramenciondo) ser extirpada da sociedade em prejuízo de toda uma comunidade.

A abordagem pragmática também foi empregada no caso de recuperação judicial da Universidade Lutera do Brasil, apreciada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Confira-se trecho do acórdão que reformou decisão de primeira instância para autorizar o processamento da recuperação judicial da instituição de ensino, ainda que formalizada como associação sem fins lucrativos:

> **É de sabença geral que a falência da empresa não interessa a quase ninguém, pois, senão todos, praticamente todos, perdem. Perde o empresário, perde a sociedade, perdem os empregados, perde o fisco, enfim, representa a falência completa da cadeia produtiva**. **Os que ganham são poucos, apenas aqueles que compram e assumem os ativos ainda valiosos da empresa e o fazem por valores normalmente irrisórios, daí advém o lucro e o ganho fácil, é a chamada rapinagem empresarial**. **De resto, sem dúvida, todos experimentam prejuízos, alguns mais outros menos, mas todos ficam ao desamparo**. Por isso, tendo sempre presente que o remédio amargo da falência é indiscutivelmente o pior e mais gravoso, a Lei de Regência estabeleceu que o objetivo primário, fundamental e principal é a concessão da recuperação, que tem por escopo, objetivos bem definidos, quais sejam, in verbis: 1. Viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor; 2. Permitir a manutenção da fonte produtora e do emprego dos

> trabalhadores e, ainda 3. Manter o interesse dos credores, com 4. A preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. **A preservação da empresa, sua função social e o estímulo à continuidade do engenho produtivo é o alvo mais nobre do instituto da recuperação judicial. E o que se vê dos autos, examinando o conjunto probatório, é que várias espécies de credores desejam e almejam a concessão da recuperação judicial da autora, pois percebem e entendem a importância social da Instituição de Ensino e a necessidade da manutenção dos empregos dos empregados e professores**. [...] **A devedora exercia inescondível atividade de ensino privado, de natureza empresária, tanto que arregimentou gigantesco patrimônio, superior a 2 bilhões de reais, situação já destacada no voto. Logo, como instituição de ensino privado, auferia lucro, modo inescondível**. **A situação de ter gozado de filantropia nada muda a essência do caráter empresarial**. [...] De conseguinte, levando em consideração os comemorativos do caso telado, voto no sentido de prover o recurso de apelação da autora e determinar o processamento da recuperação judicial da apelante, mormente porque presentes os pressupostos legais do art.51 e 52 da Lei de Regência. Deverá o juízo de origem prosseguir com as determinações do art.52 e segs., inclusive no tocante a nomeação do Administrador Judicial (RIO GRANDE DO SUL, 2019, grifos nossos).

Nesse caso, é possível constatar o emprego do contextualismo na medida em que a importância da entidade é utilizada como fundamento da admissão do regime de recuperação judicial. O Tribunal considerou o papel da associação em sua comunidade e o resultado prático da exploração da atividade empresarial por ela.

Há, ainda, caso recente de pedido de recuperação judicial pelo clube de futebol Figueirense Futebol Clube, que é também constituído sob a forma de associação sem fins lucrativos. O caso, por tratar-se do primeiro envolvendo uma entidade dedicada ao desporto, gerou repercussões na doutrina que destacam a importância de adoção de um viés consequencialista pelo Judiciário.

Com efeito, após decisão de primeira instância rejeitando a possibilidade de a associação futebolística requerer sua recuperação, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina reformou o entendimento do Juízo de primeira instância para reconhecer que, dada a análise da realidade concreta, se pode verificar que a entidade associativa exerce atividade de natureza empresarial, ainda que não qualificada como empresa, e que possui papel relevante na sociedade a conclamar sua proteção pelo Judiciário.

Confira-se trecho do precedente em questão:

> o fato de o primeiro apelante [o clube de futebol] enquadrar-se como associação civil não lhe torna ilegítimo para pleitear a aplicação dos institutos previstos na Lei n. 11.101/2005, porquanto não excluído expressamente do âmbito de incidência da norma (art. 2º), equiparado às sociedades empresárias textualmente pela Lei Pelé e, notadamente, diante da sua reconhecida atividade desenvolvida em âmbito estadual e nacional desde 12/6/1921, passível de consubstanciar típico elemento de empresa (atividade econômica organizada) (SANTA CATARINA, 2021).

Confira-se a reação da doutrina especializada à decisão supramencionada:

> A atividade empresarial exercida pelo Figueirense impacta e envolve diversos agentes, como funcionários, jogadores, torcedores, além da operação-futebol, que gera e permite trocas de ativos constantes. **Acredita-se, portanto, que ao afastar o mero formalismo legal, equiparando o time catarinense às sociedades empresárias, a decisão do Tribunal de Justiça Santa Catarina está de acordo com as premissas do consequencialismo jurídico, que considera que a escolha "não pode ser feita de forma individual, mas, sim, de forma coletiva, em que se impõem a coerência do julgador, em que se homenageie os princípios da boa-fé e da segurança jurídica**" (ALVES, COSTA, CECY, 2022, p. 796-797).
>
> ***
>
> No referido caso [Recuperação Extrajudicial de Figueirense Futebol Clube e Figueirense Futebol Clube Ltda] a sentença veio no sentido de reconhecer, inicialmente, a existência de duas correntes doutrinárias divergentes acerca da temática, identificando uma como conservadora, positivista e literal que preconiza uma interpretação literal do dispositivo legislativo em oposição a uma denominada de principiológica/teleológica; a primeira defende a impossibilidade de associações sem fins lucrativos figurarem como atores que poderiam gozar dos institutos previstos na LREF, pois não se enquadrariam no conceito de sociedade empresária, ao passo que a segunda argumenta pela viabilidade da utilização dos institutos sob um fundamento axiológico de proteção à valores constitucionais. Após essa exposição, o juiz de primeira instância filia-se à primeira corrente, entendendo que as associações civis sem fins lucrativos não podem utilizar-se da recuperação judicial por não constituírem sociedade empresária.
>
> Posteriormente, contudo, em sede de apelação, o TJSC posicionou na segunda corrente. O primeiro fundamento foi o de que, pelo art. 2º da LRF, "torna-se possível interpretar que, por não constar no rol de entes excluídos, as associações civis podem ser submetidas ao instituto da recuperação judicial ou falência, caso preenchidos os demais requisitos legais (art. 8º do CPC)". O segundo destacou a interpretação teológico e sistemática, considerando os arts. 53 e 966 do CC, destacando o Enunciado 534 da VI Jornada de Direito Civil, segundo o qual associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa (ALVISI, AYOUB, 2022, p. 116).

Após a admissão do processo de recuperação judicial do Figueirense[6], diversos outros casos foram apresentados aos Tribunais. Detalhadamente, até hoje, foram distribuídos sete procedimentos de recuperação por clubes de futebol. O reconhecimento da legitimidade ativa do clube de futebol no paradigmático caso do Figueirense Futebol Clube motivou os demais seis pedidos de recuperação de clubes de futebol, todos apresentados em 2022 e admitidos à luz de um viés pragmatista dos Tribunais[7].

São eles: (i) Cruzeiro Esporte Clube (MINAS GERAIS, 2022); (ii) Coritiba Futebol Clube (PARANÁ, 2022); (iii) Paraná Clube (PARANÁ, 2022); (iv) Santa Cruz Futebol Clube (PERNAMBUCO, 2022); (v) Associação Chapecoense de Futebol (SANTA CATARINA, 2022); e (vi) SC Joinville Esporte Clube Julh (SANTA CATARINA, 2022).

À luz das considerações expostas, é possível entender que a aceitação de processos de recuperação judicial e/ou extrajudicial de associações sem fins lucrativos, apesar de a redação da Lei nº 11.101/2005, em seu artigo 1º, vedar a utilização dessas medidas por tais entidades, constitui-se como aplicação de um viés pragmatista ao Direito Comercial, notadamente porque as decisões a respeito do tema se utilizam de posições consequencialistas e contextuais para refutar determinados dogmas envolvendo a qualificação empresarial dessas entidades sociais.

---

6 Importante destacar que em 31 de janeiro de 2023, foi reformada a sentença que homologou o pedido de recuperação extrajudicial impositiva do Figueirense sob o fundamento de que determinado crédito não poderia ter sido utilizado para o cômputo da aprovação do plano de recuperação extrajudicial. Atualmente, aguarda-se o julgamento dos embargos de declaração opostos contra o acórdão que reformou a sentença de homologação do plano de recuperação extrajudicial. Esta circunstância, contudo, não altera as premmissas abordadas neste trabalho, notadamente porque não foram modificadas as conclusões acerca da necessidade de admissão da utilização de processos de reestruturação por entendidades futebolistas sem fins lucrativos (e de caráter não empresarial). SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC n. 5024222-97.2021.8.24.0023. Relator: Des. Torres Marques, 31 de janeiro de 2023.

7 Em 2023 foram apresentados mais quatro pedidos de recuperação judicial por clubes de futebol. São eles: (i) Clube Náutico Capibaribe (PERNAMBUCO, 2023); (ii) Sport Club do Recife (PERNAMBUCO, 2023); (iii) Guarani Futebol Clube (SÃO PAULO, 2023); (iv) Rio Branco Esporte Clube (SÃO PAULO, 2023). Contudo, nestes casos, não foi necessário adotar uma fundamentação profunda a respeito da necessidade de superar a vedação legal para adoção de processos de reestruturação judicial por entidades sem fins lucrativos dado que os Tribunais já incorporaram a previsão da Lei 14.193/2021 que estabeleceu a legitimidade do clube de futebol para requerer recuperação judicial.

5 A CORRELAÇÃO DA BASE PRAGMATISTA COM OS VETORES DO DIREITO COMERCIAL

Após identificar a presença do pensamento pragmatista em precedentes dos Tribunais envolvendo a admissão de processos de recuperação judicial e recuperação extrajudicial por entidades sem fins lucrativos, busca-se correlacionar as bases do pragmatismo com os principais postulados do Direito Comercial.

O intuito é viabilizar a compreensão do viés pragmatista desse ramo do Direito, que, voltado à proteção do fluxo de relações no mercado, não pode desprender-se (i) da consideração da realidade econômica e social, (ii) da evidente necessidade de uma percepção consequencialista, a qual deve nortear a interpretação das avenças em matéria empresarial, e (iii) do contextualismo, que deve servir de parâmetro à tomada de decisão a partir do conhecimento das especificidades do negócio em análise.

Nesse contexto, procura-se correlacionar as principais características do método pragmatista com os postulados da teoria geral do Direito Comercial, conforme exposto no Quadro 1:

Quadro 1 – Método Pragmático e Direito Comercial

(continua)

Principais caraterísticas do Método Pragmático	Vetores do Direito Comercial
Antifundacionalismo: rejeição da aplicabilidade descontextualizada de postulados apriorísticos.	As normas legais em matéria empresarial são aplicadas pelos Tribunais com a consideração das especificidades do caso concreto. É comum que se verifique uma atuação mais proativa do Judiciário em matéria empresarial. Em diversas searas, notadamente em casos de recuperação judicial e extrajudicial de empresas, os Tribunais vêm interpretando a legislação de modo a viabilizar soluções que, embora não conflitem com a Lei, não são por ela expressamente previstas. Exemplo: o caso tratado neste trabalho referente à autorização para que associações sem fins lucrativos requeiram recuperações judicial e extrajudicial apesar de não possuírem a qualificação de "empresárias”.
Contextualismo: consideração do contexto social, político, econômico, histórico e cultural na investigação do problema.	A análise dos institutos de direito comercial realiza-se pela compreensão da realidade econômica e da prática do mercado, rejeitando-se a aplicação de soluções legais destituídas da consideração dos efeitos práticos sobre o funcionamento do sistema. A premissa também norteia a atuação do Judiciário em matéria empresarial que, em casos de recuperações judicial e extrajudicial, vem

	autorizando a adoção de medidas com o intuito de proteger as empresas de situações específicas de mercado. Exemplo: autorização para que empresas em recuperação judicial e extrajudicial participem de licitações ainda que não tenham capacidade de obter certidões negativas de débitos tributários, como é exigido pelos órgãos públicos para admitir determinado licitante.
Consequencialismo: análise dos efeitos futuros da decisão, isto é, de suas consequências e resultados.	A análise da matéria empresarial é primordialmente premida pelo consequencialismo. Os Tribunais vem entendendo pela admissão de processos de reestruturação da dívida de entidades não empresárias com fundamento nos impactos de potencial falência dessas entidades perante a sociedade.
Interdisciplinaridade: consideração de outros ramos do saber para auxiliar a percepção acerca dos efeitos da tomada de decisão e para melhor compreender a realidade que circunda o problema objeto de análise.	O Direito Comercial utiliza-se do instrumental econômico em larga medida para (i) compreender a melhor forma de regular determinados movimentos econômicos, (ii) regular comportamentos dos agentes econômicos, de acordo com os estímulos reconhecidos como eficientes pelos economistas e (iii) considerar os efeitos de determinados institutos jurídicos sobre o mercado[8].

8 A esse respeito, confiram-se as lições da doutrina sobre a utilização do instrumental econômico pelo Direto Comercial: "Qualquer discussão sobre o método próprio ao direito mercantil há de partir da lição de Vivante que, em sua famosa defecção publicada na 5ª ed. do *Trattado di diritto commercialie*, destacou a importância do 'espírito de indução e de observação' para o desenvolvimento da matéria. [...] Ou seja, parte-se da *vida mercantil* para, sistematizando-a, elaborar *categorias jurídicas*. Portanto, não é sem razão que muitos de nossos antigos mestres, ao iniciarem suas obras ou cursos sobre direito mercantil, explanavam os conceitos econômicos necessários à sua absorção. A raiz da economia e do direito comercial brasileiros são inegavelmente comuns. Visconde de Cairu, primeiro comercialista, é também considerado nosso primeiro economista. Já se disse não existir propriamente relação entre economia e direito, pois, na realidade, 'se imbricam e se integram para formar um único campo de estudo'. Com feito, '[a] economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia'. Os estudos debruçam-se, assim, sobre a mesma realidade e, nessa medida, as matérias servem-se mutuamente. No entanto, a razão da repulsa que vários juristas nutrem pela utilização do método econômico não se mostra totalmente descabida. Forte corrente doutrinária, ligada à Escola de Chicago, prega que a economia (i.e., a eficiência econômica) deveria determinar o fim último do direito, orientando a interpretação/aplicação de suas regras e formatando seus princípios. O direito seria um 'súdito submisso e dependente daquilo que a análise econômica oferece'. Opinião bastante espraiada identifica a Análise Econômica do Direito com linha de pensamento que pugna por uma *teoria positiva do sistema jurídico a partir da perspectiva do paradigma do mercado e da eficiência econômica*. A ilusão de certeza e segurança trazida por essa vertente doutrinária faz com que muitos sejam açodadamente envolvidos por suas ideias. [...] Ignorar o aspecto político dessa Escola – *atendendo ao que ela própria insistentemente prega* – leva à instrumentalização do operador do direito na implementação da doutrina neoliberal. Não seria adequado ampliar aqui os comentários a respeito da Escola de Chicago e de seus desdobramentos. Bastar deixar vincado que a aplicação da *técnica* baseia-se sempre em prévia opção política, sendo impossível sua dissociação e perigosa a tentativa de empreendê-la. Esse legítimo repúdio à visão do direito como súdito da eficiência econômica não pode fechar as portas à utilização dos instrumentos desenvolvidos pela microeconomia na última década. Estamos todos dando-nos conta de que o estudo do mercado adquire importância nunca antes vista. Na busca de sua compreensão, os economistas, principalmente aqueles liados à Nova Economia Institucional construíram *importante instrumental de análise do qual simplesmente não podemos deixar de lançar mão*. [...] A tradição do direito mercantil sempre pregou a indispensabilidade da observação do comportamento dos agentes econômicos, da sua prática. [...] *A compreensão da realidade é pressuposto do estudo comercialista*, por isso nossos clássicos nunca deixaram de empregar os ensinamentos dos economistas". Fonte: FORGIONI, Paula. **A evolução do Direito Brasileiro:** da mercancia ao mercado. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 22-24, grifos do original.

Quadro 1 – Método Pragmático e Direito Comercial

(conclusão)

Principais caraterísticas do Método Pragmático	Vetores do Direito Comercial
Instrumentalismo: consideração da instrumentalidade do Direito e de sua capacidade de modificação da realidade.	O Direito Comercial presta-se a efetivamente regular as interações entre empresas no mercado, de forma a ser instrumento de promoção de valores constitucionais, notadamente da liberdade econômica, da livre iniciativa e do Estado Democrático de Direito, conforme artigo 170 da Constituição Federal de 1988.

Fonte: Elaboração própria.

Como se vê, o Direito Comercial possui forte viés pragmatista. Com efeito, é possível concluir que esse ramo do Direito já nasceu vocacionado ao pragmatismo, uma vez que as bases pragmáticas são postulados necessários à compreensão de uma teoria geral do Direto Comercial. Não é aqui a sede para aprofundamentos, mas pode-se afirmar que esse viés pragmatista do Direito Comercial foi, muitas vezes, "esquecido" em benefício de interpretações formalistas e da aplicação de soluções *a priori* que não são só violam os princípios gerais em matéria comercial, mas acabam por prejudicar a efetiva regulação das relações entre empresas no mercado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, conclui-se que a correlação das bases pragmatistas com os vetores empregados pelo Direito Comercial revela que esse ramo do Direito se utiliza de viés pragmatista como método de intepretação e aplicação da legislação específica aos casos concretos.

Nesses termos, o Direito Comercial presta-se a regular as relações entre empresas com a utilização de: a) instrumental econômico, sobretudo dos estudos da Nova Economia Institucional; b) método indutivo de análise a partir da percepção concreta dos problemas submetidos aos operadores do Direito; c) emprego de forte análise antifundacionalista, dado que postulados apriorísticos são constantemente rechaçados em prol da aplicação da melhor solução para o problema; e d) uma argumentação consequencialista que considera os efeitos presentes e futuros da decisão, notadamente os efeitos econômicos.

Neste trabalho, foi possível constatar, através da análise de precedentes dos Tribunais envolvendo a admissão dos processos de recuperação judicial e de recuperação extrajudicial de associações não empresárias, que, apesar de a Lei nº 11.101/2005 vedar a utilização de recuperações judicial e extrajudicial por entidades qualificadas como não empresárias, como é o caso das associações sem fins lucrativos, aplica-se uma interpretação que considera a realidade dos negócios desenvolvidos por essas entidades como parâmetro para determinar se, à luz do caso concreto, é possível afirmar que a atividade desenvolvida pela associação/fundação é substancialmente empresarial.

Ademais, constatou-se que a aplicação literal do artigo 1º da Lei nº 11.101/2005, que veda a adoção dos procedimentos mencionados por entidades sem caráter empresarial tem sido mitigada a partir de uma análise consequencialista, que afasta a vedação legal em prol da mitigação do risco de falência dessas entidades e da consequente percepção de que a subsunção literal da norma resultaria em prejuízos não só para a entidade como para toda uma comunidade a ela adjacente. Essas constatações revelam a presença do pensamento pragmatista em matéria de Direito Comercial.

A interpretação pragmatista que vem sendo adotada pelos Tribunais para admitir a utilização de pedido de recuperação judicial e/ou extrajudicial de associações sem fins lucrativos motivou uma procura dessas entidades pelo Judiciário, além de ter movimentado diversos setores da economia.

Nesses termos, tratou-se dos exemplos dos clubes de futebol: após decisão proferida no caso Figueirense, em 2021, que afastou as vedações legais para adoção do procedimento pelo clube de futebol de caráter não empresário, seis outros clubes de futebol recorreram aos Tribunais para renegociarem suas dívidas.

Em atenção a esse movimento do mercado, o legislador fez promulgar, em 6 de agosto de 2021, a Lei nº 14.193/2021, conhecida como Lei das Sociedades Anônimas do Futebol, que autoriza a apresentação de pedidos de recuperação judicial e recuperação extrajudicial por clubes de futebol apesar da vedação legal preexistente.

Por fim, a análise de precedentes e sua correlação com as bases pragmatistas revela que o pensamento pragmático é utilizado “às escondidas”

(MENDONÇA, 2018). Em outras palavras, adota-se o pragmatismo, mas seus princípios e sua metodologia não são expostos na fundamentação da decisão. Sob essa perspectiva, o estudo e a divulgação apurada dos pensamentos pragmatistas, notadamente do pragmatismo jurídico e suas implicações para a interpretação e a aplicação do Direito, parecem ser providências que devem estar na ordem do dia de todo aplicador do Direito notadamente em matéria comercial.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues; COSTA, Aron Vitor Fraiz; CECY, Mateus Dambiski. Reflexões jurídicas e econômicas da recuperação judicial dos clubes de futebol no Brasil. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, v. 8, n. 1, p. 775-801, 2022.

ALVISI, Edson; AYOUB, Luiz Roberto. Associações podem falir? Por uma hermenêutica do art. 2º da LREF que fortaleça a recuperação judicial. **Revista Jurídica Portucalense**, Porto, n. 31, p. 86-121, 2022.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 17 fev. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.193, de 6 de agosto de 2021**. Institui a Sociedade Anônima do Futebol e dispõe sobre normas de constituição, governança, controle e transparência, meios de financiamento da atividade futebolística, tratamento dos passivos das entidades de práticas desportivas e regime tributário específico; e altera as Leis nºs 9.615, de 24 de março de 1998, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14193.htm. Acesso em: 17 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp n. 1.004.910/RJ.** Relator: Min. Fernando Gonçalves, 18 de março de 2008.

CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal. *In*: BINENBOJM, Gustavo; SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do Direito Comercial Brasileiro**: da mercancia ao mercado. 5. ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico:** a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Íntegra do processo n. 5145674-43.2022.8.13.0024**. 1. Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte. Juiz de Direito: Adilon Claver de Resende, 2022.

NÓBREGA, Flavianne. **Um método para a investigação das consequências**: a lógica pragmática da abdução de C.S. Peirce aplicada ao Direito. João Pessoa: Ideia, 2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Íntegra do processo n. 0001540-26.2022.8.16.0185**. 2. Vara de Falências e Recuperação Judicial de Curitiba. Juíza de Direito: Luciane Pereira Ramos, 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Íntegra do processo n. 0006994-84.2022.8.16.0185**. 1. Vara de Falências e Recuperação Judicial de Curitiba. Juíza de Direito Mariana Gluszcynski Fowler Gusso, 2022.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. **Íntegra do processo n. 0014524-96.2022.8.17.2001**. Seção A da 9. Vara Cível da Capital. Juiz de Direito: Ailton Soares Pereira Lima, 2022.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco**. Íntegra do processo n. 0011283-80.2023.8.17.2001**. 21ª Vara Cível da Capital. Juiz de Direito: Nehmias de Moura Tenório, 2023.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. **Íntegra do processo n. 0027755-59.2023.8.17.2001**. Seção B da 27ª Vara Cível da Capital. Juiz de Direito: Rafael de Menezes, 2023

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica e Filosofia**: textos escolhidos de Charles Sanders Peirce. Introdução, seleção e tradução de Octanny Silveira da Mota e Leonidas Hegenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 1972. p. 71-92.

POSNER, Richard. **A problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. **Revista Duc in Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 1, n. 1, p. 21-57, jul./dez. 2009. Disponível em: https://doi.org/10.22293/2179-507x.v1i1.157. Acesso em: 05 abr. 2023.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **AI n. 0031515-53.2020.8.19.0000**. 6ª Câmara Cível. Relator: Des. Nagib Slaibi Filho, 2 de setembro de 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **AC n. 5000461-37.2019.8.21.0008**. 6ª Câmara Cível. Relator: Des. Niwton Carpes Da Silva, 13 de dezembro de 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AC n. 5024222-97.2021.8.24.0023**. Relator: Des. Torres Marques, 18 de março de 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Íntegra do processo n. 5001625-18.2022.8.24.0018.** 1. Vara Cível da Comarca de Chapecó. Juiz de Direito: Ederson Tortelli, 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Íntegra do processo n. 5024222-97.2021.8.24.0023.** Vara Regional de Rec. Judiciais, Falências e Concordatas da Comarca de Florianópolis. Juiz de Direito: Luiz Henrique Bonatelli, 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Íntegra do processo n. 5020747-54.2022.8.24.0038.** 4. Vara Cível da Comarca de Joinville. Juiz de Direito: Luis Paulo Dal Pont Lodetti, 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Íntegra do processo n. 1002774-26.2023.8.26.0019**. 2ª Vara Cível da Comarca de Americana. Juiz de Direito: Marcos Cosme Porto, 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Íntegra do processo n. 1010398-35.2023.8.26.0114**. 7ª Vara Cível da Comarca de Campinas. Juíza de Direito: Eliane Cassia da Cruz, 2023.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E LEI DA ANISTIA BRASILEIRA: A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO HABERMASIANA COMO CRÍTICA À DECISÃO PROFERIDA PELO STF NA ADPF 153

TRANSITIONAL JUSTICE AND THE BRAZILIAN AMNESTY LAW: THE HABERMASIAN THEORY OF COMMUNICATIVE ACTION AS A CRITIQUE OF THE STF'S DECISION IN ADPF 153

LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y LA LEY DE AMNISTÍA BRASILEÑA: LA TEORÍA HABERMASIANA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA COMO CRÍTICA A LA DECISIÓN DEL STF EN EL CASO ADPF 153

Alexandre Perin da Paz[1]

RESUMO

Sob a perspectiva da teoria do agir comunicativo habermasiana, o artigo reflete criticamente sobre o julgamento da ADPF 153, através do qual o STF, enfrentando pela primeira vez a questão da justiça de transição no Brasil, declarou, por sete votos a dois, a legitimidade e a recepcionalidade da lei da anistia brasileira pela ordem constitucional vigente. Contudo, se a Corte considerou, no plano interno, a Lei nº 6.683/79 uma norma legítima e válida, no plano internacional ela é rechaçada, pois considerada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, à unanimidade, nos julgamentos dos casos Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) e Vladimir Herzog, incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Como método, a pesquisa se utiliza da teoria do agir comunicativo de Habermas para a leitura da ADPF 153, bem como a técnica de revisão literária. Como resultado, ela revela a necessidade de se debater a ilegitimidade da lei da anistia brasileira, pois votada em ambiente que impossibilitava a existência de um processo deliberativo democrático.

Palavras-chave: anistia; ADPF 153; democracia; legitimidade; agir comunicativo.

ABSTRACT

[1] Defensor Público do Estado de Minas Gerais. Mestrando em Direito, na área de concentração Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura (2010). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2005). alexandreperin@yahoo.com.br.

From the perspective of the Habermasian theory of communicative action, the article reflects critically on the judgment of ADPF 153, through which the STF, facing for the first time the issue of transitional justice in Brazil, declared, by seven votes to two, the legitimacy and the receptivity of the Brazilian amnesty law by the current constitutional order. However, if the Court considered, on the domestic level, Law nº 6.683/79 a legitimate and valid norm, on the international level it is rejected, since it is considered by the Inter-American Court of Human Rights, unanimously, in the Gomes Lund (Araguaia Guerrilla) and Vladimir Herzog cases, incompatible with the American Convention on Human Rights. As a method, the research uses Habermas' theory of communicative action for the reading of ADPF 153, as well as the literature review technique. As a result, it reveals the need to debate the illegitimacy of the Brazilian amnesty law, since it was voted in an environment that made it impossible to have a democratic deliberative process.

Keywords: amnesty; ADPF 153; democracy; legitimacy; communicative action.

RESUMEN

Desde la perspectiva de la teoría habermasiana de la acción comunicativa, el artículo reflexiona críticamente sobre la sentencia del ADPF 153, a través de la cual el STF, enfrentando por primera vez la cuestión de la justicia transicional en Brasil, declaró, por siete votos contra dos, la legitimidad y la receptividad de la ley de amnistía brasileña por el orden constitucional vigente. Sin embargo, si el Tribunal consideró, en el ámbito interno, que la Ley nº 6.683/79 era una norma legítima y válida, fue rechazada en el ámbito internacional, ya que la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró, por unanimidad, que los casos Gomes Lund (Guerrilla de Araguaia) y Vladimir Herzog eran incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como método, la investigación utiliza la teoría de la acción comunicativa de Habermas para la lectura de la ADPF 153, así como la técnica de revisión bibliográfica. Como resultado, revela la necesidad de debatir la ilegitimidad de la ley de amnistía brasileña, ya que fue votada en un ambiente que impedía la existencia de un proceso deliberativo democrático.

Palabras clave: amnistía; ADPF 153; democracia; legitimidad; acción comunicativa.

Data de submissão: 25/02/2023
Data de aceite: 03/04/2023

1 INTRODUÇÃO

Segundo diretrizes da ONU[2], a justiça de transição compreende o conjunto de mecanismos judiciais, extrajudiciais e políticos por meio do qual a sociedade busca lidar com um passado de torturas, assassinatos e diversos outros crimes e abusos ocorridos durante um período de violento conflito entre agentes estatais a serviço de um regime não democrático e os seus opositores, a fim de assegurar que os responsáveis por esses crimes prestem contas de seus atos perante a justiça e a sociedade.

No Brasil, o marco da transição entre o regime ditatorial que durou de 1964 a 1985 e o regime democrático hoje vigente foi a Lei nº 6.683 de 1979, a chamada Lei da Anistia. Referida lei abriu espaço para a redemocratização do país, e embora tenha sido importante para fomentar a pressão social por democracia, culminando com as "Diretas Já", em 1983, e com a Constituição de 1988, é inegável que a anistia aprovada frustrou a justiça de transição brasileira ao perdoar os agentes do regime autoritário autores dos mais diversos crimes de lesa-humanidade, perdão esse referendado pelo STF ao declarar, no julgamento da ADPF 153, a constitucionalidade da anistia estendida aos criminosos de Estado.

A teoria do agir comunicativo, referencial teórico deste artigo, desenvolvida pelo pensador multidisciplinar alemão Jürgen Habermas, contribui decisivamente com a crítica ao julgamento da ADPF 153 pelo STF, que declarou constitucional o perdão conferido pela lei da anistia aos crimes contra a humanidade praticados por agentes de Estado contra cidadãos comuns e opositores do regime ditatorial brasileiro que durou 21 anos.

Habermas propõe uma teoria da comunicação crítica da sociedade moderna, através da qual a razão comunicativa, compreendida como ações

[2] UNITED NATIONS. Security Council. **S/2004/616**. Nova Iorque: UN, 2004. Disponível em: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/PCS%20S%202004%20616.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022.

orientadas para o entendimento mútuo e consensual entre os atores sociais, se contrapõe à razão instrumental ou prática, voltada essencialmente para a busca da máxima eficácia empírica, que marca a racionalidade econômica do capitalismo contemporâneo (HABERMAS, 2003a, p. 17-19).

No agir instrumental, centrado no sujeito, as pessoas não se socializam por afinidade ou com base na ética e na justiça, e sim através do paradigma da consciência, por meio do qual o sujeito visa objetivos calcados na eficácia técnica, na dominação, resultando em uma racionalidade alienante e no empobrecimento da subjetividade, e naquilo que Habermas aponta como uma colonização do mundo da vida. Já o agir comunicativo tem como determinante o paradigma da linguagem, a permitir uma racionalidade emancipatória, que prioriza o mundo da vida, da sociabilidade, do consenso, da justiça, da ética e da afetividade (HABERMAS, 2003a, p. 20-25).

Na perspectiva habermasiana, a sociedade democrática demanda um agir comunicativo, a busca do entendimento racional entre as pessoas, em uma situação de voz a partir da qual todos os participantes discursantes tenham iguais oportunidades de empregar atos de fala comunicativos na esfera pública, solucionando as questões práticas racionalmente pela força do melhor argumento. Rafael Alem e Marielle Antenor, ao destacarem que a linguagem representa o núcleo da racionalidade comunicativa, aduzem que "a postura exigida para o agir comunicativo é ativa no sentido de permitir a livre-veiculação de todos os pontos de vista" (FERREIRA; ANTENOR, 2018, p. 9).

Aplicadas tais premissas ao mundo do direito é possível concluir que a legitimidade de uma norma só será alcançada se for deliberada por processos de validação discursiva a partir dos quais seja possível garantir a participação igualitária e não coagida de todas as pessoas afetadas pelo ordenamento jurídico, em um processo circular-argumentativo. Como indicam Lima e Kosop, "a partir da teoria do discurso, o Direito é considerado na perspectiva

de uma razão que se comunica, que age, e, portanto, experimenta-se na razão metafísica e nas intenções práticas" (LIMA; KOSOP, 2018, p. 76).

Partindo dessas balizas, este artigo centra sua força analítica na interpretação dada pelo STF e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a anistia concedida aos criminosos do Estado brasileiro durante a ditadura, norma essa promulgada em um período no qual a possibilidade do diálogo isonômico e não coagido entre os atores sociais não era possível, pois de um lado estavam aqueles que conduziam com sangue o regime de exceção, e de outro a sociedade civil, ansiando por democracia e pelo fim da repressão. Portanto, o que se viu não foi um acordo, e sim uma chantagem.

Por isso que as próximas linhas propõem refletir sobre a ilegitimidade e a incoerência normativa da lei da anistia brasileira, cuja constitucionalidade, avalizada pelo STF em decisão proferida no julgamento da ADPF 153, causa vergonha ao país perante o mundo democrático, seja pelo falseamento da verdade e pelo apagamento da memória que se tenta impor, seja por sua incompatibilidade com a proteção universal dos direitos humanos.

2 O JULGAMENTO DA LEI DA ANISTIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O golpe articulado a partir de 31.03.1964 e concretizado em 09.04.1964, com a promulgação do AI-1, instaurou no país um período de terror que durou até 1985, quando o regime autoritário, que produziu diversos crimes de lesa-humanidade, foi se enfraquecendo e assim abrindo espaço para que ganhasse força social o retorno da democracia, com discussões sobre a concessão de uma anistia ampla, geral e irrestrita aos presos e exilados políticos opositores do regime, e também pela realização de eleições diretas, movimento que poucos anos depois culminou nas "Diretas Já".

A redemocratização do país começou a tomar fôlego a partir dos debates em torno de um projeto de lei para anistiar aqueles que haviam sido exilados e punidos pela ditadura militar, seja pela participação na luta armada contra o regime de exceção, seja pela insurgência discursiva-argumentativa manifestada através da cultura, das artes, do jornalismo, da academia, da política, dos sindicatos, dentre outros atores da esfera pública da época.

A lei da anistia (Lei nº 6.683/79), promulgada no dia 28.08.1979, pelo último Presidente da ditadura militar, João Baptista Figueiredo, baseada em uma falsa conciliação e em um dissimulado discurso de perdão para um novo recomeçar, acabou por frustrar a justiça de transição no Brasil, pois também concedeu perdão aos agentes de Estado do regime autoritário que praticaram inúmeros crimes contra a humanidade.

Com um tormentoso atraso de vinte e nove anos, o Conselho Federal da OAB ajuizou, em 2008, a ADPF 153, pedindo ao STF que conferisse ao art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/79, interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz dos preceitos fundamentais da ordem constitucional vigente, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não deve ser estendida aos crimes hediondos e comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores do regime militar.

Estão entre os principais fundamentos da OAB: (i) a existência de um déficit de legitimidade democrática da lei, pois votada por 1/3 de senadores "biônicos", e sancionada durante um governo golpista; (ii) a negação do direito à verdade e à memória das vítimas, familiares e da coletividade; (iii) a quebra da igualdade, por ter existido um acordo "por cima" ou uma "autoanistia", através da qual a ditadura livrou os repressores de responderem por seus crimes, ao incluir no § 1º, do art. 1º, da lei o instituto da conexão criminal para crimes de qualquer natureza praticados por agentes do regime, enquanto condenados opositores permaneceram cumprindo suas penas (art. 1º, § 2º, da Lei nº 6.683/79); (iv) e a violação ao princípio da dignidade humana.

Em abril de 2010, o STF julgou, por maioria de sete votos a dois - os ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli não participaram do julgamento -, improcedente a ADPF 153, considerando legítima e recepcionada pela Constituição Federal de 1988 a lei da anistia, em conformidade com o voto do relator, ministro Eros Grau. Até hoje a arguição de descumprimento de preceito fundamental não transitou em julgado, pois ainda pende de julgamento embargos declaratórios opostos pelo Conselho Federal da OAB.

Dos votos vencedores, destacam-se os seguintes fundamentos: (i) que a anistia foi uma "via de mão dupla", dado o contexto histórico e o desejo da sociedade de recomeçar; (ii) que a lei ter sido votada por 1/3 de senadores "biônicos" não a deslegitima, pois muitos desses mesmos legisladores elaboraram a Constituição de 1988; (iii) que os crimes praticados pelos agentes da ditadura já estão prescritos, posto que o Brasil não ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade; (iv) que não cabe ao judiciário rever uma lei-medida de natureza política elaborada para gerar efeitos em um momento específico; (v) que não há impunidade, pois reparações pecuniárias vêm sendo realizadas.

Os votos vencidos, proferidos pelos ministros Ayres Britto e Ricardo Lewandowski, consideraram que a lei da anistia deve ser revista, sustentando: (i) que a anistia não teve caráter amplo, geral e irrestrito, como queria a sociedade; (ii) que a anistia não poderia ter sido estendida aos crimes de tortura e aqueles considerados hediondos, por serem incompatíveis com a ideia de crime político puro ou por conexão; (iii) que a prescrição penal deve ser analisada caso a caso e, além disso, muitos dos desaparecidos nunca foram encontrados, e o crime de sequestro é de natureza permanente; (iv) que segundo as normas de direito internacional ratificadas pelo Brasil, os agentes do Estado não estão automaticamente abrangidos pela Lei 6.683/79.

Em novembro de 2010, sete meses após o julgamento da ADPF 153, no caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia), e mais recentemente, em

março de 2018, no caso Vladimir Herzog, o Estado brasileiro foi responsabilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por sua omissão na investigação, processamento e punição dos agentes da repressão envolvidos nos crimes de lesa-humanidade ocorridos nesses casos. Essas duas decisões demonstraram que o STF optou pela manutenção de um simulacro de justiça de transição, ao considerar recepcionada pela Constituição lei incompatível com os direitos e garantias fundamentais nela expressos e com tratados de direitos humanos vigentes no Brasil.

Essa contradição hermenêutica sobre uma mesma problemática, traz a necessidade de fixar qual interpretação e decisão jurídica é a mais correta: se a do STF, que interpretou a lei de anistia como sendo o resultado de um acordo de reconciliação nacional legítimo, ou se a da CIDH, manifestada nas decisões sobre os casos Gomes Lund e Valdimir Herzog, que reconheceu, em ambos, que o STF não exerceu o devido controle de convencionalidade no julgamento da ADPF 153, desconsiderando obrigações internacionais assumidas pelo Brasil, especialmente as previstas nos arts. 1.1, 2, 4.4., 5.1., 5.2., 7.2., 7.3., 7.5., e 15, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

3 A ILEGITIMIDADE DA LEI DA ANISTIA BRASILEIRA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS

Para a concepção discursiva de Habermas, aplicada ao direito, uma lei só é legítima quando tenha respeitado os procedimentos deliberativos da democracia, especialmente o debate igualitário que saí da esfera pública entre todos os cidadãos e o respeito à autonomia dos participantes (HABERMAS, 2003a, p. 50). Na perspectiva habermasiana, portanto, “a base aceitável de uma lei é a existência de um consenso racional não-coagido entre indivíduos autônomos” (BELLAMY, 2007, p. 126).

Nessa perspectiva, toda ordem jurídica se legitima quando a vida em uma comunidade está orientada por normas positivadas mediante um consenso racional, e quando essas mesmas leis conseguem garantir segurança sobre as expectativas comuns (ROESLER; SENRA, 2012, p. 133). Desse modo, será legítimo o direito que, ao mesmo tempo, for racionalmente acordado por meio de um processo legislativo democrático e consiga garantir que a maioria obedeça às leis, mesmo que isso cause sanções (HABERMAS, 2003a, p. 52). E é essa tensão entre a facticidade/coercitividade e validade/aceitabilidade que direcionam a teoria discursiva do direito a cumprir o papel de integração social (AGUIAR, 2014, p. 10).

O processo legislativo democrático é fundamental na ação comunicativa do direito, e ele exige que todos se reconheçam como autores e não apenas como destinatários das normas jurídicas (HABERMAS, 2003a, p. 52-53). Essa circularidade comunicativa é abordada por Simioni e Bahia, para os quais o processo legislativo vai além de um instrumento de criação de direitos, sendo ao mesmo tempo o reconhecimento, pelos cidadãos, de que são “livres e iguais portadores dos mesmos direitos” (SIMIONI; BAHIA, 2009, p. 67). Assim, para que uma lei ou decisão jurídica seja tida por legítima, ela deve ser precedida do embate entre argumentos favoráveis e contrários, e é esse contraditório que possibilita ao direito uma comunidade com princípíos e valores garantidos pela ordem jurídica. (ROESLER; SENRA, 2012, p. 133).

A decisão proferida na ADPF 153 falha no ideal de legitimidade democrática da lei da anistia, pois desde o início dos debates sobre a lei o regime militar controlou as instituições para assegurar o seu domínio sobre os rumos do processo de transição democrática. Não se ouviu amplos setores da sociedade, apenas aqueles que representavam a elite do corpo social, e ainda assim sob a ameaça do tudo ou nada, e foi exatamente essa ausência de participação de setores fundamentais da sociedade civil no debate que garantiu a impunidade dos funcionários de Estado (MARQUES, 2018, p. 74).

Já em 1978 a sociedade brasileira dava mostras do seu descontentamento com o regime militar, pois na eleição para o Senado daquele ano a ARENA (partido da situação) fez 13,6 milhões de votos, enquanto o MDB (único partido de oposição "controlada") fez 18,5 milhões. Contudo, por conta de um conjunto de decretos-leis outorgados por Ernesto Geisel, estabeleceu-se que um 1/3 dos senadores seriam eleitos indiretamente, o que resultou no número de 41 senadores da ARENA (21 "biônicos"), e 25 do MDB, mesmo a oposição tendo obtido votação superior.

Esse contexto histórico só demonstra que, ao contrário do que fixou o STF, a lei da anistia careceu do aspecto discursivo em sua edição, pois a anistia ampla, geral e irrestrita ansiada pela sociedade tinha por escopo perdoar apenas aqueles engajados na oposição à ditadura, e não incluir os próprios agentes do regime autores de graves crimes (SCHALLENMUELLER, 2012, p. 12). Em verdade, o que houve foi um falacioso discurso de reconciliação nacional conduzido com mãos de ferro pela própria ditadura.

Habermas alerta que quando os envolvidos não são respeitados em sua alteridade ou são excluídos da participação no debate para que seus argumentos e interesses honestamente articulados sejam reprimidos, espera-se, como ocorreu com a lei da anistia brasileira, que tomadas de posição racionalmente motivadas não se façam valer ou sequer sejam exteriorizadas (HABERMAS, 2004, p. 292). Sobre essa aparência de legitimidade da norma surgida em um espaço não democrático, Habermas pondera:

> Com muita frequência o direito confere aparência de legitimidade ao poder ilegítimo. À primeira vista, ele não denota se as realizações de integração jurídica estão apoiadas no assentimento dos cidadãos associados, ou se resultam de mera autoprogramação do Estado e do poder estrutural da sociedade: tampouco revela se elas, apoiadas neste substrato material, produzem por si mesmas a necessária lealdade das massas. (HABERMAS, 2003a, p. 62).

Como se observa, nesse ambiente controlado pelo regime autoritário, não era possível alcançar o que Habermas denomina de espaço ideal de fala,

um local dentro do qual a ação comunicativa pode ser realizada e os agentes ouvintes e falantes podem debater de forma igualitária e autônoma (HABERMAS, 2003b, p. 162).

Se o regime ditatorial chantageou a sociedade para estabelecer um acordo "por cima", inviabilizando qualquer espaço de diálogo, de duas uma, ou o STF reconheceu que o regime golpista foi um Estado Democrático de Direito, com isonômico espaço de fala para os dois lados, ou, em uma hipótese mais crível, preferiu manter a nossa tradição pacificadora, sempre chamada de "um grande acordo nacional", algo próprio da nossa cultura, para fazer de conta que o passado de sangue foi superado, mesmo que para isso tenha reforçado a ideia de naturalização da violência, outro sintoma social do Brasil (STRECK, 2018, p. 153).

Certamente a primeira hipótese, de a ditadura brasileira ter sido um Estado Democrático de Direito, deve ser afastada, pois admitir a prática de tortura, assassinatos, exílios e censuras em nome da manutenção de um regime político desqualifica a própria legitimidade do regime constitucional vigente, que tem como caráter fundante exatamente a ruptura do regime de exceção anterior. Por outro lado, afirmar, como fez o STF, que a anistia dada aos agentes estatais autores de crimes de lesa-humanidade integra, como norma fundadora, o atual ordenamento constitucional, é ignorar o próprio caráter de originalidade de uma nova constituição, como lembra Marques:

> O constitucionalismo é um depósito de experiências, de governos mal sucedidos e despóticos inclusive, mas não é uma coleção de receitas. [...] Ideias constitucionais e constitucionalismo, em todos os tempos, referem-se a abusos de poder porque eles existem na memória coletiva. O texto constitucional, quando existe, pode nos ajudar a reconhecer esses abusos. No caso do Brasil, não parece haver dúvidas quanto à posição do texto constitucional relativamente ao arbítrio estatal anterior. Ao contrário de adotar o discurso do esquecimento e da pacificação, devemos lutar pela desconstrução de uma possível "coisa julgada histórica" instituída pelo julgamento da ADPF 153. (MARQUES, 2018, p. 82-83).

A segunda hipótese, de que o STF optou pura e simplesmente pelo

esquecimento, embora pareça ter sido essa a saída encontrada pela maioria da Corte para não excluir do ordenamento jurídico norma que vigia, até então, por 31 anos, também contém sérios problemas de ordem hermenêutica se a decisão for analisada sob o âmbito da proteção dos direitos humanos, seja pelo ângulo dos crimes contra a humanidade praticados pelos agentes da ditadura, seja pelo olhar do direito à memória e à verdade.

Para Reyes Mate, a diferença entre o esquecimento enquanto desconhecimento do passado e o esquecimento enquanto não dar importância ao passado é que, "no primeiro caso, o esquecimento é ignorância e, no segundo, é injustiça, e não parece que o STF possa ser taxado como ignorante". (MATE, 2011, p. 157). Outrossim, Levi adverte que não parece ser papel de uma Suprema Corte "fazer do vencedor o dono da verdade, deixando-o manipulá-la como bem lhe convier" (LEVI, 2004, p. 11).

A revisão da lei da anistia vai além da luta por esclarecer o passado, ela visa também, como pontua Gagnebin, "transformar o presente" (GAGNEBIN, 2014, p. 255). Não se pode admitir, à luz do direito à verdade, que os "autoproclamados vencedores pareçam trabalhar pelo esquecimento da memória dos vencidos, das vítimas, agindo para controlar a narrativa sobre o período da ditadura civil militar" (MOREIRA; GOMES, 2019, p. 271-272). Nesse ponto, Marques detecta que os votos vencedores na ADPF 153 misturaram as lógicas que presidem as figuras do juiz e do historiador:

> A apropriação da "história" como fator legitimador de uma dada interpretação jurídica foi feita de forma acrítica, na medida em que se operou verdadeiro deslocamento de sentido no argumento histórico: a luta da sociedade civil pela anistia "ampla, geral e irrestrita" não possuiu o mesmo significado da influência dessa demanda social no resultado final da lei de anistia ou mesmo acerca da aprovação da anistia para os agentes estatais que praticaram graves violações de direitos humanos. Por outro lado, a mera existência de uma oposição restrita e limitada, atuando conforme as contingências da época, não pode ser traduzida historicamente como um abrangente acordo social. Essa naturalização do passado não é problematizada por nenhum dos ministros do STF. Se o contexto histórico é tão importante para o exame da ação e da legitimidade ou não da Lei da Anistia, por que não levá-lo a sério?

> Quais os riscos que se mostram, a partir dos usos do passado na ADPF 153, para o juiz e para o historiador? Qual o problema de uma leitura judicial da história? Ou de uma judicialização do passado? (MARQUES, 2018, p. 77).

Marques ainda aponta que a análise do julgamento da ADPF 153 revela que o passado foi apropriado e julgado pelo STF a partir de três premissas: (a) a premissa da compreensão homogênea e a-histórica do processo de transição política; (b) a premissa da compreensão da anistia como estratégia de esquecimento, de impunidade e de cordialidade do povo brasileiro; (c) e a premissa da desqualificação do significado de ruptura da Constituição de 1988 (MARQUES, 2018, p. 80). E o autor segue:

> O que estava em jogo na ADPF 153, em uma camada semântica mais profunda do que a punição criminal dos torturadores, era a (re)escrita da história. O que fica muito claro no julgamento é a assunção da premissa de que "as coisas foram assim"; de que a sociedade civil teve ampla participação na luta por uma "transição pacífica e harmônica", inclusive na própria defesa da "bilateralidade" da anistia. A leitura dos votos dos ministros que adotaram a versão conciliatória da anistia comprova que não foi citado nenhum historiador ou mesmo fontes primárias que fornecessem base para tal compreensão. Ao contrário da interpretação adotada pelo STF, a documentação produzida à época pela sociedade civil e a historiografia sobre o tema apontam para outra direção: o contexto histórico, devidamente observado, mostra a luta por uma anistia como liberdade, como reconhecimento de direitos violados e da possibilidade da crítica política. A verdade histórica construída pelo STF foi feita a partir de um exercício de memória – de uma determinada memória –, sem a devida contextualização e sem base em fontes. [...] Pode-se afirmar que a ADPF 153, a partir da visão da maioria dos ministros do STF, acabou servindo como mais uma etapa de consolidação de uma estratégia do esquecimento iniciada na ditadura militar. Os sentidos de anistia que circularam nos votos dos integrantes do STF foram os de anistia-amnésia ou anistia como "perdão". (MARQUES, 2018, p. 80-81).

Como se nota, a análise dos casos pela jurisdição constitucional não deve ser dissociada das vivências que precedem a Constituição, assim como "a pretensão de eficácia das normas e valores constitucionais não pode ser separada das condições históricas de sua realização" (HESSE, 1991, p. 15). Cabia ao STF reconhecer o caráter heurístico do constitucionalismo e

declarar que a lei da anistia não tem lugar na ordem constitucional vigente, na medida em que não foi debatida em um espaço democrático. Como aponta Mate, é preciso valorizar a memória, pois ela "pode conseguir que, de geração em geração, se mantenha viva a consciência da injustiça passada e, portanto, a necessidade de que se faça justiça." (MATE, 2011, p. 103)

Outro importante elemento a caracterizar o ordenamento jurídico, sob o olhar discursivo, é a coerência normativa, ou seja, as normas produzidas em um ambiente democrático devem ser um conjunto racionalmente orientado para a realização de princípios e valores comuns. Embora a coerência não garanta justiça, "ao menos é uma razão justificadora que leva a um direito 'preferível'" (ROESLER; SENRA, 2012, p. 156). Não por outra razão que o STF também falhou no elemento coerência ao julgar a ADPF 153, pois ao legitimar a extensão da anistia aos agentes do regime ditatorial, a Corte negou aplicação ao princípio nuclear do Estado Democrático de Direito, que é o de promover a proteção aos direitos humanos.

Sob a ótica habermasiana, a justiça, embora mediada pela cultura e pela história, deve remeter sempre ao universal, e isso porque a justiça e a política, embora se comuniquem e contribuam para o desenvolvimento recíproco, são epistemologicamente distintas, pois enquanto a política tem caráter teleológico e trata do alcance do bem comum de uma dada comunidade, a justiça é deontológica e envolve uma consideração universal de todos os povos, e é por essa razão que possui uma dimensão inegociável e cogente. Tem-se como exemplo disso o terror jacobino na França revolucionária e o nazismo alemão, pois ambos, ainda que a princípio apoiados pela maioria, não foram justos. (SCHALLENMUELLER, 2012, p. 14)

Para MacCormick, o Estado Democrático de Direito tem como paradigma uma ordem jurídica vinculada a princípios e valores fundamentais, que são fruto do processo comunicativo dos sujeitos de uma determinada comunidade (MACCORMICK, 2008, p. 2). Dentre esses princípios e valores

fundamentais se destaca, pelo seu caráter universal, a salvaguarda dos direitos humanos, e é por tal razão que um direito positivado que se pretende legítimo não pode infringir os direitos humanos.

Habermas ensina que "o direito de uma comunidade jurídica concreta, normatizado politicamente, tem que estar em sintonia com princípios morais que pretendem validade geral, ultrapassando a própria comunidade jurídica" (HABERMAS, 2003a, p. 350-351), mas por vezes esses valores e princípios gerais de uma comunidade se deparam com uma colisão entre a soberania popular e os direitos humanos, e neste caso a busca pela agregação discursiva de ambos se apresenta como a melhor solução, como ponderam Schneider e Silviero:

> [...] o suposto embate entre direitos humanos e soberania popular, a resolução se dá mediante uma associação interna entre os dois conceitos, de maneira que o papel dos direitos humanos não fica restrito à garantia da ordem, mas vai além, servindo como instrumento fundamental de integração e formação da vontade coletiva dentro do espaço público político. (SCHNEIDER; SILVIERO, 2013, p. 372).

Nessa perspectiva, o direito aplicado pela Suprema Corte brasileira no caso da lei da anistia foi errático ao deixar de firmar compromisso com os direitos humanos, que detêm um núcleo universalista. Como menciona Schallenmeller, o STF aplicou no julgamento da ADPF 153 um direito exclusivamente "à brasileira", pois ao considerar a lei da anistia uma "lei-medida", cuja interpretação deve se dar fora do âmbito do direito internacional por tratar de peculiaridades históricas da experiência particularmente brasileira, a Corte fez ouvidos moucos às razões políticas, culturais e sociais de sua existência (SCHALLENMUELLER, 2012, p. 17).

Toda decisão judicial, para ser coerente, deve se sujeitar ao requisito da universalizabilidade de suas razões. Mesmo diante das especificidades de um caso concreto, a argumentação construída para resolve-lo deve ser testável como uma decisão universal, que pode ter suas razões reproduzidas

em qualquer outro caso análogo. No caso da ADPF 153, a decisão nela proferida não deve ser universalizada para qualquer outro caso similar, sob pena de destruição das bases do Estado Democrático de Direito (ROESLER; SENRA, 2012, p. 158).

Reforçando a ausência de coerência da decisão proferida pelo STF no julgamento da ADPF 153, Roesler e Senra aduzem que ela "foi inadequada do ponto de vista da coerência e, por conseguinte, da impossibilidade de universalização" (ROESLER; SENRA, 2012, p. 159). E mais, o Estado brasileiro, ao referendar um falso acordo e se omitir na possibilidade de punição aos torturadores e assassinos do período de chumbo, destoou dos seus vizinhos sul-americanos que também vivenciaram o terror da ditadura, como destaca Pereira:

> Embora a América Latina ocupe a linha de frente dessa onda de justiça transicional, o Brasil manteve-se relativamente afastado dessa tendência geral. [...] o Brasil distingue-se pelo fato de seu governo ter se dedicado muito pouco para tratar da violência praticada pelo regime militar. Além de tentativas atrasadas e pouco divulgadas de investigar a morte e o desaparecimento de algumas das vítimas do regime militar e de indenizar as famílias, a atitude oficial do governo brasileiro com relação à justiça transicional foi, principalmente, de silêncio e amnésia. (PEREIRA, 2010, p. 25).

O equívoco hermenêutico do STF no julgamento da ADPF 153 fica ainda mais claro quando a lente se volta para os dois julgados proferidos pela CIDH nos casos Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) e Vladimir Herzog. Em ambos, o primeiro julgado no ano de 2010 e o segundo em 2018, o Brasil foi responsabilizado por sua omissão na investigação e punição dos agentes da repressão envolvidos nos crimes de tortura, desaparecimentos forçados e homicídios ocorridos nesses casos, e nas duas condenações houve menção expressa de que as disposições da lei da anistia que impedem a investigação e a punição dos responsáveis por esses crimes são incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Portanto, o STF se mostrou incoerente tanto do ponto de vista do direito interno, ligado aos limites do Estado-Nação, quanto do ponto de vista do direito internacional humanitário, ligado a uma concepção universalista dos direitos humanos. E mais, a incoerência da intepretação dada também está presente diante do contexto global de construção da justiça transicional, pois nunca é demais lembrar que países como Argentina, Uruguai e Chile, que no mesmo período passaram por ditaduras sanguinárias, todas apoiadas pelos EUA, reviram suas anistias e puniram seus torturadores e assassinos, algo que o Brasil, apoiado pelo STF, escolheu não fazer.

A jurisdição constitucional brasileira poderia ter julgado inconstitucional a lei da anistia surgida em um momento não democrático do país, com base na ilegitimidade da lei e na sua incompatibilidade e incoerência com as normas internacionais de direitos humanos abrigadas por nosso ordenamento jurídico, mas não, como o STF preferiu se agarrar a uma conciliação disfarçada, “perdeu uma ótima oportunidade de avançar e de rearticular os direitos humanos como razão de ser do Estado Democrático de Direito” (AGUIAR, 2014, p. 11).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O regime autoritário instaurado oficialmente de 1964 a 1985 fez da lei da anistia, promulgada em 1979, um estratagema para impedir a punição dos agentes de Estado envolvidos em toda espécie de crimes contra a humanidade, e parece ter encontrado no Supremo Tribunal Federal abrigo para permanecer assombrando nossa democracia. Tal temática não tem tido a devida atenção da literatura jurídica, mesmo diante de tantas vozes saudosas do período de chumbo, que hoje sentem-se à vontade para pedir o seu retorno, muitas delas inclusive ocupando altas funções de Estado.

Como aponta Marques, o debate em torno da anistia concedida em 1979 nunca desapareceu da esfera pública brasileira, embora a discussão tenha sido sempre pontual e sempre interditada a favor das Forças Armadas (MARQUES, 2018, p. 71). Já o debate acerca da revisão da Lei nº 6.683/79 e da possibilidade de responsabilização criminal dos agentes de Estado autores de crimes de lesa-humanidade durante a ditadura, embora seja tema de algumas ações ajuizadas pelo Ministério Público Federal no início deste século, encontrou mesmo eco apenas no ano de 2010, com o julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal.

O STF, por uma larga maioria, sem sequer ouvir *amicus curiae* e realizar audiências públicas, como fizera em outros casos de gigantesca repercussão social e constitucional, julgou improcedente a ADPF 153, considerando recepcionada pela ordem constitucional democrática vigente a lei da anistia promulgada durante o regime de exceção, tendo como principal fundamento a existência de um "acordo" que teria atendido as aspirações dos dois lados, o da sociedade civil, encurralada pelas torturas, prisões e mortes, que clamava por democracia, e a dos agentes do regime autoritário, que admitiam a transição desde que fossem esquecidos os crimes de lesa-humanidade praticados por seus criminosos.

Entretanto, ancorado na teoria do agir comunicativo habermasiana, o artigo buscou refletir sobre a ilegitimidade e a não recepcionalidade constitucional da lei da anistia brasileira, norma essa que, embora tenha passado por um processo legislativo formalmente regular, foi promulgada durante um período de exceção, onde direitos e garantias fundamentais típicos da democracia ou eram limitados ou eram completamente negados, e que foi baseada em uma conciliação de fachada, que negou espaço de fala para a sociedade civil fazer prevalecer uma lei que não abrigasse a autoanistia aos golpoistas, autores de inúmeros crimes contra a humanidade.

Além da ilegitimidade da lei da anistia, o artigo debateu, sob o olhar discursivo, a ausência de coerência da decisão proferida pelo STF na ADPF 153, pois ao considerar legítima e de acordo com a Constituição a Lei nº 6.683/79, a Corte, de forma incompatível com o sistema internacional de proteção aos direitos humanos, que já condenou o Brasil por sua omissão na responsabilização dos criminosos de Estado nos casos Gomes Lund e Vladimir Herzog, ignorou que a ordem jurídica vigente está vinculada a princípios e valores universais de proteção aos direitos humanos, que constituem a própria razão de ser e existir do Estado Democrático de Direito.

Para finalizar, a conclusão a que se chega é de que lei da anistia foi uma construção legislativa engendrada pelo regime de exceção, que impôs uma chantagem à sociedade sob o véu de uma falsa conciliação, e que o STF fechou os olhos para isso, contribuindo, assim, para a manutenção de uma democracia de feridas abertas, preferindo se omitir na sua função de exercer o controle de legitimidade democrática e de convencionalidade ao referendar uma lei antidemocrática e ao negar vigência aos tratados sobre direitos humanos aos quais o Estado brasileiro está juridicamente subordinado.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Daiane Moura de. O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e do Caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) versus Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: a Lei de Anistia de 1979 à luz da teoria do agir comunicativo habermasiana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 22, n. 86, p. 401-426, jan./mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 Distrito Federal**. Relator: Ministro Eros Grau, 29 de abril de 2010. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1979. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em: 24 fev. 2022.

BELLAMY, Richard. Constitutionalism and democracy. *In*: BELLAMY, Richard. **Political Constitutionalism**: a Republican defense of the constitutionality of Democracy. Cambridge: Cambrige University Press, 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil**. Rio de Janeiro: CIDH, 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/gomeslund.pdf. Acesso em: 10 fev. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herzog y otros vs. Brasil**. Rio de Janeiro: CIDH, 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_esp.pdf. Acesso em: 10 fev. 2022.

FERREIRA, Rafael Alem Mello; ANTENOR, Marielle Ferreira. A teoria crítica frankfurtiana e o direito brasileiro: um olhar habermasiano. *In*: Seminário Iniciação Científica FDSM, 2018, Pouso Alegre. **Anais** […]. Pouso Alegre: FDSM, 2018. Disponível em: https://www.fdsm.edu.br/arquivos/iniciacao-cientifica/anais-2018/artigos/20.pdf. Acesso em: 12 fev. 2022.

GAGNEBIN, Jean Marie. **Limiar, aura e rememoração**: ensaios sobre Walter Benjamin. São Paulo: Editora 34, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LEVI, Primo. **Os afogados e os sobreviventes**: os delitos, os castigos, as penas, as impunidades. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

LIMA, José Edmilson de Souza; KOSOP, Roberto José Cavaia. Ação comunicativa como paradigma de uma sociedade global inclusiva: o acolhimento de refugiados. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 35, n. 1, p. 59-80, jan./jun. 2018. Disponível em: https://revista.fdsm.edu.br/index.php/revistafdsm/article/view/293. Acesso em: 20 fev. 2022.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Julgar o passado? verdade histórica e verdade judicial na ADPF 153. **Revista Jurídica da UFERSA**, Mossoró, v. 2, n. 3, p. 70-86, jan./jun. 2018. Disponível em: https://doi.org/10.21708/issn2526-9488.v2.n3.p70-86.2018. Acesso em: 29 jan. 2022.

MATE, Reyes. **Meia-noite na história**: comentários às teses de Walter Benjamin sobre o conceito de história. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2011.

MOREIRA, Nelson Camatta; GOMES, Raoni Vieira. O julgamento da ADPF 153 pelo STF à luz da filosofia da memória política: narrar os fatos, juntar os trapos e lembrar para não esquecer. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 119, p. 363-396, jul./dez. 2019, Disponível em: https://periodicos.ufmg.br/index.php/rbep/article/view/17568. Acesso em: 14 fev. 2022.

PEREIRA, Anthony. **Ditadura e repressão**: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

ROESLER, Claudia Rosane; SENRA, Laura Carneiro de Mello. Lei de Anistia e Justiça de Transição: a releitura da ADPF 153 sob o viés argumentativo e principiológico. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, *[S. l.]*, v. 33, n. 64, p. 131-160, 2012. Disponível em: https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p131. Acesso em: 14 fev. 2022.

SCHALLENMUELLER, Christian Jecov. Da relação entre constitucionalismo e democracia: um estudo da decisão do STF sobre a constitucionalidade da anistia brasileira a partir de uma ótica habermasiana da justiça. *In*: Seminário Discente da Pós-Graduação em Ciência Política da USP, 2, 2012. **Anais** […]. São Paulo, USP, 2012. Disponível em https://sdpscp.fflch.usp.br/sites/sdpscp.fflch.usp.br/files/inline-files/73-234-1-PB.pdf. Acesso em: 12 fev. 2022.

SCHNEIDER, Juliana Cordeiro; SILVIERO, Karime Silva. Uma análise habermasiana da proposta de emenda à constituição n. 33. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 29, n. 2, p. 365-388, jul./dez. 2013. Disponível em: https://revista.fdsm.edu.br/index.php/revistafdsm/article/view/514. Acesso em: 26 fev. 2022.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhamann. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, *[S. l.]*, v.

30, n. 59, p. 61-88, 2009. Disponível em: https://doi.org/10.5007/2177-7055.2009v30n59p61. Acesso em: 13 fev. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

UNITED NATIONS. Security Council. **S/2004/616**. Nova Iorque: UN, 2004. Disponível em: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/PCS%20S%202004%20616.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA E LIBERDADE DE CÁTEDRA COMO INSTRUMENTOS DE REALIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

UNIVERSITY AUTONOMY AND ACADEMIC FREEDOM AS INSTRUMENTS FOR THE IMPLEMENTATION OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA Y LA LIBERTAD DE CÁTEDRA COMO INSTRUMENTOS PARA LA CONSECUCIÓN DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Felipe Franz Wienke[1]

Rafaella Fernandes de Mattos[2]

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo a análise do reconhecimento da autonomia universitária e da liberdade de cátedra como instrumentos de realização do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988. Em um primeiro momento, contextualiza os desdobramentos do direito social fundamental à educação para a conceituação e identificação das principais características da liberdade de ensinar sob os aspectos institucional e docente. Posteriormente, propõe o estudo da autonomia universitária e da liberdade de cátedra sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito à luz do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 548 pelo Supremo Tribunal Federal e da Declaração do Parlamento do MERCOSUL. Conclui-se que a garantia da liberdade de ensinar é pressuposto essencial em uma democracia. Utiliza-se pesquisa qualitativa e as técnicas bibliográfica e documental.

Palavras-chave*:* liberdade de ensinar; autonomia universitária; liberdade de cátedra; educação; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul/UFRGS. Professor da Universidade Federal do Rio Grande/FURG. E-mail: felipefw@gmail.com.
2 Advogada. Mestranda em Direito e Justiça Social no PPGDJS/FURG. E-mail: rafaellafernandesm@hotmail.com.

The purpose of this article is to analyze the recognition of university autonomy and academic freedom as instruments for the realization of the Democratic State of Law established by the Federal Constitution of 1988. At first, it contextualizes the developments of the fundamental social right to education for conceptualization and identification of the main characteristics of the freedom to teach under the institutional and teaching aspects. Subsequently, it proposes the study of university autonomy and chair freedom from the perspective of the Democratic State of Law in the light of the judgment of the Action for Non-compliance with Fundamental Precept nº 548 by the Federal Supreme Court and the Declaration of the MERCOSUR Parliament. It is concluded that the guarantee of freedom to teach is an essential assumption in a democracy. Qualitative research and bibliographical and documental techniques are used.

Keywords: freedom to teach; university autonomy; academic freedom; education; Democratic State of Law.

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto analizar el reconocimiento de la autonomía universitaria y la libertad de cátedra como instrumentos para la realización del Estado Democrático de Derecho establecido por la Constitución Federal de 1988. En un primer momento, contextualiza los desarrollos del derecho social fundamental a la educación para conceptualización e identificación de las principales características de la libertad de enseñar bajo los aspectos institucional y docente. Posteriormente, propone el estudio de la autonomía universitaria y la libertad de cátedra en la perspectiva del Estado Democrático de Derecho a la luz de la sentencia de la Acción por Incumplimiento del Precepto Fundamental nº 548 del Supremo Tribunal Federal y la Declaración del Parlamento del MERCOSUR. Se concluye que la garantía de la libertad de enseñar es un presupuesto esencial en una democracia. Se utilizan técnicas de investigación cualitativa y bibliográfica y documental.

Palabras clabe: libertad para enseñar; autonomía universitária; libertad de silla; educación; Estado Democratico de Derecho.

Data de submissão: 15/02/2023

Data de aceite: 25/03/2023

1 INTRODUÇÃO

Entre os direitos fundamentais sociais elencados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 está o direito à educação, garantido de forma ampla e indiscriminada a todos os cidadãos brasileiros. Dele decorrem as liberdades de aprender e de ensinar, exercida a última mediante a autonomia didático-científica das universidades e a livre expressão do pensamento e o pluralismo de ideias dos docentes. Tais garantias encontram limites no próprio texto constitucional e na Lei nº 9.394 de 1996, que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Nesse contexto, o presente estudo constitui uma reflexão acerca do papel essencial da liberdade de ensinar no Estado Democrático de Direito brasileiro e é dividido em dois capítulos. Em um primeiro momento, aborda o tema como um dos desdobramentos do direito à educação, contextualiza os respectivos direcionamentos institucional e docente, identifica as garantias constitucionais a eles inerentes e os limites aos quais podem ser submetidos. Posteriormente, analisa os fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 548 e da repercussão da questão no Parlamento do MERCOSUL.

Para tanto, utilizou-se o método de pesquisa qualitativo e as técnicas bibliográfica e documental. A partir da pesquisa bibliográfica, trabalhos acadêmicos e artigos científicos forneceram os elementos necessários para a elaboração da reflexão acerca do reconhecimento da liberdade de ensinar como um pressuposto essencial à democracia. Por meio da pesquisa documental, a Constituição Federal de 1988 e as leis ordinárias formaram as bases para a interpretação da jurisprudência nacional e do posicionamento do bloco econômico de integração regional acerca da questão.

2 DIREITO À EDUCAÇÃO: GARANTIAS, DESDOBRAMENTOS E LIMITES ATRIBUÍDOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito fundamental à educação está inserido no rol de direitos sociais do art. 6º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Garantida de forma ampla e indiscriminada, a "educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (BRASIL, 1988, art. 205).

Em outras palavras, a educação pode ser entendida como um mecanismo nacional de aperfeiçoamento humano a ser implementado mediante os processos de ensino e de aprendizagem. Segundo a lição de Horácio Rodrigues e Andréa Marocco:

> o texto constitucional demonstra que o poder constituinte estabeleceu a educação não como um fim em si mesmo, mas como um meio para que os cidadãos se desenvolvam como pessoas, exerçam de fato a sua cidadania, bem como qualifiquem-se para o trabalho (RODRIGUES, MAROCCO, 2014, p. 214).

Por seu turno, ao corroborar os fins constitucionalmente estabelecidos, a Lei nº 9.394 de 1996, que define as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, acrescenta os princípios da liberdade e da solidariedade à ideia de educação:

> Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1996).

Como instrumentos de realização da dignidade humana, ambos os princípios são essenciais para a consecução da inclusão social por meio da educação. Para além de inspirações, a Constituição Federal de 1988 elenca os princípios gerais norteadores do ensino:

> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
>
> I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
>
> II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
>
> III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
>
> IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

> V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
>
> VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
>
> VII - garantia de padrão de qualidade.
>
> VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.
>
> IX - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida (BRASIL, 1988).

Não menos importantes, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional impõe ainda a observância: (i) do respeito à liberdade e apreço à tolerância; (ii) da valorização da experiência extra-escolar; (iii) da vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais; (iv) da consideração com a diversidade étnico-racial; e (v) do respeito à diversidade humana, linguística, cultural e identitária das pessoas surdas, surdo-cegas e com deficiência auditiva (BRASIL, 1996).

Diante de uma base principiológica tão extensa, o presente estudo é reservado à análise da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber e do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas. Isso porque decorrem destes princípios relevantes desdobramentos do direito à educação: as liberdades de aprender e de ensinar. Enunciadas constitucionalmente de forma conjunta, ambas as garantias possuem exercícios complementares e constituem limite uma para a outra, devendo assim ser interpretadas.

Em termos práticos, a liberdade de ensinar “manifesta-se no âmbito de um conjunto mais amplo de direitos e garantias, diretrizes e planejamentos, dele recebendo condições objetivas a serem preenchidas no seu exercício” (RODRIGUES; OLIVEIRA, 2019, p. 168). Tais condições apresentam um duplo direcionamento: sob a perspectiva institucional, asseguram a autonomia universitária; e sob a perspectiva docente, garantem a liberdade de cátedra ao pleno exercício da profissão.

Quanto ao viés institucional, as universidades possuem autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, observada a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão (BRASIL,

1988). Reconhecida como núcleo da autonomia didático-científica, a autonomia universitária permite às instituições de ensino a construção de projetos pedagógicos livres, observadas as normas gerais da educação e diretrizes curriculares (RODRIGUES; OLIVEIRA, 2019, p. 164).

Isso significa que as universidades são livres para o exercício das funções que lhes são inerentes, desde que respeitados os limites constitucionais e legais. Ao identificar a autonomia universitária e a liberdade de cátedra como axiomas intimamente imbricados, Saulo Queiroz entende que a Constituição Federal de 1988:

> dá às Universidades e aos respectivos membros de suas comunidades a segurança de que quaisquer investidas que lhes visem tolher a autonomia didático-científica ou a liberdade de cátedra não têm nem terão acolhida no ordenamento jurídico brasileiro (QUEIROZ, 2019).

O direcionamento docente da liberdade de ensinar como desdobramento do direito à educação compreende o conjunto de elementos que permite ao professor o exercício pleno do protagonismo que lhe compete no processo de ensino e aprendizagem. Cláudia Toledo identifica a essência do instituto na relação de reciprocidade desenvolvida entre os educadores, na medida em que educam uns aos outros, e aponta a construção do conhecimento como um objetivo primordial que representa um:

> verdadeiro instrumento de diferenciação da ação humana, pois é por meio dele que se diferencia o ser humano de todas as demais espécies e é utilizando-o desta forma que se vem construindo os destinos da humanidade. Não há mister maior do que o de elaborar o destino próprio e, conduzir este processo se concentra na atividade que se desdobra a partir do exercício da cátedra, a docência, em toda a sua dimensão de liberdade que se perfaz pelo instrumental dos atos de ensinar, de aprender, de pesquisar e de divulgar o conhecimento observando a pluralidade de ideias e das concepções pedagógicas (TOLEDO, 2017, p. 8).

O professor é livre para a manifestação de “suas escolhas acadêmicas, devendo, entretanto, propiciar aos seus alunos o acesso também às demais posições e teorias aceitas pela respectiva área do conhecimento” (RODRIGUES; MAROCCO, 2014, p. 228). No contexto histórico constitucional, a Constituição Federal de 1934 foi precursora ao garantir expressamente a

liberdade de cátedra em seu artigo 155 (BRASIL, 1934). Posteriormente, a Constituição Federal de 1946 a elencou como princípio a ser adotado pela legislação de ensino e estabeleceu requisitos ao respectivo provimento:

> Art 168 - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios:
>
> [...] VI - para o provimento das cátedras, no ensino secundário oficial e no superior oficial ou livre, exigir-se-á concurso de títulos e provas. Aos professores, admitidos por concurso de títulos e provas, será assegurada a vitaliciedade (BRASIL, 1946).

Com o advento da Constituição Federal de 1967, os ideais de liberdade e solidariedade humana foram inseridos no contexto educacional e a liberdade de cátedra foi mantida como princípio da legislação do ensino:

> Art 168 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana.
> [...] § 3º - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas:
>
> [...] VI - é garantida a liberdade de cátedra" (BRASIL, 1967).

Sem previsão expressa no texto constitucional de 1988, a cátedra é um princípio implícito do já mencionado artigo 206. Trata-se de garantia diretamente vinculada à plenitude da liberdade de buscar atividades educacionais, na medida em que evidencia um contexto para o desenvolvimento da ciência a partir de elementos como a pesquisa e a extensão (TOLEDO, 2017, p. 15).

Não obstante, a liberdade de ensinar, como instrumento de realização do direito à educação, não se confunde com as liberdades políticas protegidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Mais do que um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), a liberdade é um direito fundamental garantido de forma irrestrita através da livre expressão do pensamento:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

> IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (BRASIL, 1988).

A distinção entre ambas está no sentido de que a Constituição Federal de 1988:

> garante não a liberdade acadêmica como liberdade de expressão, ampla e irrestrita, mas sim como liberdade de meio, que se apresenta mais como uma liberdade compartilhada do que como uma liberdade puramente individual. [...] É importante deixar claro que a liberdade acadêmica tem seus próprios contornos e contextos, decorrente do fato de ser uma liberdade vinculada a um direito fundamental para o qual serve de instrumento, o direito à educação. Já a liberdade de expressão, assim como a liberdade de consciência (CF, art. 5º, inc. VI), são liberdades políticas amplas e praticamente irrestritas (RODRIGUES; OLIVEIRA, 2019, p. 163-165).

Seja na forma de desdobramento do direito à educação, seja na forma de garantia política, somente a lei pode limitar a liberdade. No caso da autonomia universitária e da liberdade de cátedra, esses limites existem para que os respectivos exercícios não se tornem arbitrários. Segundo Horácio Rodrigues e Amanda Oliveira:

> A liberdade de ensinar expressa no artigo 206 é, de um lado, uma liberdade que divide espaço com a liberdade de aprender dos alunos e, de outro, com as garantias mais amplas de pluralismo de ideias e de abordagens pedagógicas, integrando todas, o direito maior que é o direito à educação (RODRIGUES, OLIVEIRA, 2019, p. 166).

O exercício da docência com pluralismo de concepções pedagógicas precisa permitir ao aluno o acesso ao pluralismo de ideias, sem discriminações ou preconceitos, para que não ultrapasse os limites constitucionais e legais da liberdade de cátedra. Isso porque, a Constituição Federal de 1988 “não protege as manifestações valorativas, ideológicas e religiosas que desrespeitem a liberdade de aprender dos alunos e que não possuam correlação com a matéria ensinada” (RODRIGUES; MAROCCO, 2014, p. 224).

Além de estabelecer limites recíprocos à liberdade de ensinar e à liberdade de aprender do aluno, a Constituição Federal de 1988 condiciona expressamente as instituições de ensino privadas ao cumprimento das normas gerais de educação, bem como à autorização e avaliação de qualidade por parte do Poder Público (BRASIL, 1988). Implicitamente, Horácio Rodrigues e

Andréa Marocco o dispositivo é aplicável a todas as instituições educacionais e garante que:

> cumpridas as normas gerais da educação e as diretrizes curriculares, possam livremente construir seus projetos pedagógicos, estando, entretanto, submetidas a processos avaliativos por parte do poder público. E, neste sentido, também os critérios adotados para aferir a qualidade vinculam tanto as instituições como seus docentes (RODRIGUES; MAROCCO, 2014, p. 220).

Feitas essas considerações, a liberdade de ensinar é um elemento essencial à formação dos indivíduos enquanto cidadãos, à inserção destes na ordem democrática e é um pressuposto à garantia de outros direitos humanos fundamentais. Por conseguinte, o próximo capítulo aborda a autonomia universitária e a liberdade de cátedra como preceitos fundamentais de instrumentalização da realização do Estado Democrático de Direito, passíveis de tutela jurisdicional sempre que ameaçados ou violados.

3 LIBERDADE DE ENSINAR SOB A PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O direito à educação e os respectivos desdobramentos são elementos indispensáveis à inclusão social no Estado Democrático de Direito. Segundo Carlos Castro (2010, p. 437), a preparação educacional dos indivíduos possibilita a formação do pensamento crítico e a participação política necessárias ao pleno exercício da cidadania. Por essa razão, o estabelecimento de práticas pedagógicas livres é o que “se espera de uma constituição quando elenca os fundamentos republicanos sem os quais não se concretiza a máxima do estado democrático de direito” (TOLEDO, 2017, p. 20).

O Estado Democrático de Direito, instituído pelo artigo 1º, da Constituição Federal de 1988, tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político (BRASIL, 1988). Conforme analisado no capítulo anterior, no contexto educacional, um dos instrumentos de realização da dignidade humana

é a liberdade garantida ao processo de ensino e aprendizagem, no qual estão inseridas a autonomia universitária e a liberdade de cátedra.

Os limites constitucionais e legais impostos à liberdade de ensinar fixam "parâmetros mínimos para dar qualidade aos processos educacionais por meio do estabelecimento de mecanismos paradigmáticos para os fins de fiscalização e manutenção de qualidade futura" (TOLEDO, 2017, p. 21). No entanto, quando excedem a estes parâmetros, as limitações à pluralidade de ideias e à livre manifestação do pensamento são ilegítimas e violam a ordem democrática. Logo, devem ser submetidas à apreciação pelo Poder Judiciário.

Contrária às práticas estatais tendentes a dificultar e impedir o exercício das liberdades garantidas às universidades e aos docentes, a Procuradora-Geral da República ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 548 perante o Supremo Tribunal Federal. A ação teve como objetivo evitar e reparar lesões à liberdade de ensinar decorrentes de atos do Poder Público de (a) execução ou autorização de buscas e apreensões; (b) proibição de ingresso e interrupção de aulas, palestras, debates ou atos semelhantes; e (c) inquirição de docentes, discentes e de outros cidadãos localizados nas universidades.

Em violação a preceitos fundamentais, decisões proferidas por juízes eleitorais determinaram a busca e apreensão de materiais de campanha eleitoral nas universidades e nas sedes de associações docentes. Para além da proibição da realização de aulas com temática eleitoral e reuniões políticas nos ambientes universitários físicos e virtuais, foi imposta a interrupção das manifestações públicas relacionadas aos candidatos às eleições de 2018.

Em defesa do Estado Democrático de Direito como uma garantia de toda a nação de respeito às liberdades constitucionalmente previstas, a Ministra Relatora Cármen Lúcia entendeu que:

> contrapor-se ao diferente e à livre manifestação de todas as formas de apreender, aprender e manifestar a sua compreensão de mundo é algemar as liberdades, destruir o direito e exterminar a democracia. [...] Impor-se a unanimidade universitária, impedindo ou dificultando a manifestação plural de pensamentos é trancar a universidade, silenciar o estudante e amordaçar o professor (BRASIL, 2019, p. 8-9).

Mais do que mera concessão estatal, a liberdade de pensamento é uma garantia constitucional fundamental e individual. Por essa razão, é permitida a contraposição a qualquer ato passível de ameaçá-la ou violá-la. À docência, a divulgação de ideias e a exposição de opiniões e ideologias por meios lícitos "é exercício da liberdade, garantia da integridade individual digna e livre, não excesso individual ou voluntarismo sem respaldo fundamentado em lei" (BRASIL, 2019, p. 16).

A livre manifestação do pensamento e o acesso à informação são direitos expressamente assegurados pelos artigos 206 e 207, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). De acordo com a Ministra Cármen Lúcia, é a combinação entre os conteúdos destes dispositivos o que possibilita a instrumentalização da libertação das pessoas por meio do processo de ensino e de aprendizagem (BRASIL, 2019, p. 17).

Ao acompanhar o voto da Relatora, os demais Ministros da Suprema Corte brasileira acrescentaram argumentos importantes. Segundo o Ministro Dias Toffoli, o regime democrático pressupõe:

> um ambiente de livre trânsito de ideias, no qual todos tenham direito a voz. De fato, a democracia somente se firma e progride em um ambiente em que diferentes convicções e visões de mundo possam ser expostas, defendidas e confrontadas umas com as outras, em um debate rico, plural e resolutivo (BRASIL, 2019, p. 36).

A redução da liberdade de expressão e da pluralidade de ideias decorrente de uma forçada adequadação do exercício da liberdade de cátedra e da autonomia universitária pela Justiça Eleitoral é inconstitucional. Para o Ministro Alexandre de Moraes, as decisões dos juízes eleitorais tiveram "a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático" (BRASIL, 2019, p. 40).

Na defesa da autonomia universitária como garantia constitucional máxima que impede a substituição da universidade pelo Estado para a intervenção em debates educacionais, o Ministro Edson Fachin ponderou que:

> Sob a proteção constitucional de liberdade de expressão agiganta-se a percepção que os docentes e discentes são livres para o exercício da cidadania e dos seus direitos políticos – que não se circunscrevem

> ao voto e passam necessariamente pelo debate de ideias, propostas e visões de mundo (BRASIL, 2019, p. 82-83).

Compreendida como um valor primordial do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 preserva a liberdade ao não possibilitar a intervenção estatal no conteúdo ministrado em ambientes universitários. Segundo a Ministra Rosa Weber, "liberdade de ensino, pluralismo de ideias e autonomia didático-científica são condições interdependentes e sem as quais a universidade não tem como se realizar como *locus* social privilegiado da liberdade" (BRASIL, 2019, p. 91).

O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 548 foi encerrado com o voto do Ministro Celso de Mello:

> A preferência do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter consequências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República (BRASIL, 2019, p. 134).

Em resposta à repercussão internacional do caso, o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), bloco econômico de integração regional do qual o Brasil faz parte, defendeu da liberdade de ensinar e repudiou qualquer tentativa de violá-la. Considerando os princípios constitucionais expressos nos incisos II e III do artigo 206 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; constatando que 78% dos docentes das universidades federais brasileiras possuem, pelo menos, um curso de doutorado; e em solidariedade à mobilização acadêmica desencadeada para a defesa da liberdade de cátedra e da autonomia universitária, o Parlamento do MERCOSUL (PARLASUL) declarou ambos os aspectos da liberdade de ensinar como princípios basilares dos estados democráticos (MERCOSUL, 2018, p. 2).

Nesse contexto, oportuna a lição de Paulo Freire acerca importância da consciência de quem ensina a respeito do próprio papel e da impossível

neutralidade da educação para forjar em si um saber que motive e sustente sua luta:

> O que quero dizer é que a educação nem é uma força imbatível a serviço da transformação da sociedade, porque assim eu queria, nem tampouco é a perpetuação do "status quo" porque o dominante o decrete. O educador e a educadora críticos não podem pensar que, a partir do curso que coordenam, ou do seminário que lideram podem transformar o país. Mas podem demonstrar que é possível mudar. E isto reforça nele ou nela a importância de sua tarefa político-pedagógica (FREIRE, 1996, p. 43).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou demonstrar que a liberdade ensinar como um desdobramento constitucional do direito fundamental social à educação é um instrumento para a realização do Estado Democrático de Direito. Sob a perspectiva institucional, garante autonomia universitária para a construção de projetos pedagógicos livres, ainda que submetidos à avaliação do Poder Público. Sob a perspectiva docente, assegura a liberdade de cátedra ao pleno exercício da profissão, observados os limites constitucionais e legais para tanto.

Em harmonia com o direito à livre manifestação do pensamento, a pluralidade de ideias e o direito de dar e de receber informação, a liberdade de ensinar é essencial ao pleno desenvolvimento humano. A primeira parte do artigo foi dedicada à análise das liberdades institucional e docente como garantias constitucionais que se complementam e limitam reciprocamente. Posteriormente, o estudo foi direcionado à perspectiva educacional da realização do Estado Democrático de Direito a partir dos fundamentos utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgamento acerca do tema.

Conclui-se que, como princípio basilar do ordenamento constitucional brasileiro, ao regime democrático nada pode se opor ou sobrepor. No âmbito do ensino superior, a democracia só existe quando as diferentes visões de mundo e os pensamentos críticos podem ser expostos em ambientes universitários autônomos e plurais. Portanto, qualquer ameaça ou limitação

ilegítima às garantias inerentes ao exercício da liberdade de ensinar viola preceitos básicos consagrados na Constituição Federal de 1988 e é passível de correção por meio de tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 2 out. 2022.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 2 out. 2022.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 2 out. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 2 out. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 2 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 548 Distrito Federal**. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Requeridos: Juiz Eleitoral da 17ª Zona Eleitoral de Campina Grande, Juíza Eleitoral da 199ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, Juiz Eleitoral da 18ª Zona Eleitoral de Mato Grosso do Sul e Juíza Eleitoral da 30ª Zona Eleitoral de Belo Horizonte. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Data do julgamento: 22 fev. 2019. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606689&ext=.pdf. Acesso em: 2 out. 2022.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

MERCOSUL. **Declaração n. 13/2018 do Parlamento do Mercosul**. Montevidéu, MERCOSUL, 2018. Disponível em: https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/15087/1/decl-13-2018.pdf. Acesso em: 03 set. 2022.

QUEIROZ, Saulo Pinheiro de. Autonomia universitária e liberdade de cátedra. **Jornal da UFRGS**, Porto Alegre, 11 jan. 2019. Disponível em: https://www.ufrgs.br/jornal/autonomia-universitaria-e-liberdade-de-catedra-2/. Acesso em: 2 out. 2022.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. Liberdade de cátedra e a Constituição Federal de 1988: alcance e limites da autonomia docentes. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz *et al*. **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Fortaleza: Premius, 2014. v. 2.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; OLIVEIRA, Amanda Muniz. A Liberdade Acadêmica no Direito Brasileiro: Fundamentos e Abrangência. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 17, n. 25, maio/ago. 2019. Disponível em: https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2315/826. Acesso em: 2 out. 2022.

TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. Direito à liberdade de cátedra. *In:* SERRANO JÚNIOR, Vidal Nunes; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**: Tomo 2 de Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/direito-a-liberdade-de-catedra_58edb3c1e83a0.pdf. Acesso em: 2 out. 2022.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

A HIPERVULNERABILIDADE DAS MULHERES UCRANIANAS NA BUSCA POR REFÚGIO EM MEIO À PANDEMIA DE COVID-19

THE HYPERVULNERABILITY OF UKRAINIAN WOMEN LOOKING FOR REFUGE IN THE MIDDLE OF THE COVID-19 PANDEMIC

LA HIPERVULNERABILIDAD DE LAS MUJERES UCRANIANAS QUE BUSCAN REFUGIO EN MEDIO DE LA PANDEMIA DE COVID-19

Janice Scheila Kieling[1]

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo examinar a situação de vulnerabilidade das mulheres refugiadas ucranianas em razão do conflito armado em curso na Ucrânia e da pandemia de Covid-19. Para tanto, cabe abordar o surgimento do Direito Internacional Humanitário e a proteção da pessoa humana em tempos de guerra. Também é importante destacar a importância do princípio da cooperação internacional na acolhida dos refugiados nos países de destino, bem como a proteção jurídica dada ao migrante e refugiado e as consequências da Covid-19 nas populações em deslocamento forçado. Explorou-se, ainda, a situação de hipervulnerabilidade das mulheres, que além das dificuldades inerentes ao gênero, estão expostas aos perigos da guerra e da pandemia. Considerando-se que o trabalho é de natureza bibliográfica, a abordagem foi feita através do método dedutivo, concluindo-se pela necessidade de amparo dos países de acolhida às mulheres refugiadas, com medidas assistenciais e financeiras, com a facilitação do acesso aos serviços essenciais de saúde, além da necessidade do auxílio dos organismos internacionais.

Palavras-Chave: direitos das minorias; direito internacional humanitário; grupos vulneráveis; migração; mulher refugiada; covid-19.

ABSTRACT

The presente study aims to examine the situation of vulnerability of Ukrainian refugee women due to the ongoing armed conflict in Ukraine and the Covid-19 pandemic. So,

[1] Pós-graduanda em Advocacia na Fazenda Pública pela Faculdade Legale. Pós-graduada em Direitos Humanos pela Faculdade de Ciências e Tecnologias de Campos Gerais (FACICA), em Direito Constitucional e em Direito da Seguridade Social – Previdenciário e Prática Previdenciária pela Faculdade Legale. Bacharel em Direito pela URI - Campus Santo Ângelo. Advogada. E-mail: janicekieling1@gmail.com.

it is necessary talk about the origin of International Humanitarian Law and the protection of the human person in times of war. It is also important to highlight the importance of the principle of international cooperation in the reception of refugees in destination countries, as well as the legal protection given to migrants and refugees and the consequences of Covid-19 on populations in forced displacement. It also explored the situation of hypervulnerability of women, who, in addition to the difficulties inherent to their gender, are exposed to the dangers of war and the pandemic. Considering that the work is bibliographic in nature, the method of approach used was the deductive method, concluding, in the end, by the the need for support from the host countries to refugee women, with assistance and financial measures, with the facilitation of access essential health services, in addition to the need for assistance from international organizations.

Key-Words: minority rights; international humanitarian law; vulnerable groups; migration; refugee woman; covid-19.

RESUMEN

El presente estudio tiene como objetivo examinar la situación vulnerable de las mujeres refugiadas ucranianas debido al conflicto armado en curso en Ucrania y la pandemia de Covid-19. De tal manera, es necesario abordar el surgimiento del Derecho Internacional Humanitario y la protección de la persona humana en tiempos de guerra. También es importante resaltar la importancia del principio de cooperación internacional en la acogida de personas refugiadas en los países de destino, así como la protección jurídica que se brinda a la persona migrante y refugiada y las consecuencias del Covid-19 en las poblaciones en desplazamiento forzado. También se exploró la situación de hipervulnerabilidad de las mujeres, quienes, además de las dificultades inherentes a su género, están expuestas a los peligros de la guerra y la pandemia. Considerando que el trabajo es de carácter bibliográfico, el abordaje se hizo a través del método deductivo, concluyendo, al final, por la necesidad de apoyo en los países que acogen a mujeres refugiadas, con medidas asistenciales y financieras, con la facilitación del acceso a servicios esenciales de salud, además de la necesidad de asistencia de organismos internacionales.

Palabras clabe: derechos de las minorías; derecho internacional humanitario; grupos vulnerables; migración; mujer refugiada; covid-19.

Data de submissão: 19/02/2023
Data de aceite: 20/04/2023

1 INTRODUÇÃO

A migração é um fenômeno que sempre existiu, desde os primórdios da humanidade. Entretanto, os índices de mobilidade crescem cada vez mais, seja em decorrência de guerras, como o conflito que assola o povo ucraniano, seja na busca de proteção e melhores condições de vida, em razão dos problemas geopolíticos e da desigualdade latente que ocorre em vários países. Não obstante as dificuldades comumente enfrentadas pelos migrantes em razão da vulnerabilidade inerente à sua condição, a pandemia de Covid-19 afetou de maneira avassaladora o campo da saúde, da economia, das relações sociais, das fronteiras e, em maior extensão, a vida das mulheres migrantes e refugiadas, que se tornaram ainda mais vulneráveis. O processo de feminização das migrações já era verificado antes da pandemia, a partir do aumento no quantitativo das mulheres migrantes, da mudança no perfil de quem migra e por que migra e da maior visibilidade do universo feminino no âmbito migratório, observado na busca por postos de trabalho, educação e assistência familiar. Tal fato atesta a realidade de que as mulheres migrantes vivem em uma situação de hipervulnerabilidade: estando inseridas tanto no grupo vulnerável dos migrantes quanto das mulheres.

Se a pandemia, por si só, já causou inúmeras consequências e dificuldades às mulheres migrantes, a sua ocorrência somada à devastação e luta pela sobrevivência decorrente da Guerra na Ucrânia elevaram sobremaneira a vulnerabilidade deste grupo. Desde o início do conflito armado, milhões de pessoas, a maioria mulheres (em razão da lei marcial que exigiu que os homens permanecessem no país), deixaram a Ucrânia em busca de refúgio em outros países, na esperança de encontrar abrigo, segurança e uma nova vida.

A partir desse panorama, busca-se estudar a hipervulnerabilidade das mulheres ucranianas expostas aos perigos do deslocamento forçado e do contágio por Covid-19. Ademais, a problematização está atrelada a saber se o arcabouço de normas do direito internacional e pátrio, além do dever de solidariedade entre os países, está conseguindo atuar na salvaguarda dos direitos e da vida dessas

mulheres ou se são necessárias outras medidas e políticas públicas a serem adotadas pelos países de acolhida, mormente o Brasil. Também é importante registrar como ocorreu o surgimento do direito humanitário e a sua importância na proteção da pessoa humana, bem como no que consiste o princípio da cooperação internacional, além de demonstrar como os países acolheram as refugiadas.

Para tanto, a presente pesquisa foi desenvolvida através do método hipotético-dedutivo e de pesquisas bibliográficas, o que compreende uma valorosa fonte investigatória. Além disso, foram feitas buscas em artigos e tratados internacionais.

2 O SURGIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E A PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA

A proteção do direito é indispensável para que se garanta a convivência humana, pois onde há seres humanos, há sociedade e onde há sociedade, devem existir normas que regulem a convivência entre seus integrantes ("ubi societas, ibi jus") (PORTELA, 2022, p. 45). Assim, o Estado, por meio de um longo processo histórico, foi tomando para si a função de "restabelecer a ordem jurídica quando violada, ou mesmo de preservá-la, se apenas ameaçada de violação, ou simplesmente de integrá-la" (CALMON DE PASSOS, 1957 *apud* BRAGA, 2017, p. 20). Verifica-se, portanto, que o direito acompanha a sociedade e suas mudanças ao longo da história, passando a regular as novas relações e necessidades humanas.

Tradicionalmente, as normas de Direito Internacional Público concentravam-se em limitar as competências dos Estados soberanos e das organizações internacionais, disciplinando temas como soberania, fronteiras e comércio entre as nações. Com a evolução da sociedade e o decorrer dos tempos, tornou-se imprescindível a adoção de regramentos internacionais capazes de tutelar a pessoa humana, maior destinatária das normas jurídicas (PORTELA, 2022, p. 41-48).

Não obstante a vedação de determinadas hostilidades e do uso de algumas armas desde a Antiguidade, como no Código de Manu, que proibia ataques a pessoas desarmadas, moradias e plantações, a comunidade internacional passou a preocupar-se com a imposição de limites normativos às guerras somente a partir do século XIX (PORTELA, 2022, p. 1249). Em meio à escalada da violência e da destruição ocasionada pelo progresso tecnológico e armamentista, fruto da Revolução Industrial, começaram a ser difundidas as ideias humanistas defendidas pelo Iluminismo.

Diante desse contexto foi publicada a obra "Uma lembrança de Solferino", em 1862, escrita pelo suíço Henri Dunant, relatando as atrocidades cometidas na Batalha de Solferino durante a guerra de unificação da Itália (em 1859). No livro, também havia relatos sobre a organização dos serviços de pronto-socorro para os soldados feridos dos exércitos austríacos e franco-piemonteses, bem como aspirações sobre a criação de normas internacionais aptas a proteger as pessoas durante conflitos armados (COMPARATO, 2015, p. 186).

Com inspiração nas ideias de Dunant, surgiram o Comitê Internacional e Permanente de Socorros dos Feridos Militares (posteriormente conhecido como Cruz Vermelha), em 1863, e a Convenção assinada em Genebra, em 22 de agosto de 1864 (Convenção para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha), primeiro tratado preocupado em reduzir o impacto das guerras sobre a vida humana (PORTELA, 2022, p. 1250). Afinal, era necessário regular de alguma maneira o campo de batalhas e todo o seu entorno, pois em uma guerra ambos os lados tendem a guiar-se pela irracionalidade, muitas vezes utilizando técnicas bárbaras e sangrentas, violando qualquer espécie de espírito humanitário.

Assim, a Convenção de Genebra de 1864 inaugurou o Direito Internacional Humanitário, que consiste no "conjunto das leis e costumes da guerra, visando minorar o sofrimento de soldados doentes e feridos, bem como de populações civis atingidas por um conflito bélico"[2] (COMPARATO, 2015, p. 185). Trata-se do ponto de

[2] Em outras palavras, pode ser conceituado como "a reunião de postulados, normas e condutas, jurídicas ou não, empreendidas pelos seres humanos buscando a diminuição dos danos provocados

partida da comunidade internacional na direção da proteção da dignidade humana, a partir da regulamentação da condução dos conflitos armados, com o intuito de limitar seus efeitos deletérios a partir de medidas que evitem ou cessem todas as violações (DEL'OLMO, 2004, p. 285-286).

> A razão do Direito Internacional Humanitário é tentar fazer ouvir a voz da razão e da lei naquelas situações em que as armas a possam calar, lembrando que um ser humano, inclusive inimigo, continua sendo uma pessoa digna de respeito e de proteção (SWINARSKI, 1990 *apud* DEL'OLMO, 2004, p. 283).

No início do século XX, após o fim da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), a Conferência de Paz de Paris, em 1919, impôs uma série de tratados de paz, com destaque para o Tratado de Versalhes, o qual concebeu a Liga das Nações, com sede em Genebra (Suíça), que visava garantir uma paz duradoura e o funcionamento de um sistema mundial (PORTELA, 2022, p. 841). Porém, referidos anseios não perduraram. O Tratado de Versalhes trouxe um sentimento de amargura ao povo alemão, consequência das penalidades[3] impostas pela derrota na guerra, realidade que eclodiu os movimentos nacionalistas, especialmente os nazistas. De tal sorte, a Segunda Guerra Mundial pode ser considerada, em parte, como uma continuação da luta pelo poder que não foi resolvida na Primeira Guerra Mundial (RUBINSTEIN, 2014. p. 7).

Somente após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e toda a destruição causada pelo nazismo, a discussão a respeito dos direitos humanos e sua universalidade passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo todos os povos (BOBBIO, 1992, p. 49). Em razão disso, foram assinados os quatro principais tratados de Direito Humanitário, conhecidos como 'Convenções de Genebra de 1949'.

---

pela guerra" (DEL'OLMO, 2008, p. 285-286).

[3] O Tratado de Versalhes previa que a Alemanha perderia um sétimo do seu território e um décimo de sua população. Além disso, seria desarmada, não poderia fabricar material militar, não teria marinha de guerra, e arcaria com o pagamento de reparações por destruição de bens nacionais e privados e de pensões a aposentados, viúvas, órfãos e mutilados. (ARRUDA, 1977, p. 273-280).

O Direito Internacional Humanitário foi pioneiro na imposição de limites aos Estados no plano internacional e na inclusão do indivíduo como sujeito de direito internacional, ainda que em tempos de Guerra. Por isso, é um dos ramos mais tradicionais do Direito Internacional, correspondendo a uma das três vertentes[4] da proteção internacional da pessoa humana: os direitos humanos, o direito humanitário e o direito dos refugiados (JUBILUT *et al.*, 2019, p. 12-13).[5] De fato, a proteção da pessoa humana é o eixo central, como se observa do artigo 3º, que está presente nas quatro Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário e consagrou direitos humanos básicos (itens a, b, c, d), aplicáveis tanto por ocasião de conflitos armados quanto em épocas de paz (TRINDADE; PEYTRIGNET; SANTIAGO, 2004).

> ARTIGO 3º
> No caso de conflito armado de caráter não internacional ocorrido no território de uma das Altas Partes Contratantes, cada Parte em conflito deverá aplicar, no mínimo, as seguintes disposições:
>
> (1) As pessoas que não parte ativa nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que depuseram as armas e os colocados fora de combate por doença, ferimentos, detenção ou qualquer outra causa, serão em todas as circunstâncias tratados com humanidade, sem qualquer distinção adversa fundada sobre raça, cor, religião ou fé, sexo, nascimento ou riqueza, ou qualquer outro critério similar.
>
> Para este fim, são e permanecerão proibidos os seguintes atos em qualquer momento e em qualquer lugar em relação às pessoas acima mencionadas:

[4] A visão compartimentalizada das três vertentes da proteção internacional da pessoa humana sempre foi muito criticada, visto que, na realidade, elas se complementariam. Nesse sentido, tanto a doutrina quanto a prática contemporânea admitem a aplicação concomitante de normas de proteção do direito internacional dos direitos humanos, do direito internacional dos refugiados e do direito internacional humanitário (TRINDADE; PEYTRIGNET; SANTIAGO, 2004).

[5] A maior distinção entre as vertentes de proteção está "no âmbito pessoal de aplicação – a *legitimatio ad causam* – porquanto o direito internacional dos direitos humanos tem reconhecido o direito de petição individual (titularidade dos indivíduos), o qual não encontra paralelo no direito internacional humanitário nem no direito internacional dos refugiados. Mas isto não exclui a possibilidade, já concretizada na prática, da aplicação simultânea das três vertentes de proteção, ou de duas delas, precisamente porque são essencialmente complementares. E, ainda mais, se deixam guiar por uma identidade de propósito básico: a proteção da pessoa humana em todas e quaisquer circunstâncias. A prática internacional encontra-se repleta de casos de operação simultânea ou concomitante de órgãos que pertencem aos três sistemas de proteção" (TRINDADE; PEYTRIGNET; SANTIAGO, 2004).

> (a) violência contra a vida e a pessoa, em particular assassinato de todos os tipos, mutilação, tratamento cruel e tortura;
> (b) tomada de reféns;
> (c) ultrajes à dignidade pessoal, em particular tratamento humilhante e degradante;
> d) a prolação de sentenças e a execução de execuções sem prévia sentença proferida por tribunal regularmente constituído, com todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.
>
> (2) Os feridos e doentes devem ser recolhidos e tratados.
> Um órgão humanitário imparcial, como o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, pode oferecer seus serviços às Partes em conflito.
> As Partes em conflito devem esforçar-se ainda para pôr em vigor, por meio de acordos especiais, todas ou parte das outras disposições da presente Convenção.
> A aplicação das disposições anteriores não afetará a situação jurídica das Partes em conflito (THE GENEVA..., 2014).[6]

A propósito, há uma dualidade de objetivos que permeia o Direito Internacional Humanitário: o *jus ad bellum* (normas que determinam as hipóteses em que é permitido o uso da força no cenário internacional) e o *jus in bello* (regras sobre as condutas durante os conflitos, que determinam a separação entre combatentes e não-combatentes – a população civil). As Convenções de Genebra de 1949 deram início ao *jus in bello*, cujo espectro de proteção alcança, em especial, as pessoas que não participam das hostilidades (civis e profissionais que prestam ajuda humanitária) e aquelas que deixaram de participar, como soldados feridos ou enfermos e prisioneiros de guerra (JUBILUT *et al.*, 2019, p. 12-13).

> O direito da guerra e da paz, cuja sistematização foi feita originalmente por Hugo Grócio em sua obra seminal no início do século XVII (*Ius Belli ac Pacis*), passou, desde então, a bipartir-se em direito preventivo da guerra (*ius ad bellum*) e direito da situação ou estado de guerra (*ius in bello*), destinado a regular as ações das potências combatentes (COMPARATO, 2015, p. 185).

As Convenções de Genebra destacam que mesmo durante conflitos armados, que envolvam poucos ou todos os países, as pessoas que combatem devem agir dentro de certos limites e que a dignidade humana deve ser sempre respeitada.

[6] Tradução livre do original disponível em: https://www.icrc.org/en/document/geneva-conventions-1949-additional-protocols.

Portanto, todos os Estados Partes nas Convenções de Genebra devem assegurar o respeito do direito humanitário, incluindo sua dimensão preventiva, através de medidas como a adoção de leis, instruções e regulamentação interna, inclusive no que diz respeito ao acolhimento de refugiados, reforçando a complementaridade das três vertentes de proteção da pessoa humana (TRINDADE; PEYTRIGNET; SANTIAGO, 2004).

3 A MIGRAÇÃO E AS DIFICULDADES APRESENTADAS PELA PANDEMIA DE COVID-19

A existência de direitos humanos e o ato de migrar estão intimamente relacionados, uma vez que "o movimento constante e inelutável de unificação da humanidade atravessa toda a História e corresponde, até certo ponto, ao próprio sentido da evolução vital" (COMPARATO, 2015, p. 50). Desde os períodos mais remotos os povos se deslocavam pelos mais variados motivos: fugir de guerras, fome e escravidão; buscar terras para agricultura e pecuária; colonizar regiões.

Até meados do século XIX, a maioria dos países não adotava diferenças entre os direitos dos nacionais e dos estrangeiros, sendo plenamente possível a livre circulação entre os países. Isso não significa, porém, que não existiam perseguições, penas de exílio e problemas como a fome, que forçavam as pessoas a se deslocarem (JUBILUT; APOLINÁRIO, 2010). A Segunda Guerra Mundial, por sua vez, concebeu um enorme fluxo de pessoas deslocadas e apátridas, as quais ficaram sem condições de retornar ao seu local de origem, tendo sido consideradas como refugiadas. Além disso, o nazismo infligiu uma política de supressão da nacionalidade alemã aos grupos minoritários, sobretudo aos judeus, excluindo estas pessoas de qualquer espécie de proteção jurídica (COMPARATO, 2015, p. 245).

Diante de tal problemática, a sociedade internacional iniciou um processo de constituição de uma ordem internacional respeitadora da dignidade humana, buscando conferir proteção inclusive aos refugiados e aos apátridas. Para tanto, a

Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) estabeleceu o direito de migrar em sentido amplo, ao dispor que todo homem possui o direito de deixar qualquer país, até mesmo o próprio, e a este regressar (art. 13.2). Por conseguinte, houve o estabelecimento do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e a adoção de tratados sobre o *status* de refugiado: a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 (CHIARETTI; SEVERO, 2018, p. 16.).

É importante assinalar que a ordem internacional dedicou especial atenção ao refúgio, instituindo o princípio do *non refoulement*, que protege o solicitante de refúgio enquanto estiver aguardando a decisão, não podendo ser entregue a um Estado em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas[7] (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU, 1951).

A propósito, a partir da previsão constante da Convenção de 1951 (art. 1º, §1º, "c") e seu Protocolo de 1967 (art. 1º, §2º), o refugiado pode ser conceituado como a pessoa que:

> temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

No âmbito doméstico, a Convenção foi promulgada através do Decreto n.º 50.215, de 1961, cuja redação foi alterada pelo Decreto n.º 98.602, de 1989. Em seguida, foi editado o Estatuto dos Refugiados (Lei n.º 9474/1997), que ampliou o conceito de refugiado, alinhado aos termos da Declaração de Cartagena, de 1984, estendendo a proteção aos apátridas e às hipóteses em que a vida, a segurança ou a liberdade da pessoa estejam sendo ameaçadas por "grave e generalizada violação de direitos humanos". Além disso, criou o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), órgão responsável pela recepção dos pedidos de refúgio.

[7] Conforme o artigo 33.1 da Convenção de 1951.

Sucessivamente, considerando a existência de situações de vulnerabilidade de migrantes que não estavam protegidas pelo ordenamento jurídico vigente, foi editada a Lei de Migração (Lei n.º 13.445/2017). Dentre outras hipóteses de amparo, a lei prevê o visto de acolhida humanitária, no artigo 14, § 3º, que pode ser concedido a pessoas oriundas de países com "grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses". De acordo com o artigo 14, inciso I, alínea "c", a acolhida humanitária será efetivada através da concessão de um visto temporário.[8]

Cumpre ressaltar que todo refugiado pode ser considerado um migrante, mas nem todo migrante é, de fato, um refugiado (JUBILUT; LOPES, 2018, p. 420.). Enquanto o refugiado passa por uma migração forçada, não restando alternativa a não ser deixar o país de origem ou de residência habitual, o migrante – em linhas gerais – implementa uma migração voluntária, na qual a decisão de migrar é tomada livremente pelo indivíduo (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU, 2016).

A Guerra na Ucrânia eclodiu na vigência da pandemia de 'Covid-19'[9], transformando milhões de cidadãos ucranianos em refugiados (migrantes forçados), causando um êxodo de uma magnitude que não era vista na Europa desde a Segunda Guerra Mundial. Além de todas as dificuldades que migrantes e refugiados enfrentam a partir do momento que deixam seus países, como fome, frio, insegurança, violência, xenofobia, a pandemia de Covid-19 agregou mais um fator de risco à vida dessas pessoas.

[8] Por sinal, "a grande maioria dos haitianos que estão no Brasil em busca de uma melhor qualidade de vida recebeu do Estado brasileiro um visto humanitário ou um visto provisório de trabalho (situações que não podem ser confundidas com o instituto do refúgio)" (HEEMANN; PAIVA, 2020, p. 250).

[9] A Covid-19 é causada por um coronavírus (SARS-CoV-2) comum em muitas espécies de animais e que foi transmitido para humanos, cujos primeiros casos foram identificados na cidade de Wuhan, na China (em dezembro de 2019). Em 30 de janeiro de 2020, foi reconhecida a Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional que evoluiu para a condição de pandemia em razão do contágio em escala mundial, declarada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em 11 de março de 2020 (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE - OPAS, 2020).

Em relação aos países diretamente envolvidos na Guerra da Ucrânia e a sua situação pandêmica quando eclodiu o conflito, salienta-se que, na Ucrânia, foram registrados 4,8 milhões de casos de Covid-19 e 105 mil mortes desde o início da pandemia, enquanto na Rússia são mais de 16 milhões de casos e 350 mil de mortes, dados que destacam o tamanho do problema enfrentado pelos refugiados ucranianos (BUSS; FREIRE; ALCÁZAR, 2022).

Com a declaração da situação de pandemia, medidas de isolamento, confinamento e quarentena para a contenção do vírus foram tomadas pelos países, inclusive com o fechamento das fronteiras e a restrição de viagens. Inicialmente, todas as modalidades de deslocamentos foram interrompidas, desde fluxos migratórios internacionais até aqueles que envolvem mobilidade estudantil e de turismo (BAENINGER; FERNANDES, 2020).

Ademais, os migrantes e refugiados são os primeiros a sofrerem os impactos da pandemia, principalmente em razão da precariedade da situação econômica em que se encontram quando estão no processo de deslocamento e regularização no país de destino. A pandemia dificultou o acesso aos serviços públicos de saúde e à remessa internacional de valores aos familiares nos países de origem; causou a interrupção das atividades laborais e a necessidade de auxílio financeiro por parte dos Estados para a subsistência (BAENINGER; VEDOVATO; NANDY, 2020).

Alguns países, como é o caso do Brasil, implantaram programas de auxílio financeiro tanto para nacionais como para refugiados e migrantes em situação de vulnerabilidade. A Lei n.º 13.982/2020, promulgada em 2 de abril de 2020, alterou a Lei n. 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), fixando parâmetros para a caracterização da situação de vulnerabilidade social e medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento pandemia, entre elas a concessão do Auxílio Emergencial.[10]

[10] Ressalte-se que, no Brasil, o processo de interiorização de migrantes oriundos da Venezuelana continuou a ocorrer durante as medidas de isolamento social decorrentes da pandemia, sendo que 11.599 migrantes saíram de Boa Vista-Roraima em direção a outros municípios brasileiros entre janeiro e julho de 2020 (BAENINGER; VEDOVATO; NANDY, 2020).

> Entre os aspectos que concernem à agenda migratória durante a pandemia da Covid-19 na União Europeia, alguns exemplos nacionais merecem destaque, como Portugal, Itália, França e Hungria, que adotaram mecanismos diferentes. Enquanto Portugal e França implementaram, respectivamente, políticas de regularização de imigrantes – para permitir o acesso aos serviços de saúde – e modelos de distanciamento social por bandeiras, Itália e Hungria vislumbraram uma agenda mais punitiva a imigrantes e estrangeiros, com expulsões, deportações e suspensão de autorizações de residência, respectivamente (BRIGIDO; UEBEL, 2020).

Embora existissem muitas restrições à mobilidade internacional, a maioria dos países adotou medidas que estenderam o atendimento dos serviços de saúde aos não nacionais, aliadas ao auxílio prestado pelas organizações internacionais, como o ACNUR (BRIGIDO; UEBEL, 2020).

4 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E O DEVER DE SOLIDARIEDADE NA ACOLHIDA DOS REFUGIADOS UCRANIANOS

A Declaração de 1948, pedra angular de todo o sistema de Direitos Humanos, alicerçada na dignidade da pessoa humana, revela-se um marco na regulação de conflitos entre países e nas relações dos países com as pessoas, sejam nacionais ou não. As diretivas definidas nesse documento e nos seguintes, não só delinearam o comportamento dos países na esfera internacional como orientaram a produção de legislações internas convergentes com o novo modelo de proteção à pessoa humana (JUBILUT; LOPES, 2018, p. 14).

Isso comprova que os compromissos internacionais assumidos podem transformar as agendas internas dos países, alinhando todas as ordens jurídicas nacionais à prevalência dos direitos humanos em relação a valores tradicionais, como a soberania nacional e a não intervenção em assuntos internos (JUBILUT, 2008). Diante da globalização e dos contornos da geopolítica, verifica-se que os países que não seguem padrões rígidos de cumprimento dos pactos de direitos humanos, selados pela cláusula *pacta sunt servanda* ou pelo princípio da

obrigatoriedade, sofrem as consequências do isolacionismo, que prejudica tanto os governos quanto os cidadãos.

> Decerto que a formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos se beneficiou de fatores como: a relativa uniformização dos sistemas políticos no mundo, nos moldes do Estado Democrático de Direito, ocorrida após o fim da Guerra Fria; e a crescente convergência internacional ao redor da ideia de que os direitos humanos consistem em verdadeiros "padrões jurídicos mínimos", com os quais devem se conformar os povos que queiram participar do concerto das "nações civilizadas" (PORTELA, 2022, p. 1055).

Com efeito, problemas locais passam a ser problemas globais e vice-versa. O tecido social é cada vez mais interconectado, aproximando-se do conceito kantiano de Cosmópolis, no sentido de que os problemas sociais do espaço local repercutem na ordem global, ensejando soluções alinhadas aos compromissos internacionais (BOBBIO, 1992, p. 138-139).

Sob essa ótica, nenhum país pode ficar alheio aos problemas que envolvem os demais, pois deve preponderar o dever de solidariedade, fruto do princípio da cooperação internacional. Referido princípio sintetiza a visão moderna do Direito Internacional, que busca tutelar questões cuja importância transcende as fronteiras estatais, deixando de lado a função de "meramente regular o convívio entre os Estados, com vistas a manter o status quo internacional, para servir também como meio para que estes alcançassem objetivos comuns" (PORTELA, 2022, p. 54).

A partir da consolidação da cooperação internacional como um dos propósitos e princípios do Direito Internacional, previsto nos artigos 1 e 2 da Carta das Nações Unidas (Carta da ONU), os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário passaram a ser de responsabilidade de todas as nações, que devem atuar de forma cooperativa na manutenção da paz e na satisfação dos interesses comuns entre os Estados (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU, 1945). De tal modo, os Estados perceberam que determinadas situações ultrapassam as fronteiras da soberania nacional e precisam da cooperação para que se alcance uma solução, visto que os desdobramentos podem afetar todo o mundo,

como é o caso das questões que envolvem o meio ambiente, os direitos humanos, os migrantes e refugiados e os conflitos armados (PORTELA, 2022, p. 54).

> A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a adoção da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013, p. 122).

A cooperação internacional é indissociável das três vertentes de proteção da pessoa humana, merecendo especial atenção quando se fala em direito humanitário e direito dos refugiados, porque uma das piores consequências de um conflito armado é o inevitável contingente de deslocados forçados. Famílias inteiras são obrigadas a deixar suas casas em busca de sobrevivência e abrigo em outros países. Em meio ao caos, os países possuem o dever de solidariedade, visando a acolhida e proteção dos refugiados.

Infelizmente, a comunidade internacional vivenciou um momento delicado, que exigiu a cooperação de todos os países, pois ainda lidava com os problemas da pandemia de Covid-19 quando eclodiu a 'Guerra da Ucrânia'[11]. Deveras, é no curso de pandemias e de guerras que verificamos como a cooperação internacional é vital para a sobrevivência dos povos. Nesse sentido, "o Direito Internacional Público cumpre duas funções básicas: reduzir a anarquia por meio de normas de conduta que permitam o estabelecimento de relações ordenadas entre os Estados soberanos e satisfazer as necessidades e interesses dos membros da comunidade internacional" (AMARAL JÚNIOR, 2012 *apud* PORTELA, 2022, p. 48).

Em que pese a pandemia aparentemente tenha sido controlada com o advento das vacinas e a ampla adesão dos países à vacinação, o conflito armado na

[11] Após anos de animosidades e disputas por territórios, em 24 de fevereiro de 2022, o Presidente da Rússia, Vladimir Putin, ordenou o que chamou de "operação militar especial", enviando tropas armadas ao território da Ucrânia, instruindo o seu Exército (com aproximadamente 150 mil soldados) a avançar sobre as cidades ucranianas, iniciando a Guerra na Ucrânia (QUAL..., 2022).

Ucrânia, que iniciou em 26 de fevereiro de 2022 (com os ataques das tropas russas), ainda está em curso. De acordo com dados da Organização Internacional para as Migrações (OIM) e do ACNUR, mais de 6,9 milhões de pessoas estão deslocadas internamente e mais de 7 milhões fugiram da Ucrânia buscando refúgio em outros países. Além disso, estimativas apontam que cerca de 5.700 civis morreram e 8.200 ficaram feridos. Em suma, é imensurável o número de famílias que foram destruídas, casas e construções que viraram escombros e serviços essenciais descontinuados (DECLARAÇÃO..., 2022).

Diante desse cenário devastador, verifica-se a atuação cooperativa dos países na acolhida dos refugiados ucranianos, recebidos primeiramente nos países fronteiriços – Polônia, Romênia, Eslováquia, Hungria e Moldávia – sendo que, em seguida, uma parcela opta por deslocar-se para os 27 países membros da União Europeia ou para o Brasil, Estados Unidos, Canadá, Emirados Árabes Unidos, Reino Unido e Austrália. Entre as medidas adotadas pela União Europeia em prol dos refugiados ucranianos estão a concessão do direito de permanecer e trabalhar em seus países-membros por até três anos, assistência social, atendimento médico, acesso à moradia e matrícula em escolas (QUAL..., 2022).

O quadro a seguir demonstra aproximadamente o número de refugiados que foram acolhidos pelos países até março de 2022, percentuais que tendem a aumentar conforme o conflito armado persiste.

Figura 1 – O gráfico demonstra os principais países de destino dos refugiados ucranianos.

Fonte: PODER 360, 2022.

No Brasil, até 18 de março de 2022, foram acolhidos 894 deslocados forçados oriundos da Ucrânia. Nesse sentido, foi editada a Portaria Interministerial MJSP/MRE nº 28, de 03/03/2022, com vigência até 31/08/2022, posteriormente substituída pela Portaria Interministerial MJSP/MRE nº 30, de 25/08/2022, com vigência até 03/03/2023, autorizando a acolhida humanitária dos ucranianos e apátridas deslocados em razão do conflito armado na Ucrânia, através da concessão de visto temporário (com validade de cento e oitenta dias) e de autorização de residência (pelo período de dois anos).

Não obstante os esforços da comunidade internacional, no ponto central do conflito estão as mulheres e meninas refugiadas, que representam aproximadamente 90% (noventa por cento) dos deslocados forçados. Além de enfrentar riscos relacionados ao gênero, como tráfico humano e violência sexual, existe uma grande dificuldade no acesso a serviços essenciais, como a prestação de atendimento básico de saúde, imprescindível em tempos de pandemia, e no ingresso, regularização e permanência nos países de acolhida (MULHERES..., 2022).

5 A MULHER REFUGIADA E SUA CONDIÇÃO DE HIPERVULNERABILIDADE NO CENÁRIO DE GUERRA DURANTE UMA PANDEMIA

A posição de vulnerabilidade da mulher remonta ao início da civilização, sendo identificada a partir de sua exclusão dos registros históricos ao longo das décadas, pois permanecia limitada ao ambiente doméstico e não era vista como construtora da história. Esta invisibilidade da mulher na História é consequência da própria crença na sua insignificância e do afastamento da vida pública da sociedade, "o único [espaço] que, por muito tempo, merecia interesse e relato" (PERROT, 2007 *apud* WEIZENMANN; SANTOS; MÜHLEN, 2017, p. 16).

> Ao homem cabe o espaço público e à mulher, o espaço privado, nos limites da família e do lar. As mulheres recebem educação diferenciada, pois necessitam ser mais controladas, mais limitadas em suas aspirações e desejos. Isso enseja a formação de dois mundos: um, de dominação, externo, produtor; outro, de submissão, interno e reprodutor. A essa distinção estão associados os papéis ideais de homens e mulheres: ele provendo a família e ela cuidando do lar, cada um desempenhando a sua função. (DIAS, 2004, p. 44).

A questão do gênero em si é uma vulnerabilidade enfrentada pelas mulheres, "seja por sua condição biológica, seja por seu papel social e familiar, ou ainda por questões relacionadas à cultura ou religião, que lhes impedem de fugir do agressor ou defender-se devidamente" (JUBILUT *et al.*, 2019, p. 261).

Nos processos migratórios como um todo, a mulher sofre uma dupla vulnerabilidade: pela condição intrínseca de gênero (gerando violência física, psicológica, sexual) e pelas dificuldades enfrentadas no percurso, em especial as necessidades biológicas específicas (maternidade, menor resistência física) e o risco permanente do tráfico de mulheres e crianças (BAENINGER; VEDOVATO; NANDY, 2020). Em um cenário de guerra, ao enfrentar uma dupla emergência humanitária (decorrente da pandemia de Covid-19 e do conflito armado na Ucrânia) e tornar-se refugiada, a mulher se torna hipervulnerável.

As mulheres sofrem com as mesmas ações violentas infligidas aos homens (tortura, escravidão, exploração, morte, mutilação), entretanto, ainda são vítimas de práticas específicas relacionadas ao gênero, principalmente através da violência sexual (JUBILUT *et al.*, 2019, p. 259-260). Essa situação de hipervulnerabilidade exige a salvaguarda do Estado. No entanto, a proteção das mulheres em conflitos armados concretizou-se apenas com o advento da IV Convenção de Genebra, que proibiu o estupro e a prostituição forçada (artigo 27). Já o Protocolo Adicional I (1979), reconheceu a necessidade de proteção especial para mulheres e crianças (THE GENEVA..., 2014).

Especificamente em relação às migrantes e refugiadas ucranianas, a pandemia causada pela Covid-19 agravou as vulnerabilidades já existentes, revelando um regime de vulnerabilidades sobrepostas, mormente em razão do maior controle nas fronteiras e as restrições de livre circulação. Ademais, “as populações imigrantes se encontram em maior risco de virem a sofrer de doenças mentais, especialmente, depressão, esquizofrenia e stress pós-traumático, como resultado de diversos fatores de stress presentes ao longo do processo migratório” (ROCHA; GAMA, 2012 *apud* BAENINGER; VEDOVATO; NANDY, 2020).

Muitas mulheres refugiadas e seus filhos ainda não tinham finalizado ou sequer iniciado o esquema vacinal contra a Covid-19, razão pela qual esta foi uma das primeiras medidas tomadas nos países de destino. Inclusive, os países fronteiriços e aqueles que acolheram as refugiadas, juntamente às organizações internacionais, além de alimentação e alojamentos, destinaram centros de recepção prestando diversos serviços, entre eles exames de saúde; atividades de recreação para as crianças; assistência jurídica, psicológica e atenção especial à violência de gênero, medidas de suma importância, pois “nesse processo de fuga, essas mulheres perdem a identidade, é uma migração forçada. Elas não escolheram estar ali nem se submeter a uma situação tão degradante de frio, fome e falta de dinheiro” (BONFIM, 2022).

A ajuda psicológica mostra-se essencial, tendo em vista os traumas de guerra, consequência dos sons de explosões e das imagens de destruição e morte que ecoam na cabeça das refugiadas. Além disso, as famílias foram separadas em decorrência da lei marcial, que proibiu a saída dos homens, recaindo exclusivamente sobre as mulheres a carga de manter a segurança e subsistência própria e dos filhos (DUNMORE; ODOBESCU, 2022).

Aliás, diante de uma eventual proteção insuficiente por parte dos Estados, são os atores não-estatais que prestam apoio às refugiadas em diversos setores, tanto no tocante às necessidades básicas de saúde, alimentação, abrigo, quanto em questões de educação, telecomunicações, trabalho e logística de deslocamento. Na mesma direção, o ACNUR possui um programa de assistência financeira que visa ajudar refugiados a cobrir suas necessidades mais urgentes e imediatas até que encontrem trabalho ou recebam apoio social do governo local. Este benefício também ajuda a movimentar a economia local com a compra de mantimentos e até mesmo o pagamento de aluguel (SIEGFRIED, 2022).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entender a condição jurídica de hipervulnerabilidade das mulheres refugiadas, em especial das ucranianas, é essencial para a concretização dos direitos a elas inerentes através do desenvolvimento de políticas de acolhimento e de acesso aos serviços essenciais de saúde, alimentação, segurança, educação, entre outros, principalmente diante do contexto problemático da pandemia de Covid-19 e da Guerra da Ucrânia.

Indiscutivelmente, a existência de guerras é frequente na história humana. As barbáries que ocorriam na antiguidade em meio a um cenário sem qualquer restrição jurídica e ausência total de proteção das populações civis envolvidas, levaram ao surgimento do Direito Internacional Humanitário, cujo cerne, atualmente, é a

proteção da pessoa humana, em especial dos civis que são vítimas da guerra e das equipes que prestam ajuda humanitária.

Nesse panorama, aliado ao Direito Internacional Humanitário está o Direito dos Refugiados, que trouxe na Convenção de 1951 todo um arcabouço de normas jurídicas destinadas a proteger os deslocados forçados, determinando que os países têm a obrigação de acolher os refugiados e prestar toda a assistência de que necessitarem. Nesse sentido, o princípio da cooperação internacional traz o dever de solidariedade entre os países, que felizmente foi colocado em prática no acolhimento dos refugiados ucranianos, em sua maioria mulheres e meninas.

Não bastassem todas as dificuldades que os migrantes e refugiados normalmente enfrentam, a pandemia de Covid-19 agravou a situação de vulnerabilidade, exigindo ações dos Estados para que as necessidades básicas e o acesso à saúde fossem atendidos. Dentre essas medidas, pode ser destacado o Auxílio Emergencial no Brasil, que ajudou no sustento das famílias dos migrantes e refugiados durante o período de pandemia.

Ainda dentro do contexto da pandemia, a eclosão da Guerra da Ucrânia deixou as mulheres ucranianas em uma situação de hipervulnerabilidade, pois além das dificuldades inerentes ao gênero e dos problemas causados pela pandemia, ficaram expostas aos perigos de um conflito armado.

Com efeito, a situação de hipervulnerabilidade das mulheres refugiadas ucranianas precisa da salvaguarda do ordenamento jurídico e de toda a comunidade internacional, com políticas públicas adequadas a serem desenvolvidas pelos países de acolhida. Conforme se verificou no presente estudo, muitas medidas já foram implementadas, porém, mesmo com a pandemia controlada, o conflito armado ainda está em curso, e novas ondas de refugiadas estão deixando a Ucrânia. O momento exige que a cooperação internacional permaneça viva e que o sentimento de empatia e solidariedade não dê espaço a uma fadiga por compaixão ("compassion fatigue").

REFERÊNCIAS

ARRUDA, José Jobson de Andrade. **História moderna e contemporânea**. 7. ed. São Paulo: Ática, 1977.

BAENINGER, Rosana; FERNANDES, Duval (coord.). **Impactos da pandemia de Covid-19 nas migrações internacionais no Brasil**. Campinas: Núcleo de Estudos de População "Elza Berquó" – Nepo/Unicamp, 2020. Disponível em: https://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/livros/impactos_pandemia/COVID%20NAS%20MIGRA%C3%87%C3%95ES%20INTERNACIONAIS.pdf. Acesso em: 08 jun. 2022.

BAENINGER, Rosana; VEDOVATO, Luís Renato; NANDY, Shailen (coord.). **Migrações internacionais e a pandemia de Covid-19.** Campinas: Núcleo de Estudos de População "Elza Berquó" – Nepo/Unicamp, 2020. Disponível em: https://www.nepo.unicamp.br/publicacao/migracoes-internacionais-e-a-pandemia-covid-19/. Acesso em: 08 jun. 2022.

BRAGA, Paula Sarno. Processo Civil. **Teoria Geral do processo civil**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRIGIDO, Eveline V.; UEBEL, Roberto R. G. Efeitos da pandemia da COVID-19 nas migrações internacionais para o Mercosul e a União Europeia: aspectos normativos e cenários políticos. **Boletim de Economia e Política Internacional**, Brasília, DF, n. 27, p. 37-53, maio/ago. 2020. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10334/1/bepi_27_efeitos.pdf. Acesso em: 06 set. 2022.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONFIM, Denise. Por que mulheres estão entre grupos mais vulneráveis na guerra. **Portal IG**, 09 mar. 2022. Disponível em: https://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2022-03-09/por-que-mulheres-vulneraveis-guerra-refugiadas.html. Acesso em: 30 maio 2022.

BUSS, Paulo M.; FREIRE, Ana Helena; ALCÁZAR, Santiago. A guerra na Ucrânia, as outras e a saúde global. **Le Monde Diplomatique Brasil**, São Paulo, 15 mar. 2022. Disponível em: https://diplomatique.org.br/a-guerra-na-ucrania-as-outras-e-a-saude-global/. Acesso em: 30 maio 2022.

CHIARETTI, Daniel; SEVERO, Fabiana Galera. **Comentários ao Estatuto dos Refugiados**. Belo Horizonte: Ed. CEI, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DECLARAÇÃO do Diretor-Geral da OIM após encontro com Presidente Zelenskyy e visita à Ucrânia. **OIM-Brasil**, 14 set. 2022. Disponível em: https://brazil.iom.int/pt-br/news/declaracao-do-diretor-geral-da-oim-apos-encontro-com-presidente-zelenskyy-e-visita-ucrania. Acesso em: 20 set. 2022.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de direito internacional público**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre justiça e os crimes contra as mulheres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DUNMORE, Charlie; ODOBESCU, Irina. Refugiados ucranianos são recebidos calorosamente na Moldávia. **Agência da ONU para refugiados**, Chisnau, 27 maio 2022. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/2022/05/27/refugiados-ucranianos-sao-recebidos-calorosamente-na-moldavia/. Acesso em: 18 set. 2022.

HEEMANN, Thimotie Aragon; PAIVA, Caio. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 3. ed. Belo Horizonte: Ed. CEI, 2020.

JUBILUT, Liana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 11, p. 275-294, jan./jun. 2010. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24228/22991. Acesso em: 13 ago. 2021.

JUBILUT, Liliana Lyra; LOPES, Rachel de Oliveira (org.). **Direitos humanos e vulnerabilidade e a Declaração universal dos direitos humanos**. Santos: Ed. Universitária Leopoldianum, 2018.

JUBILUT, Liliana Lyra *et al*. (org.). **Direitos Humanos e vulnerabilidade e o direito humanitário**. Boa Vista: Ed. UFRR, 2019.

JUBILUT, Liliana Lyra. O estabelecimento de uma ordem social mais justa a partir dos Direitos Humanos: Novos paradigmas e novos sujeitos. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, ed. esp., 2008. Disponível em: https://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/e2ea23b5bd71479b3d1ea5abb83d1831.pdf. Acesso em: 13 ago. 2021.

MULHERES e meninas formam 90% dos deslocados pela guerra na Ucrânia. **ONU News**, 1 abr. 2022. Disponível em: https://news.un.org/pt/story/2022/04/1784862. Acesso em: 30 maio 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Carta das Nações Unidas**. Rio de Janeiro: UNIC, 1945. Disponível em: https://brasil.un.org/sites/default/files/2022-05/Carta-ONU.pdf. Acesso em: 06 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 28 de julho de 1951. **Série Tratados da ONU**, n. 2545, v. 189, p. 137, 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 28 ago. 2022.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE - OPAS. **Folha informativa COVID-19 - Escritório da OPAS e da OMS no Brasil**. Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://www.paho.org/pt/covid19. Acesso em: 10 set. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PODER 360. **Refugiados da Ucrânia na Europa já são mais de 1 mi, diz ONU**. Poder 360, 04 mar. 2022. Disponível em: https://www.poder360.com.br/europa-em-guerra/refugiados-da-ucrania-na-europa-ja-sao-mais-de-1-mi-diz-onu/. Acesso em: 30 jun. 2022.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 14. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

QUAL o destino dos milhões de refugiados ucranianos. **BBC News Brasil**, 08 abr. 2022. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-61021779. Acesso em: 15 set. 2022.

“REFUGIADOS” e “Migrantes”: perguntas frequentes. **Agência da ONU para refugiados**, 22 mar. 2016. Disponível em: http://www.acnur.org/portugues/2016/03/22/refugiados-e-migrantes-perguntas-frequentes/. Acesso em: 13 maio 2021.

RUBINSTEIN, William D. **Genocide**: A History. Reino Unido: Taylor & Francis, 2014.

SIEGFRIED, Kristy. Apoio financeiro ampara refugiados da Ucrânia na Polônia. **Agência da ONU para refugiados**, 05 abr. 2022. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/2022/04/05/apoio-financeiro-oferece-amparo-a-refugiados-da-ucrania-na-polonia/#:~:text=O%20programa%20de%20assist

%C3%AAncia%20financeira,trabalho%20ou%20receber%20apoio%20social. Acesso em: 18 set. 2022.

THE GENEVA Conventions of 1949 and their Addtional Protocols. **International Committee of the Red Cross**, 01 jan. 2014. Disponível em: https://www.icrc.org/en/document/geneva-conventions-1949-additional-protocols. Acesso em 26 ago. 2022.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEYTRIGNET, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana**: direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados. [*S.l.*]: CICV, 2004. Disponível em: https://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/direitos-da-pessoa-humana.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

WEIZENMANN, Tiago; SANTOS, Rodrigo Luis dos; MÜHLEN, Caroline von (org.). **Migrações históricas e recentes**. Lajeado: Ed. da Univates, 2017.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

MÍNIMO EXISTENCIAL E ACESSO À JUSTIÇA: A PROPOSTA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E A CONSTRUÇÃO DO PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA

EXISTENTIAL MINIMUM AND ACCESS TO JUSTICE: THE PROPOSAL OF INSTITUTIONAL DIALOGUES AND THE CONSTRUCTION OF THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE ROLE

MÍNIMO VITAL Y ACCESO A LA JUSTICIA: LA PROPUESTA DE LOS DIÁLOGOS INSTITUCIONALES Y LA CONSTRUCCIÓN DEL PAPEL DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA

Gustavo Carlos Couto Knopp[1]

RESUMO

O estudo se dedica a avaliar a relação entre o mínimo existencial e o acesso à justiça, bem como a investigar as possíveis medidas que envolvem o tema da justiciabilidade do direito ao mínimo existencial. Explora, também, as potencialidades das práticas dialógicas incorporadas a processos judiciais como alternativas construtivas para a concretização de direitos sociais. Nesse teor, expõe o papel da Defensoria Pública enquanto veículo de atestação da gramática dos direitos humanos em ações individuais e coletivas, e como ferramenta necessária na expansão do acesso à justiça de grupos vulneráveis, a fim de concretizar a garantia do mínimo existencial no campo das práticas dialógicas, e o princípio democrático. Para tanto, utiliza, essencialmente, o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, com revisão de doutrina nacional e estrangeira. Em remate, propõe que, quando os temas a serem decididos trouxerem repercussões nos direitos de pessoas vulneráveis, há que se ouvir o que a Defensoria Pública tem a dizer.

Palavras-chave*:* Defensoria Pública; mínimo existencial; acesso à justiça; diálogos institucionais; direitos fundamentais sociais.

ABSTRACT

The study aims to evaluate the connection between the existential minimum and access to justice, as well as to investigate possible measures related to the issue of adjudication of the right to the existential minimum. It also explores the potential of dialogical practices incorporated into judicial processes as constructive alternatives for the realization of social rights. In this content, the article exposes the role of the Public Defender's Office as a vehicle for affirming the grammar of human rights in individual and collective actions, as well as a necessary tool in expanding access to justice for vulnerable groups, in order to

[1] Defensor Público; Defensoria Pública do Rio Grande do Sul; gustavo-knopp@defensoria.rs.def.br.

ensure the guarantee of the existential minimum in the field of dialogical practices, and well as the democratic principle. For this, it essentially uses the deductive method of approach and the technique of bibliographical research, with a review of national and foreign doctrine. In conclusion, it proposes that, when the issues to be decided bring repercussions on the rights of vulnerable people, it is necessary to hear what the Public Defender has to say.

Keywords: Public Defender's Office; existential minimum; access to justice; institutional dialogues; social fundamental rights.

RESUMEN

El estudio tiene como objetivo evaluar la relación entre el mínimo vital y el acceso a la justicia, así como investigar posibles medidas relacionadas con el tema de la justiciabilidad del derecho al mínimo vital. También explora el potencial de las prácticas dialógicas incorporadas en los procedimientos judiciales como alternativa para la realización de los derechos sociales. En este sentido, expone el papel de la Defensoría Pública como vehículo para afirmar la gramática de los derechos humanos en acciones individuales y colectivas, así como herramienta necesaria para ampliar el acceso a la justicia de grupos vulnerables, a fin de garantizar el derecho al mínimo vital en las prácticas dialógicas, y el principio democrático. Para ello, utiliza esencialmente el método deductivo de abordaje y la técnica de investigación bibliográfica, con revisión de doctrina nacional y extranjera. Para concluir, propone que, cuando las cuestiones a decidir traigan repercusiones sobre los derechos de personas vulnerables, es necesario oír lo que la Defensoría Pública tiene para decir.

Palabras clave*:* Defensoría Pública; mínimo vital; acceso a la justicia; diálogos institucionales; derechos fundamentales sociales.

Data de submissão: 16/02/2023
Data de aceite: 11/04/2023

1 INTRODUÇÃO

O estudo se dedica a avaliar a relação entre o mínimo existencial e o acesso à justiça, bem como a investigar as possíveis medidas (judiciais ou extrajudiciais) que envolvem o tema da justiciabilidade do direito ao mínimo existencial. Seguindo tal percurso, avaliam-se as potencialidades das práticas dialógicas incorporadas a processos judiciais como alternativas para a concretização de direitos sociais e o papel da Defensoria Pública na expansão do acesso à justiça dos grupos vulneráveis.

Para realizar tais tarefas, será necessário explorar a noção de mínimo existencial e sua relação com o princípio da dignidade humana, bem como as interlocuções de ambas as noções com os direitos fundamentais sociais. Procura-se delimitar algumas potencialidades do alcance da garantia do mínimo existencial, abordando as alternativas teóricas da doutrina nacional (Sarlet, Barcellos e Sarmento) e estrangeira (Rawls, Walzer e Alexy).

A adjudicação de direitos vinculados ao mínimo existencial e ao núcleo essencial dos direitos sociais, como é de se pressupor, está longe de se tratar de um tema simples. Os óbices que se apresentam não são apenas de ordem hermenêutica, como também de ordem fática, econômica e orçamentária. O enfrentamento de tais questões leva à necessária consideração do papel constitucional de cada um dos poderes constituídos, bem como das técnicas mais adequadas para garantir uma maior efetividade aos direitos fundamentais.

Ao tratar sobre técnicas para a declaração e materialização de direitos, o estudo expõe a teoria dos diálogos institucionais como alternativa de atuação apta a promover uma abertura democrática e instaurar atividades coordenadas entre poderes e instituições na concretização dos direitos a prestações. A construção teórica da noção do mínimo existencial ficaria esvaziada sem a garantia do acesso à justiça. O estudo, dessarte, objetiva situar o papel constitucional da Defensoria Pública na garantia do acesso à justiça e na seara dos diálogos institucionais.

Partindo da crítica doutrinária ao défice de representatividade nos arranjos institucionais latino-americanos, o trabalho explora a função da Defensoria Pública enquanto instituição destinada a abrandar esse insulamento argumentativo e vocacionada a potencializar o alcance de grupos vulneráveis, a fim de que suas vozes sejam ecoadas nos debates com expressão constitucional, visando a um amplo acesso à justiça e à ordem jurídica justa.

2 O CONTEÚDO E A EFICÁCIA DO DIREITO ÀS CONDIÇÕES BÁSICAS PARA UMA VIDA DIGNA E SAUDÁVEL – O MÍNIMO EXISTENCIAL

Hoje parece basilar a lição de que o Estado não possui um fim em si

mesmo; o ser humano, sim. Todo o Direito e a esfera de normatividade não podem ser compreendidos ou justificados sem que se tenha em conta o ser humano como seu destinatário, com a proteção de seus direitos e a atenção às suas responsabilidades enquanto componente de uma comunidade – ele "é o destinatário final tanto da mais prosaica quanto da mais elevada norma jurídica" (ANDRADE, 2003).

A toda comunidade jurídica subjaz uma determinada ética comunitária, que conduz aos valores por ela partilhados – àquilo que julga como "bom", "recomendável" ou "devido" – em um certo recorte espaço-temporal. As escolhas éticas são dotadas de um caráter de historicidade, motivo pelo qual os antecedentes históricos e o modo como eles se inscrevem no registro simbólico da comunidade desempenham um papel importante no que se entende como "bom" ou "devido" – embora nem toda ética se baseie na noção de "dever" (HOOFT, 2013). A história institucional e a moralidade dão ensejo ao surgimento de novos direitos políticos na sociedade (DWORKIN, 1993).

Tal explicação preliminar é necessária para posicionar o papel da noção de dignidade humana após o fim da Segunda Guerra Mundial, em especial porque a proteção ao *mínimo existencial* constitui uma decorrência da adoção da dignidade como fundamento do ordenamento. A superação do paradigma do legalismo estrito não teve como agente principal uma "sobreposição teórica" das doutrinas filosóficas que a ele se contrapunham nas primeiras décadas do século passado. Foi a experiência histórica, com a ascensão de regimes totalitários que tiveram suas práticas desumanas albergadas pelo ordenamento interno, que tornou evidente a necessidade de que se tivesse cautela ao tomar-se o sistema jurídico por um prisma estritamente legalista.

A conjuntura histórica mundial ocasionou, em países com propósitos democráticos, um movimento político-jurídico que deu ensejo à inscrição de valores éticos em textos constitucionais, a fim de colocar em manifesto o compromisso com a preservação de uma ordem pluralista e democrática, que tenha por fim a proteção das pessoas e o desenvolvimento de sua personalidade, e não apenas a manutenção de uma estrutura estatal de poder. Paralelamente, no plano do Direito Internacional, em especial após a criação

da Organização das Nações Unidas, passaram a ser editadas declarações e pactos destinados à proteção dos direitos humanos e à defesa da dignidade humana. O contexto nos conduz à filosofia de Immanuel Kant, que tanto idealizou a criação de uma organização tal como a ONU (KANT, 2018) como lançou as bases de fundamentação racional para a noção de dignidade humana (KANT, 2013), apartando-a de seu sentido originário, marcadamente hierárquico, presente na Roma antiga (FRIAS; LOPES, 2015).

Kant (2013) argumenta que, no sistema da natureza originário, o homem, avaliado como mero *animal rationale*, somente teria um valor relativo e externo de utilidade por sua diferenciação dos outros animais. No entanto, quando considerado como *pessoa* (*homo noumenon*), como sujeito de uma razão prático-moral, eleva-se acima de qualquer preço e necessita ser avaliado não meramente como meio para outros fins, e nem mesmo para os seus próprios fins, mas como fim em si mesmo. Possui a *dignidade* como *valor interno absoluto*, constrangendo os outros seres racionais a terem *respeito* por ele e podendo medir-se e avaliar-se em pé de *igualdade* com qualquer outro dessa espécie. Para tanto, deve considerar-se como uma pessoa que tem para consigo deveres impostos pela sua própria razão.

Sem prejuízo das relevantes críticas ao modelo excessivamente racionalista da ética do dever kantiana (HOOFT, 2013), é inegável a utilidade prática do conceito filosófico da dignidade humana, em especial quando visto sob a ótica da ciência jurídica. Em nosso contexto republicano, a *dignidade* encontra-se no agir eivado de *responsabilidade* e de *solidariedade* "para consigo, para com o *outro* e para com o mundo"; algo que "se autorrealiza na *liberdade* e se correaliza na *solidariedade*", tornando o mundo-da-vida mais aprazível para si, para o *outro* e para as gerações futuras (MASSAÚ, 2011).

Barroso (2013) propõe que, no discurso internacional, a dignidade humana possuiria um *conteúdo mínimo* de três elementos: (i) o *valor intrínseco* como elemento ontológico ou fundamental, correspondendo ao (i.1) postulado antiutilitarista, segundo o qual a pessoa é fim em si mesma, e não meio para realização de metas coletivas e projetos de outros indivíduos; e ao (i.2) postulado antiautoritário, que dita que é o Estado que existe para o indivíduo, e

não o indivíduo que existe para o Estado; (ii) a *autonomia individual* como elemento ético, consistente na possibilidade de buscar a sua própria maneira de viver e aquilo que se entende por uma vida boa, compreendendo a definição das regras que vão reger sua vida (autodeterminação); (iii) o *valor comunitário* como elemento social, indicando a possibilidade de limitação da autonomia por restrições impostas em nome de valores ou interesses sociais, ou seja, restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de bem-estar coletivo e de vida boa, que devem ser justificadas sobre as bases de um *consenso sobreposto*, conforme proposto por Rawls, que identifica as ideias básicas de justiça capazes de serem compartilhadas por defensores de diferentes doutrinas abrangentes. Barroso (2013) pontua que a autonomia está associada a um conjunto de direitos relacionados com o constitucionalismo democrático, tais como a garantia de liberdades básicas (autonomia privada) e à participação política (autonomia pública) defendidas por Habermas (1997), bem como ao conceito de mínimo existencial, ou o direito básico às provisões necessárias para que se viva dignamente.

A ideia de garantia de um mínimo existencial parece ser um ponto de encontro entre doutrinas jusfilosóficas/hermenêuticas de diferentes tradições e pode ser razoavelmente inferido, nesse sentido, das lições de John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy (BARCELLOS, 2017)[2]. Em *Uma Teoria da Justiça*, Rawls baseia-se em uma concepção da natureza do homem individualista e liberal para formular uma nova proposta contratualista, segundo a qual propõe que imaginemos um estágio preliminar hipotético no qual os homens teriam de formar um consenso sobre princípios básicos de funcionamento da sociedade e de distribuição de bens, tudo isso sem que saibam, de antemão, quais posições sociais ocuparão ou quais serão seus projetos de vida individual, condição essa designada como véu da ignorância (*veil of ignorance*). O autor defende que isso garantiria uma espécie de ajuste apto a proporcionar uma inviolabilidade pessoal mínima que franqueie o livre

[2] A chave de compreensão para a exposição das teorias de Rawls, Walzer e Alexy neste trabalho segue o mesmo percurso trilhado por Ana Paula de Barcellos (2017), complementado com trechos das obras originais. A ressalva é feita a fim de justificar a contenção de referências, destinada a manter a fluidez textual. O raciocínio aqui apresentado, todavia, é extraído do artigo referenciado, em especial quanto às duas primeiras teorias.

desenvolvimento de sua personalidade e a maior quantidade de bem-estar possível, por meio de um procedimento equitativo que conduza a um resultado, se não justo, pelo menos não injusto (BARCELLOS, 2017).

A despeito de sua visão liberal e procedimental, é interessante perceber que Rawls apresenta o mínimo existencial como pressuposto lógico de sua proposta teórica. Em *O Liberalismo Político*, Rawls defende a existência de dois princípios em sua lógica de justiça procedimental: (i) o *princípio da liberdade* – de estatura constitucional –, que defende que cada pessoa deve ter acesso a um mesmo sistema de liberdades básicas que seja o mais extenso possível, além de compatível com o sistema de liberdades das demais pessoas numa sociedade diversa e plural; (ii) o *princípio da diferença* – norma programática, de estatura legislativa e infraconstitucional –, que demanda que as desigualdades econômicas e sociais sejam administradas de modo que proporcionem maiores expectativas aos mais desfavorecidos e possibilitem uma mobilidade social mediante funções acessíveis a todos em posição de igualdade equitativa de oportunidades. Para o autor, a garantia de condições materiais mínimas que possibilitem essa mobilidade constitui um pressuposto que não fundamenta apenas o princípio da diferença, mas o próprio princípio da liberdade, de *status* constitucional[3].

Em outra vertente filosófica, o comunitarista Michael Walzer destaca que, apesar da existência de uma dimensão individual em cada pessoa, é incorreto considerar o indivíduo como desenraizado de uma estrutura social ou coletiva. Os valores compartilhados não são apenas individuais, mas sim relativos culturais. Propõe então que o principal aspecto de uma teoria da justiça é a garantia de uma ausência de subordinação ou dominação, de modo que se deve evitar que os bens possam servir a tal finalidade. Na obra *Esferas da Justiça*, a ideia de um mínimo existencial (ou social) não é abordada de forma direta pelo autor, mas ele destaca alguns critérios essenciais, como é o caso da necessidade vinculada à *assistência social* e da igualdade como via de acesso à *educação básica*. Já em *Thick and Thin*, respondendo às críticas ao

[3] Também se aproxima dessa posição o doutrinador brasileiro Ricardo Lobo Torres, que visualiza o mínimo existencial como um direito pré-constitucional e decorrente dos direitos da liberdade (TORRES, 2008).

excessivo relativismo de sua primeira formulação, o autor passa a identificar duas camadas valorativas: (i) a moralidade mínima ou nuclear (*thin*), que se refere ao aspecto universal do indivíduo, isto é, à sua humanidade; (ii) as moralidades máximas ou plenas (*thick*), que decorrem da vida comunitária. Embora não trate de estipular critérios para fixar um "mínimo universal", Walzer (1994), que é um defensor dos direitos humanos, não deixa de buscar por uma conciliação entre o universalismo mínimo e a política da diferença.

Com Robert Alexy (2012), a formulação do mínimo existencial ganha outros contornos, porque produzida no âmbito de uma teoria dos direitos fundamentais, e não de uma teoria filosófica dos sistemas de justiça. Sua teoria se propõe a lidar com a normatividade dos princípios. O autor entende que regras e princípios estão insertos no conceito de *norma*, "porque ambos dizem o que deve ser [e] podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição". Haveria, entretanto, uma diferença bem definida entre essas espécies normativas. Os princípios seriam normas que "ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes", constituindo, assim, *mandados de otimização*, que poderiam ser satisfeitos em graus variados. O maior ou menor âmbito de aplicação de um determinado princípio, no que diz respeito às suas possibilidades jurídicas de otimização, seria definido pelos princípios e regras com ele colidentes. De outro lado, as regras, para Alexy, seriam "normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas"; quando uma regra é válida, "deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos". Em razão disso, sustenta o autor que as regras compreendem *determinações* no seu âmbito de incidência, ou seja, dentro das suas possibilidades fáticas e jurídicas de aplicação. No que se refere ao conflito entre regras, o raciocínio de Alexy é de que o conflito "somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida", pois o conceito de validade jurídica não é graduável.

No que toca à colisão entre princípios[4], Alexy (2012) defende que essa

[4] Alexy (2012) chama de colisão, e não de conflito, a antinomia existente entre princípios, pois entende

situação de tensão é resolvida por meio de um processo de *sopesamento*, cuja finalidade é definir qual dos princípios tem maior peso em uma situação concreta, ainda que estejam, abstratamente, em um mesmo nível. Assim, em lugar de cogitar da declaração de invalidade de um dos princípios em colisão ou da introdução de uma exceção a um deles, a proposta do autor é no sentido de que deve ser estabelecida uma *relação de precedência condicionada* entre eles, consistente "na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro" (o que resulta no suporte fático de uma regra).

Embora a Lei Fundamental da Alemanha não preveja expressamente direitos fundamentais sociais, Alexy identifica que o *direito fundamental a um mínimo existencial* é consequência da aplicação do princípio da igualdade fática, e não propriamente da cláusula do Estado Social. Alexy (2012) defende que, em que pese possa haver a necessidade de sopesamentos com outros princípios – o que é comum na temática de direitos fundamentais –, o "enunciado da igualdade, que inclui a igualdade fática, pode, nos casos de mínimo existencial, fundamentar direitos definitivos concretos à criação de uma igualdade fática", indicando que as condições para a definitividade dos direitos a prestações são "necessariamente satisfeitas" no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos (que seriam, portanto, obrigatórios). Seriam exemplos o direito "a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica". O Tribunal Constitucional Federal (TCF) reconhece a fundamentalidade do mínimo existencial (SARLET; KRONBAUER, 2021), um direito subjetivo aos "recursos materiais para uma existência digna" que foi sustentado originariamente na Alemanha pelo publicista Otto Bachof, em formulação dogmática acolhida pelo Tribunal Administrativo Federal e mais tardiamente pelo TCF (SARLET, 2013).

Em nosso ordenamento, Sarlet (2013) defende que o direito ao mínimo existencial abrange não só o "mínimo vital" ou "mínimo de sobrevivência": a dignidade humana somente estará garantida "onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável", o que

que os *conflitos* ocorrem na *dimensão de validade*, enquanto as *colisões*, na *dimensão de peso*.

compreende a *dimensão sociocultural* considerada como elemento nuclear a ser respeitado/promovido, e o *componente ecológico* de garantia de condições ambientais para uma vida digna (SARLET; FENSTERSEIFER, 2010).

Alexy (2012) ressalta que há prestações materiais básicas cujo reconhecimento judicial seria impositivo independentemente da atividade legislativa e mesmo em um cenário de crise econômica, pois é "exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído". Apesar da dificuldade de se definir de forma apriorística os elementos nucleares do mínimo existencial e até da inconveniência de se estabelecer um rol taxativo (SARLET, 2013), há construções na doutrina nacional no sentido de definir algumas das prestações materiais básicas cujo reconhecimento seria impositivo pelo Poder Judiciário, compreendendo a educação fundamental, a saúde básica – saneamento, atendimento materno-infantil, ações de medicina preventiva e prevenção epidemiológica –, a assistência social aos desamparados e, também, *o acesso à justiça* (BARCELLOS, 2003).

Nesse teor, é intuitivo considerar que a garantia à assistência jurídica integral e gratuita em prol das pessoas necessitadas (art. 5º, LXXIV, CRFB), atribuída à Defensoria Pública por delimitação de nosso texto constitucional (art. 134, "caput", CRFB), também há de ser vista sob o prisma de *prestação material mínima*, dado que, sem que haja o efetivo acesso à justiça, não se mostra sequer viável a adjudicação das demais prestações materiais básicas, quando insatisfatoriamente prestadas. De todo modo, ao contrário do que pode parecer *prima facie*, pondera-se que tal atribuição não se resume a uma reivindicação *individualista* de direitos, podendo e devendo envolver medidas de viés coletivo e *solidarista*, muitas vezes mais afeitas à natureza dos direitos envolvidos e à busca pela efetividade social (SOUSA, 2010), campo esse em que se inserem as medidas dialógicas examinadas neste estudo.

Pelo percurso até aqui trilhado, é possível divisar a relação entre o princípio da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, e o direito ao mínimo existencial, que consiste no conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que toda pessoa tem direito, enquanto núcleo irredutível da dignidade humana, indicando a redução máxima que se pode fazer em

atenção aos princípios colidentes da separação dos poderes (menor interferência possível na competência do legislativo e executivo) e da reserva do possível – daí porque, após o processo de ponderação, *passa a incidir como regra*, e não como princípio (BARCELLOS, 2017). Importa ressalvar que o direito ao mínimo existencial – inclusive por referenciar-se na dignidade humana – não se confunde com o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, os quais não possuem sequer uma recondução necessária ao princípio da dignidade, visto que o rol de direitos fundamentais pode incluir direitos variados, condicionados à escolha do constituinte originário ou derivado (ALMEIDA, 2009). Ademais, a cobertura dos direitos sociais pode (e deve) superar o atendimento do mínimo existencial, que funciona como *um piso para a justiça social*, mas não como um teto para a atuação estatal na promoção da igualdade material (SARMENTO, 2016).

A esta altura, parece claro que o mínimo existencial possui densidade normativa para ser reconhecido como um *direito público subjetivo*, passível de ser adjudicado. Embora a declaração judicial de tal direito seja evidentemente relevante, nem sempre isso é o suficiente ou o mais *adequado* em termos processuais. Como ressalta Sarmento (2016), há casos em que a lesão ao mínimo existencial decorre de problemas estruturais (*v.g.*, deficiência das políticas públicas de universalização do saneamento básico, relativas à má qualidade do ensino público), quando a atuação solitária do Poder Judiciário pode não ser a solução ideal, recomendando o emprego de técnicas processuais mais flexíveis. Se parece correto afirmar que o órgão judicial não pode se esquivar de controlar políticas públicas deficitárias – em especial no que se refere ao *mínimo existencial* –, tal posição não exclui o uso de técnicas processuais mais abertas e dialogadas. Sarmento (2016) dá o exemplo da jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, que, em casos como o do paradigmático estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário, determina aos entes estatais que formulem planos de ação para resolução do problema, examina e aprova estes planos e depois monitora a sua implementação, em processo público, com a participação da sociedade civil.

Com tais medidas, em vez de o Poder Judiciário apresentar “soluções

prontas para problemas complexos", força os demais poderes a agirem e se tornarem corresponsáveis pelo desenlace da questão (SARMENTO, 2016). Nessa mesma linha, casos paradigmáticos da Corte Colombiana foram aqueles que discutiram os temas da proteção dos direitos de população deslocada forçadamente em territórios internos (*desplazamiento forzado*), tais como pequenos agricultores, indígenas e população negra (Sentencia T-025/2004), e da tutela do direito à saúde como direito adjudicável, notadamente em prol de pacientes com especial vulnerabilidade (Sentencia T-760/08). São assuntos que envolvem diferentes esferas de vulnerabilidade e que, em nosso País, conduziriam à atuação da Defensoria Pública enquanto *custos vulnerabilis*, como será explorado no próximo tópico.

3 A PROPOSTA DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA (HABERMAS), A CRÍTICA AO ARRANJO INSTITUCIONAL (GARGARELLA) E A CONSTRUÇÃO DO PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA

A legitimidade democrática na atuação dos poderes da República é um objeto de discussão na teoria constitucional. As ponderações a respeito da legitimidade das decisões das cortes e sobre a discricionariedade judicial são um tema que perpassa grande parte do debate contemporâneo a respeito dos limites do Direito e impulsiona as diferentes escolas de filosofia do Direito. Está presente no debate entre H. L. A. Hart e Ronald Dworkin, como também na disputa entre as leituras substancialistas e procedimentalistas a respeito do sentido e conteúdo da Constituição.

É neste último campo que se pode situar a proposta de democracia deliberativa da Jürgen Habermas. A proposta de Habermas (1997) visa à consagração de formas mais efetivas de participação popular que supram as dificuldades encontradas na democracia representativa, caracterizada por uma intervenção apenas indireta por parte do povo na tomada de decisões. Como modo de intensificar essa participação popular, dá relevo aos processos formais e informais de discussão e argumentação pública que precedem a tomada de decisão, que tendem a servir como modo de garantia de justificação

racional dos argumentos contrapostos, com o objetivo de que a decisão final seja fruto de uma soma de razões e busca de consensos, em vez da sobreposição do grupo com mais poder político (OLIVEIRA; AMORIM, 2019).

A permanente disputa de ideias é característica de um arranjo social no qual sempre existirão múltiplos interesses colidentes. Com base nisso, Jeremy Waldron (2003) refere a existência de um *desacordo moral razoável* na esfera do debate político. Marcelo Neves (2006) observa que, em uma sociedade contemporânea hipercomplexa, o consenso é *meramente eventual*, de sorte que a desavença moral é absorvida pelo acordo decorrente do reconhecimento dessas divergências entre valores e interesses apresentadas em processos institucionalizados pela Constituição. A solução sugerida por Habermas para tal impasse reside no nível do discurso, funda-se na *intersubjetividade*.

A *democracia deliberativa* baseia-se em uma ordem de ideias que, não obstante o risco de reducionismo, pode ser assim sintetizada: (i) como o consenso na sociedade é meramente eventual, há a necessidade de encontrar-se um instrumental teórico para harmonizar o desacordo moral e a estabilidade social; (ii) esse instrumento deve envolver a justificação das decisões tomadas pelos cidadãos e/ou seus representantes, para que não sejam a mera enunciação de preferências cruas de uma maioria (isto é, preferências anteriores ao processo deliberativo e dialogado), mas constituam soluções justificadas pela razão, à luz de princípios procedimentais aceitos por cidadãos dispostos a cooperar entre si, como iguais; (iii) o cidadão deixa de ser mero destinatário das ações do Estado, passando a figurar como agente autônomo (coautor), consciente de que a solução encontrada em cada caso faz referência a princípios consensualmente aceitos por pessoas em situação de igualdade; (iv) essas decisões, embora vinculantes por um determinado período de tempo, são também *dinâmicas*, de sorte que não possuem pretensão de definitividade, consistindo em resultados com caráter provisório; (v) a provisoriedade dos resultados se funda no reconhecimento de que possa haver um entendimento incompleto da situação por parte dos debatedores/intérpretes (porque inviável prever todas as variáveis e consequências) e também em razão de que questões complexas raramente são decididas de forma consensual, de modo

que é mais fácil ao discordante aceitar uma decisão que poderá ser revertida no futuro; (vi) esses aspectos dialogados, que buscam a interação e o entendimento (ação comunicativa), redundariam em uma forma mais aceitável de regulamentação jurídica da circulação do poder, em lugar de uma ação estratégica fundamentada na busca autocentrada dos próprios propósitos (OLIVEIRA; AMORIM, 2019; BRANDÃO, 2017; GUTTMAN; THOMPSON, 2007).

Outro ponto de divergência indaga *quem* teria legitimidade para conferir a palavra final, ainda que provisória, sobre a vontade constitucional ou o "sentido da Constituição". De acordo com determinada linha de argumentação, no âmbito da democracia, o parlamento constituiria expressão do "princípio democrático" (como democracia representativa) e da soberania popular (representante da voz da maioria), ao passo que às cortes caberia exercer o papel de guarda da Constituição (princípio contramajoritário), de modo que haveria um certo ambiente de tensão entre democracia e constitucionalismo (MENDES, 2008). A esses dois valores é que Habermas atribui a característica de equiprimordialidade: o *constitucionalismo* garantiria a liberdade e igualdade de todos perante a lei, ao passo que a *democracia* garantiria a possibilidade de autogoverno do povo por si, no que se incluiriam as escolhas constitucionais.

A respeito de quem seria o intérprete mais legítimo para conferir a "última palavra", ainda que provisória, às questões constitucionais, Conrado Hübner Mendes expõe a contraposição de argumentos entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron: enquanto Waldron, pelo prisma da igualdade política, sublinha a conquista moral que a regra da maioria representa, Dworkin objetiva uma "visão mais genuína de igualdade, que não se limite à noção modesta por trás do voto majoritário – a igualdade de consideração e respeito"; assim que, ainda que possa haver desacordos morais em sociedades pluralistas como aponta Waldron, para Dworkin as cortes estariam em melhor posição e teriam mais expertise para encontrar a resposta certa (MENDES, 2008).

O desenho institucional que atribui ao Poder Judiciário a última palavra no sentido de Constituição, de toda sorte, não é imune a críticas. Roberto Gargarella duvida que o papel institucional conferido às cortes, no modelo de

controle de constitucionalidade, favoreça um verdadeiro *diálogo aberto e entre iguais*, como advogam as teorias do diálogo institucional. Realça a tensão entre o princípio da separação dos poderes e da soberania popular, de um lado, e o método da revisão judicial (*judicial review*) das decisões do parlamento pelas cortes, decorrentes da adoção do modelo de freios e contrapesos. O autor, com base na leitura das razões de Madison, joga luz sobre o fato de que esse modelo institucional se baseia numa escolha "agonística", seguindo uma *lógica de guerra* – significa dizer: pressupõe uma postura "autocentrada" por parte de cada uma das instituições, decorrente de uma *presunção* de desconfiança sobre possíveis arroubos autoritários advindos de outros poderes. Na opinião de Gargarella, o *judicial review* próprio de sistemas de controle de constitucionalidade baseados na supremacia judicial é pouco receptivo às propostas de democracia deliberativa, porque favorece muito mais uma lógica adversarial do que um ambiente discursivo efetivamente dialogado, além de depender da "boa vontade" casuística do julgador quanto à determinação de mecanismos de abertura do processo ao diálogo (GARGARELLA, 2013).

Há um certo consenso no campo das teorias constitucionais de que, diante de um ambiente de tensionamento entre a escolha hegemônica e os direitos humanos/fundamentais, à corte incumbiria (não só, mas com destaque) garantir o respeito aos direitos das minorias políticas, como expressão do princípio contramajoritário. A própria prática da revisão judicial (*judicial review*) é associada a promessas mais ou menos ambiciosas de proteção de direitos e das minorias (MENDES, 2008). Cuida-se de uma ideia atrelada ao surgimento e à história do próprio movimento constitucionalista, como dique de resistência às forças majoritárias de ocasião. No particular, todavia, surge a inquietação: por melhor que seja a intenção do intérprete, o que garante esse exercício de atuação contramajoritária? Se ao Poder Judiciário são atribuídas (e até esperadas) as características de inércia e imparcialidade, por que se supõe que o julgador aja como uma espécie de protetor do politicamente minoritário? É coerente e oportuno eleger um poder imparcial como uma espécie de representante das vozes politicamente minoritárias?

A respeito do arranjo institucional nos países latino-americanos –

inspirados no modelo de revisão judicial (*judicial review*) estadunidense –, a crítica de Gargarella é contundente. Indicando uma suposta "derrota do Direito" na América Latina, o autor identifica certas razões pelas quais os modelos institucionais falharam em conferir respostas satisfatórias às demandadas de cidadania, nos seguintes termos: (i) em um nível sociológico, indica que não há como determinar-se dois grupos homogêneos como sendo "majoritários" e "minoritários", porque as características e interesses de cada grupo são múltiplos; (ii) com isso, o controle judicial de constitucionalidade acaba por fundar-se em uma concepção elitista da imparcialidade, visto que as minorias que têm por função exercer a revisão judicial não são as mesmas minorias que se busca proteger; (iii) o voto é incapaz, por si só, de servir como expediente para exercer de modo eficaz a *accountability* (prestação de contas à sociedade) do parlamento, haja vista que se trata de mecanismo insuficiente para captar as preferências cidadãs em todos os seus matizes; (iv) a crise de representatividade, a bem da verdade, não é fruto do acaso, mas antes esperada, dado que nosso desenho institucional resultou de um pacto histórico entre elites de liberais e conservadores para acomodar seus interesses e desconfianças recíprocas umas em relação às outras no palco da "democracia" (GARGARELLA, 2020; VITALIANI, 2021).

Gargarella defende, como forma de fortalecer a coesão social e o ideal democrático, o estabelecimento de um processo deliberativo inclusivo que promova um diálogo entre iguais, por meio da *desconcentração do poder*, da adoção de *mecanismos participativos* dos sujeitos afetados por políticas públicas e de um *sistema de controles exógeno* que possibilite um maior poder das pessoas sobre os seus representantes. Propõe, ainda, que, em contextos de grande desigualdade, os profissionais do Direito deveriam colocar seus serviços em prol daqueles socialmente vulneráveis, e não no interesse das elites econômicas (GARGARELLA, 2020; VITALIANI, 2021).

O texto constitucional brasileiro indica um caminho para suprir o défice argumentativo na esfera das razões públicas ao estabelecer a Defensoria Pública como instituição independente e autônoma que funciona como expressão e *instrumento do regime democrático*, à qual incumbe a *promoção*

dos direitos humanos e a defesa *judicial e extrajudicial* dos direitos *individuais e coletivos* dos necessitados. A configuração do dispositivo torna clara a função de guardiã constitucional dos vulneráveis, com a tarefa de promover uma *abertura ética à alteridade* em matéria dos debates públicos, de modo a democratizá-los. Na disputa de ideias, a Defensoria deve ter o compromisso de servir como um veículo de atestação da gramática dos direitos humanos, atuando estrategicamente para sua divulgação, ampliação e efetivação.

Com enfoque nas dimensões de direitos fundamentais (Bonavides), Daniel Gerhard e Maurilio Casas Maia (2015) indagam como a Defensoria Pública pode atuar para garantir o "direito à democracia plena", identificada como quarta dimensão dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o órgão defensor também é designado como *amicus communitas*: a fim de traduzir sua mensagem, é necessário que haja um contato "defensor-comunidade" para que possa imprimir um legítimo trânsito entre as cortes e as comunidades. Assim, a quarta dimensão dos direitos fundamentais, enquanto *democracia plena*, exige não só uma voz político-jurídica abstrata na grande "comunidade de comunicação", mas a participação efetiva e informada de comunidades periféricas e carentes de representação político-jurídica, propiciando-se aos grupos vulneráveis igualdade de oportunidade discursiva. Essa espécie de atuação também vem sendo designada como *amicus democratiae*: uma atuação política não só a fim de efetivar direitos e garantias fundamentais no contencioso judicial, mas também contribuindo ativa e *preventivamente* para o aperfeiçoamento da democracia (CAVALCANTE; ROCHA, 2019).

O papel da Defensoria Pública como guardiã constitucional dos vulneráveis (*custos vulnerabilis*) foi trabalhado com apuro por Maia (2017) ao salientar como a principiologia que anima a atividade do órgão defensor termina por traduzir-se enquanto *posição institucional* na esfera processual – isto é, a Defensoria Pública atua como legítima ativa no âmbito do *direito processual coletivo*, de processos estruturais, e também como *parte interveniente* na formação de precedentes e em processos afetos às suas funções institucionais. Nesse teor, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu admitir-se a intervenção da Defensoria Pública da União como *custos*

vulnerabilis em hipóteses nas quais há formação de precedentes em favor *dos vulneráveis* e *dos direitos humanos*[5], como forma de ampliar o contraditório.

Na esteira dos precedentes referentes à legitimidade que já se somam nos Tribunais Superiores[6], a Defensoria Pública deve agir como interlocutora dos direitos dos vulneráveis e dos direitos humanos no plano processual, atuando como parte interveniente nas ações em que estejam em discussão direitos coletivos (*lato sensu*) de pessoas em situação de vulnerabilidade, quer se trate de processos individuais, coletivos ou estruturais; quer se trate de formação de precedentes ou ações de controle concentrado de constitucionalidade. Cuida-se de quesito obrigatório para que se possa atingir o ideal democrático de modo inclusivo e plural; se não como um efetivo *diálogo aberto e entre iguais*, o mais próximo possível dessa realidade. A garantia do direito ao mínimo existencial está compreendida nesse campo de atuação, dado que o arcabouço teórico que o delimita como *direito subjetivo* restaria esvaziado sem que se garantissem às pessoas necessitadas os meios para a reivindicação de tal direito. Justamente por isso, o *acesso à justiça* também se insere no conteúdo mínimo da dignidade humana (BARCELLOS, 2003).

4 CONCLUSÃO

O propósito que animou este estudo foi o de analisar as imbricações que existem entre três conceitos: a dignidade humana, o mínimo existencial e o acesso à justiça. A dignidade, que possui tanto uma feição individual como coletiva, pressupõe a garantia de condições básicas para uma vida digna e saudável. A despeito de divergências de segunda ordem, a noção geral de mínimo existencial parece constituir um ponto de acordo entre correntes jusfilosóficas/hermenêuticas de diferentes tradições. Como refere Sarlet, em matéria de mínimo existencial, procedimentalismo e substantivismo não são necessariamente inconciliáveis.

Defendeu-se que o *mínimo existencial* abrange a garantia das condições

[5] STJ, Segunda Seção, EDcl no REsp 1712163/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, julgado em 25/09/2019.

[6] STF, ADI 3.943; STJ, REsp 1.264.116/RS; STF, RE 733.433; STJ, EREsp n. 1.192.577; STJ, REsp 1.449.416; STJ, AgInt no REsp 1573481/PE.

básicas para uma vida digna e saudável, além de possuir eficácia normativa direta. Não se ignoram as dificuldades existentes na eleição das medidas que permitam uma maior realização fática do seu espectro normativo. As medidas dialógicas constituem alternativas profícuas para evitar o possível insulamento judicial na declaração "unilateral" de direitos sem atenção às particularidades da atividade legislativa e administrativa. Tais medidas potencializariam o componente democrático das decisões proferidas em matéria de direitos prestacionais, sem descurar da cautela no que se refere às garantias que compõem o mínimo existencial, haja vista sua fundamentalidade.

A construção teórica da noção de mínimo existencial ficaria esvaziada sem a garantia do acesso à justiça, dado que são justamente os grupos vulneráveis (vulnerabilizados) que mais necessitam da defesa de suas condições básicas. A Constituição da República confere à Defensoria Pública a tarefa de veicular pretensões de tal cariz, em juízo e fora dele, como representante processual ou como *custos vulnerabilis et plebis*, e atuar em processos da espécie. Em outros termos, quando os temas a serem decididos trouxerem repercussões nos direitos de pessoas vulneráveis, há que se ouvir o que a Defensoria Pública tem a dizer. A potencialização dos meios de acesso à justiça equivale à potencialização da realização do mínimo existencial e dos direitos prestacionais, seja por meio de ações individuais, seja pela via das ações coletivas ou das técnicas dialógicas de justiciabilidade, que visam à concretização de um *diálogo aberto e entre iguais* que reforce o constitucionalismo democrático.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALMEIDA, Angela. **O mínimo existencial e a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares**. 2009. 149f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2009.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Waltzer e Robert Alexy. **Revista de Direito Público Contemporâneo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 06-27, jan./jun. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. "Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 50, p. 95-147, out./dez. 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial *versus* diálogos constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CAVALCANTE, Bruno Braga; ROCHA, Jorge Bheron. A atuação da Defensoria Pública como *amicus democratiae*: fortalecendo as relações interinstitucionais e prevenindo violações a direitos. *In:* CONGRESSO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS, 14., 2019, Rio de Janeiro. **Anais** […]. Rio de Janeiro: ANADEP, 2019.

DWORKIN, Ronald M. **Los derechos en serio**. Buenos Aires: Planeta Argentina, 1993.

FRIAS, Lincoln; LOPES, Nairo. Considerações sobre o conceito de dignidade humana. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 649-670, jul./dez. 2015.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Buenos Aires, v. 14, dez. 2013.

GARGARELLA, Roberto. **La derrota del derecho en América Latina**: siete tesis. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020.

GERHARD, Daniel; MAIA, Maurilio Casas. O defensor-Hermes e *amicus communitas*: a representação democrática dos necessitados de inclusão discursiva. **Informativo Jurídico In Consulex**, Brasília, v. 22, p. 11-12, jun. 2015.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa? **Revista de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jan./mar. 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOOFT, Stan Van. **Ética da virtude**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. [*S. l.*]: KTTK Editora, 2018. *E-book.*

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis: Vozes, 2013.

MAIA, Maurilio Casas. A Defensoria Pública enquanto institucionalização constitucional da defesa dos vulneráveis frente a ordem jurídica e aos poderes públicos. *In:* COSTA-CORRÊA, André L.; SILVIO, Solange Almeida Holanda (org.). **Sociedade e Estado**: ao direito de defesa às garantias fundamentais do cidadão frente ao Estado. Porto Alegre: Paixão, 2017.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. **A reorientação do princípio republicano a partir da solidariedade**: o cosmopolitismo na coisa pública. 2011. 378 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, Leandro Corrêa; AMORIM, Larissa Balsamao. O diálogo institucional e a última palavra. **Revista do Curso de Direito do UNIFOR**, Formiga, v. 10, n. 2, p. 71-86, jul./dez. 2019.

RAWLS, John. **Justice as Fairness**: A Restatement. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001.

SARLET, Ingo Wolgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 29-44, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. *In:* SARLET, Ingo

Wolfgang (org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; KRONBAUER, Eduardo Luís. Mínimo existencial, assistência social e estado de direito - análise de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 63, p. 02-25, jan. 2021.

SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 1644-1689, 2016.

SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da LC n. 132/09) a visão individualista acerca da instituição?. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 408, p. 165-216, mar./abr. 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VITALIANI, Emiliano. La derrota del derecho en América Latina: Siete tesis. **Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja**, Buenos Aires, n. 26, p. 141-150, jun./nov. 2021.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALZER, Michael. **Thick and thin**: moral argument at home and abroad. Notre Dame: University Press, 1994.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

O RECONHECIMENTO DA NÃO-BINARIEDADE DE GÊNERO A PARTIR DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL [1]

THE RECOGNITION OF GENDER NON-BINARIITY FROM THE PERFORMANCE OF THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE OF RIO GRANDE DO SUL

EL RECONOCIMIENTO DE LA NO BINARIDAD DE GÉNERO A PARTIR DE LA ACTUACIÓN DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA DE RIO GRANDE DO SUL

Aline Palermo Guimarães[2]

Rafaela Weber Mallmann[3]

Eduardo Oliveira Zanini[4]

RESUMO

As pautas LGBTQIA+ estão sendo debatidas diariamente em diversas esferas da vida pública brasileira. Uma das mais recentes demandas tem sido o reconhecimento de identidades de gêneros não-binárias. Nesse sentido, o objetivo do presente artigo é demonstrar a importância da Defensoria Pública como instituição vocacionada à defesa de direitos de grupos sociais vulnerabilizados, com enfoque na atuação que resultou na publicação, pela Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do Provimento n. 16/2022, que autorizou a retificação extrajudicial do registro civil de pessoas não-binárias. A metodologia é do tipo exploratória, com base em pesquisas bibliográficas e na internet, a fim de aprofundar a análise a respeito da atuação da Defensoria Pública. Como conclusões alcançadas, verifica-se o reconhecimento estatal de identidades de gênero não-binárias, com a replicação da atuação da Defensoria Pública gaúcha em outras unidades federativas.

1 Ressaltamos um agradecimento especial aos integrantes do NUDDH e NUDIVERSI que contribuem diariamente para os atendimentos e coleta de dados realizados pela Instituição: Adrian Abi Tapada, Maurício da Silva Danieli e Nathalie Gut Ferreira.

2 Defensora Pública dirigente do Núcleo de Defesa da Diversidade Sexual e de Gênero (NUDIVERSI), do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos (NUDDH) e do Núcleo de Defesa da Pessoa com Deficiência (NUDEPED). Graduada em Direito pela FMP. Especialista em Direito pela UNIASSELVI. E-mail: aline-guimaraes@defensoria.rs.def.br.

3 Estagiária de Pós-Graduação no Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos (NUDDH). Graduada em Direito/Unijuí. Mestra em Filosofia/PUCRS. Doutoranda em Filosofia/PUCRS. E-mail: rafaela.mallmann@edu.pucrs.br.

4 Técnico-Administrativo; Graduado em Letras Português – Licenciatura/UFSM; Defensoria Pública do Rio Grande do Sul; e-mail: oliveira@defensoria.rs.def.br.

Palavras-chave*:* LGBTQIA+; direitos humanos; não-binariedade; Defensoria Pública do Rio Grande do Sul.

ABSTRACT

LGBTQIA+ agendas are being debated daily in various spheres of Brazilian public life. One of the most recent demands has been the recognition of non-binary gender identities. In this sense, the objective of this article is to demonstrate the importance of the Public Defender's Office as an institution dedicated to the defense of the rights of vulnerable social groups, with a focus on the action that resulted in the publication, by the Corregedoria-Geral da Justiça of Rio Grande do Sul, Provision n. 16/2022, which authorized the extrajudicial rectification of the civil registry of non-binary people. The methodology is exploratory, based on bibliographical and internet research, in order to deepen the analysis regarding the performance of the Public Defender's Office. As conclusions reached, there is the state recognition of non-binary gender identities, with the replication of the work of the Public Defender of Rio Grande do Sul in other federative units.

Keywords: LGBTQIA+; human rights; non-binarity; Public Defense of Rio Grande do Sul.

RESUMEN

Las agendas LGBTQIA+ se debaten diariamente en diversas esferas de la vida pública brasileña. Una de las demandas más recientes ha sido el reconocimiento de las identidades de género no binarias. En ese sentido, el objetivo de este artículo es demostrar la importancia de la Defensoría Pública como institución dedicada a la defensa de los derechos de los grupos sociales vulnerables, con foco en la acción que derivó en la publicación, por parte de la Corregedoria - Geral da Justiça del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul. Sur, de la Disposición n. 16/2022, que autorizó la rectificación extrajudicial del registro civil de personas no binarias. La metodología es de tipo exploratoria, basada en la investigación bibliográfica y en internet, con el fin de profundizar en el análisis respecto al desempeño de la Defensoría Pública. Como conclusiones alcanzadas, está el reconocimiento estatal de las identidades de género no binarias, con la replicación del trabajo de la Defensoría Pública de Rio Grande do Sul en otras unidades federativas.

Palabras claves: LGBTQIA+; derechos humanos; no binario; Defensoría Pública de Rio Grande do Sul.

Data de submissão: 06/04/2023
Data de aceite: 25/04/2023

INTRODUÇÃO

No Brasil, existem poucas legislações tratando acerca das pautas LGBTQIA+, o que pode ser observado diante do fato de que, nos últimos anos, as principais conquistas obtidas por esse grupo, ocorreram, de modo geral, no campo jurisprudencial, como é o caso do Provimento n. 73/2018 (BRASIL, 2018a), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que tratou sobre as regulamentações necessárias ao cumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.275/DF (BRASIL, 2018b) acerca da retificação do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais.

O referido provimento do CNJ, entretanto, não cita expressamente as pessoas não-binárias, embora estas estejam também incluídas no guarda-chuva da transgeneridade. Em decorrência disso, muitas pessoas não-binárias viam-se impedidas de obter tal direito. Nesse sentido, o objetivo desta pesquisa é demonstrar a importância da Defensoria Pública como instituição vocacionada à defesa de direitos de grupos sociais vulnerabilizados. Isso se dará ao considerar que a partir de 2021, a Defensoria Pública do Rio Grande do Sul passou a atuar no sentido de superar esse empasse por meio do diálogo com a sociedade civil e com outros órgãos e instituições, notadamente com a Corregedoria-Geral da Justiça (CGJ) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS).

Como resultado, conquistou-se a publicação do Provimento 16/2022-CGJ (RIO GRANDE DO SUL, 2022), que dispõe sobre a alteração de prenome e sexo de pessoas não-binárias nos cartórios gaúchos, tornando-se o Rio Grande do Sul o primeiro estado a implementar tal prática. Trata-se de um avanço significativo no reconhecimento da pluralidade de identidades de gênero no Brasil e, portanto, na promoção da dignidade da pessoa humana, um dos alicerces do Estado Democrático de Direito. O método de abordagem desta pesquisa é exploratório, com base em buscas bibliográficas e a

investigação de sites com notícias da internet referentes à discussão pautada. Além disso, é realizada uma análise da atuação da Defensoria Pública a fim de contribuir para o objetivo desta pesquisa que é justamente demonstrar a importância dessa instituição na efetivação da dignidade humana dos cidadãos. O trabalho será abordado em duas divisões principais, sendo que na primeira será apresentado a respeito da não-binariedade no direito, a fim de verificar de que modo esta discussão está sendo tratada na esfera jurídica, para após, na segunda parte, adentrar à análise da atuação da Defensoria Pública que resultou na elaboração do Provimento 16/2022-CGJ.

A NÃO-BINARIEDADE NA ESFERA DO DIREITO

Pessoas não-binárias são pessoas cuja identidade de gênero não se restringe à lógica binária, ou seja, à noção de que somente existiriam homens e mulheres. Pessoas não-binárias podem vivenciar identidades agênero (sem gênero), bigênero (ambos os gêneros), de gênero neutro ou fluído ou qualquer outra identidade fora do binário masculino-feminino (DEFENSORIA..., 2022). São indivíduos que sofrem preconceito duplo, primeiro em razão da transexualidade e segundo por não se identificarem como pertencentes a um dos gêneros já socialmente aceitos.

Embora o tema pareça recente, a não-binariedade está presente em diferentes momentos da civilização e em diversas culturas, podendo ser identificada nos conceitos de Mahu na Polinésia, Quariwarmi no Império Inca, Guevedoche na República Dominicana, Bissu na Indonésia, Aravani na India (BECATTINI, 2017), “fa’afafine” em Samoa, Two-Spirit nos povos originários da América do Norte e Muxes no México (BALEM, 2020).

No Brasil, embora até o momento não sejam colhidos dados sobre transgeneridade nos censos demográficos realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), pesquisas recentes atestam a existência de uma população não-binária no país. A Faculdade de Medicina de Botucatu (FMB) estimou que as pessoas não-binárias representam 1,19% da população

brasileira (JORGE, 2021). Levantamento realizado pela Universidade Estadual Paulista (Unesp) e pela Universidade de São Paulo (USP) encontrou número bastante semelhante: 1,18% (STARIOLO, 2022).

Atualmente, Alemanha, Argentina, Áustria, Austrália, Bangladesh, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Holanda, Índia, Islândia, Malta, Nepal, Nova Zelândia, Paquistão, Tailândia e Uruguai são alguns dos países que reconhecem de alguma forma um terceiro gênero na emissão de documentos. Aqui merecem destaque a Lei Integral para Pessoas Trans do Uruguai, publicada em 2018, que, além de assegurar o direito à identidade de gênero para pessoas trans binárias, reconheceu o mesmo direito para quem se identifica com um gênero não enquadrado na classificação binária masculino/feminino, e o Decreto 476/2021 da Argentina, o qual determinou que as nomenclaturas a serem utilizadas nos Documentos Nacionais de Identidade e nos Passaportes Ordinários para Argentinos, no campo referente ao “sexo”, poderiam ser “F” (Feminino), “M” (Masculino) ou “X”.

A primeira decisão judicial favorável ao reconhecimento da identidade de gênero não-binária no Brasil ocorreu em agosto de 2020. A sentença do magistrado da 1ª Vara de Família da Ilha do Governador (RJ) acolheu pedido formulado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, de forma a permitir que constasse “sexo não especificado” na certidão de nascimento de uma pessoa de 24 anos (LERAY, 2020).

A partir dessa, outras decisões judiciais foram surgindo. Em 2021, por exemplo, foram proferidas sentenças em Santa Catarina, Piauí, São Paulo e Rio Grande do Sul. Em 2022, outras unidades federativas se juntaram à lista, dentre elas Bahia, Distrito Federal, Amazonas, Minas Gerais e Rondônia (BOTTAMEDI, 2021; SERENA, 2021; PESSOA..., 2021; ACIOLI, 2022; PESSOA..., 2022; ARAÚJO JUNIOR, 2022; CAMPOS, 2022; CRUZ, 2022).

É preciso ressaltar a suma importância dessas decisões na garantia dos direitos das pessoas não-binárias. Se todo o cotidiano de uma pessoa está ligado à necessidade de sua identificação social, por óbvio, o seu documento civil deve corresponder de forma absoluta à realidade fática da sua vida, da sua

individualidade e do seu gênero. Isso porque é o registro civil o documento que formaliza a identidade e individualização das pessoas.

Para melhor interpretar e compreender a relevância do direito à identidade, ressaltam-se os Princípios de Yogyakarta, adotados em reunião de especialistas realizada entre 6 e 9 de novembro de 2006, a fim de dar maior clareza e coerência às obrigações de direitos humanos dos Estados no que tange às violações baseadas na orientação sexual e na identidade de gênero.

Cabe aqui ressaltar o Princípio de Yogyakarta n. 3, o qual dispõe justamente acerca do direito ao reconhecimento perante a lei:

> Os Estados deverão:
> [...]
> b) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa;
> c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para que existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa – incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos – reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa.
> d) Assegurar que esses procedimentos sejam eficientes, justos e não-discriminatórios e que respeitem a dignidade e privacidade das pessoas;
> e) Garantir que mudanças em documentos de identidade sejam reconhecidas em todas as situações em que a identificação ou desagregação das pessoas por gênero seja exigida por lei ou por políticas públicas; […] (CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 13).

Dessarte, o direito à identidade é direito humano fundamental e parte essencial da personalidade, motivo pelo qual assegurar a sua efetivação é medida imprescindível para que se cumpram os ditames da Constituição Federal.

O ordenamento jurídico brasileiro não proíbe a alteração do registro civil em casos de pessoas transexuais não-binárias. Tal observação remete ao axioma ontológico do direito, expresso pela regra *"o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido"*. Este tem o papel de salientar que algo que não está juridicamente proibido deve ser analisado com base em princípios, como o da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III do art.

1º da Constituição Federal.

Veja-se que o referido dispositivo determina que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Tal princípio deve orientar a análise jurídica quanto ao reconhecimento da não-binariedade, uma vez que não é razoável exigir-se que pessoas não-binárias passem por inúmeros constrangimentos ao longo de sua vida em razão da incongruência entre o seu registro civil e a sua identidade de gênero.

Conforme decidido na ADI n. 4275 (BRASIL, 2018b), a retificação do nome e sexo no Registro Civil poderá ser realizada administrativa ou judicialmente e independe de procedimento cirúrgico, laudos ou qualquer outro meio probatório. No mesmo sentido, o Provimento n. 73 do CNJ (BRASIL, 2018a) regulamentou a decisão proferida pelo STF. No âmbito estadual, a retificação de registro foi regulamentada pelos Provimentos n. 21/2018 e 30/2018 da CGJ do TJ/RS.

Frisa-se que o histórico julgamento citado (ADI n. 4275) - ainda que não tenha mencionado expressamente a não-binariedade – em nenhum momento a excluiu. Da leitura do voto proferido pelo redator para o acórdão, Ministro Edson Fachin, verifica-se que as premissas e a base constitucional e convencional utilizadas[5] são perfeitamente aplicáveis às pessoas não-binárias, sendo desenvolvida fundamentação que adequa-se também a esses casos, conforme o transcrito abaixo:

> […] Da forma como redigido, o dispositivo da Convenção Americana necessariamente abarca os transgêneros. É nesse sentido que a Corte Interamericana firmou em sua opinião consultiva:

5"(…) 1.1. Premissas
Primeira: O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero.
Segunda: A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la.
Terceira: A pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental.
1.2. Base constitucional: o direito à dignidade (art. 1º, III, da CRFB), o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X, da CRFB); e base convencional (art. 5º, § 2º, da CRFB): o direito ao nome (artigo 18 do Pacto de São José da Costa Rica); o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3 do Pacto); o direito à liberdade pessoal (artigo 7.1 do Pacto); e o direito à honra e à dignidade (artigo 11.2 do Pacto). (...)"

> [...] a Corte Interamericana deixa estabelecido que a orientação sexual e a identidade de gênero, assim como a expressão de gênero, são categorias protegidas pela Convenção. Por isso está proibida pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero da pessoa. Em consequência, nenhuma norma, decisão ou prática do direito interno, seja por parte das autoridades estatais ou por particulares, podem diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de uma pessoa à sua orientação sexual, sua identidade de gênero e/ ou sua expressão de gênero. (par. 78). (BRASIL, 2018b, p. 10).

Nesse sentido, a Introdução aos Princípios de Yogyakarta é o documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU que aborda a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Sobre isso, afirma em seu preâmbulo que a identidade de gênero é compreendida

> [...] como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismo. (CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 10).

Já a Corte Interamericana compreende que a identidade de gênero

> também se encontra ligada ao conceito de liberdade e da possibilidade de todo ser humano autodeterminar-se e escolher livremente suas opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme às suas próprias convicções, assim como ao direito à proteção de sua vida privada […]. Sobre esse ponto, deve-se recordar que a identidade de gênero foi definida nesta opinião como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, o qual pode ou não corresponder com o sexo assinalado no momento do nascimento. […] o reconhecimento da identidade de gênero encontra-se ligada necessariamente à ideia segundo a qual o sexo e o gênero devem ser percebidos como parte de uma construção identitária que resulta da decisão livre e autônoma de cada pessoa, sem que se deve estar sujeita à sua genitália.
> Dessa forma, o sexo, assim como as identidades, as funções e os atributos construídos socialmente que se atribuem a diferenças biológicas em todo o sexo assinalado ao nascer, longe de constituir-se em componentes objetivos e imutáveis do estado civil que individualiza uma pessoa, por ser um fato da natureza física ou biológica, terminam sendo traços que dependem da apreciação

> subjetiva de quem o detenha ou residam em construção da identidade de gênero auto-percebida relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito a vida privada. (par. 93-95). (BRASIL, 2018b, p. 11).

É notório que a utilização forçada do nome de registro, além de outros danos, leva muitas pessoas trans a evitarem espaços nos quais poderão ser expostas a situações constrangedoras ao serem nomeadas de um modo incompatível com a sua autoidentificação e com a sua vivência, levando-as a não usufruírem plenamente de seus direitos fundamentais. Acerca disso, cumpre ressaltar que a busca pelo reconhecimento jurídico não ocorre apenas em relação às outras pessoas, mas também – e principalmente – no reconhecimento pela lei. Com isso, a ideia de possuir um direito corresponde a ter a possibilidade de requerer um tratamento como pessoa e ser validado como um ser humano que pode expressar um ponto de vista ou modo de vida a despeito de uma possível desaprovação social (BALEM, 2020).

O reconhecimento é assunto amplamente debatido tanto por teorias do direito quanto teorias filosóficas. Nancy Fraser (2009) ao propor uma teoria tridimensional da justiça, que possui como base a ideia de paridade participativa, afirma que são necessários três requisitos para uma pessoa participar ativamente da vida pública: reconhecimento, redistribuição e representação.

Para Fraser, a justiça "requer arranjos sociais que permitam que todos participem como pares na vida social" (2009, p. 08). Assim, superar a injustiça é "desmantelar os obstáculos institucionalizados que impedem alguns sujeitos de participarem, em condições de paridade com os demais, como parceiros integrais da interação social" (2009, p. 08). A primeira esfera de injustiça corresponde às pessoas que são impedidas de participação plena devido às estruturas econômicas que lhes negam os recursos necessários para interagir com os demais, ocorrendo assim a injustiça distributiva, a má distribuição.

A segunda forma corresponde à coibição da interação em termos de paridade "por hierarquias institucionalizadas de valoração cultural que lhes negam o status necessário; nesse caso, elas sofrem de desigualdade de status

ou falso reconhecimento" (2009, p. 08). Dessa forma, "no primeiro caso, o problema é a estrutura de classe da sociedade, que corresponde à dimensão econômica da justiça. No segundo caso, o problema é a ordem de status, que corresponde à sua dimensão cultural" (FRASER, 2009, p. 08).

Já a terceira dimensão corresponde ao político, que é a esfera em que as lutas por distribuição e reconhecimento são conduzidas. Essa dimensão "estipula os procedimentos de apresentação e resolução das disputas tanto na dimensão econômica quanto na cultural" (2009, p. 09), pois "ela revela não apenas quem pode fazer reivindicações por redistribuição e reconhecimento, mas também como tais reivindicações devem ser introduzidas no debate e julgadas" (2009, p. 09).

Assim, "centrada em questões de pertencimento e procedimento, a dimensão política da justiça diz respeito prioritariamente à representação" (2009, p. 09), de modo que "em um nível, pertinente ao aspecto do estabelecimento das fronteiras do político, a representação é uma questão de pertencimento social" (FRASER, 2009, p. 09).

Fraser e Honneth (2003) diferenciam a ideia de reconhecimento como identidade do reconhecimento como *status*. Sua estratégia consiste em romper com o modelo padrão de que reconhecimento é relacionado à identidade. No modelo da identidade, o que exige reconhecimento é a identidade cultural específica de um grupo, de modo que o seu não reconhecimento consiste em uma depreciação dessa identidade pela cultura dominante e um dano à subjetividade dos membros do grupo. Assim, reparar esse dano é reivindicar reconhecimento. Nesse contexto, a política do reconhecimento é a política da identidade, pois se requer que os membros do grupo remodelem sua identidade coletiva por meio da criação de uma cultura própria autoafirmativa (FRASER, 2007).

Diante disso, a proposta de Fraser é alternativa a essa, buscando tratar o reconhecimento como uma questão de status social. O modelo de status tem como base a ideia de que o que exige reconhecimento já não é a identidade específica do grupo, como no modelo da identidade, e sim reconhecer a

condição igual dos membros desse grupo como parceiros integrais na interação social. Dessa forma, o não reconhecimento implica uma subordinação social que priva o indivíduo de participar como igual na vida social. Com isso, a ideia central é fazer o sujeito falsamente reconhecido se tornar um membro, e é partir disso que reparar a injustiça requer uma política de reconhecimento, mas não necessariamente da identidade (FRASER, 2007).

Verifica-se nesse cenário que o acesso à alteração de registro diz respeito tanto à esfera do reconhecimento quanto da representação. Por se tratar de pertencimento social, a representação diz respeito ao campo em que as reivindicações por reconhecimento serão feitas. Dessa forma, o direito é o campo em que foi promovida essa alteração do registro, possibilitando o reconhecimento de pessoas não-binárias em relação aos órgãos institucionais.

A importância dessa atuação diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais e o respeito à dignidade humana de pessoas não-binárias. Reconhecer a condição de alguém que não se enquadra nos padrões cisnormativos binários masculino-feminino é um avanço na esfera social que possibilita a inclusão de pessoas que historicamente foram consideradas inexistentes.

A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL

O Centro de Referência dos Direitos Humanos (CRDH) da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul realiza atendimentos relativos a diversos temas, dentre eles os direitos da população LGBTQIA+.

Em meados de 2021, o CRDH foi procurado por pessoa não-binária, cujo nome social era Charlie. Durante atendimento, Charlie relatou, em suma, que havia comparecido ao cartório com o intuito de retificar apenas seu prenome. Seu pedido foi negado, sob o argumento de que seria necessária a alteração concomitante do sexo constante no registro civil. Até aquele momento, Charlie não desejava alterar o campo referente ao sexo, pois a opção binária disponível não era adequada à sua identidade de gênero.

Constatada a necessidade de judicialização da demanda, a equipe do CRDH identificou que Charlie desejava, além da alteração de seu prenome, também a retificação de seu sexo para não-binário.

A ação foi ajuizada pelo Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos (NUDDH) e tramitou perante a Vara dos Registros Públicos da Comarca de Porto Alegre, sendo prolatada sentença de procedência que determinou, além da retificação do prenome, também a alteração da anotação referente ao sexo, passando a constar como "não-binário". Em entrevista, Charlie celebrou a importância dessa vitória para si e para todas as pessoas não-binárias:

> Eu fico muito feliz de saber que isso vai ajudar muita gente a não passar pelo que passei. […] Chorei de emoção o dia inteiro. Eu finalmente tinha um 'comprovante' da minha identidade. Apesar desse êxtase, tenho mais medo porque sei que existe preconceito (COIN, 2021, n.p.).

A partir da repercussão da referida decisão judicial na mídia local e nacional, houve aumento significativo no número de atendimentos de pessoas não-binárias que buscavam a Defensoria Pública para obter, também, a retificação de seu registro civil. Em novembro de 2021, a Defensoria Pública realizou mutirão de orientação sobre o assunto no centro da capital do estado.

Apesar de este primeiro caso ter sido resolvido judicialmente, identificou-se a necessidade de garantir que a alteração de registro civil de pessoas não-binárias também pudesse ser realizada extrajudicialmente, como já ocorrida para pessoas trans binárias.

Foi, então, realizada reunião entre a Defensoria Pública e a Corregedoria-Geral da Justiça[6], seguida do encaminhamento de ofício do NUDDH, no qual explanada a demanda, tendo como anexos, dentre outros

6 É importante destacar que tal forma de atuação articulada com outros integrantes do sistema de Justiça também foi adotada em outros casos, cabendo destacar, por exemplo, solicitação de providências anteriormente dirigida à Corregedoria-Geral da Justiça no caso de uma pessoa transexual cuja retificação de registro civil estava sendo negada em razão da falta de "anuência do cônjuge", após ser identificada a averbação de um registro de união estável. A iniciativa do NUDDH resultou na publicação do Provimento n. 003/2022 CGJ-RS, que estabeleceu, de forma expressa, a desnecessidade de anuência de cônjuge/companheiro para a recepção do pedido e a realização, pelo Registrador Civil das Pessoas Naturais, da alteração do prenome e do gênero no registro de nascimento de pessoas transgênero.

documentos, pareceres elaborados pela Ouvidoria da DPE/RS, pelo Grupo Nuances e pela Articulação Brasileira Não-Binárie (ABRANB).

Em resposta à proposição realizada pelo NUDDH da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, foi publicado, em abril de 2022, o Provimento n. 16/2022 CGJ-RS, que passou a autorizar pessoas não-binárias a mudarem prenome e gênero em seus registros civis diretamente nos cartórios do estado.

Conforme defendeu o Corregedor-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul, Desembargador Giovanni Conti, “o Judiciário deve acolher e se aproximar dos anseios e desejos do jurisdicionado, respeitando a liberdade no registro civil da identidade não binária de gênero, tornando plena e efetiva a cidadania” (CARTÓRIOS..., 2021).

Em reportagem publicada pelo site Uol repercutiu que, “segundo a Arpen-Brasil (Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais), há decisões individuais de juízes autorizando a alteração de registros de pessoas não-binárias e ações coletivas no país, mas a medida da Justiça gaúcha, padronizando as regras e dando autorização geral para o ato em cartórios, é a primeira sobre a qual tiveram conhecimento” (CANOFRE, 2022, n.p.).

A atuação da Defensoria Pública gaúcha obteve reconhecimento e visibilidade nacional, sendo finalista no Concurso de Práticas Exitosas ocorrido durante o XV Congresso Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (2022). Além disso, a iniciativa foi replicada em diversos outros estados da Federação, cabendo citar os estados da Bahia, do Paraná e da Paraíba, nos quais já publicadas normativas semelhantes ao Provimento n. 16/2022 CGJ-RS (RIO GRANDE DO SUL, 2022) pelas respectivas Corregedorias-Gerais de Justiça (FARIA, 2022; APÓS..., 2023; PARAÍBA, 2015).

CONCLUSÃO

Os atuais debates a respeito do público LGBTQIA+ oportunizam refletir sobre as diversas formas de reconhecimento que são reivindicadas. Diante

disso, buscou-se esclarecer o tratamento jurídico conferido às pessoas não-binárias, especialmente no que se refere à retificação do registro civil.

A Defensoria Pública, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, garante que diversos grupos minoritários possuam acessar a justiça de modo gratuito. Com isso, a atuação da Defensoria Pública mostra-se imprescindível para o Estado Democrático de Direito, tendo assegurado, no recorte proposto no presente artigo, o reconhecimento estatal de identidades de gênero não-binárias, por intermédio de atuação judicial e extrajudicial.

Analisando sob uma perspectiva jurídico-filosófica através da teoria tridimensional de Fraser, é possível compreender que a alteração de prenome e gênero de pessoas não-binárias é um avanço tanto na esfera do reconhecimento quanto da representação, tendo em vista que possibilita ampliar o campo da paridade participativa às pessoas que não são enquadradas nos padrões cisnormativos binários.

O Provimento n. 16/2022-CGJ/RS (RIO GRANDE DO SUL, 2022), publicado a partir da provocação da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, representa mais um avanço no reconhecimento de direitos de pessoas LGBTQIA+, e se espera que possa contribuir de forma significativa para que, em todo o Brasil, sejam adotadas normativas semelhantes no intuito de proporcionar a efetivação de direitos e garantias fundamentais de pessoas não-binárias.

REFERÊNCIAS

ACIOLI, Natally. Jovem não binário terá identidade de gênero incluída na certidão de nascimento após acionar a Defensoria Pública. **G1 Bahia**, 06 jul. 2022. Disponível em: https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2022/07/06/baiano-nao-binario-tera-identidade-de-genero-incluida-na-certidao-de-nascimento-apos-acionar-a-defensoria-publica.ghtml. Acesso em: 12 dez. 2022.

APÓS pedido da Defensoria Pública do Paraná, pessoas não-binárias poderão retificar o prenome e o gênero diretamente nos cartórios. **Defensoria Pública do Paraná**, 22 fev. 2023. Disponível em: https://www.defensoriapublica.pr.def.br/Noticia/Apos-pedido-da-Defensoria-do-Parana-pessoas-nao-binarias-poderao-retificar-o-prenome-e-o. Acesso em: 06 abr. 2023.

ARAÚJO JUNIOR, Waldick Feitoza de. Após luta judicial, Amazonas tem primeira pessoa não binária registrada em certidão. **A Crítica**, 17 abr. 2022. Disponível em: https://www.acritica.com/geral/apos-luta-judicial-amazonas-tem-primeira-pessoa-n-o-binaria-registrada-em-certid-o-1.249580. Acesso em: 12 dez. 2022.

ARGENTINA. **Decreto 476/2021**. Buenos Aires: Presidencia de la República, 2021. Disponível em: https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-476-2021-352187. Acesso em: 10 dez. 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Provimento Conjunto n. 08 CGJ/CCI/2022-GSEC**. Salvador: TJBA, 2022. Disponível em: https://arpenbrasil.org.br/justica-da-ba-publica-provimento-permitindo-a-inclusao-de-genero-nao-binario-no-registro-civil/. Acesso em: 12 dez. 2022.

BALEM, Isadora Forgiarini **Identidade de gênero não binária**: da violência normativa ao direito à extimidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BECATTINI, Natália. 7 culturas com identidades de gênero não-binárias. **360Meridianos**, 01 ago. 2017. Disponível em: https://www.360meridianos.com/especial/culturas-identidades-de-genero-nao-binarias. Acesso em: 12 dez. 2022.

BOTTAMEDI, Felipe. Conheça Idris Kawabe, 1ª pessoa de SC e 2ª do Brasil a conseguir identidade não-binária. **ND+**, Florianópolis, 12 abr. 2021. Disponível em: https://ndmais.com.br/direitos/conheca-idris-kawabe-1a-pessoa-de-sc-e-2a-do-brasil-a-conseguir-identidade-nao-binaria/. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n. 73, de 28 de junho 2018**. Brasília, DF: CNJ, 2018a. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2623. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.844, de 18 de junho de 2019**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13844.htm. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4275**. Relator: Min. Marco Aurélio, Relator para Acórdão: Min. Edson Fachin, 01 mar. 2018b. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371. Acesso em: 12 dez. 2022.

CAMPOS, Bruno. Conheça Salu, a primeira pessoa a ser reconhecida documentalmente como não binária em Minas Gerais. **JM Online**, 20 ago. 2022. Disponível em: https://jmonline.com.br/novo/?noticias,2,CIDADE,231019. Acesso em: 12 dez. 2022.

CANOFRE, Fernanda. RS: Pessoas não-binárias ganham direito a mudar nome e gênero em cartórios. **Universa Uol**, Porto Alegre, 29 abr. 2022. Disponível em: https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2022/04/29/justica-do-rs-autoriza-genero-nao-binario-em-registros-via-judicial.htm. Acesso em: 12 dez. 2022.

CARTÓRIOS passam a aceitar o termo não binário nos registros civis. **GZH**, Porto Alegre, 23 abr. 2022. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2022/04/cartorios-passam-a-aceitar-o-termo-nao-binario-nos-registros-civis-cl2b2nv6v00aw01658eb1grg4.html. Acesso em: 19 dez. 2022.

CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS. **Princípios de Yogyakarta**: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. [*S. l.*: *s. n.*], 2007. *E-book*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 10 dez. 2022.

COIN, Juliana. Conheça as duas primeiras pessoas não binárias a conquistarem documentos com retificação de gênero e nome no RS. **Matinal**, 04 nov. 2021. Disponível em: https://www.matinaljornalismo.com.br/matinal/reportagem-matinal/pessoas-nao-binarias-correcao-nome-genero-rs/. Acesso em: 12 dez. 2022.

CONGRESSO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS, 15., 2022, Goiânia. **Teses e práticas exitosas**: defensoria pública, futuro e democracia: superação de retrocessos e novos desafios. Goiânia: CONADEP, 2022. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/TESES_E_PRATICAS-FINAL_(2).pdf. Acesso em: 14 dez. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo OC-24/17, de 24 de novembro de 2017, solicitado pela República da Costa Rica**: identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. San José: CIDH, 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 05 dez. 2022.

CRUZ, Jaíne Quele. Rondônia tem 1ª pessoa identificada como não-binária na certidão de nascimento: 'liberdade para ser quem somos'. **G1 Rondônia**. 07 nov. 2022. Disponível em: https://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2022/11/07/rondonia-tem-1a-pessoa-identificada-como-nao-binaria-na-certidao-de-nascimento-liberdade-para-ser-quem-somos.ghtml. Acesso em: 12 dez. 2022.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Núcleo de Defesa da Diversidade Sexual e de Gênero – NUDIVERSI. **[Não binariedade]**. Porto Alegre: DPERS, 2022. Cartilha. Disponível em: https://www.defensoria.rs.def.br/upload/arquivos/202208/19090532-nao-binarios-digital.pdf. Acesso em: 06 abr. 2023.

FARIA, Thaís. TJ/BA aprova a inclusão de gênero não-binário no registro civil após solicitação da Defensoria e MP. **Defensoria Pública Bahia**, 13 maio 2022. https://www.defensoria.ba.def.br/noticias/tj-ba-aprova-a-inclusao-de-genero-nao-binario-no-registro-civil-apos-solicitacao-da-defensoria-e-mp/. Acesso em: 06 abr. 2023.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation. *In*: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?** a politicalphilosophical Exchange. New York: Verso, 2003.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? **Lua Nova**, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0102-64452007000100006. Acesso em: 23 abr. 2023.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0102-64452009000200001. Acesso em: 02 fev. 2023.

GIUSTI, Iran. 122 projetos anti-LGBTQIA+ foram criados em 3 anos no Brasil. **Terra**, 19 ago. 2022. Disponível em: https://www.terra.com.br/nos/122-projetos-anti-lgbtqia-foram-criados-em-3-anos-no-brasil,2d74d9945c4fdbd8bb47679dfee874aehhf2g050.html. Acesso em: 12 dez. 2022.

JORGE, Marcos do Amaral. Estudo pioneiro na América Latina mapeia adultos transgêneros e não-binários no Brasil. **Jornal da Unesp**, São Paulo, 12 nov. 2021. Disponível em: https://jornal.unesp.br/2021/11/12/estudo-pioneiro-na-america-latina-mapeia-adultos-transgeneros-e-nao-binarios-no-brasil/. Acesso em: 15 dez. 2022.

LAMAS, João Pedro. Mutirão da Defensoria Pública orienta pessoas não binárias sobre alterações no registro civil em Porto Alegre. **G1 Rio Grande do Sul**, 11 nov. 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/11/11/mutirao-da-defensoria-publica-orienta-pessoas-nao-binarias-sobre-alteracoes-no-registro-civil-em-porto-alegre.ghtml. Acesso em: 12 dez. 2022.

LERAY, Wallace. Aoi Berriel é a primeira pessoa não-binária do Rio a mudar certidão de nascimento. **Catraca Livre**, 21 set. 2020. Disponível em:

https://catracalivre.com.br/cidadania/aoi-berriel-e-a-primeira-pessoa-nao-binaria-do-rio-a-mudar-certidao-de-nascimento/. Acesso em: 12 dez. 2022.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça da Paraíba. **Provimento n. 003, de 26 de janeiro de 2015**. João Pessoa: TJPB, 2015. Disponível em: https://corregedoria.tjpb.jus.br/legislacao/codigo-de-normas-cgjpb-extrajudicial/. Acesso em: 06 abr. 2023.

PESSOA não binária pode ter gênero não especificado em registro civil, diz TJ-SP. **Consultor Jurídico**, 28 out. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-29/pessoa-nao-binaria-nao-especificar-genero-registro-civil#:~:text=Pessoa%20n%C3%A3o%20bin%C3%A1ria%20tem%20direito,g%C3%AAnero%20n%C3%A3o%20especificado%2Fag%C3%AAnero%22. Acesso em: 12 dez. 2022.

PESSOA não-binária tem direito à retificação de registro civil reconhecido pela Justiça do DF. **Brasil de Fato**, Brasília, DF, 01 ago. 2022. Disponível em: https://www.brasildefatodf.com.br/2022/08/01/pessoa-nao-binaria-tem-direito-a-retificacao-de-registro-civil-reconhecido-pela-justica-do-df. Acesso em: 12 dez. 2022.

REGISTROS civis terão a opção de Não-binário caso requerimento da Defensoria pública seja aceito. **Portal O Norte**, 30 ago. 2022. Disponível em: https://www.portalonorte.com.br/noticias/registros-civis-terao-a-opcao-de-nao-binario-caso-requerimento-da/113915/. Acesso em: 14 dez. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Provimento 003/2022-CGJ**. Porto Alegre: TJRS, 2022. Disponível em: https://colegioregistralrs.org.br/img/2022/01/publicacao-1.pdf. Acesso em: 12 dez. /2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Provimento 16/2022-CGJ**. Porto Alegre: TJRS, 2022. Disponível em: https://infographya.com.br/wp-content/uploads/2022/04/Provimento-No-16-2022-CGJ-Alteracao-de-prenome-e-sexo-de-pessoas-nao-binarias-e-outros-assuntos.pdf. Acesso em: 10 out. 2022.

SCHAFER, Camila. Defensoria Pública garante retificação de registro civil para pessoa não-binária. **Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 13 set. 2021. Disponível em: https://www.defensoria.rs.def.br/defensoria-publica-garante-retificacao-de-registro-civil-para-pessoa-nao-binaria. Acesso em: 12 dez. 2022.

SERENA, Ilanna. Pela primeira vez, Justiça piauiense concede registro de pessoa não-binária à jovem. **G1 Piauí,** 23 jul. 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2021/07/23/pela-primeira-vez-justica-

piauiense-concede-registro-de-pessoa-nao-binaria-a-jovem.ghtml. Acesso em: 02 dez. 2022.

STARIOLO, Malena. Levantamento quantitativo pioneiro na América Latina mapeia comunidade ALGBT no Brasil. **Jornal da UNESP**, São Paulo, 24 out. 2022. Disponível em: https://jornal.unesp.br/2022/10/24/levantamento-quantitativo-pioneiro-na-america-latina-mapeia-comunidade-algbt-no-brasil/. Acesso em 12 dez. 2022.

URUGUAI. **Ley n. 19684:** Ley Integral para personas trans. Mondevideo: Presidencia de la República, 2018. Disponível em: https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19684-2018. Acesso em: 19 dez. 2022.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

DADOS PESSOAIS COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO A PARTIR DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 115/2022

PERSONAL DATA AS AN INDEPENDENT FUNDAMENTAL RIGHT BY CONSTITUTIONAL AMENDMENT No. 115/2022

DATOS PERSONALES COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTÓNOMO A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL N.º 115/2022

Gabriela Felden Scheuermann[1]

RESUMO

A presente pesquisa tem como tema a proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo a partir da aprovação da Emenda Constitucional nº 115 de 2022, que incluiu o inciso LXXIX no art. 5º da Constituição Federal. O problema de pesquisa centra-se em saber qual a relação entre dados pessoais, intimidade e privacidade e como a legislação brasileira trata estas temáticas, considerando a expansão da tecnologia e as conectividades pela Internet. O objetivo, portanto, consiste em verificar como se dá a proteção de dados pessoais no Brasil, em especial após a aprovação da referida Emenda Constitucional. Como metodologia, adota-se o modo de raciocínio indutivo e a pesquisa classifica-se como bibliográfica. Como conclusão, tem-se que, após a mudança do texto constitucional, os dados pessoais passaram a ser autônomos, de modo a não ser compreendido mais como mera extensão da privacidade e da intimidade.

Palavras-chave*:* dados pessoais; internet; direito fundamental; intimidade; privacidade.

ABSTRACT

This research has got as theme the personal data protection as an independent fundamental right by approval of constitutional amendment number 115 of the year 2022 that included the item LXXIX on article 5º of the Federal Constitution. The research problem is centered on knowing which are the relation between personal data, intimacy and privacy and how brasilian legislation treat those thematics, considering tecnology expansion and the conectivities by the internet. The objetive, therefore, consists on verify how personal data protection occurs, specially after the approval of constitutional amendment number 115. For methodology, deductive reasoning is prevailing adopted and the research is set as bibliographical. The

---

1 Professora e Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus Cerro Largo (RS). Doutoranda bolsista Capes/CNPq pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI Campus Santo Ângelo (RS). Mestra em Direitos Especiais pela mesma Universidade. E-mail: gabischeuermann.gf@gmail.com.

conclusion of this work is, after the change of constitutional text, personal data turned into independent data in a way that it couldn't be more comprehended as mere extension of privacy and intimacy.

Keywords: personal data; internet; fundamental right; privacy; intimacy.

RESUMEN

Esta investigación tiene como tema la protección de los datos personales como derecho fundamental autónomo a partir de la reforma constitucional nº 115/2022, que incluyó el inciso LXXIX en el artículo 5º de la Constitución Federal. El problema de investigación se centra en conocer la relación entre datos personales, intimidad y privacidad y cómo la legislación brasileña trata estos temas, teniendo en cuenta la expansión de la tecnología a través de la Internet. El objetivo es verificar cómo se lleva a cabo la protección de datos personales en Brasil, especialmente después de la aprobación de la reforma constitucional. Como metodología, se adopta em método inductivo y la pesquisa se clasifica como bibliográfica. Como conclusión, después del cambio en el texto constitucional, los datos personales pasaran a ser autónomos y no son más entendidos como una mera extensión de la privacidad y de la intimidad.

Palabras clave: datos personales; internet; derecho fundamental; intimidad; privacidad.

Data de submissão: 12/05/2023
Data de aceite: 22/05/2023

1 INTRODUÇÃO

Não há como negar que o mundo vive atualmente a Era da Sociedade da Informação ou Sociedade Tecnológica (CASTELLS, 2002). Através da Internet, nossas relações (pessoais e profissionais) estão conectadas em um espaço sem fronteiras físicas, ou seja, por meio do espaço virtual, denominado ciberespaço. Este espaço é formado pelo fluxo de informações e mensagens transmitidas entre computadores, por meio de uma rede aberta que qualquer pessoa pode ter acesso.

Com isso, as relações têm migrado do espaço físico para o digital e, como consequência, cada vez mais nossas informações estão disponíveis na Internet, em especial pelo uso de alguns aplicativos e redes sociais, como Facebook, Twitter e Instagram. Ao conceder acesso e concordar com os Termos de Uso, abrimos a possibilidade de uso e compartilhamento de nossos dados pessoais, muitas vezes

com a finalidade de vigilância ou para influenciar determinados tipos de comportamentos.

Portanto, com a inserção de dados pessoais no ciberespaço, a privacidade e a intimidade dos usuários estão ficando cada vez mais frágeis e vulneráveis. Nesse sentido, esta pesquisa se propõe a compreender a proteção de dados pessoais no Brasil, mas não apenas como mera extensão dos conceitos de privacidade e intimidade, mas como um direito fundamental autônomo, ou seja, como um direito em si, o que somente aconteceu a partir de 2022 com a aprovação da Emenda Constitucional nº 115.

Diante disso, o problema de pesquisa baseia-se em saber a diferença entre intimidade, privacidade e dados pessoais e como a legislação brasileira protege tais direitos. Para tanto, adota-se predominantemente o modo de raciocínio indutivo e a pesquisa classifica-se como bibliográfica. Por fim, destaca-se que, para melhor compreensão da temática, este artigo está dividido em três momentos: no primeiro, o objetivo específico é conceituar os direitos fundamentais; no segundo, o objetivo específico é analisar os dados pessoais a partir da expansão da Internet; no terceiro, o objetivo específico é compreender os dados pessoais como direito fundamental autônomo.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITO E DIMENSÕES

Os direitos fundamentais surgem a partir da ruptura do Estado Absolutista e do nascimento do Estado Liberal de Direito. Assim, “a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do Estado constitucional, cuja essência reside [...] na proteção [...] dos direitos fundamentais do homem” (SARLET, 2012, p. 24). No mesmo sentido, os direitos fundamentais “assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos e, depois, deveres” (MENDES; BRANCO, 2020, p. 127).

É possível afirmar que os direitos fundamentais são direitos expressos em documentos jurídicos que protegem os indivíduos contra abusos do poder do

Estado, ou seja, são limitadores do Estado e, ao mesmo tempo, garantidores de valores básicos e fundamentais do ser humano.

> A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral (MORAES, 2021, p. 02).

Dada sua importância, possui características centrais, como a historicidade, a relatividade, a imprescritibilidade, a inalienabilidade e a indisponibilidade. Em relação a historicidade, os direitos fundamentais, segundo Bobbio (1992, p. 18), são construções históricas, criados a partir de distintas realidades e distintos períodos da humanidade. Por isso, não são fixos nem estáticos, ao contrário, “são nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO, 1992, p. 19). No mesmo sentido, Mendes e Branco (2020, p. 143) afirmam que os direitos fundamentais “são um conjunto de faculdades e instituições que somente faz sentido num determinado contexto histórico”.

Em relação a relatividade, os direitos fundamentais não são absolutos, de modo que podem entrar em conflito entre si ou, inclusive, com outros direitos fundamentais (BOBBIO, 1992; LENZA, 2021). Nesse sentido, segundo Mendes e Branco (2020, p. 142), não há que se falar em direitos absolutos; “tanto outros direitos fundamentais como outros valores podem limitá-los”. Em relação à inalienabilidade e indisponibilidade, os direitos fundamentais não podem ser renunciados, comprados, vendidos ou destruídos.

Cabe destacar que os direitos fundamentais, por serem considerados como histórico, possuem três gerações. Os direitos de primeira geração são àqueles pautados na liberdade e têm como titular o indivíduo, por isso, baseia-se no Estado Liberal. Segundo Bonavides (2008, p. 517). esses direitos são oponíveis contra o Estado e “traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.

No entanto, o Estado Liberal era um Estado abstencionista, ou seja, não se preocupava com questões sociais. E, com diversos problemas sociais, em especial pela Revolução Industrial, "o ideal absenteísta não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento" (MENDES; BRANCO, 2020, p. 136). Nesse contexto, foi preciso uma nova concepção de Estado. E, assim, nascem os direitos de segunda geração, "por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante ação corretiva dos Poderes Públicos" (MENDES; BRANCO, 2020, p. 136). Esses direitos estão pautados na igualdade e dizem respeito aos direitos sociais, como assistência, saúde, educação e trabalho. Por isso, o Estado passa a ser compreendido como um Estado Social, isto é, um Estado Intervencionista (STRECK; MORAES, 2003).

> O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdade sociais - como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividade, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados (MENDES; BRANCO, 2020, p. 136).

Por fim, a terceira geração dos direitos fundamentais está relacionada a direitos considerados como difusos ou coletivos, ou seja, não considera o homem em si, mas inserido em um grupo (LENZA, 2021). Situam-se aqui o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural (MENDES; BRANCO, 2020).

Os direitos fundamentais são, tradicionalmente e pela maioria dos doutrinadores de Direito Constitucional (LENZA, 2021; MENDES; BRANCO, 2020; MORAES, 2021), separados em três gerações, as quais foram acima expostas. No entanto, é importante destacar que para outros autores, como Paulo Bonavides, ainda há a quarta e a quinta geração. Para Bonavides (2008, p. 85), a quarta geração está relacionada a era da globalização e, portanto, insere-se aqui o direito à democracia e à informação. E a quinta geração está relacionada ao direito de paz, tradicionalmente inserido na terceira geração.

Exposto brevemente o conceito dos direitos fundamentais, passar-se-á para a questão central de considerar o direito à intimidade e o direito à privacidade como direitos fundamentais para, posteriormente, entendê-los à luz dos dados pessoais.

Em termos gerais, privacidade remete ao sentido de algo que não é público. Contudo, ao analisar de forma mais complexa o conceito, tem-se percebido que privacidade vai muito além disso. Ao dizer que todos possuem o direito à privacidade, retomamos o pensamento de que todos os seres humanos, possuem o direito a manter certas informações e partes da sua vida fora da esfera pública (BIONI, 2021). Desse modo, para Bioni (2021, p. 91), a privacidade pode ser compreendida como o "direito de ser deixado só, estar a salvo de interferências alheias, do segredo ou sigilo que são direitos calibrados pela dicotomia das esferas pública e privada. A pessoa tem o direito de retrair aspectos de sua vida do domínio público."

No mesmo sentido, Mendes e Branco (2020) afirmam que a privacidade teria como finalidade "os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espelhem ao conhecimento público". Com efeito, a privacidade é um direito que permite excluir do conhecimento de terceiros "informações que o titular quer preservar para si próprio" (JABUR, 2005, p. 254). Além disso, José Afonso da Silva (1989, p. 183) referia que "privacidade é o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições".

O conceito de intimidade, por outro lado, diz respeito "aos comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais, às relações comerciais e profissionais [...]" (MENDES; BRANCO, 2020, p. 285). Assim, o objeto central da intimidade são episódios e fatos da vida cotidiana mais íntimos, envolvendo relações mais próximas. Por exemplo, dados bancários é uma proteção em relação a privacidade (mais amplo), e questões de orientações sexuais é uma proteção de intimidade (mais restrito e pessoal) (NUNES JUNIOR, 1997, p. 91).

Assim, Bentivegna (2019, p. 150) esclarece o conceito mais detalhadamente, sendo que:

> a este locus mais restrito só têm acesso as pessoas mais próximas do titular, em quem este confia mais e com as quais desfruta, como o nome sugere, de intimidade. **Aqui sucedem-se os fatos mais íntimos, as conversas mais restritas, e dão-se os momentos de maior recato;** restando excluídas não só as pessoas do público como mesmo as pessoas da esfera privada do titular, mas que não alçadas – a seu único e exclusivo critério – à sua esfera da intimidade (grifou-se).

A privacidade está prevista em diversos dispositivos da Constituição Federal e possui uma proteção, como mencionada, mais ampla. Assim, além da proteção de informações a respeito da pessoa, a privacidade também protege o domicílio e as comunicações. De acordo com o art. 5º, inciso XI da Constituição Federal, "a cada é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial" (BRASIL, 1988). Em relação a proteção das comunicações, o art. 5º, XII prevê que é "inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial [...]".

3 OS DADOS PESSOAIS COMO ESSÊNCIA DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE E O USO DA INTERNET

Atualmente, pela expansão da tecnologia e das conectividades pela Internet, a sociedade mundial é marcada pela ausência de barreiras/fronteiras. Ou seja, as pessoas podem se conectar com o outro lado do mundo através de um celular ou de uma tela de computador. Segundo Castells (2002, p. 40), "as redes interativas de computadores estão crescendo exponencialmente, criando novas formas e canais de comunicação, moldando a vida e, ao mesmo tempo, sendo moldadas por ela".

A Internet foi inicialmente desenvolvida pelos Estados Unidos como forma de defesa das informações durante a Guerra-Fria (VIEIRA, 2007). Segundo Castells (2002, p. 44), ela foi criada para "impedir a tomada ou destruição do sistema norte-americano de comunicações pelos soviéticos, em caso de guerra nuclear". Ainda segundo Castells (2002, p. 44), a internet foi "uma arquitetura de reque que, como queriam seus inventores, não pode ser controlada a partir de nenhum centro e é

composta por milhares de redes de computadores autônomos com inúmeras maneiras de conexão".

A Internet, com o tempo, passou a conectar à Rede Mundial de Computadores, conectando usuários espalhados pelo mundo inteiro. Castells chama isso de "Galáxia da Internet".

> A Galáxia da Internet é um novo ambiente de comunicação. Como a comunicação é a essência da atividade humana, todos os domínios da vida social estão sendo modificados pelos usos disseminados da Internet [...]. Uma nova forma social, a sociedade de rede, está se construindo em torno do planeta, embora sob uma diversidade de formas e com consideráveis diferencias em suas consequências para a vida das pessoas (CASTELLS, 2003, p. 80).

Em uma entrevista[2] dada em 2016, Zygmunt Bauman afirmou que vivemos em dois mundos paralelos: um mundo criado pela tecnologia *on-line* em que passamos horas do dia conectados às redes e, outro, o mundo de uma vida normal, ou seja, o *off-line*.

Logo, não há como negar que cada vez mais as pessoas estão tendo acesso à internet e, em especial, a diversos aplicativos, como *Whatsapp*, *Instagram*, *Youtube e Twitter*. De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios[3], realizada em 2021, 90% dos lares brasileiros já tem acesso à internet. A mesma pesquisa apontou que, em termos absolutos, isso representa 65,6 milhões de domicílios conectados. Além disso, estudos divulgados[4] demonstram que o Brasil é o terceiro país no mundo que usa redes sociais. Em média, os brasileiros ficam conectados nas redes sociais 3h42min por dia[5].

Portanto, a internet faz parte da vida diária das pessoas, inclusive sendo transformada em meio de trabalho e de estudo. É a chamada Era Digital. No

2 Entrevista realizada por Marina Artusa em 2016 pelo jornal Clarín. Disponível em: https://www.ihu.unisinos.br/categorias/185-noticias-2016/559679-vivemos-em-dois-mundos-paralelos-e-diferentes-o-on-line-e-o-off-line-entrevista-com-o-sociologo-zygmunt-bauman

3 Informações disponíveis em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2022/setembro/90-dos-lares-brasileiros-ja-tem-acesso-a-internet-no-brasil-aponta-pesquisa

4 Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/tecnologia/2021/09/28/interna_tecnologia,1309670/brasil-e-o-terceiro-pais-do-mundo-que-mais-usa-rede-sociais-diz-pesquisa.shtml

5 Informações disponível em: https://ninho.digital/uso-das-redes-sociais/#:~:text=Uso%20das%20redes%20sociais%20no%20Brasil%20em%202021&text=O%20estudo%20evidenciou%20um%20aumento,entre%2016%20e%2024%20anos.

entanto, o uso descontrolado e sem limites da internet e das redes sociais podem acarretar riscos aos usuários, como por exemplo, o compartilhamento massivo de informações e a exposição de dados pessoais.

A coleta de informações e dados e informações pessoais surge na chamada Web 3.0 (LOTH *et al.*, 2019), que consegue gerenciar uma quantidade imensa de dados e, inclusive, determinar perfis dos usuários por meio de algoritmo. Por isso, foi preciso uma nova forma de proteger e tratar os dados pessoais, na medida em que cada vez mais estão expostos na internet. De forma ainda inicial, a Lei do Marco Civil, em seu art. 7º, inciso VII criou o chamado *opt-in*, que é a necessidade de consentimento de forma expressa do usuário quanto ao uso de seus dados pessoais (BARRETO JUNIOR; SAMPAIO; GALLINARO, 2018).

Com isso, a internet tornou-se um ambiente em que as informações dos usuários, que muitas vezes são armazenadas por meio de cadastros em sites, em aplicativos ou em redes sociais, ficam disponíveis para terceiros. O armazenamento de dados ocorre, geralmente, por meio do sistema de algoritmo, considerado como "uma série de procedimentos programados capazes de instruir a máquina a reagir a determinados *inputs* de informação" (SILVA, 2017, p. 31).

Noutras palavras, os algoritmos, ao fazer uma coleta de informações por meio de dados pessoais, acaba "moldando nosso acesso ao repertório cultural" e auxiliam a determinar o que será ou não será produzido (SILVA, 2017, p. 31). Logo, a depender do que acessamos diariamente por meio da internet, o sistema de algoritmo pode influenciar nas conexões entre as pessoas, entre culturas, entre gostos e, inclusive, entre conhecimentos. Por isso, importante compreender o que são dados pessoais e qual a sua relação com a intimidade e a privacidade.

Dados são, de modo geral, informações que podem ser transportadas por meio da Internet. Segundo Hoffmann-Riem (2021, p. 36), "os dados são entendidos como sinais ou símbolos de mensagens que podem ser formalizados e (arbitrariamente) reproduzidos e facilmente transportados com a ajuda de meios técnicos adequados". Os dados podem ser definidos, muitas vezes, de maneira rebuscada e que exige um certo conhecimento na área da informática. Diante disso, muito conciso foi Bruno Bioni (2021, p. 29), ao conceituar dados como:

> O dado é o estado primitivo da informação, pois não é algo *per se* que acresce conhecimento. Dados são simplesmente fatos brutos que, quando processados e organizados, se convertem em algo inteligível, podendo ser deles extraída uma informação (BIONI, 2021, p. 29).

Eles podem ser classificados como "dados pessoais" e "dados não pessoais". Os dados não pessoais são aqueles que não podem ser associados com uma pessoa identificável, ou seja, "casos em que os dados passam por técnicas de anonimização[6] com a intenção de desvincular a pessoa e a informação" (NEGRI; GIOVANINI, 2020, p. 133). Como exemplo desse tipo de dado, cita-se os dados industriais usados por uma empresa para otimizar sua produção (tempo de produção, temperatura ambiente, tempo de embalagem, velocidade das esteiras da indústria etc.), assim, não representam informações relacionadas a uma pessoa específica (BIONI, 2021).

Já os dados pessoais, objeto específico desta pesquisa, são aqueles de caráter mais subjetivos, vinculados a uma pessoa, isto é, "os dados pessoais devem ser vinculados a uma pessoa, e essa pessoa deve ser identificável, seja pelo nome, e-mail ou apelido" (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 36). Portanto, para um dado ser considerado pessoal, em síntese, ele não pode ser um dado aleatório, mas sim vinculado a uma pessoa específica, como refere Hoffmann-riem (2021, p.36), "deve-se notar, no entanto, que o conceito de dados é definido de forma mais restrita na chamada lei de proteção de dados como um direito à proteção da personalidade, nomeadamente em termos de conteúdo como informação de um tipo específico".

Patrícia Peck Pinheiro (2020, p. 35), ao adentrar na análise desse conceito, refere que:

> Dados pessoais são toda informação relacionada a uma pessoa identificada ou identificável, não se limitando, portanto, a nome, sobrenome, apelido, idade, endereço residencial ou eletrônico, podendo incluir dados de localização, placas de automóvel, perfis de compras, número do Internet Protocol (IP), dados acadêmicos, histórico de compras, entre outros. Sempre relacionados a pessoa natural viva. (PINHEIRO, 2020, p. 35).

6 O dado anonimizado é aquele relativo a titular que não possa ser identificado (NEGRI; GIOVANINI, 2020, p. 133). De acordo com a LGPD, a técnica de anonimização é definida como a "utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo (BRASIL, 2019, art. 5º, XI).

Pelo fato de, cada vez mais, as pessoas compartilharem informações sobre sua vida pessoal na Internet, é preciso a existência de normas protetoras dessas informações (dados pessoais), pautado em especial no direito fundamental à intimidade e à privacidade. Inclusive porque, como aponta Vieira (2007), os dados publicados pelos usuários passam por um processamento criando um perfil comportamental e social e, portanto, expondo de forma excessiva a vida das pessoas.

Em âmbito mundial, a União Europeia é quem lidera os debates e avanços sobre a proteção de dados pessoais. A principal fonte jurídica nesse sentido é o Regulamento Geral de Proteção de dados Pessoais Europeu n. 769 (GDPR), aprovado em 2016, que tem a finalidade principal de "abordar a proteção das pessoas físicas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, conhecido pela expressão *free data flow*" (PINHEIRO, 2020, p. 10). No Brasil, podem citar-se como exemplo a Lei do Marco Civil da Internet e a Lei Geração de Proteção de Dados (Lei nº 12.965 de 2014 e Lei nº 13.709 de 2018, respectivamente). Por último, tem-se a aprovação da Emenda Constituição nº 115 de 2022, que desvencilhou a proteção de dados como parte do direito à intimidade e privacidade e o transformou em um direito fundamental autônomo.

4 DADOS PESSOAIS COMO UM DIREITO AUTÔNOMO

As normas jurídicas de proteção de dados sempre tiveram origem de uma interpretação ampliada do direito fundamental à privacidade e do direito fundamental à intimidade. Ou seja, a proteção de dados não nasceu como um direito em si, mas como uma extensão de outros direitos fundamentais. Mas a partir da Convenção nº 108 para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais, em 1981, conhecida como Convenção de Estrasburgo e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em 2000, o direito à proteção de dados "finalmente alçou a condição de direito fundamental de natureza autônoma,

mas apenas para os estados integrantes da União Europeia" (SARLET; SAAVEDRA, 2020, p. 41).

No Brasil, como já apontado, a Constituição Federal de 1988 faz referências a diversos dispositivos que, de forma indireta, protegem os dados pessoais, como o direito à intimidade, à privacidade, à vida privada e o domicílio. O mais próximo de proteger os dados em si foi o art. 5º, XII da Constituição Federal que disciplina sobre o sigilo das comunicações de dados (SARLET; SAAVENDRA, 2020). No entanto, embora cite expressamente dados, não contempla a proteção de dados como um direito fundamental autônomo.

Diante de todo o desenvolvimento tecnológico e do fenômeno de digitalização das informações e dados pessoais, que na era da globalização acontecem cada vez mais, o direito percebeu a necessidade de acompanhar esses avanços, como esclarece Sarlet:

> O direito, portanto, como estrutura organizacional e normativa regulatória de tais esferas e respectivas relações, não poderia deixar de ser convocado a lidar com o fenômeno, cuja dinamicidade e complexidade, contudo, colocam cada vez mais à prova a própria capacidade das ordens jurídicas convencionais (aqui compreendidas em sentido amplo, internacional e nacional) de alcançar resultados satisfatórios, particularmente quando se trata de assegurar um mínimo de proteção efetiva aos direitos humanos e fundamentais afetados. (SARLET, 2020, p. 02).

Em especial, a necessidade de proteção de dados pessoais começa a ganhar destaque pela forma como esses dados são tratados, pois muitas vezes são "matéria-prima dos negócios, um recurso econômico vital, usado para criar uma nova forma de valor econômico" (BOTELHO, 2020, p. 293), inclusive para manipulação de informações, como aconteceu com a empresa Cambridge Analytica. O caso Cambridge Analytica é importante porque foi por meio deste escândalo que o Brasil aprovou a Lei Geral de Proteção de Dados, a LGPD (FORNASIER; BECK, 2020).

Em 2018, três grandes jornais mundiais, o *The Observer,* o *The Guardian* e o *The New York Times*, publicaram o artigo *How Trump Consultants Exploited the*

Facebook Data of Millions[7]". As reportagens demonstravam como dados pessoais de mais de 50 milhões de usuários do Facebook foram parar nas mãos da Cambridge Analytica. (FORNASIER; BECK, 2020). Segundo os jornais, as informações foram utilizadas sem o consentimento das pessoas para fazer propaganda política, já que a Cambridge Analytica era uma das maiores apoiadoras de Donald Trump (ENTENDA..., 2018).

> A empresa [Cambridge Analytica] também fazia uso da rede social Facebook com a prática de ataques-focais (microtargeting,3 em inglês) de seus usuários, muitas vezes utilizando-se – de forma intencional – de notícias falsas (Fake News) para manipular tendências políticas de eleitores, resultando em uma ruptura da democracia e gerando, de forma deliberada, uma sociedade polarizada (FORNASIER; BECK, 2020, p. 183).

Os dados pessoais foram obtidos por meio do aplicativo *thisisyourdigitallife*, que pagou a diversos usuários uma pequena quantia para que eles fizessem um teste de personalidade e concordasse em ter seus dados coletados para uso acadêmico (ENTENDA..., 2018). O aplicativo foi desenvolvido por Aleksandr Kogan, que já tinha pesquisas sobre como deduzir a personalidade e as inclinações políticas das pessoas a partir de seus perfis no Facebook. A empresa Cambridge Analytica teria comprado esses dados (ENTENDA..., 2018).

Geralmente a coleta de dados pessoais acontece pelo *Big Data*. Segundo Botelho, (2020, p. 194), "o elemento principal associado ao Big Data é o registro de qualquer fenômeno, natural ou não, em dados". Assim, o big data é "o fenômeno de massificação de elementos de produção e armazenamento de dados, bem como de processos e tecnologias, para extraí-los e analisá-los" (BOTELHO, 2020, p. 196) Com efeito, a coleta de dados passa, inicialmente, pela análise de informações pessoais (análise de big data) (FORNASIER; BECK, 2020). E foi nesses moldes o que aconteceu pelo uso do aplicativo acima mencionado e que acontece diariamente em diversos aplicativos, em especial quando o usuário concorda com as Condições e Termos de Uso.

A seguir está um trecho das Condições e Termos de Uso do Facebook, extraído em 2022:

---

7 Reportagem disponível em: https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html e em https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election.

> Especificamente, quando você compartilha, publica ou carrega conteúdo protegido por direitos de propriedade intelectual nos nossos Produtos ou a eles relacionados, **você nos concede uma licença não exclusiva, transferível, sublicenciável, isenta de royalties e válida mundialmente para hospedar, usar, distribuir, modificar, veicular, copiar, reproduzir publicamente ou exibir e traduzir seu conteúdo**, assim como criar trabalhos derivados dele, (de modo consistente com as suas configurações de privacidade e do aplicativo). Isso significa, por exemplo, **que se você compartilhar uma foto no Facebook, você nos dará permissão para armazená-la, copiá-la e compartilhá-la com outras pessoas** (reforçando, de modo consistente com suas configurações), como os Produtos da Meta ou provedores de serviços que fornecem suporte para esses produtos e serviços. Vale destacar que, quando excluímos seu conteúdo dos nossos sistemas, essa licença é encerrada (FACEBOOK, 2022, grifo nosso).

Portanto, ao consentir com os termos do Facebook, o usuário dá permissão para a rede social armazenar e compartilhar informações com outras pessoas. É um trecho bastante vago que, entretanto, pode abrir espaço para o compartilhamento ilegal de dados pessoais para fins comerciais ou, até mesmo, de coleta de dados para manipulação de opiniões, como aconteceu com a empresa Cambridge Analytica.

Os usuários, diariamente, concordam com termos de uso e tratamento de dados com finalidade comercial, voltados ao *e-commerce*. Ocorre que, com o mundo estritamente ligado com a internet em que vivemos, estamos passivamente obrigados a aceitar termos de uso, visto que nossa vida, principalmente no âmbito social, passou a ser regulada por redes sociais, onde aceitar termos de uso extensos e rebuscados é essencial para efetuar seu cadastro.

Diante disso, no ciberespaço das redes sociais, criou-se uma espécie de costume em aceitar os termos de uso das aplicações sem ter ideia do que está contido em seu interior. Assim, houve uma certa banalização dos termos de uso, deixando infinitas possibilidades de lacunas e letras minúsculas a serem aproveitadas por terceiros, muitas vezes, utilizando do “consentimento expresso” para dar destinos maléficos aos dados coletados.

Por isso, após o escândalo de dados pessoais comercializados para fins políticos pela Cambridge Analytica, o Brasil avançou na legislação e aprovou a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709/2018 que, a partir de 2020, exige que as empresas sigam as novas regras de sigilo e de privacidade em relação ao armazenamento de dados pessoais.

E como consequência, em fevereiro de 2022, foi aprovada por unanimidade, a Emenda Constitucional (EC) nº 115/2022, que acrescentou o direito à proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais ao cidadão (art. 5º da CF), além de fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.

Mas, antes mesmo da promulgação desta EC, importante destacar que o tema vinha sendo discutido e aprofundado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.387, 6.389, e 6.393. De acordo com Mendes, Rodrigues Junior e Fonseca (2021, p. 79), a decisão do STF trouxe "o reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados como direito autônomo" antes mesmo da positivação na Constituição Federal. Por isso, considera-se importante, mesmo que de forma breve, expor os parâmetros desta decisão.

O caso que ensejou as referidas ADIs no STF envolviam a Medida Provisória (MP) n. 954/2020, que dispunha sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo (STFC) e Serviço Móvel Pessoal (SMP) com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para fins de suporte de produção estatística durante a situação de emergência de saúde pública (Covid-19) (BRASIL, 2020).

De acordo com o art. 2º da MP 954/2020, "as empresas de telecomunicações prestadoras do STFC e do SMP **deverão disponibilizar** à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, números de telefone e endereços de seus consumidores" (BRASIL, 2020, grifo nosso). Isso foi regulamentado por meio de uma Medida Provisória pelo fato de, nesse período, o IBGE não conseguir fazer pessoalmente a coleta de informações e de dados em razão da emergência e da obrigatoriedade de isolamento social.

Porém, essa determinação legal, para os propositores das ações, configurava violação direta a autodeterminação informativa, que é a escolha/opção do consentimento sobre o compartilhamento dos dados pessoais, apontado por Bioni (2021). Com isso, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) propôs a ADI 6.387, o Partido Socialista Brasileiro (PSB) propôs a ADI 6.389 e o Partido Comunista do Brasil (PCdoB) propôs a ADI 6.393. Todas as ações tinham

como objetivo, de acordo com as Petições Iniciais, que estão disponíveis do site do Supremo Tribunal Federal, a declaração da inconstitucionalidade do artigo 2º da MP.

Na fundamentação do pedido, foi destacado que a disponibilização de dados pessoais possibilitaria "a criação de uma estrutura contemporânea de vigilância da população por parte do Estado brasileiro, concedendo ao governo o acesso a informações relevantes dos cidadãos" (BRASIL, 2020, p. 06). Como demonstração da vulnerabilidade dos dados pessoais e de como o compartilhamento pode afetar outras áreas, como a política, citou-se como exemplo emblemático o escândalo da Cambridge Analytica e do Facebook, já citado neste trabalho.

Em abril de 2020, a Ministra Rosa Weber, relatora do caso, suspendeu a MP com base nos pedidos de liminares presentes nas ADIs. Em seu voto (BRASIL, 2020, p. 08), destacou que as informações solicitadas na Medida Provisória, como nomes, números de telefone e endereços, "configuram dados pessoais e integram o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual". E, ainda, destacou o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa, positivados na LGPD.

Além disso, destacou que a MP era bastante vaga quanto ao modo que esses dados pessoais seriam utilizados. Para a Min. Relatora, a MP "não delimita o objeto da estatística a ser produzida, nem a finalidade específica, tampouco a amplitude" (BRASIL, 2020, p. 09). Por isso, ao não definir nem deixar claro como os dados serão coletados, a "MP n. 954/2020 não oferece condições para avaliação da sua adequação e necessidade" (BRASIL, 2020, p. 10).

> Nesse contexto, e a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel, com o caráter precário próprio aos juízos perfunctórios e sem prejuízo de exame mais aprofundado quando do julgamento do mérito, defiro a medida cautelar requerida, ad referendum do Plenário desta Suprema Corte, para suspender a eficácia da Medida Provisória n. 954/2020, determinando, em consequência, que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE se abstenha de requerer a disponibilização dos dados objeto da referida medida provisória e, caso já o tenha feito, que suste tal pedido, com imediata comunicação à(s) operadora(s) de telefonia (BRASIL, 2020, p. 12).

O voto da relatora do caso, acima exposto, foi seguido por todos os demais Ministros, com exceção do ministro Marco Aurélio. A decisão foi importante porque,

segundo especialistas em Direito Constitucional, "pela primeira vez o STF reconheceu expressamente o direito fundamental à proteção de dados" e por isso, é possível afirmar que "foi um julgamento histórico que servirá de baliza para uma série de questões atuais sobre privacidade e manipulação de dados pessoais" (VALENTE, 2020, n.p.). Portanto, com a procedência do pedido de liminar, ficou reconhecido o direito fundamental à autodeterminação informativa.

Enquanto o STF julgava as ADIs ajuizadas, já estava em trâmite no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 17/2019 de iniciativa do Senado Federal, cujo objetivo era de acrescentar da proteção de dados no rol dos direitos fundamentais (art. 5º) da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria (BRASIL, 2018).

De acordo com Sarlet (2020, p. 36)

> Seja na forma prevista na PEC nº 17, seja com outra formatação, é também correta a ponderação de que mediante a sua incorporação ao catálogo constitucional de direitos, um direito fundamental à proteção de dados pessoais daria maior sustentação ao marco regulatório infraconstitucional, bem como a sua aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, entre outras vantagens apontadas.

Além disso, apesar das normas infraconstitucionais que tratam dos dados e sua proteção, a inserção desses como direito fundamental no texto legal da Carta Magna é essencial para haver uma uniformidade no tratamento dos dados, e com isso, assegurar a máxima eficácia da proteção de dados (SARLET, 2020).

> De particular relevância no caso brasileiro – justamente pela existência, além da nova LGPD e de outras leis que versam sobre o tema, é ter sempre presente que, independentemente de sua inclusão no texto da CF, impõe-se ao Estado, por força de seus deveres de proteção, não apenas zelar pela consistência constitucional do marco normativo infraconstitucional (inclusive da LGPD) no tocante aos diplomas legais isoladamente considerados, mas também de promover sua integração e harmonização produtiva, de modo a superar eventuais contradições e assegurar ao direito fundamental à proteção de dados, sua máxima eficácia e efetividade. (SARLET, 2020, n.p.).

Nesse contexto, a PEC 17/2019 foi aprovada nas duas Casas do Congresso Nacional e se transformou na Emenda Constitucional nº 115 de 2022. Com isso, a

partir de 2022 os dados pessoais passaram a ser protegidos não mais como uma extensão da privacidade e da intimidade, mas como um direito em si, isto é, um direito fundamental autônomo.

Ao ser vista como um direito fundamental, a proteção de dados irradia por todas as relações, tanto sociais como jurídicas, exercendo influência direta na adequação para respeitar referido direito. Diante disso, quando se trata de direitos fundamentos como normas constitucionais, manifestamos a sua superioridade formal, sendo essa uma característica extremamente importante dos direitos fundamentais. E agora, os dados pessoais também possuem essa hierarquia constitucional.

5 CONCLUSÃO

Com o constante avanço tecnológico na sociedade, a internet passou a desempenhar um papel cada vez mais importante na vida das pessoas. Com a inserção cada vez maior de informações e dados pessoais no ciberespaço e com os escândalos de uso de dados para finalidades indevidas, verificou-se a necessidade do Direito intervir no espaço digital, até porque a Internet “não é uma terra sem lei”, devendo ser, portanto, regulada.

A partir disso, inicialmente, fez-se o estudo referente aos direitos fundamentais, principalmente em relação ao seu conceito enquanto limitador de intervenção estatal. Além disso, aprofundou-se a análise da intimidade e da privacidade enquanto direitos fundamentais, percebendo-se que os direitos fundamentais são aqueles indisponíveis à intervenção do Estado, enquanto o direito à privacidade e à intimidade podem ser relacionados como o direito a ser deixado só, a optar por manter parte de sua vida oculta da esfera pública.

Por conseguinte, realizou-se a pesquisa acerca da inexistência de barreiras no ciberespaço, sendo que, atualmente, é possível ter acesso às diversas e mais variadas culturas, assim como estabelecer as mais variadas relações, tanto sociais e econômicas de modo online. Destarte a isso, também elencou-se o conceito de dados pessoais, que, simplificadamente, caracterizam-se por ser aqueles passíveis

de tratamento, a fim de gerar informações referentes a uma pessoa específica e identificável.

Por fim, estudou-se a inserção dos dados pessoais na categoria de direito fundamental, verificando a importância da positivação na Constituição Federal, seguido o contexto de direito autônomo, saindo das sombras da intimidade e privacidade. A partir disso, diante do estudo da Emenda Constitucional nº 115/2022, verificou-se o grande avanço, ao suprir a necessidade de concretizar a proteção de dados como direito fundamental.

Portanto, através da pesquisa realizada, pode-se concluir que com o fato da sociedade exercer diversos ramos de sua vida no ciberespaço, o direito brasileiro, por muito tempo, esteve um tanto quanto omisso em relação aos dados pessoais, cenário que veio a mudar em especial com a inserção da proteção de dados no rol dos direitos fundamentais, transformando-o em um direito autônomo e não como mera extensão da intimidade e da privacidade.

REFERÊNCIAS

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; SAMPAIO, Vinicius Garcia Ribeiro; GALLINARO, Fábio. Marco civil da internet e o direito à privacidade na sociedade de informação. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 52, jan./jun. 2018.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade**: os limites entre o lícito e o ilícito. São Paulo: Editora Manole, 2019.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais**: a função e os limites do consentimento. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, abr./jun. 2008.

BOTELHO, Marcos César. A proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental: considerações sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 32, jan./jun. 2020. Disponível em: https://core.ac.uk/reader/327193050

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara nº 53 de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965 de 2014. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133486. Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6389**. Relator: Ministra Rosa Weber, 07 de maio de 2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895168. Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF3). **Recurso Inominado nº 5000086-03.2021.4.03.6345**. Relator: Juiz Federal Janaina Rodrigues Valle Gomes, 09 de junho de 2022.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Chapecó, v. 12, n. 2, jul./dez. 2011.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EM DISCUSSÃO!: os principais debates do Senado Federal. Brasília, DF: Senado Federal, v. 5, n. 21, jul. 2014. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/503306. Acesso em: 22 maio 2023.

ENTENDA o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colorou na mira de autoridades. **G1 Economia**, 20 mar. 2018. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml. Acesso em: 22 maio 2023.

FACEBOOK. **Condições e Termos de Uso**. Califórnia: Empresa Meta, 2022. Disponível em: https://pt-br.facebook.com/terms.php. Acesso em: 24 maio 2023.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; BECK, Cesar. Cambridge Analytica: escândalo, legado e possíveis futuros para a democracia. **Revista Direito em Debate**, Ijuí, v.

29, n. 53, jan./jun. 2020. Disponível em: https://doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.182-195. Acesso em: 22 maio 2023.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

JABUR, Gilberto Haddad. A dignidade e o rompimento da privacidade. *In*: MARTINS, Ives Gandra; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito à privacidade**. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021.

LOTH, Adriana Falcão *et al*. As tendências e desafios da Web 3.0 à luz da gestão do conhecimento. **Journal on Innovation and Sustainability**, São Paulo, v. 10 n. 1, mar./maio 2019. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/risus/article/download/41810/27983. Acesso em: 07 nov. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila; GIOVANINI, Carolina Fiorini Ramos. Dados não pessoais: a retórica da anonimização no enfrentamento à covid-19 e o *privacywashing*. **Internet e Sociedade**, [*S.l.*], v. 1, n. 2, dez. 2020. Disponível em: https://revista.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2020/12/Dados-na%CC%83o-pessoais.pdf. Acesso em: 14 jan. 2023.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais**. São Paulo: Saraiva, 2020. [*E-book*].

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Belo Horizonte, v. 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020. Disponível em: https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/875/985. Acesso em: 22 maio 2023.

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

SARLET; Ingo Wolfgand; SAAVENDRA, Giovani Agostini. Fundamentos jusfilosóficos e âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista Direito Público**, Brasília, DF, v. 17, n. 93, maio/jun. 2020. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/18861/2/Fundamentos_Jusfilosficos_e_mbito_de_Proteo_do_Direito_Fundamental_Proteo_de_Dados_Pessoais.pdf. Acesso em: 22 maio 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, Sivaldo Pereira da. Algoritmos, comunicação digital e democracia: dimensões culturais e implicações políticas nos processos de big data. *In*: MEHL, João Paulo; SILVA, Sivaldo Pereira da (org.). **Cultura Digital, internet e apropriações políticas**. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2017. p. 29-43. Disponível em: http://ctpol.unb.br/wp-content/uploads/2019/04/2017_MEHL-_SILVA_Cultura-Digital-e-apropriacoes-politicas.pdf. Acesso em: 22 maio 2023.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VALENTE, Fernanda. STF barra MP que previa compartilhamento de dados pessoais com o IBGE. **Consultor Jurídico**, 7 de maio de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-07/stf-barra-mp-previa-compartilhamento-dados-pessoais-ibge. Acesso em: 14 jan. 2023.

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

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

CORRUPÇÃO SISTÊMICA, INSTITUCIONAL E ESTRUTURAL: REFLEXÕES JUSFILOSÓFICAS

SYSTEMIC, INSTITUTIONAL AND STRUCTURAL CORRUPTION: JUSPHILOSOPHICAL REFLECTIONS

CORRUPCIÓN SISTÉMICA, INSTITUCIONAL Y ESTRUCTURAL: REFLEXIONES JUSFILOSÓFICAS

Cassiano Mazon[1]

Felipe Labruna[2]

Rafael Hamze Issa[3]

RESUMO

A definição de corrupção é extensa, relacionada a qualquer ação humana que compreenda alguma espécie de desonestidade, porém no presente artigo restará limitada e associada às atividades do Estado, de seus cidadãos e de seus governantes. A corrupção é derivada de práticas socioculturais bem balizadas, com destaque para o patrimonialismo, o clientelismo, o personalismo e o nepotismo, que surgem no bojo de ações egoístas dos indivíduos. Conclui-se que a corrupção é sistêmica porque envolve, normalmente, um padrão persistente, não episódico, de relacionamentos, abrangendo um conjunto recorrente de interações, obedecendo a um ciclo que se retroalimenta indefinidamente. O método utilizado constituiu-se em um exercício jusfilosófico qualitativo e interpretativo de todo o material acadêmico compilado.

1 Doutorando e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Especialista em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura – EPM e em Política e Gestão Governamental pela Escola Paulista de Direito – EPD. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM. É Professor Coordenador Assistente dos Cursos de Pós-Graduação em nível de Especialização em Direito, Políticas Públicas e Controle Externo, Governança Corporativa, Gestão de Riscos e Compliance e Cidades Inteligentes e Sustentáveis da Universidade Nove de Julho. Advogado da São Paulo Turismo S.A. E-mail: cassimazzon@gmail.com

2 Doutorando, mestre e graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura - EPM. Especialista em Ciência Política pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo - FESPSP. Oficial da Reserva do Exército Brasileiro da Arma de Comunicações pelo Centro de Preparação de Oficiais da Reserva de São Paulo - CPORSP. Professor assistente voluntário do programa de Mestrado em Direito da PUCSP desde 2022. E-mail: fe.labruna@gmail.com

3 Doutor e mestre em Direito pela Universidade de São Paulo - USP. Pesquisador visitante na Universidade de Paris II – Panthéon-Assas. Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Pesquisador do Núcleo Jurídico do Observatório de Inovação e Competitividade do Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Foi auxiliar voluntário de ensino nos cursos de Graduação em Direito na PUCSP e na USP. Professor convidado no Curso de Especialização em Governança Corporativa, Gestão de Riscos e Compliance da Universidade Nove de Julho. E-mail: rafael.hissa@gmail.com

Palavras-chave*:* corrupção; estrutura; ética; instituições; sistema.

ABSTRACT

The definition of corruption is extensive, related to any human action that includes some kind of dishonesty, but in this article it will remain limited and associated with the activities of the State, its citizens and its leaders. Corruption is derived from well-established sociocultural practices, especially patrimonialism, clientelism, personalism and nepotism, which arise in the wake of the selfish actions of individuals. The conclusion is that corruption is systemic because it usually involves a persistent pattern of relationships, not episodic, comprising a recurring set of interactions, obeying a cycle that feeds back indefinitely. The method used was a jusphilosophical interpretative exercise of all the academic material compiled.

Keywords: corruption; ethics; institutions; structure; system.

RESUMEN

La definición de corrupción es amplia, relacionada con cualquier acción humana que incluya algún tipo de deshonestidad, pero en este artículo se mantendrá limitada y asociada a las actividades del Estado, sus ciudadanos y sus líderes. La corrupción deriva de prácticas socioculturales bien establecidas, con énfasis en el patrimonialismo, el clientelismo, el personalismo y el nepotismo, que surgen a raíz de acciones egoístas de los individuos. Se concluye que la corrupción es sistémica porque generalmente involucra un patrón persistente, no episódico, de relaciones, que comprende un conjunto recurrente de interacciones, obedeciendo a un ciclo que se retroalimenta indefinidamente. El método empleado constituye un ejercicio jusfilosófico interpretativo de todo el material académico recopilado.

Palabras clabe: corrupción; estructura; ética; instituciones; sistema.

Data de submissão: 12/05/2023

Data de aceite: 25/05/2023

1 INTRODUÇÃO

A corrupção não é fenômeno típico da contemporaneidade, já podendo ser visualizada desde a Antiguidade Clássica, no Código de Hamurabi, na Bíblia Sagrada e no Código de Manu. A expressão corrupção, etimologicamente, derivada do latim *rumpere,* que equivale a romper, dividir, gerando o vocábulo *corrumpere,* que significa deterioração, degeneração, putrefação, destruição, depravação e

alteração. Na Antiguidade Clássica, os gregos associavam a corrupção ao movimento de alteração física da natureza, destruindo uma determinada ordem natural. O estado natural das coisas correspondia à manutenção da vida em comunidade, com a participação do homem na política, vivendo através das virtudes éticas e contribuindo para a vida na *polis* (CORDEIRO, 2017).

Como soa notar, o conceito de corrupção é alargado, relacionado a qualquer ação humana que compreenda alguma espécie de desonestidade, porém no presente artigo restará limitado e concatenado às atividades do Estado, seus cidadãos e governantes. Comumente, a corrupção é identificada como suborno, nepotismo, crimes econômicos, fraudes e abuso de informações privilegiadas. Ocorre que é importante não perder de vista que a corrupção pode não só ser pública, como também privada ou público-privada. A corrupção abrange uma ampla gama de atos, podendo configurar-se mesmo em situações em que inexistam procura ou obtenção de benefícios financeiros, bem como restar presente em negócios jurídicos simulados, aparentemente lícitos.

> De fato, a corrupção é exemplificada por uma gama muito ampla e diversificada de fenômenos, dos quais o suborno é apenas um tipo e o nepotismo outro. Os casos paradigmáticos de corrupção incluem os seguintes: o comissário de impostos que canaliza dinheiro público para sua conta bancária pessoal, corrompendo assim o sistema financeiro público; um partido político que garante a maioria dos votos, ao providenciar que as urnas sejam preenchidas com boletins de voto falsos, corrompendo assim o processo eleitoral; um policial que fabrica provas para garantir condenações, corrompendo assim o processo judicial criminal; vários médicos que se recusam a testemunhar contra um colega que sabem que foi negligente em relação a uma operação cirúrgica malsucedida, que levou à perda de vidas, prejudicando e corrompendo os procedimentos de responsabilização institucional; um treinador esportivo que fornece aos atletas que treina substâncias proibidas para melhorar seu desempenho, subvertendo assim as regras institucionais estabelecidas para garantir uma competição justa; um aluno de doutorado que plagia o trabalho de outras pessoas visando incrementar seu status acadêmico, dentre outras condutas (STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, 2018, n.p.).

Os primeiros estudos em torno da corrupção datam de 1950, prevalecendo três tipos de análises: (a) funcionalista; (b) política; (c) econômica. A corrente funcionalista entende que a corrupção atingiria níveis sistêmicos em sociedades subdesenvolvidas, impedindo os processos de modernização e de desenvolvimento, com definição de uma reduzida institucionalização política, geradora de uma certa disfuncionalidade.

A partir da década de 1970, a corrupção passou a ser interpretada sob o prisma da cultura política, considerando os valores dentro da estrutura social. Contudo, fato é que não rompeu totalmente com a metodologia funcionalista. A terceira concepção de corrupção, surgida na década de 1980, e que prevalece hodiernamente, envolve uma série de configurações institucionais voltadas à maximização dos lucros dos agentes públicos. Trata-se, com efeito, da relação custo-benefício de se burlar uma regra institucional do sistema político (FILGUEIRAS, 2008).

Importante consignar que as três teorias enfocam os efeitos da corrupção, calcada nos seus custos para a economia, em detrimento da sua causa, que é institucional, social, histórica, política, econômica, possuindo também um viés filosófico e jurídico. O fenômeno da corrupção, que se erige em um sistema complexo, deve ser analisado a partir das normas regulatórias da moralidade política e das práticas sociais estruturais, institucionalizada que está na esfera governativa, bem como estruturada na sociedade, uma vez que não só contamina como constitui as relações sociais.

O ser humano é um animal político, como dizia Aristóteles, nascendo inserido em instituições ético-políticas. A vida em comunidade pressupõe a observância às leis, a participação na tomada de decisões político-econômicas e a interação do indivíduo com o outro (ARISTÓTELES, 1984). Esse pressuposto revela a finalidade natural de todo ser humano, que é a de respeito ao patrimônio público, contribuindo com a sociedade.

2 ESCORÇO HISTÓRICO, CONCEITO E CONCEPÇÕES DA CORRUPÇÃO

A corrupção é derivada de práticas socioculturais bem balizadas, com destaque para o patrimonialismo, o clientelismo, o personalismo e o nepotismo, que surgem no bojo de ações egoístas dos indivíduos que almejam seu próprio benefício em detrimento do bem comum, restando ausente uma consciência coletiva, que levam as pessoas a se galgarem acima da coletividade (SARMENTO, 2002).

Há quem sustente como causas de corrupção as seguintes: (a) natureza humana; (b) herança cultural; (c) educação; (d) desigualdade econômico-social; (e) debilidade institucional; (f) lógica do sistema capitalista (CORDEIRO, 2017).

A corrupção estaria ínsita ao ser humano, que já nasce predisposto a corromper. A herança cultural seria fruto de um processo de construção histórica da identidade nacional. Em algumas sociedades, como, por exemplo, nas nações latino-americanas, os valores éticos e morais já estariam desgastados. A educação seria visualizada sob o fundamento da proporcionalidade, na medida em que quanto maior a qualidade da educação de um país (tempo de estudo, nível de escolaridade e formação profissional), menor seriam os casos de corrupção. A desigualdade econômico-social seria responsável por estimular os indivíduos a transgredirem as normas jurídicas de comportamento, visando à transcendência de suas próprias condições econômicas e sociais. A debilidade institucional diz respeito à ausência de eficiência, presente nos Estados que não conseguem desenvolver uma boa gestão pública, bem como mecanismos eficazes de prevenção e combate à corrupção.

Pela lógica do sistema capitalista, onde as relações são líquidas, efêmeras, individualistas e superficiais, o sucesso deve ser obtido em curto prazo e a riqueza conquistada a qualquer custo, a corrupção seria um subproduto da sociedade de consumo. Ao se reportar às causas de corrupção, é imperioso pontificar que inexiste um consenso a respeito do assunto. Basta tomar como exemplo o Brasil, em que nos grandes casos de corrupção estão envolvidas autoridades do Estado e agentes públicos, que possuem, geralmente, um ato nível de escolaridade, quando do cotejo com a população em geral. Em que pese não poder ser afirmado, indubitavelmente, que a pobreza seja uma das causas da corrupção, não pode ser deixado de lado que a desigualdade social, os privilégios concedidos a uma pequena parcela da população e a ausência de acesso à educação são motivos que podem estimular ocorrências de corrupção (CORDEIRO, 2017).

Em razão de a corrupção ser um fenômeno complexo e multifacetário, diversos aspectos relevantes devem ser considerados, consubstanciados nas desigualdades socioeconômicas, na própria estrutura do sistema capitalista, na falta de planejamento de políticas públicas, no abuso dos poderes administrativos, na forma de organização e estruturação das carreiras públicas ou de Estado, na

ausência de fiscalização e de controle das atividades administrativas, assim como na impunidade (CASTRO CUENCA, 2009).

As mencionadas causas de corrupção não podem ser estudadas de forma isoladas, merecendo uma exegese holística e integral, para uma compreensão do conjunto. Um ponto que cumpre ser considerado como um dos fatores histórico-culturais que levam à corrupção, cingindo-se, inclusive, à sua "tolerância social", diz respeito à falta de acesso à educação, adstrita aos baixos índices de participação social no processo político-eleitoral, nas decisões político-governamentais, nos procedimentos de escolha das políticas públicas, e no acompanhamento dos governantes eleitos, que são manifestações da cidadania e do pluralismo político.

Com base na obra de Cuenca, a tolerância social à corrupção pode ser explicada a partir de duas teorias. A primeira teoria é a da associação diferencial, ensinando que uma conduta ilegal, reiteradamente repetida, acaba por se tornar prática "normal" em um determinado ambiente. A segunda teoria, das redes sociais, proclama que os indivíduos podem adentrar nas práticas de corrupção isoladamente, não necessariamente por influência do contexto social, e ainda assim desenvolver redes sociais corruptas dotadas de complexidade (CASTRO CUENCA, 2009)

A corrupção alimenta a desigualdade, a injustiça e a discriminação social, afetando o desenvolvimento socioeconômico sustentável de um país, com impactos negativos no PIB – Produto Interno Produto e na taxa de crescimento da economia, impossibilitando que sejam concretizados direitos fundamentais, materializados na educação, na saúde, na habitação e na segurança, somente para citar-se alguns (LEAL, 2012).

> Quando a corrupção encontra-se dispersa em todo o corpo político e mesmo tolerada pela comunidade, as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos disto, haja vista que as estruturas dos poderes instituídos se ocupam, por vezes, com os temas que lhes rendem vantagens seja de grupos, seja de indivíduos, do que com os interesses públicos vitais existentes: hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida porque são desviados recursos da saúde para outras rubricas orçamentárias mais fáceis de serem manipuladas e desviadas como prática de suborno e defraudação; famílias em situação de pobreza e hipossuficiência material não podem se alimentar porque os recursos de programas sociais são desviados para setores corruptos do Estado e da Sociedade Civil; as escolas públicas não têm recursos orçamentários à aquisição de material escolar em face dos desvios de recursos para outros fins, e os alunos ficam sem condições de formação minimamente adequadas. (...) É claro que, por outro lado, a corrupção também pode

> atingir estes Direitos Fundamentais pela via dos comportamentos corruptivos de alguns cidadãos – evidenciando, por certo, a falha estatal de evitar isto (...) (LEAL, 2012, p. 19-20).

De acordo com o Banco Mundial, parece existir uma correlação significativa entre a corrupção e a desigualdade de renda entre os países: quanto maior a corrupção, maior a desigualdade e, quanto maior a desigualdade, maior a corrupção, mais perceptível nos países da América Latina e da África. A corrupção também cria obstáculos ao comércio e aos investimentos, reduz as receitas e aumenta os gastos públicos, contribuindo para a geração de déficits fiscais, com consequências inflacionárias (WORLD BANK, 2022).

3 CORRUPÇÃO E A FILOSOFIA DO DIREITO: PERSPECTIVAS ÉTICAS

A política, sob a seara das disputas eleitorais, não é guiada pela razão do homem virtuoso, compromissada com a moral e a ética do dever ser, mas se encontra amalgamada à razão prática e pragmática dos fins imediatistas de projetos institucionais e pessoais. Tal situação atinge a virtude cívica dos cidadãos, viciando a legitimidade da democracia participativa, diante da falta de consenso a respeito dos valores e princípios. As decisões práticas em torno da política e do interesse público devem obedecer a determinados critérios na eleição das escolhas.

O personagem Cícero da obra *Ética a Nicômaco* de Aristóteles ofereceu orientações aos governantes, a fim de que a corrupção fosse evitada: é preciso visar apenas e tão somente ao bem público, deixando de lado questões pessoais; é necessário moderação no governo e, quando se trata do bem do Estado, urge severidade. Desse modo, percebe-se que nos elementos fornecidos por Cícero estão presentes a responsabilidade, o controle, assim como a ética da gestão da coisa pública. Na linha do quanto observado por Aristóteles, os hábitos de uma pessoa são, em grande medida, constitutivos de seu caráter moral. E as ações corruptas, por assim dizer, são, normalmente, habituais. A denominada corrupção sistêmica não envolve o desempenho habitual de uma ação corrupta praticada por um único indivíduo, mas por diversas pessoas, em uma instituição, governo ou sociedade (ARISTÓTELES, 1984).

Com base em Rogério Gesta Leal, pode ser dito que é somente a razão que ordena os desejos e as ações humanas, resguardando o indivíduo da desonestidade, e preservando-o da paixão, tanto para os seus sentimentos como para o seu comportamento, enfatizando que as promessas da República democrática precisam "ser ancoradas em mecanismos menos ideais e mais pragmáticos de controle e garantias, corregedores de desvios comportamentais corruptivos, permanentemente aprimorados" (LEAL, 2012, p. 12). A corrupção não pode ser reduzida à mera violação da legalidade, constituindo-se em imoralidade pública e privada advinda de vícios éticos recorrentes em diversos cenários da vida cotidiana (LEAL, 2012).

Nas democracias, a corrupção dissolve os princípios políticos que sustentam as condições necessárias para o exercício da virtude do cidadão e da cidadania (STARLING, 2008), estando "associada à fragilidade dos padrões éticos de determinada sociedade, os quais se refletem sobre a ética do agente público" (GARCIA, 2004, p. 205). Nessa ordem de ideias, importa dizer que a corrupção é sistêmica, institucional e estrutural:

> Haverá corrupção se, em primeiro lugar, a intenção dos corruptos é obter um benefício irregular, não permitido pelas regras do sistema. Em segundo lugar, a pretensão de conseguir alguma vantagem na corrupção se manifesta através da violação de um dever institucional por parte dos corruptos. Em terceiro lugar, a corrupção se mostra como uma deslealdade à instituição a qual se pertence ou na qual se presta serviços. A consciência dessa deslealdade faz com que, em quinto lugar, os atos de corrupção tendam a ocultar-se, isto é, sejam cometidos em segredo ou num contexto de discrição (MALEM SEÑA, 2017, p. 43).

A corrupção é sistêmica porque envolve, normalmente, um padrão persistente, não episódico, de relacionamentos, abrangendo um conjunto recorrente de interações, obedecendo a um ciclo que se retroalimenta infindáveis vezes. O agente corrupto, integrante ou não dos quadros estatais, descumpre de forma intencional um sistema de normas, a fim de alcançar benefícios que dificilmente os conseguiria, caso se pautasse com respeito aos deveres impostos pelo marco normativo (FERNANDES, 2019).

É evidente que as instituições são compostas por seres humanos, mas que ocupam a posição de atores e exercem papéis institucionais, ou seja, a corrupção institucional envolve a corrupção pessoal institucional. A categoria "instituições" é por

demais diversificada, abrangendo as políticas (Executivo e Legislativo), as judiciais (Judiciário), às essenciais à Justiça (Ministério Público, Defensoria e Advocacia), as de mercado (Corporações e Organizações), as de ensino (Universidades), as de segurança (Polícia e Forças Armadas), as do Terceiro Setor e a sociedade civil. [4]

A corrupção institucional causa um dano maior do que a espoliação do caráter moral dos ocupantes dos papéis institucionais, uma vez que subvertem os processos e propósitos institucionais como um todo. Normalmente, tal desiderato só se cumpre através da conjugação de esforços, isto é, da ação de múltiplos agentes (duas ou mais pessoas que realizam ações contributivas, a serviço de uma finalidade comum, direcionada, por exemplo, à lesão ao erário) (STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, 2018).

> Os membros de grupos marginalizados são mais vulneráveis à corrupção, pois carecem de possibilidades de cumprir ou evadiras condições extrajurídicas impostas aos mesmos para exercer seus direitos. (...) A discriminação da corrupção é ainda mais intensa, pois é seletiva, em muitas de suas formas operam através de marcadores sociais como de origem étnica, condição socioeconômica, gênero, orientação sexual, etc. Em outras palavras, a corrupção, especialmente a estrutural, tende a preferir os mais vulneráveis, ao mesmo tempo em que reforça a sua condição de marginalidade (NASH ROJAS; BASCUR CAMPOS; AGUILÓ BASCUÑÁN, 2014, p. 71).

A corrupção estrutural consiste em um processo histórico, encontrando-se enraizado na estrutura social de maneira a orientar as relações institucionais, econômicas, culturais, políticas e interpessoais, tornando difícil até mesmo a sua percepção, e pode ser até tolerada, em certos níveis. A corrupção acalenta inúmeras questões de ordem ética. A título exemplificativo, oportuno colacionar algumas delas. As primeiras indagações éticas que surgem são: Qual o motivo, a causa das ações corruptas? Por que elas se operacionalizam? Há muitas razões para as práticas corruptivas, podendo ser mencionadas talvez as principais que são desejo de riqueza, de status e de poder, aliadas, evidentemente, à ausência de caráter, sob o ponto de vista moral.

4 Importante fazer uma distinção entre o público e o privado, no seguinte sentido: as pessoas que ocupam funções públicas, os presidentes (CEOs) de empresas privadas e mesmo os cidadãos, todos exercem papéis institucionais. Outro ponto cinge-se à existência de organizações que já nascem totalmente ilegítimas, sob o prisma legal e moral, não podendo ser corrompidas, portanto. Trata-se, por exemplo, das organizações criminosas do tipo mafioso, como Comando Vermelho (CV), Primeiro Comando da Capital (PCC), entre outras.

Em um segundo momento, podem emergir as seguintes dúvidas: qual a responsabilidade por mudar o comportamento individual dentro do sistema? Qual a responsabilidade por modificar o próprio sistema? Qual o significado e alcance dessa responsabilidade? Qual o grau de responsabilidade - total ou parcial? O dano institucional dentro do sistema pode ser causado pelos diversos atores que ocupam papéis institucionais, tratando-se da combinação de ações individuais, como, por exemplo, de lobistas e de legisladores. Cada um faz uma pequena contribuição causal, tendo uma parcela de responsabilidade moral pelo resultado. A mudança do sistema, por sua vez, demanda uma ação integrada, compreendendo uma responsabilidade moral conjunta – responsabilidade coletiva.

E os questionamentos continuam. Mas e se o motivo da corrupção for agir em prol do bem? Em outras, palavras, é possível falar em causas específicas e pontuais que justifiquem, eventualmente, a corrupção? Exemplo de um servidor público do departamento de imigração que permite o ingresso irregular de um estrangeiro doente, amigo seu, no país, para que ele possa receber tratamento médico vital à sua saúde, inexistindo no caso, benefício pessoal. Essa é uma ação moralmente errada? Sim, é corrupção. É a denominada corrupção de “causa nobre”, ou “moralmente justificável”, e que deverá ser objeto de punição, salvo as escusas absolutórias, ou na hipótese de que não ser exigida ao agente conduta diversa, inexistindo qualquer condição dele razoavelmente prever a ocorrência do resultado (MILLER; BLACKLER, 2005).

4 PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO - ASPECTOS SÓCIOJURÍDICOS

Os regimes ditatoriais e autocráticos, forjados com abstração de toda e qualquer participação popular, são o meio mais adequado e propício para a o aparecimento de altos índices de corrupção. Estes regimes de governo são caracterizados pela ausência de instrumentos de controle, pela inexistência de mecanismos voltados à manutenção da Administração Pública à estrita legalidade, além da arbitrariedade do poder, fazendo com que haja a supremacia do interesse privado, em detrimento ao coletivo.

A corrupção, contudo, não é privilégio de ditaturas, estando presente também em regimes democráticos (AVRITZER, 2008). A diferença basilar é que, com fundamento na legalidade, na harmonia e na separação dos poderes (*checks and balances*), ao lado de instituições consolidadas, que proporcionam instrumentos de controle, a corrupção não fica escamoteada, aparecendo sua face para que possa ser combatida (GARCIA, 2004).

> A corrupção como problema político, econômico, cultural e administrativo se manifesta de forma diferenciada nos diversos países. Em algumas democracias, estruturas de controle da corrupção existem e inibem práticas de apropriação privada dos recursos públicos. Em outros países de democratização recente ou praticamente sem experiências de democracia, a corrupção se expressa de forma muito mais intensa (AVRITZER, 2008, p. 505).

Os sistemas de integridade podem ser visualizados como preventivos e reativos. Um sistema de integridade pode ser definido como "um arranjo institucional cujo objetivo é o de promover atitudes e comportamentos éticos, e fundamentalmente, prevenir, ou, pelo menos, reduzir a corrupção institucional" (STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, 2018, n.p.).

Os mecanismos institucionais preventivos de corrupção podem ser divididos, em linhas gerais, em quatro grandes categoriais: (a) mecanismos voltados à redução da motivação para se envolver em atos de corrupção – criação de programas éticos de educação; criação de códigos de ética e de conduta; (b) mecanismos para diminuir a "capacidade" dos agentes corruptivos – legislação direcionada ao combate aos cartéis, sobretudo em licitações, fortalecimento das instituições democráticas; harmonia e equilíbrio entre os poderes; (c) mecanismos para eliminação ou minoração da oportunidade de envolvimento em atos de corrupção – estabelecimento de disposições acerca de conflitos de interesses; (d) mecanismos de exposição do comportamento corrupto – órgãos de supervisão e controle; canal de denúncias para comunicação de irregularidades (GARCIA, 2004).

Os sistemas de integridade reativos, de combate à corrupção, são lineares, compostos por leis e regulamentos que estabelecem uma série de condutas ilícitas, administrativa e penalmente. Envolvem mecanismos de investigação, de processamento (criação de procedimentos), e de julgamento, sendo adotadas medidas punitivas, quando for o caso No plano internacional foram adotadas

inúmeras medidas de combate à corrupção, com vistas a um redimensionamento de todo o sistema, com destaque para a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (CICC), que foi subscrita em 29 de março de 1996, na cidade de Caracas, na Venezuela, pelos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). Importante consignar que no Brasil, foi editada a Lei de Improbidade Administrativa, de 2 de junho de 1992, diploma singular e sem paralelo no mundo.

Sem prejuízo das sanções de natureza penal, que podem restringir a liberdade individual, de relevo a adoção de outras medidas extrapenais, com destaque para aquelas que possam atingir, direta ou indiretamente, o patrimônio do agente, bem como à perda do cargo ocupado e a inabilitação para o exercício de outra função, consoante prazo fixado em lei. O combate à corrupção não advém da mera produção normativa, mas do resultado da aquisição de uma consciência democrática, decorrente da participação popular ativa e efetiva, de modo a possibilitar uma permanente fiscalização das instituições públicas.

Interessante pontuar a respeito do alto custo social da corrupção, uma vez que, quanto maiores os índices de corrupção, menores serão, sob o ponto de vista quantitativo e qualitativo, as políticas públicas implementadas, sobretudo as que se referem aos direitos fundamentais sociais. Se é consabido que os recursos públicos são limitados, ensejando a invocação do princípio da reserva do possível, impedindo que o Poder Público concretize determinados direitos assegurados constitucionalmente, a situação poderá ficar ainda mais crítica se os mencionados recursos, ao invés de limitados, forem objeto de redução ou, então, utilizados para fins ilícitos, culminando em uma proteção deficiente (GARCIA, 2004).

Com efeito, a corrupção compromete a legitimidade das instituições públicas, atentando contra a sociedade, a justiça e a ordem moral, obstaculizando o desenvolvimento dos povos. E, não raro, além de a corrupção comprometer o gerenciamento de recursos públicos no país, ainda pode conduzir a nação a uma crise de governabilidade, impactando o próprio processo democrático. Em última análise, a corrupção promove uma verdadeira violação dos direitos humanos fundamentais, promovendo uma insegurança social, e comprometendo o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, impedindo as pessoas de

usufruírem os seus direitos políticos, sociais, civis, culturais e econômicos, razão pela qual poderia quiçá até ser tratado como crime contra a humanidade, ao lado do genocídio e da tortura (LEAL; SILVA, 2014).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da corrupção é de natureza difusa, vindo a atingir vítimas indeterminadas, sobretudo a população mais vulnerável, impossibilitando o investimento em diversas áreas, principalmente no que tange à saúde, à educação, à segurança pública, ao combate à fome, à construção e reforma de escolas e hospitais, e obstaculizando a implementação de políticas públicas, de maneira a privar milhões de pessoas de suas necessidades mais prementes, em afronta à dignidade humana. A corrupção possui consequências danosas nas democracias contemporâneas por atingir a igualdade e da justiça, deslegitimando as instituições e destruindo a confiança dos cidadãos. Ocorre que a maioria das pessoas não possui uma ideia clara a respeito do custo social da corrupção, compreendendo-a mais como uma situação de enriquecimento ilícito, e menos como algo prejudicial às suas próprias vidas. O enfrentamento da corrupção implica uma mudança substancial das estruturas socioeconômicas opressivas, desiguais e violentas que excluem o outro, subjugado e inferiorizado, através da eliminação da violência objetiva e simbólica (ZIZEK, 2009).

Uma das medidas efetivas de prevenção e combate à corrupção seria a transparência, que consiste na produção, na difusão e no acesso das informações pertinentes às instituições públicas, intensificando os mecanismos de *accountability* (prestação de contas), e com fortalecimento dos órgãos de fiscalização e de controle, dentre os quais as Controladorias, as Câmaras de Vereadores, as Assembleias Legislativas, o Ministério Público, o Poder Judiciário e os Tribunais de Contas (GUIMARÃES; SOUZA, 2013).

O seu combate requer uma intensificação do direito administrativo sancionador, em detrimento do direito penal, que deve ser a *ultima ratio,* com aprimoramento de uma imprensa livre, implicando, ainda, em um processo de amadurecimento dos indivíduos, com ampliação da capacidade de sua interação

com a sociedade e o mundo, através do desenvolvimento de suas competências comunicativas, que consiste na capacidade de superar divergências e conflitos entre suas vivências (subjetivamente) e a realidade, incluídas aí as normas sociais (objetivamente) (HABERMAS, 1998).

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os Pensadores).

AVRITZER, Leonardo. Índices de percepção da corrupção. *In*: AVRITZER, Leonardo *et al*. (org.). **Corrupção**: ensaios e críticas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. **Corrupción y delitos contra la Administración Pública**: especial referência a los delitos cometidos en la contratación publica. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009. (Colección Textos de Jurisprudencia).

CORDEIRO, Carla Priscilla Barbosa Santos. A corrupção sob um prisma histórico-sociológico: análise de suas principais causas e efeitos. **Revista Eletrônica Direito e Conhecimento**, Arapiraca, v. 1, n. 2, p. 67-93, jul./dez. 2017. Disponível em: https://revistas.cesmac.edu.br/dec/article/view/670. Acesso em: 29 maio 2023.

CORRUPTION. *In*: STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. Stanford: Stanford University, 2018. Disponível em: https://plato.stanford.edu/entries/corruption/. Acesso em: 11 ago. 2022.

FERNANDES, João Marcelo Negreiros. Corrupção e violação a direitos humanos: obstáculos ao desenvolvimento brasileiro no século XXI. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, v. 11, n. 01, p. 107-128, 2019. Disponível em: https://doi.org/10.54275/raesmpce.v11i1.68. Acesso em: 29 maio 2023.

FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção, Democracia e Legitimidade**. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

GARCIA, Emerson. A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 203-245, 2004. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_203.pdf. Acesso em: 22 nov. 2022.

GUIMARÃES, Raquel Beatriz Junqiera; SOUZA, Robson Sávio. **Ética e Corrupção**: dilemas contemporâneos. Belo Horizonte: Editora PucMinas, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. 2. ed. Lisboa: Dom Quixote, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. Fundamentos Filosófico-Políticos do Fenômeno da Corrupção: considerações preliminares. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, 2012. Disponível em: https://doi.org/10.22456/2317-8558.33957. Acesso em: 29 maio 2023.

LEAL, Rogério Gesta; SILVA, Ianaiê Simonelli. (org.). **As multiplicas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea**. Santo Cruz do Sul: EDUNISC, 2014.

MALEM SEÑA, Jorge F. **Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2017.

MILLER, Seumas; BLACKLER, John. **Ethical Issues in Policing**. Aldershot: Ashgate, 2005.

NASH ROJAS, Claudio; BASCUR CAMPOS, María Luisa; AGUILÓ BASCUÑÁN, Pedro. **Corrupción y derechos humanos**: una mirada desde la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. Santiago: Facultad de Derecho Universidad de Chile: Centro de Derechos Humanos, 2014.

SARMENTO, George. **Improbidade Administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002.

STARLING, Heloisa Maria Murgel. Ditadura Militar. *In*: AVRITZER, Leonardo *et al*. (org.). **Corrupção**: ensaios e críticas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

WORLD BANK. **Efforts to Combat Error, Fraud & Corruption**: country examples. Disponível em: https://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/anti-corruption. Acesso em: 10 ago. 2022.

ZIZEK, Slavoj. **Sobre la violência**: seis reflexiones marginales. Buenos Aires: Paidós, 2009.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

A MUDANÇA DO PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO REGIME DEMOCRÁTICO: DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA A UMA INSTITUIÇÃO DA SOBERANIA POPULAR

THE CHANGING ROLE OF THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE IN THE POLITICAL DEMOCRACY: FROM THE CONSTITUTIONALIZATION OF LEGAL ASSISTANCE TO AN INSTITUTION OF POPULAR SOVEREIGNTY

EL ROL CAMBIANTE DE LA DEFENSA PÚBLICA EN EL RÉGIMEN DEMOCRÁTICO: DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ASISTENCIA JURÍDICA A UNA INSTITUCIÓN DE SOBERANÍA POPULAR

Diogo Bacha e Silva[1]

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira[2]

Domingos Barroso da Costa[3]

RESUMO

O presente artigo propõe um debate acerca do papel constitucional da Defensoria Pública sob uma perspectiva teórico-crítica própria à instituição. Nesse sentido, analisa-se a evolução de seus paradigmas normativos, que, se antes permitiam fosse confundida com uma espécie de assistência judiciária constitucionalizada, hoje legitimam a Defensoria Pública como instituição da soberania popular, vital ao Estado Democrático de Direito brasileiro. Sustenta-se, assim, uma Defensoria Pública que se apresente como verdadeira Defensoria do Povo, cuja principal função é a manutenção da tensão entre expectativas normativas igualitárias e universalizáveis e um sistema que sempre investe para colonizá-las. Nesse contexto, a ideia de Defensoria Pública conecta-a a um povo ativo no exercício de sua autodeterminação democrática, que se vale do Direito para afirmar sua cidadania.

Palavras-chave: Constituição; Defensoria Pública; povo; soberania; Democracia.

ABSTRACT

1Advogado; Doutor; Universidade Federal do Rio de Janeiro; diogobacha@gmail.com
2Professor; Doutor; Universidade Federal de Minas Gerais; mcattoni@gmail.com
3Defensor Público; Defensoria Pública do Rio Grande do Sul; domingoscosta@defensoria.rs.def.br

The article proposes a debate about the constitutional role of the Public Defender's Office from a theoretical-critical perspective specific to the institution. In this sense, the evolution of its normative paradigms is analyzed, which, if previously allowed to be confused with a kind of constitutionalized legal assistance, today legitimizes the Public Defender's Office as an institution of popular sovereignty, vital to the Brazilian Democratic State of Law. This sustains a Public Defender's Office that presents itself as a true Defender of the People. Its main function is to maintain the tension between egalitarian and universalizable normative expectations and a system that always invests in colonizing them. In this context, the idea of the Public Defender connects it to a people active in exercising their democratic self-determination, which uses the Law to affirm their citizenship.

Keywords: Constitution; Public Defender’s Office; people; sovereignty; democracy.

RESUMEN

Este artículo propone un debate sobre el papel constitucional de la Defensoría Pública a partir de una perspectiva teórico-crítica propia de la institución. En este sentido, se analiza la evolución de sus paradigmas normativos que, si antes se confundían con una especie de asistencia jurídica constitucionalizada, hoy legitiman la Defensoría Pública como una institución de soberanía popular, vital para el Estado Democrático de Derecho brasileño. Esto sustenta una Defensoría Pública que se presenta como una verdadera Defensoría del Pueblo, cuya principal función es mantener la tensión entre las expectativas normativas igualitarias y universalizables y un sistema que invierte siempre en colonizarlas. En este contexto, la idea de Defensa Pública la vincula a un pueblo activo en el ejercicio de su autodeterminación democrática, que utiliza el Derecho para afirmar su ciudadanía.

Palabras clave: Constitución; Defensoría Pública; pueblo; soberanía; democracia.

Data de submissão: 22/05/2023

Data de aceite: 05/06/2023

1 INTRODUÇÃO

A saída de um regime autoritário para um democrático, para além dos mecanismos de transição e da análise da diferença entre os regimes, provoca uma verdadeira mudança de paradigma no direito. Essa mudança de paradigma não se esgota na titularidade da soberania e nas estruturas de poder, mas permite avançar na modificação substancial das instituições e da própria prática em que elas estão inseridas. Vale dizer, a mudança de um regime autoritário para um regime democrático estabelece uma modificação na própria compreensão do papel do direito e do Estado que reflete profundamente na estrutura e prática das instituições jurídicas e políticas.

Colocamos no centro de nossa reflexão, tenta enxergar a modificação do papel da Defensoria Pública pela e na Constituição de 1988 enquanto instituição essencial que, não sem razão, tem sua origem nos esforços para a construção e consolidação de um Estado Democrático de Direito. Se no âmbito de regime autoritário a Defensoria Pública enquanto órgão não tinha condições de ser criada exatamente pela contradição entre o regime político vigente e sua função emancipadora, é sob os auspícios do Estado Democrático de Direito que ela se origina e se consolida. No entanto, para além de um papel ou função que a remeta para uma limitada assistência judiciária de proteção a direito individual e patrimonial que só tem sentido no autoritarismo, a Defensoria Pública deve encarnar seu papel de instituição voltada para a transformação social.

Nosso texto busca oferecer reflexões em torno da Defensoria Pública para uma prática que seja transformadora sob o ponto de vista social. Portanto, não há melhor oportunidade do que pensar sobre liberdade e emancipação quando esta se encontra ameaçada. Assim como Jean Paul-Sartre utilizou os horrores do nazismo para pensar sobre a liberdade, nosso humilde objetivo é pensar o papel democrático da Defensoria Pública na ótica da transformação social, sobretudo após os constantes ataques à democracia e às instituições por parte de um governo autoritário como o de Bolsonaro.

A resiliência constitucional-democrática depende, em grande medida, das instituições. Mas, mais do que isso, depende também do compartilhamento pela sociedade de uma visão de que, sob o Estado Democrático de Direito, as instituições sirvam e efetivamente pratiquem a transformação da própria sociedade na qual estão ancoradas.

2 A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA JURÍDICO-CRÍTICA DA DEFENSORIA PÚBLICA: O RESGATE HISTÓRICO-ESTRUTURAL DA INSTITUIÇÃO NA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE E A DISCUSSÃO SOBRE SEU PAPEL

Os acontecimentos de 08 de janeiro de 2023 e a tentativa de golpe de Estado por parte de bolsonaristas motivaram uma forte e rápida atuação institucional, com especial destaque para a protagonizada pela Advocacia-Geral da União (AGU), que ainda no calor dos acontecimentos, promoveu medidas judiciais adequadas e legítimas para a responsabilização, tanto na seara cível quanto criminal, de seus participantes e financiadores, pessoas naturais ou jurídicas. Levantou, assim, um importante debate a respeito da atuação das instituições qualificadas como essenciais à justiça na defesa do Estado Democrático de Direito de que são fundamento.

As teorias do direito e da constituição, de um modo geral e como regra, focam suas análises no Poder Judiciário enquanto centro decisório de um Estado de Direito. Quando muito, e em particular devido à sua recente e marcadamente política atuação na Lava-Jato, a ciência política brasileira estende sua observação para o papel institucional do Ministério Público a partir do modo como desenhado pela Constituição de 1988 (KERCHE, 2002; ARANTES, 2007; VIEGAS *et al*., 2022). Referimo-nos a análises da ciência política que, geralmente, se voltam ao estudo da formatação institucional,

abrangendo desde as competências e atribuições constitucionais e legais, até a forma de composição de seus quadros e a interação entre seus membros[4].

Posto isso, cumpre desde já destacar que nosso objeto de análise aponta para a importância de pensarmos as instituições que até aqui estiveram, de alguma forma, à margem dessas reflexões ou que, no mínimo, não tiveram destacado seu papel central na construção do Estado Democrático de Direito brasileiro. Afinal, considerando que o sistema de justiça estabelecido pela Constituição de 1988 vai além do Poder Judiciário e do Ministério Público, necessário que se analisem as demais instituições e funções que o compõem enquanto pilares essenciais na construção e consolidação de nosso Estado Democrático de Direito, sem que se percam de vista as peculiaridades dos processos históricos que constituem o Brasil. Sob outra lógica, desnaturar o papel constitucionalmente desenhado para e por instituições como a Advocacia-Geral da União ou as Defensorias Públicas estaduais e da União equivale a colocar em risco toda a estrutura democrática da ordem constitucional vigente.

Dito de outro modo, as tentativas de golpe recentemente sofridas pelo Estado Democrático de Direito brasileiro reclamam urgente reflexão sobre a necessidade de se realçar a importância e aprofundar as potencialidades dos instrumentos de controle de que dispomos para a proteção da ordem jurídico-política constitucionalmente instituída. Nesse ponto, nosso recorte partirá da reflexão sobre como a Defensoria Pública, considerando os horizontes que se descortinam desde o texto constitucional, emerge como uma instituição pensada e desenhada *a partir* e *para* o Estado Democrático de Direito e pode muito bem servir, aliás como todas as outras instituições do Estado

4 Em alguns estudos da ciência política, encontra-se aprofundamento teórico e histórico em relação à formação das instituições de justiça que são fundamentais para entendermos o processo histórico-social que estão inseridas e como, a partir de suas composições sociais de seus membros, se nos revela um papel institucional de proteção do lugar das elites econômicas-financeiras. Em relação ao Ministério Público, com uma chave interpretativa de Pierre Bordieu, o artigo “A face oculta do poder no Ministério Público Federal e o poder de agenda de suas lideranças”, de Rafael Rodrigues Viegas (2022). Sobre o Poder Judiciário, o já clássico “As elites da justiça: instituições, profissões e poder na política da justiça brasileira”, de Frederico Almeida (2014).

Democrático de Direito, como instrumento de controle contra ações e omissões antidemocráticas dentro do seu papel constitucionalmente adequado. Quando dizemos papel constitucionalmente adequado, não pensamos apenas no seu desenho institucional e modos de composição, mas em como sua atuação se relaciona na totalidade da ordem constitucional de um Estado que se quer Democrático, ou seja, como a concretização de sua formatação institucional se relaciona com a jurisdição constitucional enquanto mecanismo de proteção dos direitos fundamentais e, ao fim e ao cabo, de toda a ordem democrática instituída pelo art. 1º da CF/88.

Definida nossa proposta de reflexão, cabe-nos prosseguir indicando algumas premissas balizadoras das análises construídas ao longo deste texto.

Em primeiro lugar, ressaltar esse engendramento entre a Defensoria Pública e a jurisdição constitucional significa marcar seu papel dentro do Estado Democrático de Direito. Mas vamos além. Pensar na inserção constitucional da Defensoria Pública como ente fundamental ao sistema de justiça de nosso Estado Democrático de Direito possibilita examinarmos, em termos mais gerais, as formas como todas as instituições estatais são moldadas e trespassadas pela força democrática da Constituição, com o cuidado necessário de sabermos e assumirmos que as atuações institucionais dentro da Constituição são crivadas pelo tensionamento entre as condições de possibilidade da emancipação e as determinações da reprodução do sistema capitalista, na medida em que a própria constituição moderna contém em si essa tensão constitutiva (GOMES, 2020).

Em segundo lugar, agora em termos mais específicos, desenvolver essa análise significa assumirmos que as instituições, de um modo geral, mas em particular a Defensoria Pública, não estão descoladas do desenvolvimento histórico-constitucional que lhes dá fundamento e, por isso, seu papel dentro da ordem constitucional-democrática de 1988 está sempre aberto ao *porvir* do processo de longo prazo de aprendizado social, sujeito a avanços e retrocessos, mas que nunca se fecha ao dado da luta pelo reconhecimento de novos sujeitos e novos direitos com a exigência de mudança nas condições

materiais de vida daqueles nele implicados (CATTONI DE OLIVEIRA, 2021, p. 111).

Em termos mais claros, a Defensoria Pública, por intermédio dos seus membros e de toda a sociedade, trava uma luta ativa e constante pela adequação dinâmica de seu papel social voltado à efetivação substancial de um Estado Democrático de Direito em constante evolução e que exige, normativamente, as transformações sociais em cujo curso a Defensoria Pública exerce um papel central. Ou seja, a Defensoria Pública, nos moldes de sua *constitucionalização,* é uma das principais instituições de transformação social, o que inclui, por mais óbvio que pareça, a defesa da ordem democrática em que está inserida.

É bom relembrar que já no Anteprojeto Afonso Arinos (1986) constava proposta de criação do "Defensor do Povo", com funções voltadas ao controle da atividade pública, uma espécie de *ombudsman*[5]. Entretanto, mantinha-se tímida – quase diáfana – a previsão quanto à necessidade de se garantir efetiva assistência aos necessitados, marcadamente a partir da manutenção de defensores públicos organizados em carreira por parte dos Estados e da União ou mediante a advocacia dativa[6]. Dessa forma, embora talvez o mérito da

---

5 Sob o aspecto moderno, a Constituição da Suécia em 1809 foi a primeira a prever essa figura que se baseou na teoria de Monstesquieu apontado como um órgão para fiscalizar os agentes estatais que falhassem nos seus deveres e supervisionar a Administração pública e judicial (BEZERRA, 2010).

6 Os dispositivos: "Art. 53 – Todos os necessitados têm direito à justiça e à assistência judiciária pública; a União e os Estados manterão quadros de defensores públicos organizados em carreira e, na falta ou insuficiência deles, remunerarão o defensor dativo, diretamente ou indiretamente, mediante convênio, conforme se dispuser em lei.
Art. 56 – É criado o Defensor do Povo, incumbido, na forma da lei complementar, de zelar pelo efetivo respeito dos poderes do Estado aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e indicando aos órgãos competentes as medidas necessárias à sua correção ou punição. § 1º – O Defensor do Povo poderá promover a responsabilidade da autoridade requisitada no caso de omissão abusiva na adoção das providências requeridas. § 2º – Lei complementar disporá sobre a competência, a organização e o funcionamento da Defensoria do Povo, observados os seguintes princípios: I – o Defensor do Povo é escolhido, em eleição secreta, pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados, entre candidatos indicados pela sociedade civil e de notório respeito público e reputação ilibada, com mandato não renovável de cinco anos; II – são atribuídos ao Defensor do Povo a inviolabilidade, os impedimentos, as prerrogativas processuais dos membros do Congresso Nacional e os vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; III – as Constituições Estaduais poderão instituir a Defensoria do Povo, de conformidade com os princípios constantes deste artigo". (BRASIL, 1986, p. 8-9)

proposta tenha sido colocar em pauta a necessidade de um órgão que funcionaria como uma espécie de garantidor dos direitos com a criação da figura do *ombudsman,* inspirada na tradição da Suécia e da Espanha, o problema da solução proposta foi cindir a assistência judiciária – nem se dizia de assistência jurídica, vale notar – e a garantia de direitos em duas instituições distintas, como se o problema de acesso à justiça não estivesse umbilicalmente ligado à violação dos direitos constitucionais. Em suma, nesse projeto, nem o Estado assumia para si a tarefa de promover a assistência jurídica com a institucionalização de um órgão permanente e com poderes para tal, nem assegurava com a necessária consistência o instrumental suficiente para a efetiva garantia dos direitos previstos na Constituição a quem coubesse fazê-lo.

O Anteprojeto Afonso Arinos, portanto, mantinha-se fechado em uma concepção de acesso à justiça que percebemos parcial e fragmentada, a qual também permeará as discussões travadas na Assembleia Nacional Constituinte. A visão de uma assistência jurídica como sendo o movimento de prover acesso à justiça aos pobres, integrando a conhecida primeira onda de soluções propostas para o problema do acesso à justiça identificada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), é aquela que irá influenciar os debates na Assembleia Nacional Constituinte acerca do papel da instituição que nacionalmente se conheceria por Defensoria Pública. O constituinte Silvio de

Abreu (PMDB), autor da Emenda apresentada que criava a Defensoria Pública[7], logo na abertura dos trabalhos da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, propôs que a Subcomissão deveria ser denominada Subcomissão do Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública. Para ele, a instituição da Defensoria Pública, criada em alguns estados na ordem anterior a partir da previsão de que o Estado prestaria assistência judiciária, seria o instrumental necessário para o acesso à Justiça, garantia entendida, naquela oportunidade, numa perspectiva essencialmente assistencial, isto é, voltada à defesa dos interesses jurídicos dos réus pobres. Para o referido constituinte, a Defensoria Pública deveria ter o mesmo *status* do Ministério Público.

A participação nas Audiências Públicas dentro da referida Subcomissão de representantes da Federação Nacional das Associações dos Defensores Públicos foram fundamentais para institucionalizar a Defensoria Pública no âmbito constitucional, mas se limitaram a diferenciar a atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública à luz dos interesses postos em discussão – se fossem indisponíveis, a atuação caberia ao Ministério Público, e caso fossem

7 A redação original da emenda apresentada e aprovada no âmbito da Subcomissão era a seguinte: "Acrescente-se o capítulo 'Da Defensoria Pública' logo após o capítulo relativo ao Ministério Público. 'Da Defensoria Pública. Art. 1º A Defensoria Pública, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, tem como incumbência a postulação e a defesa em todas as instâncias, dos direitos dos juridicamente necessitados, podendo atuar ainda, judicial ou extrajudicialmente contra pessoas físicas e jurídicas de direito público ou privado. Parágrafo único. São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, gozando ainda de autonomia administrativa. Art. 2º A Defensoria Pública é organizada, por lei complementar, em carreira composta de cargos de categoria correspondente aos órgãos de atuação do Poder Judiciário. Parágrafo único. Dar-se-á o ingresso na carreira da classe inicial mediante concurso público de provas e títulos, não podendo os nomeados, após dois anos de exercício, ser demitidos senão por sentença judiciária ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa, nem removidos, a não ser mediante representação do Procurador-Geral da Defensoria Pública, com fundamento em conveniência de serviço. Art. 3º A Defensoria Pública é dirigida pelo Procurador-Geral da Defensoria Pública, nomeado pelo Presidente da República, dentre os ocupantes dos cargos da classe final da carreira. Art. 4º Ao Defensor Público, como garantia de exercício pleno e da independência de suas funções, são devidas as garantias, prerrogativas e direitos dos membros do Ministério Público. Art. 5º Lei Complementar organizará a Defensoria Pública da União em todas as instâncias e estabelecerá normas gerais a serem adotadas na organização da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, observado o disposto nesta seção.'" (BRASIL, 1987, p. 238-239).

individuais, à Defensoria Pública[8]–, além de ressaltar a importância de estruturar um órgão estatal com composição qualificada para prestar a assistência jurídica aos pobres e necessitados[9].

3 A MUDANÇA DE FUNÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Dessa forma, o texto constitucional aprovado refletiu as preocupações daquela época: (1) institucionalizar a assistência jurídica e criar um dever para que o Estado assuma essa importante tarefa no acesso à justiça; (2) conferir uma certa uniformidade principiológica à Defensoria Pública em âmbito nacional; (3) outorgar determinadas garantias aos seus membros para que possam exercer a assistência jurídica aos necessitados e (4) delimitar as atribuições da Defensoria Pública de tal modo a diferenciá-las no plano institucional daquelas conferidas ao Ministério Público. Assim, uma análise retrospectiva permite-nos afirmar que, em sua redação original, o art. 134 do texto constitucional promulgado mostrava-se tímido quanto à amplitude da atuação da Defensoria Pública. Alocada ao lado da advocacia privada (art. 133) na seção III do Capítulo IV, que trata das funções essenciais à justiça, a Defensoria Pública era assim prevista no texto original da Constituição de 1988:

---

8 A fala de Roberto Vitagliano na reunião ordinária do dia 23 de abril de 1987 ilustra bem a disputa pelo reconhecimento: "É importante procurar distinguir o Ministério Público e a atuação dos membros do Ministério Público, a atuação dos defensores públicos ou dos membros da Defensoria Pública. Enquanto o Ministério Público procura atuar como fiscal da lei – e atua como fiscal da lei – e em defesa dos direitos indisponíveis da sociedade, o defensor público atua em defesa dos interesses individuais, se bem que sempre do ponto de vista do interesse social" (BRASIL, 1987, p. 63)

9 Dentro da subcomissão, o então constituinte Michel Temer se opunha à criação de um órgão exclusivo para a prestação de assistência judiciária. Em sua experiência, a assistência judiciária deveria ser prestada preferencialmente pela Defensoria Pública a ser criada nos Estados, mas sem excluir a atuação de outros órgãos. Na verdade, relatava que, na sua experiência, por exemplo, a Procuradoria do Estado de São Paulo, órgão que ele próprio pertencia, prestava adequadamente assistência judiciária aos pobres (BRASIL, 1987).

> "Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.
> Parágrafo único. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais".

Seja pelo texto do art. 134 da CF, seja pelo contexto em que inscrevia, com destaque para sua inserção topográfica ao lado da advocacia, conclusão inevitável se dá no sentido de que a Defensoria Pública deveria se limitar a assegurar uma espécie de assistência judiciária repaginada ou, ainda, uma advocacia dativa institucionalizada. Pouco a pouco, e como os sentidos normativos *de* e *da* Constituição estão sempre em disputa, tal desenho institucional se mostrou insuficiente para garantir o fundamental acesso à justiça e o gozo de direitos fundamentais em uma sociedade complexa e estruturalmente desigual como é a brasileira. O acesso à justiça em um Estado republicano e democrático deve ser compreendido como o acesso à ordem jurídica justa, democrática e igualitária no sentido de que o processo judicial e os mecanismos institucionais à disposição da população devem prover uma cidadania democrática com a possibilidade de transformação social (NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 75-120). Dessa forma, uma Defensoria Pública reduzida apenas à promoção da assistência judiciária aos pobres estará longe do seu papel adequado dentro de um Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988 inseriu a Defensoria no registro do público, o que a diferencia em essência de qualquer tipo de advocacia – inclusive da pública. Como já tratamos noutras oportunidades, ao defini-la como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, expressão e instrumento do regime democrático enquanto incumbida de assegurar aos vulneráveis amplo acesso à justiça, o art. 134 da Constituição termina por alçar a Defensoria Pública à condição de garantia fundamental, vinculando-a ao que

prevê o art. 5º, *caput* e LXXIV[10], dentre outros. Em última análise, tendo por referência a força democrática da Constituição e os tensionamentos em meio aos quais se afirma, temos que o *público* que qualifica a Defensoria no texto constitucional ganha sentido na medida em que remete ao *povo* enquanto titular da soberania.

Em suma, é no parágrafo único do art. 1º da Constituição[11] que a Defensoria encontra substância para sua qualificação pública, sendo também dali que extrai sua legitimidade para atuar em defesa da democracia e do Estado de Direito.

O acesso à justiça e a isonomia a que visa passam a mediar a atuação da Defensoria Pública e a comprometê-la essencialmente com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, como o são a cidadania e a dignidade (art. 1º, II e III, da CF), e os objetivos fundamentais de nossa República, com destaque para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a redução das desigualdades e a promoção do bem de todos, indistintamente (CF, art. 3º, I, III e IV[12]).

Essa inscrição na dimensão pública capacita a Defensoria brasileira a ser uma verdadeira Defensoria do Povo, nome que inclusive a designa em diversos países latino-americanos e que há de ser interpretado, em potência e em realidade, como associando a instituição, na medida em que lhe assegura o

---

10 "LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;"

11 "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

12 "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

amplo acesso à justiça, a um povo ativo no exercício de sua autodeterminação democrática, capaz de se valer do Direito – e dos direitos – para se afirmar na pólis e transformá-la.

As transformações normativas pelas quais a Defensoria Pública passou em quase 35 de anos de vigência do texto constitucional demonstram bem como houve uma transformação substancial de seu papel na ordem constitucional, que deve ser captada pelas lentes teóricas e práticas de nossa sociedade. Trata-se de transformações que só foram possíveis pelas mais amplas lutas por seu reconhecimento e que se desenvolveram tanto na cena social, quanto nos palcos legislativo e jurisdicional. Cabe a uma teoria crítica constitucional reconhecer a mudança do papel da Defensoria Pública, considerando como se dá *pari passu* com importantes avanços no campo dos direitos fundamentais e importantes conquistas em termos de isonomia.

Na base organizacional das transformações por que passou a Defensoria Pública desde 1988, merece destaque o estabelecimento da sua autonomia funcional e administrativa, além da iniciativa orçamentária asseguradas pela Emenda Constitucional n. 45/2004, conhecida como a *Reforma do Judiciário* e que acrescentou os §§1º e 2º ao art. 134 da CF/88. O fato de se reconhecer a necessidade de se prever no âmbito constitucional uma regra que assegurasse tanto a autonomia funcional e administrativa, quanto a iniciativa orçamentária em uma proposta que tinha como objetivo a reforma do Judiciário já é indicativo suficiente de que não é possível o funcionamento do sistema de justiça no Estado Democrático de Direito sem uma Defensoria Pública autônoma, ou seja, protegida diante da possibilidade de ingerência de outras instituições e poderes.

Mais tarde, a Lei 11.448/2007 inseriu a Defensoria Pública no rol de legitimados à propositura da ação civil pública prevista na Lei 7.347/85. Dizemos de alteração legislativa que pavimentou o caminho para que a instituição protegesse direitos coletivos e, de alguma forma, passasse a atuar mais diretamente na proteção de direitos fundamentais cuja garantia adequada exigem uma tutela jurisdicional coletiva. Apesar de harmônica em relação ao

texto constitucional e à necessidade de se lhe assegurar eficácia, não foi pouca a resistência à previsão legislativa de atuação coletiva da Defensoria Pública. Tanto que a questão chegou ao STF, que, julgando a ADI 3943, reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública para atuar na tutela coletiva a direitos, o que haveria de ser interpretado da forma mais ampla possível, tanto na proteção dos direitos coletivos *stricto sensu,* difusos e individuais homogêneos, quanto no que concerne ao alcance do vocábulo *necessitados*, admitindo-se, então, a proteção indireta à sociedade (conceito que transcende o de *necessitados*).[13] Tal orientação foi, ainda, objeto de julgamento no RE 733.433, com repercussão geral, cuja tese foi assim fixada: "A Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura da ação civil pública em ordem a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas". Como se verifica, essa decisão indica que o reconhecimento da legitimidade ampla não se confunde com o de uma legitimidade irrestrita, a definição de necessitado devendo ser extraída da hermenêutica do art. 5º, incisos XXXV, LXXIV e LXXVIII da CF/88. Em outras palavras, a legitimidade ativa da Defensoria Pública só pode ser afastada em situações extremas.[14]

Chegamos, enfim, à Emenda Constitucional n. 80/2014, que, vinculando a Defensoria Pública a uma concepção substancial – podemos dizer cidadã – de acesso à justiça, sepultou de vez qualquer pretensão de redução da instituição a mero serviço de assistência judiciária. E não parou por aí: tratou de vinculá-la não só à garantia de acesso à justiça que efetivamente se traduza por cidadania, como também a fez guardiã das possibilidades de emancipação de considerável parcela da população brasileira (*necessitada*) no tensionamento que a opõe às determinações da reprodução do sistema

13 No início, os tribunais consideravam que a legitimidade ativa da Defensoria Pública na Ação Civil Pública dependeria de seu vínculo institucional e, por isso, só poderiam ajuizar demanda em face dos necessitados, comprovando o benefício para a classe dos economicamente desfavorecidos. Inclusive, a CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público foi quem ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade pedindo a inconstitucionalidade da Lei 11.448/2007. Ver: STF, ADI 4943/DF, rel. Min. Carmen Lúcia, j. 07/05/2015.
14 Sobre isso, ver "*Defensoria Pública e a tutela coletiva de direitos*: teoria e prática", de Edilson Santana Gonçalves Filho (2016).

capitalista. É o que se infere de sua definição constitucional como "expressão e instrumento do regime democrático". Nesse sentido, a redação do art. 134 foi profundamente modificada para atribuir à Defensoria Pública, na condição de "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado", a incumbência de "orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, dos necessitados", como "expressão e instrumento do regime democrático". Dessa forma, a vontade do poder constituinte derivado foi de consignar, expressamente, que a Defensoria Pública é instituição imanente ao regime de um Estado Democrático de Direito e que seu dever é ser um instrumento de proteção a esse regime, além da promoção dos direitos humanos fundamentais.

Embora tenha julgado improcedente o pedido de reconhecimento da omissão inconstitucional na implantação efetiva da Defensoria Pública da União, o STF reconheceu a simbiose entre a atuação da Defensoria Pública e a defesa do Estado Democrático de Direito, conforme a ementa da ADO 2:

> A relação entre a atuação da Defensoria Pública e a defesa do Estado Democrático de Direito, ademais, deflui da interpretação sistemático-teleológica das cláusulas da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal em sua acepção substancial, eis que, por meio da Defensoria Pública, reafirma-se a centralidade da pessoa humana na ordem jurídico-constitucional contemporânea, deixando-se claro que todo ser humano é digno de obter o amparo do ordenamento jurídico brasileiro.[15]

Esse reconhecimento por parte do Supremo Tribunal Federal da relação essencial entre Defensoria Pública e defesa do Estado Democrático de Direito é importante para que bem se redefina o papel da instituição no marco de uma atuação inegavelmente mais ampla que a esperada de um serviço de assistência judiciária – concepção que, infelizmente, ainda não se encontra superada na práxis. A propósito, e por exemplo, vale destacar que um dos mais importantes julgados recentes relativos à promoção de direitos fundamentais numa perspectiva de gênero decorreu de iniciativa da Defensoria Pública, o HC 143.461/SP, que reconheceu a necessidade de conversão de prisão preventiva

15 STF, ADO 2/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 15.04.2020.

em prisão domiciliar de mães e gestantes dada a completa ausência de estrutura do sistema prisional para oferecer cuidados às mulheres e seus filhos. Nesse julgado, o STF, ao mesmo tempo, reconheceu explicitamente a possibilidade de concessão de *habeas corpus* coletivo por analogia ao mandado de injunção coletivo previsto na Lei 13.300/2016 e, ainda que indiretamente, o central papel da Defensoria Pública na proteção coletiva de direitos fundamentais.[16]

Reconhecendo o caráter de órgão de Estado e para além de qualquer ingerência, o Supremo Tribunal Federal também deu interpretação conforme ao art. 3º, §1º, da Lei 8906/94 para excluir qualquer interpretação que condicione a capacidade postulatória dos defensores públicos à prévia inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.[17] Para além das disputas institucionais, essa decisão confere uma garantia ainda maior à autonomia institucional e à independência funcional dos membros da Defensoria Pública, distinguindo-os definitivamente, enquanto agentes públicos – e políticos – que são, dos profissionais da advocacia privada.

Por último, movida por razões que ainda nos parecem insondáveis, foi de autoria da própria Procuradoria-Geral da República (PGR) a Ação Direta de Inconstitucionalidade movida contra artigos de Lei Complementar do Estado do Rio Grande do Norte que conferem à Defensoria Pública a possibilidade de requisitar informações e documentos de autoridades e agentes públicos. A fundamentação para a inconstitucionalidade, segundo a Procuradoria-Geral da República, era a de que tal poder seria determinante de um desequilíbrio processual, no qual a Defensoria se veria favorecida em relação à advocacia[18].

Segundo a interpretação dada à sua prerrogativa de requisição pela PGR, o papel da Defensoria Pública deveria ser limitado ao que se poderia esperar de uma espécie de advocacia dativa institucionalizada. A pretensão

---

16 STF, HC 143.641, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20/02/2018.
17 STF, ADI 4636/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 04.11.2021.
18 Dentre tantas outras contradições e inconsistências constatáveis na ação movida pela PGR, chama a atenção o fato de que a constitucionalidade da prerrogativa de requisição – e o afirmado desequilíbrio de armas dela decorrente – não tenha sido contestada pela advocacia (OAB), mas pela PGR.

ministerial, entretanto, não restou acolhida, da própria fundamentação do voto do relator constando as diferenças bem demarcadas entre as categorias da Defensoria Pública e da advocacia privada, cabendo à instituição, tal como expressamente previu a Emenda Constitucional 80, a promoção dos direitos humanos e a defesa o regime democrático, sua condição de instrumento para o acesso a uma ordem jurídica justa legitimando seu poder requisitório.[19]

É de uma instituição pública radicalmente comprometida com o regime democrático e seus princípios regentes que se diz.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, o horizonte de sentido que se abre a partir da constitucionalização da Defensoria Pública é a que a inscreve no domínio do *público*, mas por razões distintas das que podem situar as funções da advocacia privada em uma dimensão pública. Essa inscrição na dimensão pública capacita a Defensoria brasileira a ser uma verdadeira Defensoria do Povo, nome que inclusive a designa em diversos países latino-americanos e que há de ser interpretado, em potência e em realidade, como associando a instituição, na medida em que lhe assegura o amplo acesso à justiça, a um povo ativo no exercício de sua autodeterminação democrática, capaz de se valer do Direito – e dos direitos – para se afirmar na pólis e transformá-la.

Aliás, é justamente em nome desse Povo, de sua cidadania, dignidade, liberdade, igualdade e futuro que, assim como a AGU, pode e deve agir a Defensoria Pública na defesa de nosso Estado Democrático de Direito. Afinal, ninguém mais legitimado e interessado em uma atual atuação que o povo, especialmente sua parcela mais vulnerável, justo a assistida pela Defensoria, cujas possibilidades de acesso ao poder em suas mais diversas dimensões dependem do regime democrático. Mais que os líderes de poderes ou os entes federados – e seu patrimônio –, seria o povo a maior vítima dos atentados que ultimamente tanto fustigaram nosso Estado Democrático de Direito e, ainda nesse sentido, vale destacar que a Defensoria Pública, diferentemente da AGU,

19 STF, ADI 6875/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 21.02.2022.

goza de plena independência em relação à União ou aos estados contra os quais inclusive litiga incessantemente.

Essa independência faz da Defensoria instrumento essencial e diferenciado na promoção da resistência do mundo da vida, de "expectativas normativas igualitárias e universalizáveis", diante de um sistema exploratório capitalista que sempre tende a se impor àquele. Neste ponto, reportamos ao belíssimo texto de David Francisco Lopes Gomes para sustentar que a Defensoria Pública, se é de fato uma Defensoria do Povo, tem por principal função a manutenção dessa tensão entre expectativas normativas igualitárias e universalizáveis e um sistema que sempre investe para colonizá-las, tensão essa que, a nosso ver, não só assegura modernidade a nosso constitucionalismo – como defende o autor –, mas o inscreve no registro democrático, ou seja, no registro não autoritário em que os conflitos não são sufocados, mas, pelo contrário, são acolhidos para que as diferenças que os induzem possam produzir mais que indigente igualdade especular, o que está na base do pluralismo a que visa o art. 3º da CF, em especial em seus incisos I e IV.

Diante dos virulentos ataques dirigidos a nosso Estado Democrático de Direito, dos exemplos de atuação da AGU e da necessidade de fortalecer nosso sistema de proteção constitucional, pensamos que nossas breves reflexões e o reconhecimento da potência conferida pela Constituição à Defensoria Pública nos autorizam a questionar, afinal: onde estariam os núcleos defensoriais de defesa da democracia? Se ainda não existem, pensamos seja o momento oportuno de criá-los, tanto pela Defensoria da União, quanto pelas Defensorias estaduais[20].

Vale enfatizar que sua dimensão pública é a que se constitui a partir do que o povo como um todo é, enfim: tanto o titular, quanto o destinatário da atuação institucional da Defensoria Pública. Qual sentido faz, então, restringir sua capacidade institucional? A Lei 14.230/2021 que deu nova roupagem

20 As ideias trabalhadas nestas considerações finais foram abordadas no texto "Por uma Defensoria Pública do povo" (2023), publicado no Conjur, em 14/03/2023.

jurídica à improbidade administrativa perdeu excelente oportunidade de inscrever a Defensoria Pública no rol de legitimados a promover a responsabilização dos agentes públicos que, pelas suas ações e omissões dolosas, infringem direitos humanos e o próprio regime democrático. Também o Supremo Tribunal Federal quando deu interpretação conforme ao art. 17 e 17-B da Lei 14.230/2021 para excluir a legitimidade exclusiva do Ministério Público para as ações de improbidade e conferi-las concorrentemente com as pessoas jurídicas prejudicadas. Afinal, não é a Defensoria Pública "instrumento" do regime democrático?

A resposta está expressa no art. 134 da Constituição, embora resistam em reconhecê-la as forças de reprodução do sistema capitalista quando se deparam com qualquer mínima possibilidade de emancipação da parcela da população brasileira que melhor submete a seu gozo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Frederico. As elites da justiça: instituições, profissões e poder na política da justiça brasileira. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 22, n. 52, p. 77-95, 2014. DOI: https://doi.org/10.1590/1678-987314225206. Acesso em: 21 maio 2023.

ARANTES, Rogério. Ministério Público na fronteira entre política e direito. **Iustitia**, São Paulo. 64 (197). jul./dez. 2007.
BACHA E SILVA, Diogo *et al*. Por uma Defensoria Pública do povo. São Paulo, **Revista Conjur**, 14 de março de 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-mar-14/opiniao-defensoria-publica-povo. Acesso em: 24 fev. 2023.

BEZERRA, Helga Maria Saboia. Defensor do Povo: origens do instituto do Ombudsman e a malograda experiência brasileira. **Direito, Estado e Sociedade**, n.36, p. 46-73, jan-jun 2010.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Organização e Sistema de Governo, Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. Atas de Comissões. **Ata da Reunião para eleição do presidente e vice-presidente, em 7 de abril de 1987**: notas taquigráficas. 1987. p. 298-239. Disponível em:

https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/3c_Subcomissao_Do_Poder_Judiciario.pdf. Acesso em: 24 fev. 2023.

BRASIL. Senado Federal. Despachos do Presidente da República. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1986, suplemento especial ao n. 185, 26 set. Seção I, Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf. Acesso em: 24 fev. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe editores, 1988.

COSTA, Domingos Barroso; GODOY, Arion Escorsin de. **Educação em direitos e Defensoria Pública**: cidadania, democracia e atuação nos processos de transformação política, social e subjetiva. Curitiba: Juruá, 2014.

GOMES, David Francisco Lopes. Sobre o conceito moderno de constituição: proposta de uma nova abordagem. In: OLIVEIRA Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Constitucionalismo e história do direito**. 2ª ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria Pública e a tutela coletiva de direitos**: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2016.

KERCHE, Fábio. **O Ministério Público no Brasil**: autonomia, organização e atribuições. Tese (Doutorado) - Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo, São Paulo 2003.

NUNES, Dierle, TEIXEIRA, Ludmila. Por um acesso à justiça democrática: primeiros apontamentos. **Revista de Processo**, n. 217, 2013, p. 75-120. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/78337. Acesso em: 21 maio 2023.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **Contribuições para uma teoria crítica da Constituição**. 2ª ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

VIEGAS, Rafael Rodrigues *et al*. O espaço formal de ação do Ministério Público entre 1989 e 2016: mudanças incrementais e ativação estratégica. **Revista de Direito Público**, v. 19, n. 101, 2022. DOI: https://doi.org/10.11117/rdp.v19i101.5769. Acesso em: 21 maio 2023.

VIEGAS, Rafael Rodrigues. A face oculta do poder no Ministério Público Federal e o poder de agenda de suas lideranças. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº 39, p. 1-32, 2022. DOI: https://doi.org/10.1590/0103-3352.2022.39.260005. Acesso em: 21 maio 2023.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

A VIOLÊNCIA POLICIAL A PARTIR DE DADOS REFERENTES AOS ATENDIMENTOS DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL: UMA COMPARAÇÃO ENTRE OS ANOS DE 2021 E 2022

POLICE VIOLENCE BASED ON DATA REGARDING PUBLIC DEFENDER SERVICES IN RIO GRANDE DO SUL: A COMPARISON BETWEEN THE YEARS 2021 AND 2022

VIOLENCIA POLICIAL A PARTIR DE DATOS DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA EN RIO GRANDE DO SUL: UNA COMPARACIÓN ENTRE LOS AÑOS 2021 Y 2022

Aline Palermo Guimarães[1]

Rafaela Weber Mallmann[2]

Agradecimentos[3]

RESUMO

A Defensoria Pública é instituição pública que atua diretamente na proteção e na promoção de direitos humanos, realizando, diariamente, atendimentos referentes a situações de violência policial. O Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul é um setor especializado em receber denúncias e acompanhar a investigação de casos envolvendo essa forma de violação aos direitos humanos. O presente artigo apresenta dados coletados no ano de 2022, tanto a partir de registros do Portal da Defensoria, quanto a partir dos casos atendidos diretamente pelo Núcleo, realizando uma comparação com os dados coletados no ano de 2021. Como resultado, verifica-se um elevado número de relatos de violência policial no estado, e ao mesmo tempo, a mobilização de instituições na tentativa de proteger os direitos humanos da população, com a

---

[1] Defensora Pública dirigente do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos (NUDDH) e coordenadora da pesquisa realizada para a elaboração dos Boletins sobre Violência Policial de 2021 e de 2022. Graduada em Direito pela FMP. Especialista em Direito pela UNIASSELVI. E-mail: aline-guimaraes@defensoria.rs.def.br.

[2] Estagiária de Pós-Graduação no Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos (NUDDH) e pesquisadora envolvida na elaboração do Boletim sobre Violência Policial de 2022. Doutoranda em Filosofia/PUCRS. E-mail: rafaela.mallmann@edu.pucrs.br.

[3] Agradecemos a defensores, servidores e estagiários que, em alguma medida, contribuíram com a construção e a coleta de dados para a elaboração dos Boletins sobre Violência Policial que viabilizaram a análise apresentada no presente artigo, com especial menção ao trabalho desenvolvido pela equipe do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos (NUDDH): Adrian Abi Tapada, Eduardo Oliveira Zanini, Maurício da Silva Danieli e Nathalie Gut Ferreira.

retomada das audiências de custódia após o período pandêmico e a criação do Núcleo de Gestão Estratégica do Sistema Prisional.

Palavras-chave*:* violência policial; Defensoria Pública; direitos humanos.

ABSTRACT

The Public Defender's Office is a public institution that acts directly in the protection and promotion of human rights, providing assistance on a daily basis in situations of police violence. The Nucleus for the Defense of Human Rights of the Public Defender of Rio Grande do Sul is a sector specialized in receiving complaints and monitoring the investigation of cases involving this form of violation of human rights. This article presents data collected in the year 2022, both from the records of the Portal da Defensoria, and from the cases attended directly by the Nucleus, making a comparison with the data collected in the year 2021. As a result, there is a high number of reports of police violence in the state, and at the same time, the mobilization of institutions in an attempt to protect the human rights of the population, with the resumption of custody hearings after the pandemic period and the creation of the Center for Strategic Management of the Prison System.

Keywords: police violence; Public Defense; human rights.

RESUMEN

La Defensoría Pública es una institución pública que actúa directamente en la protección y promoción de los derechos humanos, brindando asistencia cotidiana en situaciones de violencia policial. El Núcleo de Defensa de los Derechos Humanos de la Defensoría Pública de Rio Grande do Sul es un sector especializado en recibir denuncias y acompañar la investigación de casos que involucren esta forma de violación de los derechos humanos. Este artículo presenta datos recopilados en el año 2022, tanto de los registros del Portal da Defensoria, como de los casos atendidos directamente por el Núcleo, haciendo una comparación con los datos recopilados en el año 2021. Como resultado, hay una alta número de denuncias de violencia policial en el estado, y al mismo tiempo, la movilización de instituciones en un intento de proteger los derechos humanos de la población, con la reanudación de las audiencias de custodia después del período de pandemia y la creación del Núcleo de Gestão Prisión Estratégica del Sistema.

Palabras clabe: violencia policial; Defensoría Pública; derechos humanos.

Data de submissão: 17/02/2023
Data de aceite: 09/05/2023

1 INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública é uma instituição pública brasileira que possui a função constitucional de promoção dos direitos humanos e defesa, em todos os graus, dos direitos individuais e coletivos, atendendo de forma integral e gratuita aos necessitados. Dessa forma, é essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito, na medida em que oportuniza o acesso à reivindicação de direitos às pessoas em situação de vulnerabilidade.

A violação de direitos humanos no Brasil possui diversas facetas, estando entre elas inserida a violência policial. O país já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir do caso Favela Nova Brasília, que foi submetido em 19 de maio de 2015, com sentença proferida em 16 de fevereiro de 2017, referindo-se às falhas e à demora para investigar e punir os responsáveis por execuções extrajudiciais de 26 pessoas, após incursões da Polícia Civil do Rio de Janeiro em 18 de outubro de 1994 e em 8 de maio de 1995 na Favela Nova Brasília (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017).

No Rio Grande do Sul, a Defensoria Pública do Estado, pelo Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos (NUDDH), vem realizando, desde 2021, levantamento de dados a respeito dos casos de violência policial recebidos pela instituição, a partir de dois principais enfoques: (a) análise dos registros realizados por todas as Defensorias Regionais junto ao Portal da Defensoria, conforme fluxo de atendimento especificamente desenvolvido para casos de violência policial, e (b) coleta de dados a partir dos casos atendidos e acompanhados diretamente pelo NUDDH.

Em 2022, foi publicado o primeiro relatório com dados referentes ao ano de 2021 e, em 2023, novo levantamento com divulgação dos dados relativos ao ano de 2022. O objetivo do presente artigo, assim, consiste em apresentar essas informações e realizar um comparativo entre 2021 e 2022, de forma que possibilite pensar estratégias conjuntas entre as instituições a fim de promover a defesa e a proteção aos direitos humanos.

2 A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA E A METODOLOGIA DE COLETA DE DADOS A PARTIR DOS ATENDIMENTOS DA INSTITUIÇÃO

Sob uma perspectiva internacional, o Brasil é um dos signatários da Agenda 2030, que contém os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS). Entre eles, encontra-se a promoção de um desenvolvimento mais sustentável, justo e inclusivo, sendo um apelo global para erradicar a pobreza, proteger o meio ambiente e o clima, além de garantir que as pessoas possam desfrutar de paz e prosperidade.

Nesse contexto, o Objetivo n. 16 diz respeito à Paz, Justiça e Instituições Eficazes, incluindo "promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas a todos os níveis" (IBGE, 2023, n.p). A Defensoria Pública está incluída nesse Objetivo no que diz respeito à meta 16.3, que delineia sobre promover o "Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos" (IBGE, 2023, n.p); à meta 16.10, que dispõe sobre "assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais" e à meta 16.b que dispõe sobre "promover e fazer cumprir leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável" (IBGE, 2023, n.p).

As metas constantes nos ODS condizem com a função institucional da Defensoria Pública conforme prevista na Constituição Federal:

> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014) (BRASIL, 1988, n.p).

É nesse cenário que a Defensoria Pública pode ser vista como uma instituição que contribui para os Objetivos Globais, na medida em que é essencial para a efetivação de um Estado Democrático de Direito. Por isso, o levantamento de dados ora em análise possui relevância nacional a fim de demonstrar a organização e

atuação da instituição em prol da proteção aos direitos humanos principalmente no que diz respeito à violência policial.

Fernanda Bragato argumenta que ao analisar a fase contemporânea dos direitos humanos, é possível visualizar que são direitos "reconhecidos a todos os seres humanos, não porque todos sejam concretamente iguais, mas porque, nas suas diferenças, devem ser tratados com a mesma consideração e respeito no acesso a bens básicos para uma vida digna" (BRAGATO, 2022, p. 21).

Antes de adentrar à análise dos dados coletados, é necessário ressaltar que o artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal determina que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante" (BRASIL, 1988, n.p). A Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso "Guerrero, Molina e outros Vs. Venezuela", "considerou que uma das formas de se torturar é "através da violência policial e práticas discriminatórias, usadas para atingir um setor social específico de homens jovens em situação de pobreza" (TASSONI; MARTINS; FRITSCH, 2022, p. 210).

No Brasil, a Lei n. 9.455/97, referente aos crimes de tortura, integra a norma constitucional proibitiva desta prática, definindo-a em seu artigo 1º:

> Art. 1º Constitui crime de tortura:
> I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:
> a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
> b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
> c) em razão de discriminação racial ou religiosa;
> II – **submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo** (BRASIL, 1997, n.p, grifo nosso).

No cenário internacional, a proibição do tratamento cruel, assim como da tortura, foi prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948, n.p), que dispõe em seu artigo 5º que "ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante." Já a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969, n.p), em seu artigo 5.1, trata acerca do direito à integridade pessoal, sendo que "toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral"; e 5.2, que "ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes [...]".

A Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1984, por meio da Resolução n. 39/46, foi promulgada na ordem interna brasileira pelo Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991. Conforme o seu artigo 1º, a Convenção define tortura como:

> (...) qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; **quando tais dores ou sofrimento são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência**. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos conseqüência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1984, n.p).

A proibição da tortura e de tratamentos cruéis possui caráter absoluto, o que é considerado uma exceção à regra da relativização dos direitos humanos. Assim, dispõe o artigo 2º da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (1984, n.p) que: “em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência como justificação para tortura”.

No mesmo sentido, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), promulgada pelo Brasil pelo Decreto n. 98.386, de 9 de dezembro de 1989, aborda o seguinte conceito de tortura em seu artigo 2º:

> Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.
> Não estarão compreendidos no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente conseqüência de medidas legais ou inerentes a ela, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este Artigo (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1985, n.p).

A Convenção define os responsáveis pelo delito de tortura em seu artigo 3º:

> Serão responsáveis pelo delito de tortura:
> a) os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua comissão ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam;
> b) As pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a, ordenem sua comissão, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nele sejam cúmplices (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1985, n.p).

Verifica-se, assim, que diversas são as normativas, tanto no contexto nacional quanto internacional, proibindo a tortura e outros tratamentos cruéis ou degradantes. A violação aos direitos humanos é uma realidade presente na história da humanidade, e é nesse sentido que Bobbio (2004, p. 24) argumenta que "o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é o tanto de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político".

É nesse sentido que se busca, a partir dos dados da Defensoria Pública, refletir coletivamente quanto à observância das legislações antes referidas, bem como quanto às medidas necessárias para a preservação de direitos humanos.

A coleta de dados a partir do Portal da Defensoria tornou-se possível após uniformização da forma de registro dos atendimentos, conforme fluxo proposto pelo Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos (NUDDH), a ser observado pelas Defensorias Regionais em casos envolvendo relatos de violência policial.

Além dos dados do Portal da Defensoria, passaram a ser compiladas, também, informações relativas aos casos remetidos ao NUDDH para acompanhamento, os quais são recebidos mediante encaminhamento pelos(as) Defensores(as) Públicos(as) de diferentes comarcas do estado, por ofícios do Poder Judiciário ou, mesmo, por atendimento direto às vítimas de violência policial. Em todas essas hipóteses, o NUDDH realiza o cadastramento de informações básicas sobre cada denúncia em planilha específica de acompanhamento dos casos para fins de levantamento de dados sobre violência policial. No tópico a seguir, tais dados serão apresentados.

3 DADOS COLETADOS NOS ANOS DE 2021 E 2022

No que se refere aos dados obtidos através do Portal da Defensoria, tem-se que, ao longo de todo o ano de 2021, foram registrados 751 envolvendo a temática da violência policial, enquanto que, em 2022, esse número subiu para 1.061. O levantamento de dados demonstrou, ainda, que, em ambos os exercícios, houve grande concentração de tais atendimentos no NUDDH, que foi responsável por 643 de todos os atendimentos em 2021 e por 856 em 2022.

Quanto ao número de peças, constatou-se que, em 2022, a apuração das denúncias de violência policial resultou na elaboração, pela Defensoria Pública, de 992 peças, o que envolve, além das peças jurídicas, o envio de ofícios e a elaboração de portarias, despachos, pareceres e memorandos nos expedientes administrativos instaurados pelo NUDDH. Em 2021, o total de peças registradas havia sido de 1.202, sendo 1.183 delas elaboradas apenas pelo NUDDH. Nesse ponto, é digno de nota que a redução no número de peças elaboradas deveu-se, em certa medida, à alteração de rotinas de trabalho do próprio núcleo, que buscou a racionalização de documentos emitidos e a redução de casos pendentes.

Quanto às audiências de custódia, foram registradas, no Portal da Defensoria, 10.476 solenidades realizadas em todo o estado no ano de 2022. Em 2021, haviam sido registradas apenas 677 audiências de custódia, dado fortemente impactado pelo contexto de pandemia de Covid-19, uma vez que as medidas de isolamento social impediam a transferência dos presos e a própria presença de servidores e membros do sistema de justiça.

Ainda, outro fator importante e que também impactou no aumento do número de solenidades realizadas no ano de 2022 foi a criação do Núcleo de Gestão Estratégica do Sistema Prisional (NUGESP), inaugurado em junho de 2022 e que passou a concentrar a realização de todas as audiências de custódia referentes às prisões ocorridas em Porto Alegre e em outras 25 comarcas (quais sejam, Alvorada, Cachoeirinha, Campo Bom, Canoas, Charqueadas, Dois Irmãos, Eldorado do Sul, Estância Velha, Esteio, Gravataí, Guaíba, Igrejinha, Ivoti, Montenegro, Novo Hamburgo, Parobé, Portão, Santo Antônio da Patrulha, São Jerônimo, São Leopoldo, Sapiranga, Sapucaia do Sul, Taquara, Triunfo e Viamão).

Especificamente quanto à atuação do NUDDH, foram recebidos, ao longo de todo o ano de 2022, 625 casos em que alegadamente ocorrida situação de violência

policial, os quais geraram a instauração de 239 novos expedientes administrativos para acompanhamento pelo núcleo. Frisa-se que esse dado representa um aumento de cerca de 71% no número de expedientes instaurados quando em comparação ao ano anterior (2021), no qual haviam sido instaurados 139 novos expedientes administrativos no NUDDH.

Vale registrar que, buscando uma atuação estratégica e mais efetiva, o Núcleo apenas instaura expedientes nos casos em que identificados elementos mínimos de prova e nos quais a vítima tenha manifestado interesse na formalização de denúncia e investigação do fato.

Desde janeiro de 2014, o NUDDH acompanha casos de violação de direitos humanos. No entanto, apenas em 2020 os dados passaram a ser sistematizados, viabilizando a publicação de diagnósticos periódicos a respeito das denúncias recebidas quanto a episódios de violência policial, sendo que o primeiro levantamento foi divulgado em 2022, com os dados referentes à atuação no ano de 2021[4] e o segundo em 2023, com os dados referentes à atuação no ano de 2022[5].

A sistematização dos dados permitiu que o Núcleo passasse a indicar, por exemplo, informações referentes à origem das denúncias, ao perfil das vítimas e dos agentes agressores e às formas de violência mais frequentemente relatadas.

No ano de 2022, das 625 novas denúncias recebidas, apurou-se que 300 eram referentes a situações de violência policial ocorridas no município de Porto Alegre. Na sequência, foram identificados os municípios de Canoas (com 40 casos), São Leopoldo (com 33 casos), Alvorada (com 27 casos), Viamão (com 23 casos), Novo Hamburgo (com 22 casos), Gravataí (com 19 casos), Cachoeirinha (com 19 casos), Montenegro (com 15 casos) e Sapucaia do Sul (com 7 casos). Os demais municípios do Rio Grande do Sul apresentaram número de casos inferior a 5 em todo o ano.

---

[4] Íntegra do documento disponível em: https://www.defensoria.rs.def.br/upload/arquivos/202204/26130241-boletim-especial-nuddh-violencia-policial.pdf

[5] Íntegra do documento disponível em: https://www.defensoria.rs.def.br/upload/arquivos/202302/13091419-boletim-especial-violencia-policial-2ed.pdf

Sobre os dados de 2021, houve o registro de 139 novos expedientes instaurados no NUDDH. Desses, 91 diziam respeito a fatos ocorridos em Porto Alegre, enquanto 19 correspondiam à Região Metropolitana e 29 a outras regiões.

Quanto ao perfil das vítimas, identificou-se que, dos 625 casos recebidos pelo NUDDH em 2022, 564 envolviam vítimas do gênero masculino; 40 envolviam vítimas do gênero feminino; e 21 referiam-se a situações com duas ou mais vítimas, sendo identificadas vítimas de ambos os gêneros.

Ainda, foi possível destacar que os casos de 2022 envolveram 484 pessoas adultas; 162 adolescentes; 3 pessoas privadas de liberdade; 3 pessoas em situação de rua; 1 pessoa idosa (com mais de 60 anos de idade); e 1 pessoa com deficiência. Registra-se que a soma dos referidos dados resulta em número maior que o total de casos recebidos (625), uma vez que alguns casos envolvem mais de uma vítima, que foram individualmente consideradas nesse item em específico.

Nos dados de 2021, a delimitação foi feita de forma diversa, registrando-se apenas o número de casos envolvendo adultos e adolescentes, conforme a instituição apontada como agressora. Assim, identificou-se que, nos expedientes envolvendo denúncias contra a Brigada Militar (total de 126 casos em 2021), 36,5% das vítimas eram adolescentes (46 casos), enquanto os demais (80) eram adultos. Com relação à Polícia Civil (total de 16 casos em 2021), 4 casos envolviam adolescentes e 12, adultos. No ano de 2022, conforme dados acima referidos, optou-se por delimitar o perfil das vítimas, não distinguindo números específicos conforme o agente agressor.

No ano de 2021, foram registrados 121 casos envolvendo a Brigada Militar, 12 casos envolvendo Polícia Civil, 4 casos envolvendo conjuntamente a Brigada Militar e a Polícia Civil; 1 caso envolvendo a Guarda Municipal e 1 caso envolvendo conjuntamente Guarda Municipal e Polícia Civil.

Já em 2022, 493 dos casos recebidos pelo NUDDH envolveram relatos de violência perpetrada por agentes da Brigada Militar; 88, por agentes da Polícia Civil; 13; por agentes de Guardas Municipais; e 4, por agentes da SUSEPE. Ainda, há 8 casos com relatos de agressão perpetrada, conjuntamente, por agentes da Brigada Militar e da Polícia Civil; e 19 casos em que não houve identificação da instituição envolvida.

Ademais, para a coleta de dados de 2022, criou-se um novo campo de registro que especifica, no que se refere aos casos envolvendo relato de violência perpetrada por agentes da Brigada Militar, o Batalhão ao qual pertencentes os policiais militares apontados como agressores. Tal dado não havia sido coletado no ano anterior. A partir de tal registro, identificou-se que 13,2% do total das denúncias contra a Brigada militar envolveram o 1º BPM; 8,6%, o 20º BPM; 7,3%, o 21º BPM, 6,9%, o 2º BPM; 6,1%, o 19º BPM; 5,4%, o 11º BPM e 4,8%, o 25º BPM. Em 14,4% dos casos, não foi informado o batalhão ao qual pertencente o agente agressor e os 33,3% dos casos envolveram referiam-se a batalhões com número de denúncias inferior a 20, conforme segue: 1º BP Choque: 19; 3°BPM: 19; 4ºBPM: 1; 5°BPM: 12; 5ºBPChq: 1; 6°BPChoque: 3; 1°RPMon: 1; 8°BPM: 4; 10ºBPM: 3; 13ºBPM: 2; 15°BPM: 14; 17º BPM: 15; 18°BPM: 13; 1ºBPAT: 1; 2°RPMon: 3; 23ºBPM: 2; 24°BPM: 18; 26°BPM: 16; 28°BPM: 2; 29°BPM: 1; 30ºBPM: 1; 31°BPM: 3; 32°BPM: 3; 33ºBPM: 8; 34ºBPM: 3; 36°BPM: 1; 3ºBRBM: 1; 40ºBPM: 1; 4ºRPMon: 1; 6°BPM: 3; CPChoq: 2.

No levantamento de dados referentes ao ano 2022, identificaram-se 501 relatos de violência física; 182 relatos de ameaça verbal; 88 relatos de sufocamento; 62 relatos de invasão de domicílio; 61 relatos de choque elétrico; 33 relatos de destruição/apreensão de bens; 30 relatos envolvendo uso de arma de fogo; 18 relatos de uso de gás de pimenta; 07 relatos de injúria racial; 06 casos com resultado morte; e 77 inseridos na categoria Outros[6].

No ano de 2021, haviam sido registradas informações quanto ao tipo de violência relatada apenas nos casos envolvendo a Brigada Militar[7], sendo 109 casos envolvendo violência física; 68 de violência verbal/psicológica; 23 com afogamento/sufocamento; 17 de invasão de domicílio; 5 com choque elétrico; 09 com destruição/apreensão de bens; 8 com uso de arma de fogo; 3 com gás de pimenta/lacrimogênio; e 4 resultados em morte[8].

[6] Registra-se que a soma dos referidos dados resulta em número superior ao total de casos recebidos (625), uma vez que, em alguns deles, houve relato de mais de uma forma de violência.
[7] Ressalta-se que no ano de 2022 não houve especificação de instituições nos tipos de violência, de modo que os dados apresentados englobam Polícia Militar, Polícia Civil, Guardas Municipais e SUSEPE.
[8] Verifica-se que no ano de 2022 foi acrescentada a seção injúria racial e Outros que dizem respeito a outras formas de violência relatadas mas que não foram incluídas em campos específicos por ser tratarem de variadas modalidades de agressão.

Por fim, quanto às providências adotadas a partir da atuação do NUDDH, tem-se que, em relação aos casos encaminhados à Brigada Militar em 2022, 45 ainda aguardam resposta; 87 possuem Boletins de Ocorrência Policial Militar (BOPM) registrados, ou seja, a denúncia foi recebida, registrada e encaminhada para a autoridade com atribuições de Polícia Judiciária Militar responsável pela área do fato; 26 encontram-se com Inquéritos Policiais Militares ou Sindicâncias Policiais Militares (IPM/SPM) em andamento; 22 Inquéritos Policiais Militares ou Sindicâncias Policiais Militares (IPM/SPM) foram concluídos sem indícios de crime comum ou militar ou de transgressão da disciplina militar; 1 Inquérito Policial Militar (IPM) foi concluído com indícios de transgressão disciplinar; e 1 Inquérito Policial Militar (IPM) foi concluído com indícios de transgressão disciplinar e crime militar. Em outros 319 casos, não foram expedidos ofícios pelo NUDDH, por enquadramento em uma das seguintes hipóteses (a) o caso ainda se encontra sob análise do núcleo, (b) não se obteve autorização da vítima para formalização da denúncia perante a Corregedoria-Geral da Brigada Militar; (c) não foram identificados elementos probatórios suficientes para subsidiar a denúncia e/ou (d) já havia sido encaminhado ofício pelo próprio Poder Judiciário.

Quanto ao ano de 2021, no que diz respeito às providências adotadas pela Brigada Militar, haviam sido identificados 5 BOPM em andamento; 9 BOPM arquivados sem IPM/SPM; 18 IPM/SPM em andamento; 41 IPM/SPM concluídos sem indícios de infração; 1 IPM/SPM concluído com indícios de infração; 15 expedientes pendentes de resposta.

Quanto aos casos envolvendo a Polícia Civil no ano de 2022, registra-se 3 casos estão aguardando resposta; 1 foi arquivado sem a instauração de procedimento, 10 contam com Processo Administrativo (PROA) arquivado; 20 com Processo Administrativo (PROA) em andamento; 1 com Verificação Preliminar de Informação (VPI) em andamento; e 61 não foram oficiados pelo NUDDH. Quanto a este último dado, ressalta-se, novamente, que os casos não oficiados pelo NUDDH correspondem àqueles em que (a) não se obteve autorização da vítima para formalização da denúncia perante a Corregedoria-Geral da Polícia Civil; (b) não foram identificados elementos probatórios suficientes para subsidiar a denúncia e/ou (c) já havia sido encaminhado ofício pelo próprio Poder Judiciário. No ano de 2021

não houve registros sobre o andamento dos casos envolvendo a Polícia Civil, dado que passou a ser sistematizado apenas em 2022.

O ano de 2022 foi marcado pela ampla divulgação, na mídia, de graves situações envolvendo violência policial. Dentre os que ganharam maior repercussão, cita-se o fato ocorrido em 01 de maio de 2022, quando Rai Duarte, torcedor do time de futebol Brasil de Pelotas, foi hospitalizado em estado grave após abordagem policial. Conforme relatos, o jovem foi brutalmente agredido por policiais militares após a partida entre Brasil de Pelotas e São José, no Estádio Passo D'Areia, em Porto Alegre/RS.

O outro caso ocorreu em 12 de agosto de 2022, quando Gabriel Marques Cavalheiro, de 18 anos, desapareceu após uma abordagem policial na cidade de São Gabriel/RS. As investigações indicaram que o jovem foi vítima de homicídio por parte dos policiais militares, sendo que dois soldados e um sargento tiveram decretada a prisão preventiva pela Justiça Militar (G1, 2022).

Nesse sentido, a divulgação pela Defensoria Pública de dados sobre violência policial tem por objetivo alertar poder público e sociedade sobre o número e as características das denúncias recebidas pela instituição, inclusive como forma de propor e subsidiar ações estatais voltadas à prevenção de novos casos como esses.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos dados apresentados, verifica-se que, entre 2021 e 2022, houve um aumento significativo no número de casos de violência policial reportados à Defensoria Pública. Tal circunstância pode ser atribuída a diversos fatores, dentre os quais vale destacar o contexto pandêmico vivenciado, com maior intensidade, ao longo de 2021, e que prejudicou, em grande medida, a realização das audiências de custódia – ato judicial no qual é avaliada, justamente, a ocorrência de eventual ilegalidade ou abuso no momento da prisão. Ainda, salienta-se a criação do NUGESP, que acarretou um aumento exponencial na realização das audiências de custódia, sendo a origem de 58,1% de todas as denúncias de violência policial recebidas em 2022 pela Defensoria Pública.

Reconhece-se que os dados apresentados não representam a totalidade de casos envolvendo violência policial no Rio Grande do Sul, pois se restringem à atuação da Defensoria Pública e, em especial, de seu Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos. Ademais, destaca-se que o levantamento dos números não resume a atuação da instituição nesta temática, nem pretende a mera exposição acrítica do problema. Entretanto, acredita-se que a realização desse diagnóstico possibilita repensar medidas estratégicas de atuação envolvendo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como o Ministério Público, a fim de promover a defesa e a promoção dos direitos humanos da população gaúcha.

Dentre as medidas já anunciadas, ganha especial relevo a adoção de câmeras em viaturas e uniformes de policiais, prática já adotada em outros países e, inclusive, em outros estados da Federação, com significativa redução dos casos de violência policial. No Rio Grande do Sul, a medida é, neste momento, tema de iminente (e almejada) implementação pelo Executivo, com projeto de lei em trâmite junto à Assembleia Legislativa para sua regulamentação.

Espera-se que os dados divulgados pela Defensoria Pública possam servir como norte para esse e outros projetos, pesquisas e políticas públicas, sem olvidar do papel ativo da instituição na promoção dos direitos humanos e na defesa, em todos os graus, dos direitos individuais e coletivos.

REFERÊNCIAS:

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2022. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022. ISSN 1983-7364 versão *online*. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/. Acesso em: 12 set. 2022.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Por uma ressignificação histórico-filosófica dos direitos humanos. *In*: Fernanda Frizzo Bragato (org.). **O conteúdo jurídico dos direitos humanos**: direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais. Brasília, DF: ENADPU, 2022. p. 14-38.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997**. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm. Acesso em: 28 out. 2022.

CASTRO, Juliano. Caso Rai: 'fui agredido covardemente por 5 ou 6 policiais', diz torcedor internado após abordagem em Porto Alegre. **G1 Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 14 jul. 2022. Disponível em: https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2022/07/14/caso-rai-fui-agredido-diz-torcedor-internado-apos-abordagem-em-porto-alegre.ghtml. Acesso em: 12 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Supervisão, no âmbito do Poder Judiciário, de sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**: sumário executivo. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/sumario-executivo-favela-nova-brasilia-v8-2022-02-21.pdf. Acesso em: 09 set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 357, de 26 de novembro de 2020**. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original000449202011275fc042a1730c2.pdf. Acesso em: 21 out. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**. Brasília, DF: CIDH, 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 12 fev. 2023.

GOMES, César de Oliveira. Proteção contra a discriminação racial. *In*: Fernanda Frizzo Bragato (org.). **O conteúdo jurídico dos direitos humanos**: direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais. Brasília: ENADPU, 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). BRASIL. Secretaria Especial de Articulação Social. **Indicadores Brasileiros para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. [*S.l.*]: IBGE, 2023. Site: Objetivos Do Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: https://odsbrasil.gov.br. Acesso em: 12 fev. 2023.

MENDES, Letícia. Quais as hipóteses apuradas pela Polícia Civil para a morte de jovem em São Gabriel. **GZH**, Porto Alegre, 21 ago. 2022. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2022/08/quais-as-hipoteses-apuradas-pela-policia-civil-para-morte-de-jovem-em-sao-gabriel-cl73tg3hg002q017ryi3ebbl6.html. Acesso em: 12 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes**. Genebra, ONU, 1984. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/tortura/lex221.htm. Acesso em: 27 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Genebra: ONU, 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 20 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José: OEA, 1969. Organização dos Estados Americanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 27 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura**. Cartagena das Índias: OEA, 1985. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/basicos/tortura.pdf. Acesso em: 27 out. 2022.

TASSONI, Francine Oliveira; MARTINS, Lais Nardon; FRITSCH, Diovanna Vitória. Direito à integridade pessoal. *In*: Fernanda Frizzo Bragato (org.). **O conteúdo jurídico dos direitos humanos**: direitos civis e políticos nos instrumentos internacionais. Brasília, DF: ENADPU, 2022. p. 197-226.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

A ANÁLISE JURÍDICA DA EDUCAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

THE LEGAL ANALYSIS OF SEX EDUCATION FOR CHILDREN AND ADOLESCENTS

EL ANÁLISIS JURÍDICO DE LA EDUCACIÓN SEXUAL PARA NIÑOS Y ADOLESCENTES

Júlia Oliveira Costa[1]

RESUMO

O presente trabalho, com procedimento baseado em pesquisas bibliográficas e documentais, tem como objetivo discutir a existência de um direito humano de educação sexual a crianças e adolescentes, com observância à premissa de que a sexualidade é uma característica inata ao ser humano desde seu nascimento. Constatada a relevância conferida aos direitos humanos e fundamentais pela Constituição Federal de 1988, bem como contemplando o direito à educação como um direito social, passa-se a análise de existência e de delimitação de um direito à educação sexual garantido à criança e ao adolescente, de modo pleno e que propicie o saudável desenvolvimento. Assim, constata-se a existência de um direito à educação sexual que, assegurado pelo sistema jurídico brasileiro, deve ser garantido pela família, sociedade e Estado, fins de pleno desenvolvimento da pessoa humana.

Palavras-chave*:* Sexualidade. Direitos humanos. Direito à Educação Sexual. Infância e Juventude.

ABSTRACT

The present work, with a procedure based on bibliographical and documentary research, aims to discuss the existence of a human right to sexual education for children and adolescents, observing the premise that sexuality is an innate characteristic of human beings from birth. Once the relevance given to human and fundamental rights by the Federal Constitution of 1988 has been verified, as well as

---

[1] Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Instituição de Ensino Legale. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Estagiária de Pós-graduação pela Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, na 8ª Defensoria Pública Regional de Novo Hamburgo.

considering the right to education as a social right, an analysis of the existence and delimitation of a right to sexual education guaranteed to children and adolescents is carried out, in a full way and that favors the healthy development. Thus, the existence of a right to sex education is verified, which, guaranteed by the Brazilian legal system, must be guaranteed by the family, society and the State, in order to fully develop the human person.

Keywords: Sexuality. Human rights. Right to Sex Education. Childhood and youth.

RESUMEN

El presente trabajo, con un procedimiento basado en la investigación bibliográfica y documental, tiene como objetivo discutir la existencia de un derecho humano a la educación sexual de los niños y adolescentes, observando la premisa de que la sexualidad es una característica innata del ser humano desde el nacimiento. Una vez comprobada la relevancia otorgada a los derechos humanos y fundamentales por la Constitución Federal de 1988, así como la consideración del derecho a la educación como un derecho social, se realiza un análisis de la existencia y delimitación de un derecho a la educación sexual garantizado a niños, niñas y adolescentes. se lleva a cabo, de forma íntegra y que favorece el sano desarrollo. Así, se verifica la existencia de un derecho a la educación sexual que, garantizado por el ordenamiento jurídico brasileño, debe ser garantizado por la familia, la sociedad y el Estado, para el pleno desarrollo de la persona humana.

Palabras clabe: Sexualidad. Derechos humanos. Derecho a la Educación Sexual. Infancia y juventud.

Data de submissão: 15/02/2023
Data de aceite: 19/06/2023

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca averiguar a existência de um direito à educação sexual inerente a crianças e adolescentes, investigando sua abordagem no ordenamento jurídico interno, de modo que, comprovado dogmaticamente, seja possível identificar seus deveres por parte do Estado, família e sociedade.

Para realização do trabalho, o método de abordagem é bibliográfico, com a coleta de textos normativos e doutrinários, fins de compreensão adequada das normas jurídicas relacionadas com o tema, sobretudo como mecanismo de busca de melhora na compreensão e funcionamento do sistema jurídico brasileiro, com procedimento baseado em pesquisas bibliográficas.

A conveniência do referido estudo ampara-se pela possibilidade de constatar a existência de um direito rejeitado socialmente com base em censuras de cunho moral e pelo desconhecimento de sua necessidade para o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes, possibilitando a promoção da compreensão sobre os limites, deveres e arbítrio do próprio corpo, principalmente como forma de proteção integral contra eventuais agressões, coações e dúvidas que possam sofrer.

Nesse viés, analisar-se-á a existência do direito à educação sexual em âmbito jurídico interno como direito fundamental inerente ao homem e, consequentemente, a crianças e adolescentes, visando ao seu pleno desenvolvimento, essencialmente ligado ao âmbito de proteção integral do menor.

2 CRIANÇAS E ADOLESCENTES COMO SUJEITOS E DIREITOS E A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O reconhecimento de indivíduos como sujeitos de direitos deu-se em meados do século XVIII, sendo motivado por transformações políticas, culturais, sociais e econômicas, as quais são fundamentadas pelas Revoluções Liberais e pelo pensamento iluminista (ZAPATER, 2019).

Com o final da Segunda Guerra Mundial, no ano de 1945, estabeleceram as nações vencedoras a necessidade de reestabelecer a paz entre os povos, motivo pelo qual fundaram a Organização das Nações Unidas (ONU), que, em 1948, formulou e aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), como forma de diminuir as desigualdades entre os indivíduos em busca da dignidade humana. Elaborou-se formalmente os direitos humanos com objetivo de garantir a vida, a liberdade, o trabalho, a saúde, a educação, a dignidade, o respeito e outros direitos que contemplem uma vida digna. Além disso, colocou o Estado como responsável da garantia, proteção e efetivação desses direitos (SCARANO, 2018).

A dignidade da pessoa humana conceitua-se como a qualidade intrínseca e distintiva que faz cada ser humano ser reconhecido como merecedor de respeito e consideração do Estado e da comunidade. Implica, portanto, um conjunto de direitos e deveres fundamentais que assegurem proteção contra todo e qualquer ato de viés degradante e desumano, assegurando condições existenciais mínimas para vida

saudável, com promoção de participação ativa e corresponsável no destino de sua própria existência (SARLET, 2015).

A infância, por sua vez, é conceito mais recente na história, resultante de um processo de transformações na sociedade ao longo do tempo. Somente no final do século XVIII e começo do século XIX que essa concepção começou a ter visibilidade, trazendo a ideia de que a criança é ser essencial ao futuro das nações. Esse tema conquistou maior importância no início do século XX com as consequências da primeira guerra mundial, já que evidenciada a vulnerabilidade e incapacidade da criança de se cuidar, necessitando do auxílio do estado e da família (TEIXEIRA, 2021).

A Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, confeccionado no ano de 1924, também conhecida como Declaração de Genebra, foi o primeiro documento internacional que manifestou preocupação em reconhecer direitos a crianças e adolescentes (AMIN, 2021). A partir do século XX, com as transformações da sociedade, observa-se maior mudança quanto às noções de família, infância e adolescência, sendo influenciadas pelas transformações nos valores sociais e do trabalho, aumento da expectativa de vida e novas tecnologias (MOCELIN, 2020).

Entretanto, somente na primeira metade do século XX, após as grandes guerras e com o aflorar da proteção dos direitos humanos, que um ordenamento jurídico para crianças e adolescentes começou a ser pensado, formalizado inicialmente no âmbito internacional (NEVES; ROSA; LOYOLA, 2019).

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil, reconhece princípios acerca dos direitos das crianças, visando a proporcionar uma infância feliz, gozando de direitos e liberdades que serão reconhecidos e instituídos. Nesse sentido, menciona-se o primeiro e segundo princípios da referida Declaração:

> Princípio 1º
> A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família.
> Princípio 2º
> A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este

> objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança. (FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA, 1959, p. 1).

Trata-se de grande marco no reconhecimento de crianças como sujeitos de direitos, aprimorando a Declaração dos Direitos do Homem, como forma de adequar à parcela da humanidade que carece de proteção e cuidados especiais em razão de sua vulnerabilidade, além da imaturidade física e intelectual. Entretanto, a declaração não impôs força coercitiva para assegurar sua efetividade (AMIN, 2021).

A Convenção dos Direitos da Criança, por sua vez, foi adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, sendo considerado o documento de direitos humanos mais aceito na história, sendo ratificado por 196 países. O Brasil promulgou a referida convenção por meio do Decreto n.º 99.710, em 21 de novembro de 1990 (BRASIL, 1990a). Na mesma esteira da Declaração Universal dos Direitos da Criança, foi documento importantíssimo na proteção dos interesses metaindividuais de crianças e adolescentes, que passaram a ser considerados como sujeitos individuais e coletivos de direitos, o que permitiu a interação da comunidade internacional, obrigando os Estado-Partes a agirem com as devidas providências para sua implementação (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019).

Diante disso, a doutrina da proteção integral foi adotada em caráter obrigatório, manifestada por três fundamentos: o reconhecimento da condição peculiar da criança e do jovem como sujeito de direitos, sendo pessoa em desenvolvimento e titular da proteção integral; o direito das crianças e jovens à convivência familiar; e a obrigação das nações signatárias em assegurar os direitos da convenção com absoluta prioridade. A Convenção estabeleceu uma conexão permanente com os demais documentos internacionais afetos à humanidade (AMIN, 2021).

Essa nova ideia acarretou transformações sociais e culturais em diversos aspectos. Desenvolve-se, assim, o âmbito específico do Direito da Criança e do Adolescente, sendo orientado por princípios jurídicos próprios, quais sejam: a dignidade da pessoa em desenvolvimento; a proteção integral; a prioridade absoluta; o interesse superior da criança e do adolescente; e a municipalização do atendimento (ZAPATER, 2019). Trata-se de um microssistema que resulta do reconhecimento dos temas relacionados a minorias vulneráveis, consideradas hipossuficientes, como

forma de assegurar a igualdade substancial. Acompanha, assim, a evolução dos direitos humanos (AMIN, 2021).

No cenário jurídico interno, por sua vez, a doutrina da situação irregular, considerada restrita e não garantista, oficializou-se pelo Código de Menores de 1979 e esteve implícita no Código Mello Mattos de 1927, ocupou o espaço jurídico das crianças e adolescente por quase um século, sendo que a atuação do Juiz de Menores era limitado às questões de carência e delinquência de menores, sendo as demais questões examinadas e regidas pelo Código Civil (AMIN, 2021). Tratava-se de doutrina em que o menor, caso ausentes as condições para sua subsistência, e presente a incapacidade da família de mantê-lo, prezava pelo afastamento, como o encaminhamento de crianças e adolescente a instituições para sua proteção e cuidado (AZAMBUJA, 2018).

Até a primeira metade do século XX, crianças e adolescentes eram considerados meros objetos de direito, sob responsabilidade e cuidados de seus genitores, tendo estes praticamente um direito de propriedade sobre os filhos (NEVES; ROSA; LOYOLA, 2019). Com o advento da doutrina da proteção integral, crianças e adolescentes tornaram-se titulares de direitos fundamentais como todo ser humano, tendo sua dignidade protegida como um valor. Assim, o direito da criança e do adolescente passou a ser amplo, abrangente, universal e exigível (AMIN, 2021).

Nesse diapasão, a Constituição Federal do Brasil de 1988 foi considerada um marco jurídico, alcançando ao ser humano a preservação de sua dignidade em relação à nova organização política do Estado brasileiro, com a valorização dos Direitos Humanos, e possibilitando o reconhecimento expresso de sujeitos de direitos: mulheres e homens são juridicamente considerados iguais perante a lei pela primeira vez; as pessoas indígenas ganham capítulo próprio no texto constitucional; e crianças e adolescentes passam a integrar nova categoria jurídica (ZAPATER, 2019). Com a aprovação do texto constitucional, o Brasil tornou-se uma das nações mais avançadas na defesa dos direitos de crianças e adolescentes, considerados sujeitos de direito, titulares de direitos fundamentais, adotando o sistema garantista da doutrina da proteção integral (AMIN, 2021).

A proteção integral incluída no texto constitucional de 1988 é papel estruturante no microssistema jurídico em prol das crianças e adolescentes, reconhecendo todos

os direitos fundamentais intrínsecos à pessoa humana, além de outros direitos especiais em razão da condição de pessoas em fase de desenvolvimento (RODRIGUES, 2014).

Em sequência, a Lei Federal n.º 8.069, promulgada em 13 de julho de 1990, trata sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. O artigo 1º traz expressamente sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, bem como, em seu artigo 2º, que se considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (BRASIL, 1990b).

O ordenamento jurídico brasileiro, ao eleger a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República, reconheceu cada indivíduo como sujeito autônomo de direitos e valores primordiais à realização de sua pessoa. Constata-se que todo cidadão está protegido, como tutela e promoção da pessoa humana, incluindo-se, por óbvio, as crianças e adolescente (AMIN, 2021).

Assim, crianças e adolescentes tornaram-se tuteladas juridicamente de forma especial, com fundamento em princípio próprios desse microssistema legal, que se baseiam no pleno desenvolvimento da pessoa e proteção integral.

3 DIREITO À EDUCAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, desenvolve-se um cenário de direitos humanos no direito internacional, com construção, aprovação e implantação de diversos tratados, convenções e pactos, permitindo a formação de um sistema de proteção de direitos fundamentais, regido pelos princípios de universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos (VENTURA, 2003).

No tocante ao direito à educação sexual, somente em 1997 ocorreu o XIII Congresso de Sexologia em Valencia na Espanha, sendo produzida e proclamada a Declaração de Direitos Sexuais da Associação Mundial pela Saúde Sexual (“World Association for Sexual Health” – WAS), a qual foi revisada em 1999 pela Assembleia Geral da Associação em Hong Kong, na China, e pelo Conselho Consultor da Associação em 2014 (RIBEIRO, 2019).

Na Declaração de Direitos Sexuais consta concepções importantes para definição do que se entende como sexualidade, saúde sexual e direitos sexuais, sendo baseados nos direitos humanos universais que já são reconhecidos em documentos de direitos humanos domésticos e internacionais. Assegurou-se o direito à informação "cientificamente precisa e esclarecedora sobre sexualidade, saúde sexual, e direitos sexuais através de diversas fontes", bem como definiu a educação e o direito à educação sexual esclarecedora como sendo "adequada à idade, cientificamente acurada, culturalmente idônea, baseada nos direitos humanos, na equidade de gêneros e ter uma abordagem positiva quanto à sexualidade e o prazer" (WORLD ASSOCIATION FOR SEXUAL HEALTH, 2014).

No âmbito interno, a educação é um direito social fundamental expressamente assegurado pela Constituição Federal de 1988, no Capítulo II "Direitos Sociais", do Título II "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", tendo o artigo 6º disposto que "são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição" (BRASIL, 1988). Assim, veja-se a indissociabilidade entre os direitos sociais e o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo a educação incluída na qualidade de vida do indivíduo como satisfação de suas necessidades, que, ainda, englobam a saúde, cultura, habitação, e demais direitos expressos (CAMARA, 2013).

As crianças e adolescentes são igualmente titulares de direitos fundamentais reconhecidos e garantidos aos adultos, tanto em tratados internacionais, como nas normas de direito interno. Considerando o caráter universal dos direitos humanos, todas as garantias e direitos firmados em documentos internacionais ou em legislações nacionais são aplicáveis a qualquer ser humano, independentemente de idade, sexo, cor, religião (PEDROSO, 2012).

Conforme estabelece o artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente, estes possuem direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. O capítulo IV "Do Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer" do Estatuto da Criança e Adolescente dispõe sobre o tema, referindo em seu artigo 53 que a criança e o adolescente têm direito à educação,

visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, sendo assegurada igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; direito de ser respeitado por seus educadores; direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; direito de organização e participação em entidades estudantis; e acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica (BRASIL, 1990b).

O direito à educação revela, ao mesmo tempo, uma posição jurídica e um dever jurídico, ambos de forma subjetiva, individual, difusa, coletiva, fundamental e universal, desdobrando-se em diversos outros direitos e faculdades de conteúdo específico e autônomo. Tanto no âmbito jurídico nacional como no internacional, possui características próprias, tratando-se de direito fundamental social, individual e coletivo, regido pelo fundamento da dignidade humana. Esse direito proporciona a integração de cidadãos marginalizados na sociedade, a autonomia feminina, bem como a proteção de crianças e adolescente frente a violência sexual e exploração de trabalho. Ainda, permite propagar o conhecimento acerca da democracia, dos direitos humanos e da proteção do meio ambiente. A educação, assim, contribui para o desenvolvimento do indivíduo e da sociedade (RANIERI, 2013).

Como sendo um direito social no rol de garantias e direito fundamentais, a educação é considerada condição legal para o pleno exercício da dignidade da pessoa humana e para cidadania participativa (CAMARA, 2013). Além disso, é essencial para o desenvolvimento de cada pessoa, não apenas em seu aspecto individual, como também na relação com a sociedade e os demais sujeitos (KARNOPP, 2023).

O processo educacional é o meio que cada pessoa construirá sua identidade com base nas lições do ambiente escolar, do conhecimento e dos valores morais e éticos repassados. Trata-se de um direito fundamental que possibilita a instrumentalização de cada ser humano, com a construção da consciência de seu papel social, local de fala, poder de questionar e exigir, bem como de ser tratado e respeitado como cidadão (AMIN, 2021).

Ainda que crianças, adolescentes e jovens sejam considerados sujeitos de direitos, como prevê o Estatuto infantojuvenil, assegurando a condição de pessoa em

desenvolvimento, não são especificados os direitos em relação ao exercício da sexualidade, estando implícita a possibilidade de jovens decidirem sobre a sua vida sexual e reprodutiva (BRABO, 2017).

Veja-se que um dos impactos jurídicos da incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Direito interno é o alargamento do universo de direitos nacionalmente garantidos. Assim, aqueles corroboram os direitos previstos constitucionalmente, inovando-os, integrando-os e completando-os com a inclusão de novos direitos (PIOVESAN, 2013). Os direitos humanos incluem a sexualidade como uma esfera da vida das pessoas, não podendo ignorar a busca ao aperfeiçoamento social. Assim, constata-se a necessidade de que os governantes assumam um compromisso com a laicidade, com a pluralidade e com a educação sexual, bem como com o crescimento da sociedade com deliberação democrática (PÉREZ, 2018).

Em que pese o Estatuto não trate especificamente de direito sexuais e reprodutivos ou mesmo reconheça a sexualidade, procura, em âmbito geral, proteger crianças e adolescentes de possíveis violências sexuais, propondo acolhimento em saúde, o que deixa aberta a possibilidade de ampliação de interpretação e efetividades em reconhecer esses direitos (JIMENES; ASSIS; NEVES, 2015). Depreende-se, portanto, que, sendo os direitos sexuais e reprodutivos integrantes de direitos humanos fundamentais, devem interagir e integrar com os direitos civis e sociais (VENTURA, 2003).

Assim, educação sexual relaciona-se com o direito de toda pessoa de receber informações sobre seu corpo, sua sexualidade e seus relacionamentos, resultando na reflexão de tabus existentes, debatendo e refletindo suas opiniões, valores e espaço na sociedade. Assumir essa educação implica em reconhecer o direito de crianças e adolescentes em conhecer sobre seu corpo, sua sexualidade, suas possibilidades, tendo como base o desenvolvimento da afetividade (FIGUEIRÓ, 2009).

O maior desafio da educação sexual é estimular que os jovens revelem seus questionamentos e os esclareçam, com a superação de preconceitos, intolerâncias, fins de desenvolver ações saudáveis quanto à sua sexualidade. A omissão, seja pela família ou pela escola, resulta em efeitos diversos, de forma a prejudicar a qualidade de vida, resultando em medo, vergonha, esvaziamento, insegurança, infelicidade,

tédio, frustração, gravidez na adolescência, contaminações por doenças sexualmente transmissíveis, entre outros (GONÇALVES; FALEIRO; MALAFAIA, 2013).

Para tanto, a verdadeira educação sobre a sexualidade compreende mais do que sistema reprodutor e doenças sexualmente transmissíveis. Essa educação deve abranger todos os aspectos da sexualidade humana, ultrapassando o senso comum e possibilitando o esclarecimento dos questionamentos de maneira compreensiva e acolhedora, minimizando a ideia de que sexo é um ato sujo e pecaminoso, objetivando a transformação social para alcançar uma educação sexual emancipatória, superando os preconceitos existentes (GAGLIOTTO; LEMBECK; 2011).

Além disso, garantir direitos sexuais e reprodutivos para crianças e adolescentes é integrar o processo de transição destes como sujeitos de direitos e não somente como objetos de tutela de Estado, como estipulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente no ano de 1990 (JIMENES; ASSIS; NEVES, 2015).

Entretanto, essas mudanças não ocorrem, por si só, com a mudança legislativa. Para transformar a realidade para essa camada social, essencial o envolvimento de diversos segmentos da sociedade, com investimento de energia, vontade política e consciência social (AZAMBUJA, 2018). Assim, a educação sexual deve ser incluída no contexto familiar e escolar como forma de informar, esclarecer e orientar o público infantojuvenil para práticas seguras de sua sexualidade. Trata-se de questão relevante para que crianças e adolescentes aceitem seus corpos, suas sexualidades, com atitudes positivas e livres de culpa (GONÇALVES, FALEIRO, MALAFAIA, 2013).

Evidente a necessidade de assegurar expressamente o direito à educação sexual a crianças e adolescentes em nosso ordenamento jurídico, pensando-se em formas de efetivar o conhecimento sobre a sexualidade, fins de possibilitar o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

4 FAMÍLIA, SOCIEDADE E ESTADO COMO GARANTIDORES DE EDUCAÇÃO SEXUAL

Como se extrai da leitura do artigo 227 da Constituição Federal, o direito à educação de crianças, adolescentes e jovens é dever da família, da sociedade e do Estado (BRASIL, 1988). A teoria do direito de proteção à criança e adolescente vista

sob o prisma da prioridade absoluta deve ser efetivada tanto na proteção do direito da criança perante os adultos, como na elaboração e aplicação de políticas públicas (RODRIGUES, 2014).

A educação é o direito fundamental social com maior quantidade de artigos no texto constitucional e que sofre constantes alterações, como forma de ampliação e promoção de sua proteção. Porém, esse direito preceituado não é suficiente por si só, devendo ser atrelado à qualidade, definição que não tem amparo legal. Assim, a qualidade da educação é discussão importante, motivo pelo qual se argumentam quais os limites e abrangência desse direito de forma a contemplar todas as esferas da cidadania e sua efetivação (ALVES, 2018).

Como menciona o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral, sendo incumbência dos pais, conforme o artigo 122 do mesmo diploma legal, o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores (BRASIL, 1990b). Portanto, a família é o grupo fundamental da sociedade e o ambiente natural para crescimento e bem-estar de todos os seus membros, devendo os genitores assumirem totalmente a responsabilidade para zelar e proteger seus direitos em relação aos filhos menores (MACIEL, 2021).

Por sua vez, a omissão dos pais quanto à educação sexual é resultante especialmente do valor negativo que se atribui ao sexo, acreditando que crianças e adolescentes são assexuados ou até mesmo que o diálogo do assunto antecipará a prática de atos sexuais. Necessário que adultos reconheçam que, independentemente da idade, a sexualidade é condição humana experimentada por todos, sendo essencial o esclarecimento e discussão das dúvidas dos jovens, fins de vivenciarem sua sexualidade com dignidade e responsabilidade (GONÇALVES; FALEIRO; MALAFAIA, 2013). Deve-se pensar, também, que crianças e adolescentes não são inferiores aos adultos, mas sim que estão em fase de desenvolvimento, devendo, em razão de sua imaturidade, serem cuidadas e educadas com consideração de suas questões existenciais. Nesse sentido, seus direitos à sexualidade, ao corpo e às suas escolhas devem ser considerados e respeitados (AMIN, 2021).

A família, nesse sentido, tem a função de buscar informações e reflexões no trato da sexualidade, como forma de aprender a lidar com esses assuntos, haja vista a obrigação dos pais em educar seus filhos para a vida, não somente no âmbito intelectual, social, espiritual, mas também no afetivo-sexual. Tratar sobre a sexualidade, assim, seria respeitar os filhos, além de prevenir problemas que envolvem o sexo e a sexualidade. Perfeito seria se a família oportunizasse a possibilidade de tratar sobre o assunto, considerando a melhor realização desse papel em razão da proximidade e convivência. Entretanto, sabe-se a falta do trato sobre a sexualidade dos pais perante os filhos (MAISTRO, 2009).

Todos os campos da vida social estão vinculados às diferenças e disputas de gênero e sexualidade, tanto de forma explícita como implícita. Os âmbitos do direito e da educação são capazes de intervir nessas questões, como forma de evidenciar o caminho correto, seja para punir as ofensas, como para ensinar crianças e adolescentes a respeitar as diferenças de gênero e sexualidade, valorizando a inclusão e garantindo direitos a todos, como o acesso ao casamento e de guarda de filhos (SEFFNER; RIOS, 2018).

Conforme a publicação “Orientação Técnica Internacional sobre Educação em Sexualidade”, cada vez mais as nações reconhecem a importância de proporcionar conhecimentos e habilidades para possibilitar escolhas responsáveis aos jovens, especialmente pelo aumento da exposição destes em conteúdos sexualmente explícitos pela internet e outras mídias (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA, 2019). Considerando a noção de que a educação sexual está acontecendo constantemente na mídia, existe a preocupação para seja incentivada nas escolas (MAISTRO, 2009).

A educação sexual deve ser inserida em um âmbito de conhecimento e aplicação, como forma de planejar ações, tempo e objetivos, com base em programas e intenções. Quando a criança e o adolescente chega à escola, já carrega consigo seus valores e concepções próprias elaboradas pela cultura e influências da família e sociedade que está inserido. Assim, a educação sexual escolar deve promover a discussão, reflexão e questionamentos desses valores e concepções alicerçadas, fins de possibilitar uma compreensão sistêmica cultural, histórica e ética, que justifique sua visão sobre a sexualidade (MAIA; RIBEIRO, 2011).

O debate acerca da inclusão da temática da sexualidade no currículo das escolas de ensino fundamental e médio se intensifica desde a década de 1970, já que considerada importante na formação global do indivíduo. A discussão contemporânea dessas questões dão-se em razão de movimentos sociais que repensam o papel da escola e dos conteúdos trabalhados por ela (BRASIL, 1997).

A omissão da escola e da família no tocante à educação sexual transmite a ideia de que o assunto é tabu. Assim, crianças e adolescentes optam por buscar informações em fontes menos seguras, tais como revistas, internet ou em grupos sociais tão ignorantes no assunto quanto eles. De qualquer forma ocorre a educação sexual, mesmo que seja em ambiente não propício para tanto (GAGLIOTTO; LEMBECK, 2011).

A educação sexual adequada deveria dispor informações e estruturar um ambiente onde se possa refletir e questionar sobre a sexualidade, com o devido esclarecimento sobre métodos sutis de repressão na sociedade, além de auxiliar as pessoas fins de possibilitar uma visão positiva da sexualidade, guiando-as com comunicação clara, pensamento crítico, compreensão de comportamentos e tomada de decisões responsáveis. A postura crítica, assim, é fundamental no objetivo de atitudes preventivas e saudáveis no âmbito da sexualidade (MAIA, RIBEIRO, 2011).

O direito à sexualidade pode repercutir na esfera transindividual, devendo ponderar os deveres daqueles que o exercem perante a sociedade, sendo esta titular de direito difusos e coletivos. Necessário o desenvolvimento do direito democrático da sexualidade na perspectiva de direitos humanos e direitos constitucionais fundamentais, cuja proteção abarque as diversas manifestações da sexualidade humana. Deve-se construir uma abordagem jurídica sistemática que possibilite um instrumento de intervenção eficaz aos profissionais do direito e aos movimentos sociais, exigindo aprofundamento coerente desses debates, com a democratização da discussão e do sistema jurídico e político (RIOS, 2018).

Lidar com assuntos de gênero e sexualidade nos espaços educacionais não significa submeter crianças e adolescentes a um processo sexualizador, mas sim instruí-los para conhecer seus corpos, desejos e vontades, com o exercício da empatia e de recepção à diversidade, o que, consequentemente, supera a onda de intolerância que assola nossa sociedade (TREMTIM; VIEIRA, 2017).

Logo, o direito humano e fundamental à educação demonstra uma estreita relação com a dignidade da pessoa humana, devendo proporcionar melhores condições a alcançar uma melhor consciência de si e de seu lugar para a pessoa, com incumbência do Estado a promover esse direito e assegurar os meios materiais necessários para tanto (KARNOPP, 2023). A Constituição Federal, compreende parte fundamental do direito social à educação, sendo reconhecido um direito público subjetivo que assume feições de princípio programático, impondo prestações aos Estado (SARLET, 2018).

Constata-se que, para que a educação sexual tenha efetividade, deve abranger a família, as instituições educacionais e o Estado, com a construção de um projeto que prepare pais, educadores e jovens, ampliado em nível governamental com o amplo envolvimento da sociedade (GAGLIOTTO; LEMBECK, 2011). A vida privada deve ser ultrapassada na perspectiva de direitos humanos e direitos constitucionais fundamentais, possibilitando a abordagem além da funcionalidade em sociedade, conduzindo ao reconhecimento e distribuição de um direito democrático da sexualidade (RIOS, 2018).

Considerando que a Constituição Federal de 1988 estabelece a educação como um direito social de todos e dever do Estado, diretamente relacionada com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e com a efetivação dos Direitos Humanos, ao Estado cabe a elaboração e implementação de políticas públicas que cooperem com as discussões sobre gênero e sexualidade nos Planos de Educação e com a justiça social, com fundamento na inclusão, diversidade e igualdade.

De igual forma, a sociedade e a família deve reconhecer a necessidade de um debate abrangente da sexualidade em sua esfera coletiva e privada, de forma a efetivar na prática o direito à educação sexual garantido a crianças e adolescente.

5 CONCLUSÃO

A sexualidade é atributo inato ao ser humano, modificada e aceita conforme o meio social, político e educacional que está inserida, devendo ser proporcionada e respeitada como forma de fornecer plenamente a dignidade da pessoa humana, assegurada pelo sistema internacional de direitos humanos.

No âmbito interno, a Constituição Federal de 1988 inaugurou o Estado Democrático de Direito e garantiu um rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais. Nesse viés, estabeleceu os direitos sociais a serem resguardados, como forma de reparo de desigualdades e justiça social por meio de políticas públicas. Dentre esses direitos, veja-se que a educação detém uma atenção especial, sendo disciplinada por diversos artigos na Constituição Federal, inclusive a ser assegurada a crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, tornando dever da família, da sociedade e do Estado, conforme o artigo 227 da Carta Federal e dos artigos 53 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ante a proteção de um direito à sexualidade em âmbito de direito internacional, necessária a integração de um direito à educação sexual como forma de efetivação de direitos humanos e fundamentais garantidos no ordenamento jurídico brasileiro, visando ao preparo de indivíduos para conviver em sociedade, bem como para vivenciar sua sexualidade de forma saudável e plena.

Sabendo que crianças e adolescentes são titulares de direitos humanos e fundamentais, o direito social à educação age como essencial para o pleno desenvolvimento da pessoa. A sexualidade, como elemento integrante do ser e da dignidade humana, é considerada um direito humano, devendo ser incluída como tema pertinente à educação. Logo, essa educação deve ser garantida para crianças e adolescentes como forma de viabilizar os conhecimentos relacionados aos aspectos físicos, biológicos, emocionais e sociais vivenciados por esse público, objetivando transformações sociais e culturais, de forma a ampliar sua vivência, com a compreensão de seus aspectos positivos e como fator impeditivo de violências e abusos.

Portanto, a família, a sociedade e o Estado são garantidores dos direitos das crianças e adolescentes, com evidente função para garantir também uma educação sexual integral. O fornecimento da educação, como direito social de todos, deve ser efetivado pelo Estado, cabendo a elaboração e concretização de políticas públicas no âmbito da educação formal, com observância do que dispõe os preceitos dos direitos humanos, possibilitando o pleno desenvolvimento da pessoa, também na esfera de sua sexualidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Angela Limongi Alvarenga. O direito à educação de qualidade e o princípio da dignidade humana. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga (org.). **Direito à educação e direito na educação em perspectiva interdisciplinar.** São Paulo: Cátedra UNESCO de Direto à Educação; Universidade de São Paulo, 2018.

AMIN, Andrea Rodrigues. Dos Direitos Fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: **aspectos teóricos e práticos.** 13. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

AMIN, Andrea Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: **aspectos teóricos e práticos.** 13. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

AMIN, Andrea Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: **aspectos teóricos e práticos.** 13. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

AZAMBUJA, Maria Cristina Fay de. Direitos da Criança e do Adolescente: evolução do conceito de criança. In: PERONDI, Maurício; SCHERER, Giovani Antônio; VIEIRA, Patrícia Machado; GROSSI, Patrícia Krieger (coord.). **Infâncias, adolescências e juventudes na perspectiva dos direitos humanos**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2018. *E-book.* Disponível em: https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/180918/pdf/0. Acesso em 21 de ago. 2021.

BRABO, Tânia Suely Antonelli Marcelino. Direitos sexuais de crianças e adolescentes: gênero e educação sexual nas políticas educacionais. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO, 13., 2017, Florianópolis. **Anais Eletrônicos [...].** Florianópolis: IEG, 2017. Disponível em: http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499907874_ARQUIVO_FAZENDOGENERO2017textocompleto.pdf. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Presidência da República, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em: 22 ago. 2021.

BRASIL. Secretaria de Educação Fundamental. **Parâmetros curriculares nacionais: pluralidade cultural, orientação sexual**. Brasília: MEC/SEF, 1997. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro102.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

CAMARA, Luciana Borella. A educação na Constituição Federal de 1988 como um direito social. **Revista Direito em Debate**. Ijuí, v. 22, n. 40, p. 4–26, 2013. Disponível em: https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/483. Acesso em: 4 jun. 2021.

FIGUEIRÓ, Mary Neide Damico (org.). **Educação sexual**: em busca de mudanças. Londrina: UEL, 2009.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Declaração Universal dos Direitos da Criança.** Nova Iorque: UNICEF, 1959. Adotada em 1959. Disponível em: http://bvsms. saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf. Acesso em: 11 ago. 2021.

GAGLIOTTO, Giseli Monteiro; LEMBECK, Tatiane. SEXUALIDADE E ADOLESCÊNCIA: A EDUCAÇÃO SEXUAL NUMA PERSPECTIVA EMANCIPATÓRIA. **Educere et Educare, Revista de Educação,** v. 6, n. 11, 1º Sem. 2011. Disponível em: http://e-revista.unioeste.br/index.php/educereeteducare/article/view/4802/3964. Acesso em: 29 ago. 2021.

GONÇALVES, Randys Caldeira; FALEIRO, José Henrique; MALAFAIA, Guilherme. Educação sexual no contexto familiar e escolar: impasses e desafios. **HOLOS**, v. 5, p. 251-263, out. 2013. Disponível em: https://www2.ifrn.edu.br/ojs/index.php/HOLOS/article/view/784. Acesso em: 27 ago. 2021.

JIMENEZ, Luciane; ASSIS, Daniel A. D.; NEVES, Ronaldo Gomes. Direitos sexuais e reprodutivos de crianças e adolescentes: desafios para as políticas de saúde. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 107, p. 1092-1104, out-dez. 2015. Disponível em: https://www.scielosp.org/pdf/sdeb/2015.v39n107/1092-1104/pt. Acesso em: 22 set. 2021.

KARNOPP, Laerte Radtke. A educação como fenômeno e como direito e a construção da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988. In: Karnopp, Laerte Radtke; Almeida, Bruno Rotta; Britto, Maria das Graças Pinto de

(orgs.). **Constitucionalismo, democracia e direitos humanos.** 1. ed. Goiânia: Editora Alta Performance, 2023.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). Poder familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: **aspectos teóricos e práticos.** 13. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. RIBEIRO, Paulo Rennes Marcal. Educação sexual: princípios para ação. **Doxa: Revista Paulista de Psicologia e Educação**, v. 15, n. 1, p. 75-84, 2011. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/341262997_EDUCACAO_SEXUAL_PRINCIIOS_PARA_A_ACAO_Doxa_v15_n1. Acesso em: 19 abr. 2021.

MAISTRO, Virginia Iara de Andrade. DESAFIOS PARA A ELABORAÇÃO DE PROJETOS DE EDUCAÇÃO SEXUAL NA ESCOLA. In: FIGUEIRÓ, Mary Neide Damico (org.). **Educação Sexual**: em busca de mudanças. Londrina: UEL, 2009.

MOCELIN, Márcia Regina. **Políticas Públicas e a Proteção Integral para a Infância e a Juventude no Brasil.** Curitiba: Contentus, 2020. *E-book.* Disponível em: https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/185194/pdf/0. Acesso em 24 jul. 2021.

NEVES, Gustavo Bregalda; ROSA, Emanuel; LOYOLA, Kheyder. **ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente. Leis especiais comentadas para concursos**. 3ª ed. São Paulo: Rideel, 2019. *E-book.* Disponível em: https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/182498/pdf/0. Acesso em: 10 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Orientações técnicas internacionais sobre educação sexual**. Tradução David Harrad. 2ª ed. revisada. Brasília: UNESCO Brasil, 2019. Disponível em: https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/369308por.pdf. Acesso em: 27 ago. 2021.

PEDROSO, Rosiméri Aparecida Rigon. Direito à integridade psíquica da criança e do adolescente: um ensaio à luz dos direitos fundamentais. In: GONÇAVES, Cláudia Maria da Costa (coord.). **Direitos Humanos**: Direitos de quem? Curitiba: Juruá, 2012.

PÉREZ, Gloria Careaga. Direito à sexualidade e seus contextos. In: BORILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (org.). **Direitos Sexuais e Direito de Família em Perspectiva Queer**. Porto Alegre: UFCSPA, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: ABMP, Todos pela educação (org.). **Justiça Pela Qualidade na Educação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, H. C. de França. Declaração dos Direitos Sexuais. In: CEPCoS. 3 abril 2019. Disponível em FIGUEIRÓ, Mary Neide Damico (org.). EDUCAÇÃO SEXUAL: em busca de mudanças. Londrina: UEL, 2009.. Acesso em 17 maio 2021.

RIOS, Roger Raupp. Por um direito democrático da sexualidade. In: BORRILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (org.). **Direitos Sexuais e Direito de Família em Perspectiva Queer**. Porto Alegre: UFCSPA, 2018, p. 79-118.

RODRIGUES, Marcella Regina Gruppi. Teoria da Proteção Integral: O reconhecimento do microssistema dos direitos da criança e do adolescente. In: KOURY, Adilon Passinho; BASTOS, Elisio Augusto Velloso; MERLIN, Lise Tupiassu; CICHOVSKI, Patricia Blagitz (coord.) **Constitucionalismo e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Métodos, 2014. *E-book* (não paginado). Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-5754-4/epubcfi/6/22[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter01]!/4. Acesso em: 12 set. 2021.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90: comentado artigo por artigo**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book.* Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553611706/pageid/52. Acesso em: 12 set. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SCARANO, Renan Costa Valle. **Direitos humanos e diversidade**. Porto Alegre: SAGAH, 2018.E-book. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595028012/pageid/13. Acesso em: 14 maio 2021.

SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp. Introdução. In: BORILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando; RIOS, Roger Raupp (org.). **Direitos Sexuais e Direito de Família em Perspectiva Queer**. Porto Alegre: UFCSPA, 2018. p. 25-42.

TEIXEIRA, Evilázio Francisco Borges. **Dignidade da pessoa humana e o direito das crianças e dos adolescentes**. Porto Alegre: Editora EdiPUC-RS, 2021. Cap. 2.2. *E-book* (não paginado). Disponível em: https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/187760/epub/0. Acesso: em 24 jul. 2021.

TREMTIM, Raynan Henrique Silva; VIEIRA, Tereza Rodrigues. CRIANÇA E ADOLESCENTE: DIREITO À EDUCAÇÃO SEXUAL E DE GÊNERO. In: V Simpósio Internacional em Educação Sexual: saberes/trans/versais currículos identitários e pluridades de gênero, 2017, Maringá. **Gênero, sexualidades e Direito: reflexões sobre um campo jurídico em (des)construção.** Maringá: Universidade Paranaense – UNIPAR, 2017. Disponível em: http://www.sies.uem.br/trabalhos/2017/3148.pdf. Acesso em: 05 set. 2021

VENTURA, Miriam (org.). **Direitos sexuais e direitos reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos: síntese para gestores, legisladores e operadores do Direito.** Rio de Janeiro: ADVOCACI, 2003.

WORLD ASSOCIATION FOR SEXUAL HEALTH (WAS). **Declaration of Sexual Rights**, 2014. Hong Kong: WAS, 2014. Disponível em: https://worldsexualhealth.net/wp-content/uploads/2013/08/Declaration-of-Sexual-Rights-2014-plain-text.pdf. Acessos em: 17 maio 2021.

ZAPATER, Maíra. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book.* Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553613106/pageid/24. Acesso em: 24 jul. 2021.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA
DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ISSN 2177-8116

O DESCOMPASSO ENTRE AS ANÁLISES DE IDENTIFICAÇÃO DE DROGAS PREVISTAS NA LEI 11.343/2006 E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ: PRECISAMOS FALAR SOBRE ISSO![1]

THE DISTANCE BETWEEN THE DRUG IDENTIFICATION ANALYSIS ESTABLISHED IN LAW 11.343/2006 AND THE STJ JURISPRUDENCE: WE MUST TALK ABOUT IT!

EL DESALINEAMIENTO ENTRE EL ANÁLISIS DE IDENTIFICACIÓN DE DROGAS PREVISTO EN LA LEY 11.343/2006 Y LA JURISPRUDENCIA DEL STJ: ¡HAY QUE HABLAR DE ESTO!

Maria Eduarda Azambuja Amaral[2]

Aline Thaís Bruni[3]

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo identificar os requisitos presentes na Lei n. 11.343/2006 para análise forense, quais as recomendações técnicas internacionais de análise de drogas e como o STJ vem sem manifestando sobre a matéria. Como referência de jurisprudência, utilizou-se a séria Jurisprudência em Teses do STJ. Nesse cenário, procura responder: as decisões do STJ que envolvem as análises de drogas previstas na Lei 11.343/2006, levam em consideração as recomendações técnicas? Em caso negativo, o que isso reflete da prática forense e como essa discussão pode colaborar para um aperfeiçoamento da temática? Para isso, utilizou-se do método hipotético

[1] Apoio e financiamento para elaboração do trabalho: Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq, Processo n.151152/2022-5)

[2] Bolsista PDJ CNPq no Departamento de Química da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 14040-901, Ribeirão Preto-SP, Brasil, Doutora em Ciências Criminais (PUCRS), Mestra em Biologia Celular e Molecular (PUCRS), Especialista em Perícia Criminal e Ciências Forenses (IPOG). Advogada. mariaeduardaamaral@usp.br, http://lattes.cnpq.br/2525804613065405, http://orcid.org/ 0000-0002-3361-3888.

[3] Professora no Departamento de Química da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 14040-901, Ribeirão Preto-SP, Brasil, Pós-doutorado em Biofísica (IBILCE/UNESP) e Química Teórica (IQSC/USP). Doutora em Ciências e Mestra em Química pela Universidade Estadual de Campinas. aline.bruni@usp.br, http://lattes.cnpq.br/3354375468883489, http://orcid.org/0000-0002-7721-3042

dedutivo, com emprego da técnica de revisão bibliográfica. Como resultado principal da pesquisa, identificou-se que há um descompasso entre a jurisprudência do STJ e as recomendações dos órgãos técnicos internacionais no que se refere às análises de drogas, o que resulta em um diálogo inefetivo para o desenvolvimento da prática forense e, principalmente, para pensar uma política de drogas séria no Brasil.

Palavras-chave*:* ciência forense; ciências criminais; análise de drogas; jurisprudência em teses; descompasso.

ABSTRACT

This research aims to identify the requirements present in Law 11.343/2006 for forensic analysis, what are the international recommendations for technical drug analysis and how the STJ has been deciding on the subject. As a case law reference, we used the series *Jurisprudência em Teses* published by the STJ. In this scenario, it seeks to answer: do the STJ decisions involving the drug analysis established in Law 11.343/2006, take into account the technical recommendations? If not, what does this reflect on the forensic practice and how can this discussion contribute to an improvement of the issue? To do so, the hypothetical deductive method was used, employing the bibliographic review technique. As a main result of the research, it was identified that there is a gap between the STJ's jurisprudence and the international technical bodies' recommendations regarding drug analysis, which results in an ineffective dialogue for developing forensic practice and, especially, for thinking about a serious drug policy in Brazil.

Keywords: forensic science; criminal science; drug analysis; jurisprudence in thesis; mismatch.

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo identificar los requisitos presentes en la Ley nº 11.343/2006 para el examen forense, cuáles son las recomendaciones técnicas internacionales para el análisis de drogas y cómo el STJ viene decidiendo sobre el asunto. Como referencia jurisprudencial, utilizamos la serie *Jurisprudência em Teses* del STJ. En este escenario, se busca responder: ¿las decisiones del STJ que se refieren al análisis de drogas previsto en la Ley 11.343/2006, toman en consideración las recomendaciones técnicas? Si no es así, ¿qué refleja esto en la práctica forense y cómo esta discusión puede contribuir a una mejora del asunto? Para ello, se utilizó el método hipotético deductivo, utilizando la técnica de revisión bibliográfica. Como principal resultado de la investigación, se identificó que existe una discrepancia entre la jurisprudencia del STJ y las recomendaciones de los organismos técnicos internacionales en materia de análisis de drogas, lo que resulta en un diálogo

ineficaz para el desarrollo de la práctica forense y, especialmente, para pensar en una propuesta seria de política de drogas en Brasil.

Palabras clave: ciencia forense; ciencia penal; análisis de drogas; jurisprudencia en tesis; discordancia.

Data de submissão: 25/05/2023

Data de aceite: 19/06/2023

1 INTRODUÇÃO

A antiga Lei n. 6.368 – chamada Lei de Tóxicos – desde 1976 já previa a necessidade de realização de laudo de constatação (preliminar), para a lavratura do auto de prisão em flagrante e para o oferecimento da denúncia, e de laudo definitivo para atestar a materialidade do crime de tráfico de drogas. Essa lei foi revogada pela atual Lei de Drogas (Lei n. 11.343) em 2006, que manteve a necessidade da realização do laudo de constatação e definitivo, apesar de carregar algumas problemáticas na sua redação – o que será enfrentado adiante.

Que a perícia criminal é indispensável para aferir a materialidade do crime de tráfico (e, atualmente, de porte), não há qualquer dúvida. O problema surge quando interpretações que vão contra ou deixam de considerar as recomendações técnicas sobre análise de drogas são proferidas pelos tribunais superiores, se tornando referência para os outros julgadores.

O tráfico de drogas (artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 e antigo artigo 12 da Lei n. 6.368/1976), juntamente com a associação para o tráfico (artigo 35 da Lei n. 11.343/2006 e antigo artigo 14 da Lei n. 6.368/1976), são os tipos penais que mais prendem no Brasil. Em uma busca no banco de dados do SISDEPEN – Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário da Secretaria Nacional de Políticas Penais, de janeiro a junho de 2022, o Brasil contava com uma população carcerária de 750.389 mil presos, excluindo aqueles que estão sob custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares. Desse total,

215.466 mil pessoas (197.649 homens e 17.817 mulheres) foram presas pelo (suposto) cometimento de crimes previstos na lei de drogas (suposto, pois os números incluem os presos os presos provisórios e os condenados com ou sem o trânsito em julgado). Isso significa 28,71% da população carcerária brasileira. Antes que surja o questionamento no leitor sobre o fato de o número total de presos pelos crimes contra o patrimônio ser de 303.410 mil, é importante esclarecer que essa categoria engloba pelo menos treze tipos penais, todos aqueles do Título II – Dos Crimes Contra o Patrimônio do Código Penal que contam com regime inicial fechado e possibilidade de pena maior do que quatro anos.

Além disso, é importante fazer outra observação: não se desconhece que a Lei n. 11.343/2006 possui outros tipos penais que preveem penas de reclusão que ultrapassam 4 anos, como os artigos 34, 36, 37 (assim como a antiga lei de tóxicos previa no artigo 13) e que, portanto, pessoas condenadas por esses crimes poderiam vir a ser presas. Entretanto, todos estão relacionados ao tráfico e/ou à associação, sendo dificilmente o tipo penal exclusivo responsável pelas condenações que resultam em prisão. Ou seja, o crime de tráfico e/ou associação ao tráfico são os tipos penais que mais encarceram no Brasil. Para não restar dúvida, ainda que considerássemos todos os tipos penais da Lei n. 11.343/2006 que preveem a pena de reclusão maior do que 4 anos – que totalizam 5 tipos – artigos 33, 34, 35, 36, 37, fazendo uma breve relação "total de presos/tipo penal" e comparando ao grupo dos grupo dos crimes contra o patrimônio, ainda assim a Lei de Drogas seria a responsável pela maior relação de presos no Brasil, sendo 43.093 presos por tipo penal contra 23.339 presos por tipo no grupo de crimes contra o patrimônio. Se observarmos a população carcerária feminina, esse número é ainda mais claro e sequer merece discussão. Do número total de mulheres presas (32.152 mil), 55,41% (17.817 mil) é por (suposto) envolvimento aos crimes da lei de drogas.

Esses dados são alarmantes e poderiam ensejar uma série de discussões sobre a forma pela qual o enfrentamento às drogas vem sendo realizado no Brasil, qual a (in)eficácia da atual legislação e, principalmente, sobre as políticas

públicas que vem (ou não) sendo desenvolvidas nesse contexto. Mas esses temas, além de não ser o objetivo principal desse artigo, já foram seriamente abordados pela pesquisadora Doutora Mariana de Assis Brasil e Weigert, na obra "Uso de Drogas e Sistema Penal: entre o proibicionismo e a redução de danos", pelo Professor Doutor Salo de Carvalho no livro "A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06) e, mais recentemente, pelo Doutor Marcelo Campos na pesquisa intitulada "Pela Metade: a Lei de Drogas do Brasil".

Para adicionar às discussões já postas, o presente estudo pretende responder: as decisões do STJ que envolvem as análises de drogas previstas na Lei 11.343/2006, levam em consideração as recomendações técnicas? Em caso negativo, o que isso reflete da prática forense e como essa discussão pode colaborar para um aperfeiçoamento da temática? Para isso, utilizou-se do método hipotético dedutivo, com emprego da técnica de revisão bibliográfica, tendo como hipótese de trabalho o fato de que há um descompasso entre a jurisprudência do STJ e as recomendações dos órgãos internacionais, o que resulta em um diálogo inefetivo para o desenvolvimento da prática forense e, principalmente, para pensar uma política de drogas séria no Brasil. O objetivo central da presente pesquisa é, portanto, identificar os requisitos presentes na Lei n. 11.343/2006, quais as recomendações técnicas de análise de drogas e como o STJ vem sem manifestando sobre a matéria. A primeira parte do artigo trata da disciplina da Lei, seguida por uma análise técnica mais aprofundada sobre as recomendações internacionais de análise de drogas. Ao final, é trazida a Jurisprudência em Teses do STJ sobre a temática para, então, concluir acerca da hipótese aventada. Ao final, é ressaltada a importância de um diálogo interdisciplinar no que tange às análises forenses de droga e se propõe uma aproximação entre o direito e a ciência forense.

2 O QUE DIZ A LEI N. 11.343/2006 E AS RECOMENDAÇÕES DA SWGDRUG: QUAL A DIFERENÇA ENTRE O LAUDO DE CONSTATAÇÃO E O DEFINITIVO?

É no artigo 50 da Lei n. 11.343/2006 que se encontra a necessidade de perícia no contexto da lei de drogas. O § 1º do artigo 50 diz que, para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea. Aqui já é possível fazer uma primeira crítica. O artigo estabelece que, para lavrar um auto de prisão em flagrante ou para atestar a materialidade do delito, é suficiente o laudo preliminar de análise de drogas. Pela redação da lei, com a qual não se concorda, o laudo definitivo seria dispensável para atestar a materialidade do delito e embasar uma eventual condenação por tráfico de drogas, o que é um verdadeiro absurdo quando analisado do ponto de vista técnico-científico.

Conforme será demonstrado na sequência desse texto, as técnicas utilizadas para análise preliminar possuem baixa especificidade. A especificidade de um teste está relacionada com a capacidade de identificar a substância e de distingui-la das suas diferentes formas ou da presença de interferentes. Se a especificidade é baixa, há uma maior taxa de erro relacionada à técnica. Sendo assim, testes preliminares, do ponto de vista técnico, não são suficientes para atestar a materialidade de um delito, conforme dispõe a redação da lei. É justamente por isso que, logo na sequência, no § 2º, a lei trata do laudo definitivo – que, se não fosse necessário, não estaria ali descrito.

É interessante observar que na antiga Lei de Tóxicos, o § 1º do artigo 22 dizia que, para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e do oferecimento da denúncia, no que tange à materialidade do delito, bastará laudo de constatação da natureza da substância firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea escolhida de preferência entre as que tiverem habilitação técnica. Essa redação é muito mais coerente, pois vincula o laudo de constatação apenas à lavratura do auto de prisão em flagrante e ao oferecimento

da denúncia, sendo indispensável o laudo definitivo para uma eventual condenação. Trata-se daquilo que os professores doutores Janaína Matida e Alexandre Morais da Rosa já denunciavam no texto intitulado "Para entender standards probatórios a partir do salto com vara":

> No contexto do processo penal - que, ao menos supostamente, parte do pressuposto de que a condenação de inocentes é erro que deve ser mais evitado do que o erro da absolvição de culpados - a estratégia consiste em posicionar o sarrafo alto para a hipótese acusatória, dificultando que hipóteses acusatórias de menor qualidade cheguem a produzir resultados. Isso mesmo, a hipótese acusatória é o *saltador*; é ela quem deve superar o standard, saltar mais alto do que o sarrafo está posicionado (MATIDA; DA ROSA, 2020).

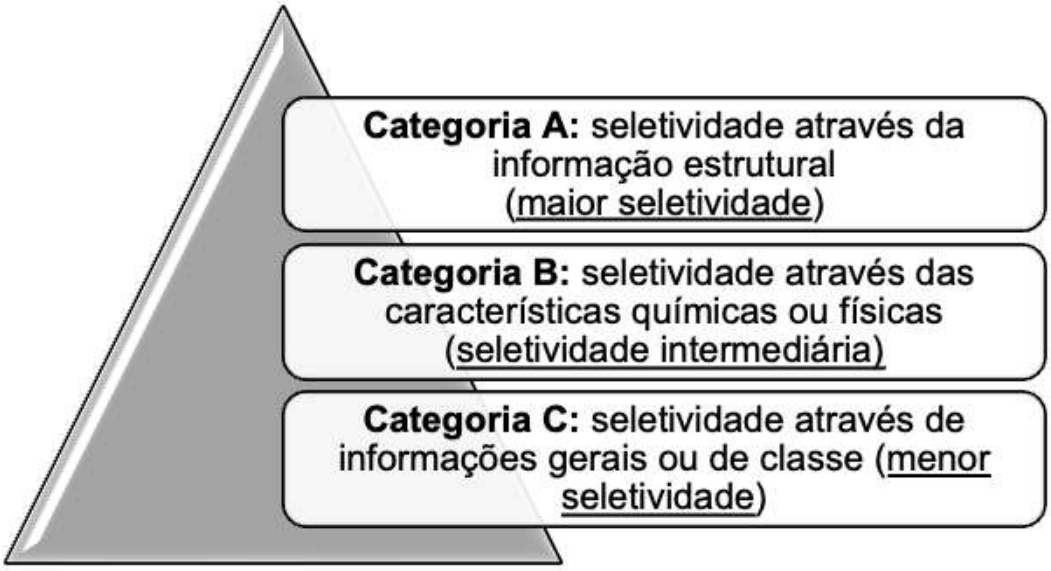
O debate aqui é sobre *standard probatório*, ou seja, não se pode aceitar, para condenar, os mesmos elementos que foram utilizados para o oferecimento de uma denúncia. O laudo de constatação, portanto, pode possuir força probante o suficiente para assegurara o "indício de materialidade" necessário para o oferecimento de uma denúncia, mas jamais terá características probatórias capazes de atestar a materialidade de um crime, já que emprega métodos de análise que até são sensíveis, mas pouco seletivos. Sendo assim, a atual redação da Lei n. 11.343/2006 deveria assegurar que o laudo definitivo é indispensável - mas não suficiente - para atestar a materialidade do crime de tráfico de drogas.

Para aprofundar esse debate, é interessante compreender, do ponto de vista técnico, a diferença entre o laudo de constatação (preliminar) e o laudo definitivo. O *Scientific Working Group for the Analysis of Seized Drugs* (SWGDRUG) é um grupo internacional responsável por recomendar as normas mínimas para a análise forense de drogas apreendidas e busca obter a aceitação dos países em relação a essas indicações. As regras indicadas pelo SWGDRUG são aquelas compreendidas como padrão ouro e que deveriam ser seguidas em todos os laboratórios forenses.

A última versão do relatório de recomendações da SWGDRUG (2022) foi conta com as melhores práticas para a análise forense de drogas. A Parte III B é do relatório traz os requisitos mínimos para a identificação de drogas e produtos químicos apreendidos, que deve levar em consideração um esquema analítico adequado e um processo controlado de análise. O esquema analítico pode ser compreendido como uma combinação de técnicas utilizadas para a chegar a uma conclusão cientificamente fundamentada. Por exemplo, o esquema empregado para responder à pergunta "a metanfetamina está presente?" será necessariamente diferente daquele utilizado para responder à pergunta "o isômero l-metanfetamina está presente?".

Nesse cenário, a SWGDRUG classifica as técnicas em três categorias - A, B e C – conforme a Figura 1.

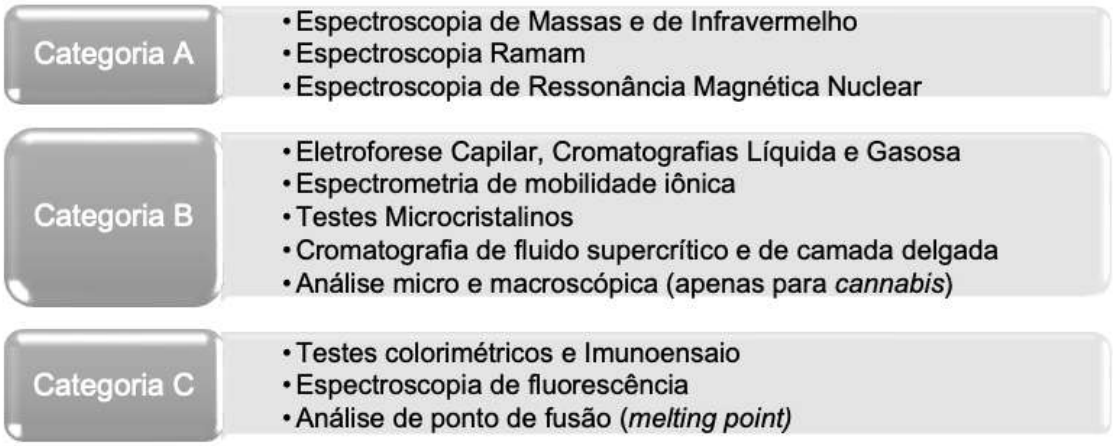
Figura 1: Níveis de Seletividade



Fonte: adaptado de (SWGDRUG, 2022)

Apenas a título exemplificativo, a Figura 2 traz algumas técnicas que são indicadas em cada uma das categorias:

Figura 2: Técnicas analíticas de cada categoria



Fonte: adaptado de (SWGDRUG, 2022)

A partir dessas informações e levando em consideração a possibilidade de empregar diversas técnicas em cada uma das categorias, a SWGDRUG recomenda que cada órgão responsável desenvolva o seu próprio esquema analítico, com base nas análises disponíveis e nos requisitos legislativos de cada país, relatando as limitações de cada uma das metodologias empregadas. Apesar disso, na categoria IIIB.3, o relatório estabelece os requisitos mínimos de um sistema analítico adequado para uma análise definitiva, que deve levar em consideração: (i) 1 técnica de categoria A + 1 técnica de categoria A, B ou C; ou, (ii) quando não for utilizada uma técnica de categoria A, pelo menos três técnicas devem ser empregadas: 2 da categoria B + 1 da categoria B ou C. O relatório indica, ainda, que o resultado será ainda melhor (maior grau de seletividade/especificidade) se as técnicas de categoria B escolhidas explorarem propriedades químicas ou físicas diferentes de cada uma das substâncias analisadas.

Adicionando a isso, a SWGDRUG indica que para que os dados do esquema analítico sejam considerados cientificamente úteis para a identificação da substância, os resultados dos testes devem ser positivos, cumprir todos os requisitos de controle de qualidade e atingir uma seletividade necessária. A seletividade pode ser comprometida, caso (i) a quantidade da amostra ou a

concentração da substância seja muito pequena, (ii) o modo de funcionamento ou o nível de resolução da técnica limite capacidade de distinguir a substância de outros compostos estruturalmente semelhantes ou relacionados e (iii) as propriedades ou complexidades da amostra limitem a capacidade de identificar a substância.

No cenário brasileiro, essas recomendações devem ser levadas em consideração para a elaboração do laudo definitivo. Em 2013 a Secretaria Nacional de Segurança Pública elaborou o, Procedimento Operacional Padrão Perícia Criminal (BRASIL, 2013), conhecido como “POP da Perícia”, tendo como objetivo a padronização das principais atividades a serem desenvolvidas pela perícia, buscando uniformizar o processo de produção da prova técnica no país. O documento foi desenvolvido por especialistas do Conselho de Dirigentes de Órgãos Periciais, das associações representativas dos profissionais de perícia, da equipe da Força Nacional de Segurança Pública e pesquisadores da área. Nesse documento, há três recomendações sobre a análise de drogas: (1) identificação de tetrahidrocanabinol (THC) por cromatografia em camada delgada (categoria B); (2) identificação de cocaína por cromatografia em camada delgada (categoria B) e (3) identificação de cocaína por cromatografia gasosa acoplada a espectrometria de massas (categoria A).

Para o laudo de constatação, por sua vez, normalmente são utilizados testes colorimétricos, a partir dos quais reagentes químicos são adicionados a uma amostra suspeita gerando uma mudança de coloração, o que sugere – mas não garante - a presença de uma certa substância. Ou seja, no Brasil, para realizar o laudo preliminar, utiliza-se apenas uma técnica de categoria C, conforme a tabela 1.

Tabela 1

Cocaína	Maconha (THC)	MDMA e Anfetaminas	Ópio, morfina e heroína	LSD
Scott modificado Mayer	Fast Blue Duquenois Levine	Simon Marquis	Marquis	Elrich

Fonte: adaptado de Vieira e Velho, 2012, p. 18-32

Nesse contexto, o que frequentemente se percebe na prática brasileira (e que também é a recomendação do POP da Perícia) é o emprego de apenas uma técnica de categoria A ou B para a análise definitiva e de uma técnica de categoria C para a elaboração do laudo de constatação. Certamente há casos em que os laudos definitivos empregam o uso de mais de uma técnica, dependendo das peculiaridades do caso. Entretanto, para o laudo preliminar, os testes colorimétricos são amplamente empregados devido à facilidade de transporte e manuseio, sendo a melhor opção de análise a ser realizada em ambiente externo ao laboratório (RODRIGUES; BRUNI, 2023).

Ocorre que as metodologias utilizadas para o exame preliminar possuem uma baixa especificidade, podendo incorrer no que se chama de falso-positivo e falso-negativo. O falso-positivo ocorre quando o resultado do teste afirma que há a substância na amostra quando, na realidade, não há. O falso-negativo, por sua vez, atesta que não há a substância na amostra, quando há. Um estudo desenvolvido por pesquisadores e peritos criminais de Campinas demonstrou que tanto o teste *Fast Blue B,* quanto o *Duquenóis-Levine*, ambos utilizados para a análise preliminar de maconha, podem sofrer interferência de outros vegetais e atestar falso positivo (BORDIN *et al*., 2012). No teste de *Fast Blue B,* foi encontrado resultado positivo para carobinha e guaraná, enquanto o *Duquenóis-Levine* atestou positivo para Baldo do Chile, Calêndula, Chapéu de Couro, Embaúba, Erva Cidreira, Erva Doce, Guaraná, Jaborandi e Louro. Os pesquisadores concluem que “o teste *Fast Blue B* apresenta maior seletividade,

uma vez que se obteve menor número de resultados falso-positivos para as drogas vegetais investigada" e que "a utilização concomitante dos dois testes preliminares pode aumentar a qualidade da análise de triagem". Outros trabalhos (CONCEIÇÃO *et al*., 2014; SILVA, 2018) também demonstraram a ocorrência de falsos-positivos na análise preliminar de maconha.

Alguns estudos também denunciam a ocorrência de falsos positivos em outras técnicas que podem ser empregadas como teste preliminar e que não utilizam o método colorimétrico. Um estudo de *screening* de maconha demonstrou que, ao comparar amostras urina analisadas através de um teste preliminar imunoquímico – chamado de Interação de Micropartículas em Solução (ou *Interaction of Microparticles in Solution - KIMS*) e de uma técnica utilizada como definitiva – Cromatografia Gasosa acoplada ao Espectrômetro de Massas – CG-MS – apenas 59% das amostras de *cannabis* eram confirmadas pela segunda técnica. Ou seja, os outros 41% poderiam ser (ou não) falsos-positivos. Os pesquisadores entendem que isso pode ter ocorrido pela presença de substâncias quimicamente semelhantes à maconha ou pela interferência de medicamentos presentes nas amostras de urina (FUCCI; DE GIOVANNI, 2012).

Em relação à cocaína, Kosecki, Brooke e Canonico (2022) demonstraram que, dependendo da quantidade da amostra, o teste de Scott e o teste de Scott modificado não são capazes de diferenciar uma amostra de cocaína de uma de fentanil – um opioide anestésico que vem se tornando uma das maiores preocupações das políticas de saúde pública pelo seu alto grau de dependência e letalidade, sendo uma das principais causas de morte nos EUA. Nesse estudo, foi possível diferencial as amostras de cocaína e de fentanil, através dos testes de Scott e de Scott modificado, quando se testava 1 mg de material de cocaína. Entretanto, nas amostras de 3 mg, a sequência de coloração produzida era a mesma. Tsumura, Mitome e Kimoto (2005) também demonstraram que a quantidade de amostra tem efeito definitivo no resultado do teste, sendo necessário que a análise seja realizada com 1mg ou menos. Voltando à pesquisa do fentanil, ele produziu a mesma coloração que a cocaína nos testes de

Tiocianato de Cobalto e *Young Test* – outros dois tipos de testes colorimétricos, podendo ser interpretado como positivo para cocaína. Interessante observar que um estudo publicado em 1979 já denunciava a possibilidade de falsos-positivos para o teste de Tiocianato de Cobalto, já que mais de 80 diferentes substâncias – além da cocaína - produziam a coloração azul como resultado positivo (JOHNS; WIST; NAJAM, 1979).

Não há dúvidas, portanto, sobre a real possibilidade de ocorrência de erros durante as análises preliminares. Por isso, é de extrema importância a cautela em relação ao uso indiscriminado do resultado desses tipos de teste no âmbito jurídico – seja para fundamentar uma prisão em flagrante, seja para atestar a materialidade do delito. O debate sobre a materialidade ou não do crime de tráfico de drogas não pode ser embasado apenas em um "positivo" ou "negativo" presente no laudo. Deve ser estabelecido um diálogo sério e interdisciplinar, não deixando à margem do cenário os requisitos técnicos de análise forense.

3 O QUE DIZ A JURISPRUDÊNCIA EM TESES DO STJ?

Neste ponto o foco será em duas edições da Jurisprudência em Teses, publicadas pelo STJ, e que são amplamente utilizadas pelos tribunais estaduais. Em relação à análise de drogas, há três teses que merecem destaque. São as seguintes:

Na Jurisprudência em Teses Edição n. 60 – Lei de Drogas II

> 18) A comprovação da materialidade do delito de posse de drogas para uso próprio (artigo 28 da Lei n.11.343/06) exige a elaboração de laudo de constatação da substância entorpecente que evidencie a natureza e a quantidade da substância apreendida (STJ, 2016).

Na Jurisprudência em Teses Edição n. 111 – Provas no Processo Penal II

> 10) O laudo toxicológico definitivo é imprescindível para a configuração do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sob pena de

> se ter por incerta a materialidade do delito e, por conseguinte, ensejar a absolvição do acusado.
>
> 11) É possível, em situações excepcionais, a comprovação da materialidade do crime de tráfico de drogas pelo laudo de constatação provisório, desde que esteja dotado de certeza idêntica à do laudo definitivo e que tenha sido elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes (STJ, 2018).

Enfrentaremos cada uma delas, dando uma atenção especial à última – a de número 11. A tese de n. 18 afirma que a materialidade do delito de posse de drogas para uso próprio será atestada pelo laudo de constatação. Foi demonstrado que as análises realizadas para a elaboração do laudo preliminar – em sua grande maioria baseadas em testes colorimétricos – possuem baixa especificidade, resultando em possíveis falsos-positivos para outras substâncias que não aquelas de interessa da análise. Nesse sentido, não se pode aceitar o emprego de técnicas de baixa seletividade para atestar a materialidade do delito, seja de posse, seja de tráfico de drogas. É o que diz, de maneira assertiva, a jurisprudência de n. 10: que o laudo definitivo é imprescindível para a configuração – e, consequentemente, para atestar a materialidade – do crime de tráfico de drogas.

Em um Estado Democrático de Direito, no qual que se busca assegurar os direitos das partes no processo e efetivar garantias processuais constitucionais, não se pode prescindir de uma análise confiável - com níveis maiores de seletividade, acuidade e especificidade - para identificar a presença, ou não, de substância ilícita em uma amostra (AMARAL, 2022). A elaboração do laudo definitivo, baseado no emprego de técnicas mais assertivas e de maior especificidade, é indispensável não só para atestar a materialidade em qualquer situação, como também para fundamentar uma eventual decisão condenatória. Nesse sentido, a tese n. 18 jamais deveria ser aplicada em casos concretos, sob pena de condenar um indivíduo pela posse de uma substância que não é ilícita.

A título de exemplo prático, em 2017, no Paraná, um homem ficou 21 dias preso por transportar glifosato. Na abordagem, a Polícia Rodoviária Federal aplicou o chamado “narcoteste”, que atestou “positivo para cocaína”. O homem

foi preso em flagrante e a amostra foi enviada para o Instituto Geral de Perícias que, após a elaboração do laudo definitivo, demonstrou não se tratar de substância ilícita (GLOBO, 2017).

Em relação à tese de n. 11, o texto diz que, em situações excepcionais, é possível a comprovação da materialidade do crime de tráfico de drogas pelo laudo de constatação provisório, desde que esteja dotado de certeza idêntica à do laudo definitivo e que tenha sido elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes. Após a construção teórica exposta no tópico anterior, é possível afirmar que o conteúdo da tese se trata de uma afirmação cientificamente inviável. Em hipótese alguma o laudo de constatação provisório será dotado de "certeza idêntica" ao laudo definitivo. Isso ocorre por aquilo que já foi amplamente explicitado neste texto: as técnicas utilizadas pelo laudo preliminar são totalmente diferentes daquelas empregadas para a elaboração do laudo definitivo – variando não só a metodologia em si, mas também os limites de detecção, os valores de precisão e de seletividade etc. Trata-se de uma afirmação que, levando em consideração os argumentos científicos e as bases teóricas, não possui possibilidade fática de ocorrer.

É interessante salientar, ainda, que "certeza idêntica" é algo inatingível em termos metodológicos. Ainda que a mesma técnica seja realizada na mesma amostra, o resultado poderá ter alguma variação. Nesses casos, o que se pode atingir, na melhor das hipóteses, é uma alta taxa reprodutibilidade. E é exatamente para isso que se deve conhecer as etapas, as limitações, as taxas de erro e as peculiaridades de cada técnica. Entretanto, diferentes técnicas jamais terão uma "certeza idêntica", principalmente se na sua própria origem elas se propuserem a identificar características diferentes das substâncias, que é o caso dos exames usados para o teste preliminar e para os testes definitivos. Enquanto as análises colorimétricas se prestam apenas a demonstrar informações gerais ou de classe da droga, as técnicas usadas para o laudo definitivo identificam as características físicas, químicas ou a informação estrutural da droga. Diferentes técnicas não podem ser comparadas e, portanto,

não há coerência lógica e científica em se afirmar que um laudo de constatação por ter "certeza idêntica" ao laudo definitivo.

4 O DESCOMPASSO ENTRE AS RECOMENDAÇÕES TÉCNICAS E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ: PRECISAMOS FALAR SOBRE ISSO!

Ficou claro que o debate sobre a análise de drogas possui um impacto prático significativo. Isso porque, em um Estado Democrático de Direito, não se pode aceitar que um indivíduo tenha a sua liberdade privada e a sua defesa cerceada sem informações confiáveis de que o elemento com o qual foi encontrado se tratava, de fato, de uma substância ilícita. O que se está a falar é de um tema de base científica e impacto social, que requer uma atenção multissetorial. Sendo assim, é imprescindível que haja um debate entre diversos âmbitos da sociedade, a fim de firmar um diálogo público sério e com embasamento técnico para fundamentar decisões que, apesar de não vinculativas, se tornam referência para outros tribunais. A identificação dessa dissonância entre as recomendações técnicas internacionais e a jurisprudência do STJ reflete a carência do debate e da troca de conhecimento entre os variados órgãos envolvidos com a prática penal.

A proposta inicial de despenalização do uso de drogas tinha como objetivo deslocar o usuário do sistema de justiça criminal para o sistema médico. Esse era o objetivo inicial da política pública de 2005, "sob o argumento de reduzir a população prisional" (CAMPOS, 2019, p. 88). Entretanto, o efeito prático foi o oposto. A população carcerária sofreu um crescimento significativo em função da Lei n. 11.343/2006, que não foi acompanhada por investimento proporcional no sistema penitenciário e para a política de egressos (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2022). Em 2005, antes da lei entrar em vigor, o comércio de drogas era responsável por 13% de toda a população carcerária brasileira (CAMPOS, 2019). Hoje esse número é de 28,71%.

O aumento do encarceramento – que não é sinônimo de efetividade no combate às drogas – é consequência de uma política ineficiente. Para alguns especialistas da área, a principal hipótese que justifica esse aumento é a ausência de critérios objetivos no texto que possibilitem diferenciar o porte para consumo do porte para fins de comercialização (BOITEUX *et al*., 2009; JESUS, 2011; GRILLO; POLICARPO; VERÍSSIMO, 2011). Para Marcelo Campos, a hipótese é de uma "rejeição, pelo sistema de justiça criminal, da inovação representada pela incorporação da dimensão médico-sanitária ao novo dispositivo das drogas", o que "permitiu a emergência de novas práticas no interior do sistema de justiça criminal, mas que priorizaram a velha e conhecida pena de prisão" (CAMPOS, 2018, p. 31-37). Acredita-se que as hipóteses não são excludentes e que há mais fatores que podem ter colaborado para isso.

A partir do olhar desta pesquisa, entende-se que uma das causas da ineficiência da política pública diz respeito à falta de comunicação entre o legislativo, o judiciário e o setor técnico-científico. E os problemas são vários.

O primeiro grande problema é a própria redação legal, que estabelece o teste preliminar como suficiente para a prisão em flagrante e não deixa claro a indispensabilidade do laudo definitivo para atestar a materialidade dos delitos previstos na Lei 11.343/2006. Sobre isso, Paulo Akira, Rachel Herdy e Aline Bruni já afirmaram que

> Ao estabelecer que a prisão em flagrante por porte de drogas ilícitas pode se fundamentar apenas no resultado analítico do teste preliminar, a legislação, na prática, transfere para o destinatário do laudo de constatação a tarefa de interpretar o comportamento de uma reação química e seu aspecto visual. Ao mesmo tempo, permite a prisão cautelar de pessoas inocentes até que os sobrecarregados institutos de perícia constatem a natureza do material e emitam o laudo definitivo (KUNII; HERDY; BRUNI, 2021).

Adicionando-se a isso, há a jurisprudência que anda em verdadeiro descompasso com as recomendações técnicas. Enquanto a tese de n. 10 da Jurisprudência em Teses – Provas no Processo Penal II indica que é

imprescindível o laudo definitivo para a configuração do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a de n. 11 traz uma redação que excepciona essa regra, desde que o laudo de constatação "esteja dotado de certeza idêntica à do laudo definitivo e que tenha sido elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes". Como bem exposto e demonstrado a partir de dados técnicos, essa *certeza idêntica* é um "estado de conhecimento impossível de ser alcançado por meio da aplicação do método científico" (KUNII; HERDY; BRUNI, 2021). Ou seja, o trazido pela tese de n. 11 é algo cientificamente inatingível e, portanto, não deveria ser conteúdo de decisões judiciais que envolvem conteúdos técnicos.

O que se evidencia é a falta de diálogo entre os diversos setores que colaboram para o sistema de justiça criminal. É imprescindível que haja uma aproximação entre o legislativo, o judiciário e a área técnico-científica, a fim de aprimorar os dispositivos legais, o conteúdo das decisões e a forma como a informação pericial é comunicada no âmbito jurídico. Tudo isso justificado pela necessidade de evitar arbítrios judiciais e garantir direitos fundamentais daqueles que estão sofrendo as consequências da persecução penal.

Denúncias já são várias sobre a necessidade desse debate. As ações ainda são poucas, apesar de existentes. Pensando nessa necessidade de aproximação do diálogo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), juntamente com o Fórum de Segurança Pública (FBSP) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD-Brasil), no âmbito da Séria Fazendo Justiça, publicou o documento "Perícia Criminal para Magistrados" que tem como objetivo "sistematizar algumas mudanças normativas e tecnológicas recentes relacionadas à área, como a cadeia de custódia de vestígios e o banco nacional de perfis genéticos" e "apresentar alguns aspectos básicos dos principais exames periciais relacionados à apuração de crimes violentos" (BRASIL, 2022, p.12-13).

Apesar de tratar de outras áreas da ciência forense, sem adentrar na análise de drogas para fins da Lei n. 11.343/2006, o documento é uma iniciativa

que merece destaque pela importância que carrega. Essa é uma ferramenta que se propõe a levar o conhecimento técnico de maneira mais facilitada para os magistrados, buscando auxiliar na compreensão das metodologias utilizadas na prática. Em 2012, o Instituto Nacional de Criminalística publicou um Manual de Orientação de Quesitos da Perícia Criminal, onde peritos criminais tentam prover aos delegados "uma baliza técnica para a formulação dos quesitos mais frequentes e que necessitam de maior orientação para não comprometer a celeridade dos exames", além de "destacar os quesitos não recomendados, quer pela sua inexequibilidade, quer pela impossibilidade de respostas satisfatórias ao deslinde da questão" (BRASIL, 2012, p. 3). Outros órgãos e institutos de perícia estaduais, como a Polícia Técnico Científica do Maranhão, a Perícia Oficial de Alagoas e as Polícias Técnicas de Sergipe e do Mato Grosso, também produziram conteúdos semelhantes, que se propõem a auxiliar na quesitação, buscando respostas possíveis e coerentes de acordo com cada técnica e produzindo uma prova pericial de maior qualidade.

Outra iniciativa que se faz necessária para melhorar a discussão entre as áreas seria a inserção de disciplinas técnicas – Ciência Forense ou Criminalística – obrigatórias nos cursos de graduação de direito e nos cursos de formação das carreiras públicas: magistrados, promotores, delegados e defensores públicos. Da mesma forma que tanto o concurso, quanto os cursos de formação de peritos criminais, devem ser contemplados por disciplinas jurídicas, como direito penal, processo penal e, ainda mais especificamente, sobre teoria e epistemologia da prova pericial.

Uma maneira extremamente interessante de fomentar a troca é o estímulo, por parte do Poder Judiciário, da atuação dos órgãos de perícia como *amicus curiae* em debates públicos. Foi possível identificar algumas iniciativas nesse sentido. A exemplo tem-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.914 do Espírito Santo (ADI n. 2.914) no Supremo Tribunal Federal (STF), que impugnava normas do estado do Espírito Santo que transformaram o cargo de papiloscopista em "perito papiloscopista",

oportunidade na qual a Associação Nacional dos Peritos Criminais (APCF) atuou como “amigo da corte”. Da mesma forma, o Sindicato Nacional dos Peritos Criminais Federais – APCF Sindical atuou no julgamento das ADIs n. 5.039 e 5.889/DF. De modo contrário, em 2019 o APCF Sindical postulou, junto ao STF, seu ingresso na qualidade de *amicus curiae* nos autos do Recurso Extraordinário (RE) n. 635.659/SP, com repercussão geral, a fim de prestar informações técnicas e pertinentes à discussão jurídica que tratava da descriminalização do porte de drogas para o uso pessoal. Entretanto, o Ministro Gilmar Mendes, relator do caso, indeferiu o pedido com fundamento no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999.

Além disso, é imprescindível que os setores de perícia sejam convocados para o debate público também no poder legislativo, sempre que haja a tramitação de projetos de lei que tratem de matérias relativas ao sistema pericial. Só assim será possível trazer uma visão mais especializada, que resulte em projetos, leis e, consequentemente, em decisões mais coerentes com a realidade prática pericial.

Entretanto, o que se observa é algo mais preocupante. Tramita na Câmara dos Deputados um projeto de lei de novo código de processo penal, o PL n. 8.045/2010. Em 2021 o Deputado João Campos, então relator do projeto de lei, apresentou seu relatório juntamente com um projeto substitutivo. O substitutivo apresentado relativiza uma série de disposições relativas à produção e ao emprego da prova pericial, deixando à margem do debate criminal a importância da prova técnica. Como decorrência disso, a APCF desenvolveu uma cartilha (APCF, 2021) em que trata dos riscos da proposta do novo código de processo penal ao direito à prova, à ampla defesa e ao contraditório. Como exemplo das alterações questionadas tem-se a extinção do atual artigo 158, cuja redação traz a indispensabilidade do exame de corpo de delito direto e indireto sempre que a infração deixar vestígios e a retirada da ausência do exame pericial como causa de nulidade processual.

O que se observa, portanto, é um projeto de lei que, mesmo após longos debates legislativos, coloca a prova pericial como algo dispensável e de menor

relevância para o processo penal. A consequência disso é a flexibilização das regras atinentes à produção da prova, a menor necessidade de investimento na área técnica – já que a perícia não será tão imprescindível, além do desinteresse em um diálogo mais sério para o desenvolvimento de projetos que se preocupem com o controle de qualidade interno e externo dos exames periciais. Sem necessidade, não há por que investir. Sem questionamentos, não há por que aprimorar o trabalho.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a demonstrar como a atual redação da Lei n. 11.343/2006 e as teses fixadas no STJ, em dissonância com as recomendações técnicas de análise de drogas, podem resultar em um diálogo inefetivo para o desenvolvimento da prática forense e, principalmente, para pensar uma política de drogas séria no Brasil. Para isso, fez-se um comparativo da antiga Lei de Tóxicos com a atual Lei de Drogas, seguido por uma análise técnica mais aprofundada das recomendações internacionais sobre os exames relativos às análises de drogas. Na sequência, apontou-se algumas Jurisprudência em Teses do STJ sobre a temática e questionou-se o fato de o conteúdo da decisão ir totalmente contra preceitos científicos básicos.

A partir disso, demonstrou-se que há um claro descompasso entre a jurisprudência e o indicado pelas recomendações técnicas internacionais, resultando, inclusive, em decisões que são cientificamente inviáveis. Uma verdadeira distopia quando pensado em termos metodológicos. Ao final, foi possível ressaltar a importância de um diálogo interdisciplinar e a necessidade de aproximar o direito e a ciência a partir de uma abordagem multissetorial, que envolva diversos órgãos técnicos, jurídicos e legislativos.

Portanto, o presente estudo atingiu seus objetivos de maneira satisfatória, sem, entretanto, ter o intuito de esgotar o assunto. O que se propôs aqui foi trazer

à tona inconsistências que não devem ser deixadas de lado e tampouco esquecidas quando se fala de Lei de Drogas. O que se espera é que esse texto sirva como uma mola propulsora de um debate sério e verticalizado sobre uma temática social tão sensível.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Maria Eduarda Azambuja. A interdisciplinaridade, o estudo dos erros forenses e o respeito aos direitos humanos: lições de Alberto Silva Franco. *In:* D'AVILA, F. R. et. al. **Os primeiros 90 anos de Alberto Silva Franco**. 1 ed. Belo horizonte, São Paulo: D'Placido, 2022, p. 489-500.

APCF. **Riscos da proposta do novo código de processo penal ao direito à prova e à ampla defesa e ao contraditório.** 2021. Disponível em: https://apcf.org.br/wp-content/uploads/2021/05/APCF-CARTILHA-RISCOS-CPP.pdf. Acesso em: 11 mai. /2023.

BOITEUX, Luciana *et al*. **Tráfico de drogas e Constituição**. Brasília: SAL/MJ; UFRJ; UnB, 2009. Série Pensando o Direito, n. 1. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf. Acesso em: 11 mai. /2023

BORDIN, Dayanne Cristiane *et al*. Análise forense: pesquisa de drogas vegetais interferentes de testes colorimétricos para identificação dos canabinoides da maconha (Cannabis Sativa L.). **Química Nova**, v. 35, n. 10, p. 2040–2043, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Fórum Brasileiro de Segurança Pública (orgs.). **Perícia Criminal para Magistrados.** 2022. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/11/dpj-pericia-criminal-para-magistrados-digital-3011.pdf. Acesso em: 11 mai. /2023

BRASIL. Departamento de Polícia Federal. **Manual de Quesitos da Perícia Criminal**. 1 ed. Brasília: Diretoria Técnico Científica, 2012. Disponível em: http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/03/Manual-de-orientação-de-quesitos-da-perícia-criminal.pdf. Acesso em: 11 mai. /2023

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Procedimento operacional padrão:** perícia criminal. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/pop/procedimento_operacional_padrao-pericia_criminal.pdf. Acesso em: 04 mai./2023

CAMPO, Marcelo Silveira. O novo nem sempre vem: Lei de Drogas e encarceramento no Brasil. **Boletim de Análise Político- Institucional**, n. 18, 2018, p. 31-37. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/8219-181206bapi18cap3.pdf Acesso em: 11 mai. /2023

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela metade:** a Lei de Drogas do Brasil. São Paulo: Annablume, 2019.

CONCEIÇÃO, Vitor N. *et al*. Estudo do teste de Scott via técnicas espectroscópicas: um método alternativo para diferenciar cloridrato de cocaína e seus adulterantes. **Química Nova**, v. 37, n. 9, p. 1538–1544, 2014.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública.** 2022. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=15. Acesso em: 11 mai. /2023

FUCCI, Nadia; DE GIOVANNI, Nadia. False-positive cannabis results in Italian workplace drug testing. **Drug Test Analysis**, v. 4, n. 2, p. 71–73, 2012.

GLOBO. Teste indica que herbicida era cocaína e homem fica 21 dias preso no Paraná. **Jornal Globo**, 2017. Disponível em: https://g1.globo.com/pr/oeste-sudoeste/noticia/teste-indica-que-herbicida-era-cocaina-e-homem-fica-21-dias-preso-no-parana.ghtml https://www.campograndenews.com.br/cidades/teste-confunde-herbicida-com-cocaina-e-homem-fica-preso-por-21-dias. Acesso em: 10 mai./2023

GRILLO, Carolina Christoph; POLICARPO, Frederico; VERÍSSIMO, Marcos. A "dura" e o "desenrolo": efeitos práticos da nova Lei de Drogas no Rio de Janeiro. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 19, n. 40, p. 135-148, 2011.

JESUS, Maria Gorete Marques de (org). **Prisão provisória e Lei de Drogas**: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: Núcleo de Estudo da Violência/USP, 2011. Disponível em: https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2015/01/down254.pdf. Acesso em: 11 mai. /2023

JOHNS, S.; WIST, A.; NAJAM, A. Spot Tests: A Color Chart Reference for Forensic Chemists. **Journal of Forensic Sciences***, v. 24*, n. 3, p. 631-649, 1979.

KOSECKI, Patrick Allan; BROOKE, Phillip; CANONICO, Erika. Fentanyl as a potential false positive with color tests commonly used for presumptive cocaine identification. **Journal of Forensic Science**, v. 67, n. 5, p. 2082-2088, 2022.

KUNNI, Paulo Akira; HERDY, Rachel; BRUNI, Aline Thais. Lei de Drogas: laudos de constatação podem prender sem amparo científico. **Conjur – Consultor Jurídico,** 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-dez-

10/limite-penal-laudos-constatacao-podem-levar-prisoes-amparo-cientifico Acesso em: 11 mai. /2023

MATIDA, Janaina; DA ROSA, Alexandre Moraes. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. **Conjur – Consultor Jurídico,** 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara Acesso em: 04 mai./2023

RODRIGUES, Caio Henrique Pinke; BRUNI, Aline Thais. Diálogo entre a Química E O Direito: Uma Aproximação Necessária para a Lei de Drogas. **Revista Brasileira de Ciências Policiaias,** v. 14, n. 11, p. 367-423, 2023.

SILVA, Nícolas Regassini. **Análise dos interferentes vegetais por testes colorimétricos na identificação de canabinóides**. 2018 Disponível em: https://avr.ifsp.edu.br/images/pdf/ciencias_biologicas/Banco%20de%20TCC/TCC%20Final_NICOLAS.pdf Acesso em: 10 mai./2023

STJ. **Jurisprudência em Teses. Edição n. 60**. 2016. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%2060%20-%20Lei%20de%20Drogas.pdf Acesso em: 10 mai./2023

STJ. **Jurisprudência em Teses. Edição n. 111.** 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20111%20-%20Provas%20No%20Processo%20Penal%20-%20II.pdf Acesso em: 10 mai./2023

SWGDRUG. **Scientific Working Group for The Analysis Of Seized Drugs (Swgdrug) Recommendations**. 2022. Disponível em: https://www.swgdrug.org/Documents/SWGDRUG%20Recommendations%20Version%208.1_FINAL_ForPosting_Rev%201-23-23.pdf Acesso em: 04 mai./2023

TSUMURA, Yukari; MITOME, Toshiaki; KIMOTO Shigeru. False positives and false negatives with a cocaine-specific field test and modification of test protocol to reduce false decision. **Forensic Science International***,* v. 155, p. 158–164, 2005.

VIEIRA, Maurício Leite; VELHO, Jesus Antonio. Exame preliminar e definitivo em drogas de abuso. *In:* BRUNI, Aline Thais; VELHO, Jesus Antonio; OLIVEIRA, Marcelo Firmino de. **Fundamentos de química forense:** uma análise prática da química que soluciona crimes. 1 ed. Campinas: Millennium, 2012, p. 18-32.