

Anais de Artigos Completos - Volume 5 VII CIDHCoimbra 2022

Organizadores:

Vital Moreira

Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



VII CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR

ORGANIZAÇÃO:



<http://www.inppdh.com.br>



<http://igc.fd.uc.pt/>

**VITAL MOREIRA
JÓNATAS MACHADO
CARLA DE MARCELINO GOMES
CATARINA GOMES
CÉSAR AUGUSTO RIBEIRO NUNES
LEOPOLDO ROCHA SOARES**
(Organizadores)

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO
VII CIDHCoimbra 2022
VOLUME 5**

www.cidhcoimbra.com

1ª edição

**Campinas / Jundiaí - SP - Brasil
Editora Brasília / Edições Brasil
2023**

© Editora Brasília / Edições Brasil - 2023

Supervisão: César Augusto Ribeiro Nunes
Capa e editoração: João J. F. Aguiar
Revisão ortográfica: os autores, respectivamente ao capítulo
Revisão Geral: Comissão Organizadora do VII CIDHCoimbra 2022

Conselho Editorial Editora Brasília: César Ap. Nunes, Leopoldo Rocha Soares, Daniel Pacheco Pontes, Paulo Henrique Miotto Donadeli, Elizabete David Novaes, Eduardo Antônio da Silva Figueiredo, Egberto Pereira dos Reis

Conselho Editorial Edições Brasil: Antonio Cesar Galhardi, João Carlos dos Santos, Dimas Ozanam Calheiros, José Fernando Petrini, Teresa Helena Buscato Martins, Marlene Rodrigues da Silva Aguiar. Colaboradores: Valdir Baldo, Glaucia Maria Rizzati Aguiar e Ana Paula Rossetto Baldo.

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610/1998. Todas as informações e perspectivas teóricas contidas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos/as autores/as. As figuras deste livro foram produzidas pelos/as autores/as, sendo exclusivamente responsáveis por elas. As opiniões expressas pelos/as autores/as são de sua exclusiva responsabilidade e não representam as opiniões dos/as respectivos/as organizadores/as, quando os/as houve, sendo certo que o IGC/CDH, o INPPDH, as editoras, as instituições parceiras do Congresso, assim como as Comissões Científica e Organizadora não são oneradas, coletiva ou individualmente, pelos conteúdos dos trabalhos publicados.

A imagem da capa foi obtida na Adobe Stock por João J. F. Aguiar. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer meio, sem previa autorização por escrito das editoras. O mesmo se aplica às características gráficas e à editoração eletrônica desta obra. Não é permitido utilizar esta obra para fins comerciais. Quando referenciada, deve o responsável por isto fazer a devida indicação bibliográfica que reconheça, adequadamente, a autoria do texto. Cumpridas essas regras de autoria e editoração, é possível copiar e distribuir essa obra em qualquer meio ou formato. Alguns nomes de empresas e respectivos produtos e/ou marcas foram citadas apenas para fins didáticos, não havendo qualquer vínculo entre estas e os responsáveis pela produção da obra. As editoras, os organizadores e os autores acreditam que todas as informações apresentadas nesta obra estão corretas. Contudo, não há qualquer tipo de garantia de que os conteúdos resultarão no esperado pelo leitor. Caso seja necessário, as editoras disponibilizarão erratas em seus sites.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do VII CIDHCoimbra 2022 -
Volume 5 / César Augusto R. Nunes et. al. (org.) [et al.] – Campinas /
Jundiaí: Brasília / Edições Brasil, 2023.

383 p. Série Simpósios do VII CIDHCoimbra 2022

Inclui Bibliografia

ISBN: 978-65-5104-027-6

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

Publicado no Brasil / Edição eletrônica
contato@edbrasilica.com.br / contato@edicoesbrasil.com.br

VII CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: uma visão transdisciplinar

11 a 13 de Outubro de 2022 – Coimbra/Portugal

www.cidhcoimbra.com

VOLUME 5 - Composição dos Simpósios:

Simpósio n.º. 33 DIREITO À DESCONEXÃO Coordenadores: Claudia Maria Petry de Faria e Fabrício José Rodrigues de Lemos
Simpósio n.º. 34 DIREITOS HUMANOS, VIDA, SAÚDE E TECNOLOGIA Coordenadores: Cristiane Reis e Anne Michelle Schneider
Simpósio n.º. 35 DIREITOS HUMANOS, SEGURANÇA PÚBLICA E NOVAS TECNOLOGIAS Coordenadores: Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Joice Graciele Nielsson
Simpósio n.º. 37 DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO: O PAPEL DA TRIBUTAÇÃO NO FOMENTO DA PRODUÇÃO E DO CONSUMO DE ENERGIAS LIMPAS E RENOVÁVEIS Coordenadores: Marcelo Jabour Rios e Alessandra Brandão Machado Teixeira
Simpósio n.º. 38 DERECHOS HUMANOS Y DERECHO DE LA NATURALEZA: ¿INDEPENDENCIA O SIMBIOSIS? Coordenadores: Eva María Rubio Fernández e Carlos Gil Gandía
Simpósio n.º. 39 TRANSIÇÃO ENERGÉTICA, MEIO AMBIENTE, DESENVOLVIMENTO HUMANO, SOCIAL E ECONÓMICO Coordenadores: Bernardo José Ferreira Gicquel de Deus e Carla Maria Alcofra Tocantins
Simpósio n.º. 40 TUTELA AMBIENTAL E EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO AO AMBIENTE SADIO E EQUILIBRADO Coordenadores: Ana Cristina de Souza Serrano Mascarenhas e Antônio Carlos Pereira
Simpósio n.º. 41 FUTUROS DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA OS DIREITOS HUMANOS NO PLANO INTERNACIONAL Coordenadores: Maria Fernanda Augustinhak Schumacker Haering Teixeira e Alexander Haering Gonçalves Teixeira

Simpósio n.º. 43
DIREITOS HUMANOS E MIGRAÇÃO NOS TRIBUNAIS
Coordenadores: Luís Renato Vedovato e Carolina Piccolotto Galib
Simpósio n.º. 47
PAULO FREIRE, DIREITOS HUMANOS E CULTURA POPULAR
Coordenadores: José Renato Polli e Jean Marcel Caum Camoleze
Simpósio n.º. 48
EDUCAÇÃO COMO DIREITO E PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO DOCENTE
Coordenadores: Plínio Antônio Britto Gentil e João Virgílio Tagliavini

ISBN: 978-65-5104-027-6

COMISSÃO CIENTÍFICA DO VII CIDHCOIMBRA 2022:

Membros Titulares:

Prof. Doutor Vital Moreira; Prof. Doutor Jónatas Machado; Mestre Carla de Marcelino Gomes; Mestre Catarina Gomes; Doutor César Augusto Ribeiro Nunes; e Doutor Leopoldo Rocha Soares.

Membros Convidados:

Prof. Doutor César Aparecido Nunes; Profa. Doutora Aparecida Luzia Alzira Zuin; Mestre Alexandre Sanches Cunha; Mestre Orquídea Massarongo-Jona

SUMÁRIO

O Teletrabalho e o Direito à Desconexão	10
Renata Lázaro Alves da Costa	
Síndromes de Burnout, Boreout e Brownout no Contexto da Pandemia Covid-19..	
.....	21
Bruna Flora Brosque	
A Relação Médico-Paciente no Contexto das Cirurgias Cosméticas: eficácia “diag- nal” dos Direitos Fundamentais	30
Mariana de Arco e Flexa Nogueira	
As Mídias Sociais Desrespeitam o Direito à Personalidade?	45
Maria Cristina Zainaghi	
CRISPR-CAS9 e Sua Potencialidade na Edição da Pessoa Humana	52
Marta Rodrigues Maffei	
Direito à Saúde Transumista Irrestrita e os Limites Bioéticos.....	64
Gleyzielen Santos de Santana Vicente e Luiza Pinheiro Chagas Leite Souza	
O Trabalho do Assistente Social do TFD no Contexto do Hospital Sofia Jorge Cruz-MA: desafios em tempos de Covid-19	76
Reginaldo Ramires de Moraes e Sinta de Nazaré dos Remédios da Luz	
O Backlog de Patentes Farmacêuticas e os Impactos no Acesso à Saúde	86
Larissa Natalia Cavaletti Sousa	
O Prolongamento da Vida: direito de escolha do paciente?	99
Graziela Nasato	
Reprodução Humana Assistida: o direito à identidade genética <i>versus</i> o direito ao sigilo do doador de gametas	109
Michely Vargas Del Puppo Romanello e José Geraldo Romanello Bueno	
A Utilização das Câmeras Policiais Como Forma de Garantia dos Direitos Huma- nos, da Segurança Pública e da Função Estatal.....	121
Sheila Bonfim Anerth	
Inconstitucionalidade dos Atos de Polícia Investigativa e de Polícia Judiciária por Militares em Crimes não Militares	133
Eujecio Coutrim Lima Filho	

Iniciativa Parlamentar no Direito Tributário Ambiental: a extrafiscalidade e o problema da lei tributária simbólica	144
Bernardo Motta Moreira	
O Direito Tributário Enquanto Instrumento de Promoção de Sustentabilidade, Através da Implementação de Encargos Ambientais Sobre a Emissão de Carbono.	158
Luíza Bárbara Guimarães Alves	
A Tributação Regressiva Sobre o Consumo e a Proteção Ambiental: reflexão sobre a criação de um tributo indireto ambiental	168
Rodrigo Alexandre Lazaro Pinto	
Taxas Ambientais e Extrafiscalidade: o caso da TFRM de Minas Gerais	176
Carlos Victor Muzzi Filho	
Análisis de Propuestas del Derecho Internacional Para la Protección del Medio Ambiente. ¿derecho al medio ambiente o derecho del medio ambiente? el modelo europeo	184
Ana María Aldaz Casanova	
<i>With or Without You</i> : la protección del medio ambiente y las personas y grupos en situación de vulnerabilidad	195
Anna Buchardó Parra	
A Obsolescência Programada no Contexto das Relações de Consumo: uma análise da dimensão social, ambiental e econômica sobre a economia circular	206
Miguel Antonio Paes de Barros Filho	
Big Data e o Setor Elétrico Brasileiro	219
Ilan Leibel Swartzman e Andreu Wilson Pereira Leandro	
Gás Natural Brasileiro: Artigo 25, Parágrafo 2o, da Constituição Federal de 1988 ...	228
Luis Fernando Priolli	
O Repowereu e a Transição Energética: Sustentabilidade em Foco Para uma Política Energética Equilibrada e Independente	237
Mariana Medeiros Barbieri dos Santos	
A Aplicação da Mediação à Resolução de Conflitos Ambientais no Brasil	250
Silvana Raquel Brendler Colombo Tombini	

A Atuação do Poder Legislativo no Combate à Obsolescência Programada Como Forma de Efetivação ou Não da Tutela do Meio Ambiente e do Consumidor no Brasil.....	261
--	-----

André Serotini

Proteção Pluridimensional de Direitos Humanos e a Cidadania Constitucional: formas de incorporação de normas globais de Direitos Humanos e mudança da democracia no Brasil.....	273
---	-----

Luiz Felipe Fleury Calaça

Cláusula de Exclusão por Cometimento de Crime Hediondo, Atos Terroristas e de Tráfico de Drogas da Condição de Refugiado: a intervenção indevida do Direito Penal nos Direitos Humanos	287
--	-----

Fayruz Borges El-Khatib

A Criminalização do Migrante e o “Direito a Ter Direitos” na Teoria Política Arendtiana: uma análise da (não) exigência da cidadania na efetivação dos Direitos Humanos na Corte Interamericana.....	300
--	-----

Maria Eduarda Brasileiro Lopes

A Situação da Criança Migrante no Brasil: um estudo entre as normativas e a realidade.	311
---	-----

Fernanda Carolina de Araujo Ifanger e Samuel Antiqueira Michelin

Ineficiência do Judiciário Perante Casos dos Migrantes	322
--	-----

Sara Schincariol e Isabelle de Quintal

Migração e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: como avançar?	332
--	-----

André de Carvalho Ramos e Daniela Bucci

Escola, Cultura Popular e Ampliação de Direitos.....	346
--	-----

Gesuína de Fátima Elias Leclerc

Educação de Migrantes e Refugiados Como Direito Intergeracional Para o Desenvolvimento Sustentável: a Agenda Internacional Para Educação e a formação docente para efetivação de Direitos Humanos	360
---	-----

Adriana dos Santos Silva

O Direito à Educação no Brasil: resgate de uma história de luta a favor da educação pública e de resistência ao constante processo de precarização do trabalho docente	374
--	-----

Silmar Leila dos Santos

O TELETRABALHO E O DIREITO À DESCONEXÃO

Renata Lázaro Alves da Costa

Universidade Federal Fluminense. Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada

Resumo:

O presente artigo teve por objetivo apresentar formas práticas de garantir o direito à desconexão no teletrabalho no Brasil. Isto porque, embora fundamentado desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) como garantia do lazer e descanso do trabalhador, tal direito surgiu legalmente somente em 2016, na França, e até o presente momento não se encontra expresso na legislação brasileira. Por meio da pesquisa de dados quantitativos do IPEA, levantamento bibliográfico e pesquisa qualitativa das legislações de países como França, Chile e Argentina, foi possível perceber como o direito à desconexão tem sido tratado na Europa e fora dela e, assim, sugerir a sua aplicabilidade no Brasil, em total consonância com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Assim, concluiu-se que, no Brasil, deve-se aprovar legislação infraconstitucional que faça referência específica ao direito à desconexão no teletrabalho, possibilitando a negociação coletiva e/ou individual entre empresas e empregados; que estabeleça que a empresa deve fornecer celular e *notebook* para o obreiro virtual, fixando os períodos que este pode ser contatado e bloqueando o acesso aos e-mails e outros programas corporativos em horários extralaborais; que determine às partes negociar regras quanto aos horários de reuniões, encaminhamento, resposta de e-mail, *Whatsapp* e outras formas de contato virtual à distância, inclusive em relação aos clientes; que proíba qualquer penalização ou premiação para os teletrabalhadores que se desconectarem ou permanecerem conectados além da jornada pré-estabelecida.

Palavras-chave: Teletrabalho; Direito à desconexão; Brasil; Constituição Federal.

Introdução

De origem grega, a palavra tele corresponde à distância. Logo, o teletrabalho é a modalidade de labor prestado à distância (fora da sede da organiza-

ção empresarial), mediante o uso da tecnologia da comunicação e informação, que apresenta flexibilidade de jornada e subordinação mitigada. Jack Nilles o conceitua como “a possibilidade de enviar o trabalho ao trabalhador, no lugar de enviar o trabalhador ao trabalho”.

O teletrabalho faz parte do gênero do trabalho à distância previsto no artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) mas, embora também seja costumeiramente denominado *home office*, configura-se como uma figura sui generis, pois pode se misturar com a ideia mais moderna de *home office* quando o domicílio é o local escolhido para a prestação do labor, mas também pode ser exercido em qualquer lugar (*anywhere office*), como no *coworking*, na cafeteria ou sala comercial, e até em países distintos.

Neste sentido, não há dúvidas de que tal modalidade de prestação de serviços demonstra que, atualmente, a forma de trabalhar não mais se limita ao período em que o empregado está na sede da empresa, no chão de fábrica ou no escritório. Pelo contrário, a curva crescente do teletrabalho revela que a vida virtual está cada vez mais atrativa em comparação à vida real, o que acende a preocupação dos pesquisadores quanto à qualidade do trabalho exercido, a qual está diretamente ligada à qualidade de vida dos indivíduos.

Assim, partindo da premissa de que a sociedade atual é marcada pelo avanço tecnológico, excesso de trocas de informações - as quais sequer são capazes de ser totalmente absorvidas pelas pessoas - cultura do urgente, da hiperconexão - que dificulta delimitar a vida privada e profissional -, o presente trabalho acadêmico buscará apresentar formas práticas de garantir o direito à desconexão no teletrabalho no Brasil.

No primeiro capítulo, será visto o conceito do teletrabalho, apontando-se algumas de suas vantagens e desvantagens, bem como os números trazidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. No segundo capítulo, pretende-se analisar o conceito de direito à desconexão na legislação brasileira, francesa, chilena e argentina.

Ao final, se demonstrará que, utilizando-se da influência das normas existentes na França, no Chile e na Argentina sobre o direito à desconexão, deve-se aprovar, no Brasil, legislação infraconstitucional que faça referência específica a este direito no teletrabalho, possibilitando a negociação coletiva e/ou individual entre empresas e empregados; que estabeleça que a empresa deve fornecer celular e *notebook* para o obreiro virtual, fixando os períodos que este pode ser contatado e bloqueando o acesso aos e-mails e outros programas corporativos em horários extralaborais; que determine às partes negociar regras quanto aos horários de reuniões, encaminhamento, resposta de e-mail, Whatsapp e outras formas de contato virtual à distância, inclusive em relação aos clientes; que proíba qualquer penalização ou premiação para os teletrabalhadores que se desconectarem ou permanecerem conectados além da jornada pré-estabelecida.

O presente estudo utilizará técnica de pesquisa bibliográfica, quali-quantitativa, adotando o método indutivo e a vertente jurídico-propositiva.

O teletrabalho

Sob a ótica da legislação brasileira, especialmente do art. 6º da Lei 14.442/2022 que alterou a redação do artigo 75-B da CLT, são três os elementos básicos para a caracterização do teletrabalho, quais sejam: a) a utilização das novas tecnologias de informação e de comunicação; b) a ausência ou redução do contato pessoal do trabalhador com o patrão, superiores hierárquicos ou colegas; c) o local de prestação de serviços fora do ambiente clássico do estabelecimento da empresa.

No Brasil, esta modalidade de trabalhar foi formalmente reconhecida e regrada a partir de 2017, com a Lei nº 13.467 (“Reforma Trabalhista”), mas ganhou força com a pandemia da COVID-19 e, atualmente, com a promulgação da Lei nº 14.442 de setembro de 2022. Da leitura do ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que, para o empregado, o principal benefício do teletrabalho é gozar da comodidade de não se deslocar para a sede da empresa e de se auto-organizar com os horários de acordo com o seu biorritmo.

Em regra, ao estar desatrelado do relógio da empresa, o teletrabalhador pode utilizar melhor o seu tempo para praticar suas atividades particulares, inclusive familiares. Mas, o teletrabalho não gera somente situações agradáveis, apontando diversas desvantagens, pois o teletrabalhador pode ser tomado por sentimento de isolamento, como se estivesse sozinho no labor e no mundo, sem ninguém para ajudar no cumprimento das tarefas e sem a visão global da empresa. Parafraseando Hannah Arendt, este indivíduo isolado torna-se impotente e incapaz de agir¹.

Além do isolamento, vale enfatizar que o teletrabalho pode promover a auto exploração, situação em que o indivíduo trabalha incessantemente todo o tempo, misturando as atividades domiciliares com as profissionais, mantendo-se alerta 24 horas, em total desrespeito com as necessidades de lazer, convívio familiar e saúde. Byung-Chul Han acertadamente afirmou que a auto exploração “é mais eficiente que uma exploração do outro, pois caminha de mãos dadas com o sentimento de liberdade”², iludindo o indivíduo na equivocada ideia de que quanto mais ativo, mais livre ele supostamente está.

Jorge Luiz Souto Maior afirma que “é a tecnologia que tem escravizado o homem ao trabalho”³. Neste sentido, de acordo com pesquisa realizada pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), ao menos entre os meses de maio a novembro de 2020, 8,2 milhões de pessoas trabalharam remotamente. Já em maio de 2022, novo estudo do IPEA apontou que 20,4 milhões de pessoas encontram-se em ocupações com potencial de serem realizadas telepresencialmente, o que demonstra a necessidade de se estudar e aplicar o direito à desconexão nesta modalidade de trabalho, conforme será visto adiante.

1 ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 13ª ed., 2022, p. 249.

2 HAN, Byung Chul. **Sociedade do cansaço**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 30.

3 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 23, p. 296, 2003.

O direito à desconexão

De acordo com Jorge Luiz Souto Maior, o direito à desconexão é traduzido como “direito de não trabalhar”⁴ o qual, embora fundamentado desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) como garantia do lazer e descanso ao trabalhador⁵, surgiu legalmente somente em 2016, na França, e até o presente momento não se encontra expresso na legislação brasileira, ainda que tenha ganhado espaço no debate político, conforme visto no Projeto de Lei nº 4.044/2020⁶.

Para Sandro Nahmias Melo e Karen Rosendo de Almeida Leite, o direito à desconexão ou a não trabalho está caracterizado quando o empregado, em seus momentos de folga, feriados, ou ao final de sua jornada, não se encontra à disposição do empregador, “devendo-se desconectar totalmente de seus afazeres, com a finalidade de descansar e se revigorar física e mentalmente”⁷.

Na realidade fática, segundo as palavras de Rosane Gauriau, o direito à desconexão é aquele de “não receber chamadas telefônicas, e-mails ou mensagens instantâneas fora do horário de trabalho, em respeito ao direito à saúde, ao repouso, ao lazer, à vida em família e em sociedade do trabalhador”⁸.

Nesta direção, tendo em vista o uso contínuo da tecnologia da comunicação e da informação materializadas nos *notebooks*, *tablets* e *smartphones*, o trabalhador mais vulnerável aos efeitos da conexão excessiva é o teletrabalhador, uma vez que “carrega consigo seu campo de trabalho”⁹, misturando os locais de trabalho com o lar, aniquilando as fronteiras entre o domínio público e o privado do hipercapitalismo que, segundo Byung, “transforma todas as relações humanas em relações comerciais”¹⁰, sob a cultura de que todos devem estar disponíveis todo o tempo.

Não obstante, é este capitalismo que fez surgir o termo “telepressão” para identificar o fenômeno que reflete a superconectividade das pessoas aos

4 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 23, p. 297, 2003.

5 Artigo 24: Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas. UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 18 nov. 2022.

6 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4044, de 2020**. Altera o § 2º do art. 244 e acrescenta o § 7º ao art. 59 e os arts. 65-A, 72-A e 133-A ao Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o direito à desconexão do trabalho. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/143754>. Acesso em: 18 nov. 2022.

7 MELO, Sandro Nahmias; LEITE, Karen Rosendo de Almeida. **Direito à desconexão do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Ltr., 2021, p. 95.

8 GAURIAU, Rosane. Direito à desconexão e teletrabalho: contribuição do Direito do Trabalho francês. Estudo comparado franco-brasileiro. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 10, n. 93, p. 39, out. 2020.

9 HAN, Byung Chul. **Sociedade do cansaço**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 47.

10 HAN, Byung Chul. **Sociedade do cansaço**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 127.

meios informatizados da atualidade, o qual mostra que “81% dos empregados norte-americanos checam seus e-mails de trabalho já quando estão fora do local e horário de trabalho”¹¹, pois equivocadamente compreendem que “ter um alto índice de resposta é algo bem avaliado e esperado de bons funcionários”¹², razão pela qual buscam constantemente estar o máximo disponível em favor do patrão e dos interesses da empresa, mesmo após o fim da jornada laboral.

Na contramão dessa postura de conectividade excessiva, ainda que não existam normas expressas contemplando o direito à desconexão na legislação brasileira até o presente momento, certo é que a Constituição Federal de 1988 o garante aos trabalhadores por meio do direito à saúde, ao descanso e ao lazer (art. 6º), a limitação da jornada de trabalho (art. 7º, XIII), além da dignidade da pessoa humana e o meio ambiente sadio e equilibrado (art. 225), entre os quais encontra-se o meio ambiente do trabalho. Nas palavras de Sandro Nahmias Melo e Karen Rosendo de Almeida Leite, “o legislador constituinte, ao colocar o lazer como direito social ao lado do direito ao trabalho, demonstrou reconhecer a necessidade de lazer e desconexão, reconhecendo igualmente a dimensão social e humana do trabalhador”¹³.

Desta maneira, até que sobrevenha a lei infraconstitucional no Brasil acerca do assunto, é de suma importância perceber como este direito ao não trabalho tem sido tratado na Europa e fora dela, especialmente na França, no Chile e na Argentina para, posteriormente, sugerir a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro de maneira prática e eficaz, em consonância com os direitos já previstos na Constituição brasileira.

O direito à desconexão no direito comparado

Reitera-se que “o direito à desconexão visa assegurar ao trabalhador o direito ao repouso, ao lazer, bem como garantir sua saúde física e mental, vida social, de família e vida privada”¹⁴, em oposição à cultura do urgente do século XXI, do imediatismo, do *always on*, na medida em que tal direito preocupa-se em limitar o tempo de trabalho, não deixando o obreiro sempre acessível ou disponível para atender aos interesses dos empregadores.

Em 2016, a França foi o primeiro país europeu a legislar expressamente acerca do direito à desconexão por meio do artigo 55 da Lei nº 2016-1088 e, atualmente, por força do artigo 2242-17, parágrafo 7º do Código do Trabalho francês, no livro que trata da negociação coletiva e determina quais são as

11 MELO, Sandro Nahmias; LEITE, Karen Rosendo de Almeida. **Direito à desconexão do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Ltr., 2021, p. 78.

12 MELO, Sandro Nahmias; LEITE, Karen Rosendo de Almeida. **Direito à desconexão do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Ltr., 2021, p. 78.

13 MELO, Sandro Nahmias; LEITE, Karen Rosendo de Almeida. **Direito à desconexão do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Ltr., 2021, p. 99.

14 GAURIAU, Rosane. Direito à desconexão e teletrabalho: contribuição do Direito do Trabalho francês. Estudo comparado franco-brasileiro. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 10, n. 93, p. 39, out. 2020.

obrigações que devem ser cumpridas pelas empresas com mais de 50 (cinquenta) empregados¹⁵.

Para o ordenamento jurídico francês, este direito de não trabalhar é aquele que garante ao empregado a possibilidade de desligar as suas ferramentas digitais profissionais (computador, *tablets*, *smartphones*, etc.), fora do horário de trabalho, a fim de respeitar a jornada máxima laboral e os períodos de repouso. “O escopo do direito à desconexão, no direito francês, é garantir a fruição do direito à saúde, repouso, lazer e vida privada”¹⁶, segundo Rosane Gauriau.

Neste sentido, vale dizer que a França determina como “conteúdo obrigatório da negociação anual sobre igualdade e qualidade de vida no ambiente laboral a previsão dos procedimentos necessários para o exercício do direito à desconexão pelos trabalhadores”¹⁷ e, assim, as discussões entre empregador e sindicatos resultam no acordo entre as partes. Mas, caso a negociação coletiva seja infrutífera, o patrão “deverá elaborar uma carta, após avisar as entidades representativas dos trabalhadores, que definirá as formas de garantia do direito de se desconectar, mediante previsão dos meios pelos quais os trabalhadores poderão exercê-lo”¹⁸.

Da leitura da legislação francesa, observa-se que esta incentiva e reconhece a importância da atuação dos sindicatos em conjunto com os empregadores, mas, ao mesmo tempo, possui falhas como: a) não prevê medidas concretas para garantir a eficácia do direito à desconexão, pois não fixou sanção para a ausência de acordo coletivo tratando a matéria; b) não prevê o respeito ao direito à desconexão, obrigatoriamente, nas empresas com menos de 50 (cinquenta) empregados.

Avançando a análise do direito ao não trabalho para outros países, salienta-se que o Chile foi o primeiro fora da Europa a criar uma legislação sobre o tema, em março de 2020, por meio da Lei nº 21.220, restringindo o direito à desconexão para os casos dos teletrabalhadores e dos trabalhadores remotos. Por força do artigo 152º “quáter J” da referida norma, o empregador e o empregado destas modalidades de prestação de serviço podem acordar, sem a participação dos sindicatos, jornada laboral flexível com a possibilidade de o obreiro realizar suas atividades laborais parcialmente ou totalmente fora das dependências da empresa.

15 GAURIAU, Rosane. Direito à desconexão e teletrabalho: contribuição do Direito do Trabalho francês. Estudo comparado franco-brasileiro. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 10, n. 93, p. 39, out. 2020.

16 GAURIAU, Rosane. Direito à desconexão e teletrabalho: contribuição do Direito do Trabalho francês. Estudo comparado franco-brasileiro. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 10, n. 93, p. 39, out. 2020.

17 PONZILACQUA, Márcio Henrique Pereira; SILVA, Luana Graciana. O direito à desconexão do trabalho francês: perspectivas de implementação no Direito brasileiro. **Direito e Praxis**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 202, dez. 2020.

18 PONZILACQUA, Márcio Henrique Pereira; SILVA, Luana Graciana. O direito à desconexão do trabalho francês: perspectivas de implementação no Direito brasileiro. **Direito e Praxis**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 202, dez. 2020.

Além disso, a lei do Chile é taxativa ao afirmar que o empregador deve respeitar o direito de o empregado desconectar-se, sendo possível a celebração de acordo individual a fim de garantir o tempo em que o trabalhador não será obrigado a responder às comunicações da empresa, ordens ou outras exigências e, da mesma forma, impedir que o empregador estabeleça tais comunicações ou formule ordens ou outras exigências do trabalhador. Para o modelo chileno, o tempo de desconexão deve ser de pelo menos doze horas contínuas dentro de um período de vinte e quatro horas¹⁹.

E, seguindo o mesmo caminho, a Argentina, por meio da Lei nº 27.555 sobre o teletrabalho aprovada em 2020, introduziu o direito à desconexão digital em seu artigo quinto para garantir a possibilidade do teletrabalhador se desconectar e se desligar dos dispositivos digitais e/ou das tecnologias de informação e comunicação, fora do horário de trabalho e durante os períodos de férias, proibindo o empregador de penalizá-lo por usufruir do direito à desconexão, bem como de exigir a execução de tarefas ou mesmo a comunicação, por qualquer meio, fora do horário de trabalho²⁰.

Assim, a partir da análise de legislações de países como a França, Chile e Argentina, é possível observar como o direito à desconexão tem sido tratado juridicamente na Europa e em alguns países da América Latina e depreender que: a) da hipótese francesa, tal direito de não trabalho não está restrito ao teletrabalho, enquanto no Chile e na Argentina sim; b) na França, a legislação incentiva a participação dos sindicatos nas negociações das formas de garantir o direito à desconexão; c) as legislações da América Latina sobre o assunto são mais recentes, mas também são mais detalhistas; d) é plausível sugerir a aplicabilidade do direito à desconexão de forma prática no Brasil, utilizando referências no direito comparado.

Conclusão

Por todo o exposto, observa-se que o teletrabalho é a modalidade de prestação de serviços realizada preponderantemente fora das dependências da empresa, por meio da utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, em razão disso, incumbe ao teletrabalhador a administração, de maneira simultânea, de *software* próprio da empresa, e-mails e grupos no *WhatsApp*, tudo isso por meio do uso contínuo de *notebooks*, *tablets* e *smartphones*.

Tais ferramentas tecnológicas são o campo de trabalho móvel do trabalhador e eliminam, cada vez mais, a fronteira entre a vida privada e profissional deste obreiro, o qual se coloca em constante estado de prontidão

19 CHILE. Ministerio Del Trabajo y Previsión Social. **Ley nº. 21.220.** Modifica el Código del Trabajo con el objeto de regular el trabajo a distancia y el teletrabajo, disponiendo su entrada en vigencia para el 1 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1143741>. Acesso em: 18 nov. 2022.

20 ARGENTINA. Congreso de la Nacion Argentina. **Ley nº 27555.** Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27555-341093/texto>. Acesso em: 17 nov. 2022.

para atender as exigências do patrão pois, atualmente, vive-se na sociedade de informação, caracterizada pela grande quantidade de informações trocadas entre os indivíduos por meio da *Internet* as quais sequer são totalmente processadas ou assimiladas. A humanidade está inofocada²¹ e os teletrabalhadores estão telepressionados a manter-se *always on*.

Desta maneira, verifica-se que o trabalhador mais vulnerável aos efeitos da conexão excessiva é o teletrabalhador, razão pela qual se concorda, no presente trabalho acadêmico, com a legislação do Chile e da Argentina as quais preveem expressamente o direito à desconexão para esta modalidade de prestação de serviço. Ou seja, defende-se, primeiramente, a aprovação de lei infraconstitucional, no Brasil, que faça referência específica ao direito à desconexão no teletrabalho, como por exemplo o Projeto de Lei nº 4.044/2020.

O direito à desconexão, por sua vez, é aquele em que o obreiro pode permanecer, por um determinado período de tempo, afastado das suas atividades laborais, sem receber ordens ou tarefas, para zelar pela sua saúde física, mental e social, pois é necessário que o trabalhador tenha momentos de lazer para aproveitar com seus familiares e amigos, por exemplo. Em outras palavras, não se trata apenas de direito ao descanso, mas também de “ignorar e-mails ou mensagens de celular ligados ao trabalho em horários de folga”²².

Neste sentido, ainda que não expressamente, a Constituição Federal brasileira vigente garante o direito à desconexão aos trabalhadores por meio do direito à saúde, ao descanso e ao lazer (art. 6º), a limitação da jornada de trabalho (art. 7º, XIII), além da dignidade da pessoa humana e o meio ambiente sadio e equilibrado (art. 225), entre os quais encontra-se o meio ambiente do trabalho. Mas, com a inexorável evolução digital, hoje, a tecnologia permite a conexão por tempo integral do trabalhador, razão pela qual se faz necessária a lei infraconstitucional estabelecendo a desconexão total, de maneira que o obreiro não realize atividades laborais fora do horário do expediente, nem atendimento de chamadas telefônicas ou uso de *Whatsapp* ou e-mail corporativo.

Além disso, também se defende, no presente artigo acadêmico, que, assim como na legislação francesa, a lei brasileira que vier a dispor sobre o direito à desconexão deve priorizar o diálogo social entre as empresas e os sindicatos, determinando como cláusula obrigatória das convenções e acordos coletivos as formas de garantir o direito dos teletrabalhadores se desconectarem, ainda que nas empresas com menos de 50 (cinquenta) empregados. Deve-se analisar, na realidade, não o número de trabalhadores que prestam serviços para aquele empregador, mas se, na estrutura e atividade da empresa, é possível a realização do teletrabalho e, caso a resposta seja positiva, discorrer sobre o direito à desconexão.

21 MELO, Sandro Nahmias; LEITE, Karen Rosendo de Almeida. **Direito à desconexão do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Ltr., 2021, p. 62.

22 MELO, Sandro Nahmias; LEITE, Karen Rosendo de Almeida. **Direito à desconexão do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Ltr., 2021, p. 75.

Isto porque, ao menos até os dias atuais, existem funções as quais não são adequadas ao trabalho remoto e, inexistindo tal forma de prestação de serviços em determinada empresa, ainda que esta tenha mais de 50 (cinquenta) empregados, inexistente razão para negociar acerca do direito à desconexão no teletrabalho, objeto do presente estudo. Entretanto, para casos que não envolvam microempresas ou empresas de pequeno porte e a estrutura empresarial assim permitir, a legislação brasileira que vier a dispor sobre o direito à desconexão deve incentivar a criação de centros de desintoxicação digital para empregados, com a colaboração de psicólogos e médicos que possam atender aos teletrabalhadores periodicamente.

Além disso, visando garantir o direito à desconexão dos teletrabalhadores de maneira prática, a empresa deve fornecer celular e *notebook* para o obreiro virtual, para separar dos seus aparelhos particulares, fixando os períodos que este pode ser contatado e bloqueando o acesso de e-mails e outros programas corporativos em horários extralaborais. A título de exemplo, a Daimler, montadora de carros alemã, colocou um sistema capaz de apagar automaticamente os e-mails encaminhados aos empregados que estavam de férias, incluindo um alerta automático aos remetentes e lhes proporcionando um endereço alternativo²³.

Em outras palavras, a legislação infraconstitucional deve incumbir às partes negociar, coletiva ou individualmente, acerca de regras quanto aos horários de reuniões, encaminhamento, resposta de e-mail, *Whatsapp* e outras formas de contato virtual à distância, inclusive em relação aos clientes. Além disso, deve-se responsabilizar a empresa de informar aos fornecedores, consumidores e outros terceiros interessados acerca do direito à desconexão dos seus teletrabalhadores.

Ao final e não menos importante, assim como na legislação argentina, a lei brasileira que vier a dispor sobre o direito à desconexão deve proibir expressamente qualquer penalização ou premiação para os teletrabalhadores que se desconectarem ou permanecerem conectados além da jornada pré-estabelecida, a fim de desestimular a cultura da hiperconexão e da hiperprodutividade do capitalismo atual.

Referências

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 13ª ed., 2022.

ARGENTINA. Congreso de la Nación Argentina. **Ley nº 27555**. Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27555-341093/texto>. Acesso em: 17 nov. 2022.

23 WHITE, Sarah. O direito de se desconectar do trabalho deu certo na França?. **Valor Econômico**, Globo, 27 maio 2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/carreira/noticia/2022/05/27/o-direito-de-se-desconectar-do-trabalho-deu-certo-na-franca.ghml>. Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.442, de 2 de setembro de 2022**. Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação ao empregado e altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Diário Oficial da União, Brasília, DF, edição 169, seção 1, p. 4, 5 set. 2022. Disponível em: <https://in.gov.br/web/dou/-/lei-n-14.442-de-2-de-setembro-de-2022-427260638>. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. **Portaria GM/MS nº 913, de 22 de abril de 2022**. Declara o encerramento da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (2019-nCoV) e revoga a Portaria GM/MS nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Diário Oficial da União, Brasília, DF, edição 75-E, seção 1, extra, p.1, 22 abr. 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-gm/ms-n-913-de-22-de-abril-de-2022-394545491>. Acesso em: 28 set. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4044, de 2020**. Altera o § 2º do art. 244 e acrescenta o § 7º ao art. 59 e os arts. 65-A, 72-A e 133-A ao Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o direito à desconexão do trabalho. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/143754>. Acesso em: 18 nov. 2022.

CHILE. Ministerio Del Trabajo y Previsión Social. **Ley nº. 21.220**. Modifica el Código del Trabajo con el objeto de regular el trabajo a distancia y el teletrabajo, disponiendo su entrada en vigencia para el 1 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1143741>. Acesso em: 18 nov. 2022.

DE MAIS, Domenico. **O Ócio Criativo**. Entrevista a Maria Serena Palieri; Tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

ELEBI, Carolina Martínez. O direito de desconectar. **A terra é redonda**, 29 maio 2020. Disponível em: <https://aterraeredonda.com.br/o-direito-de-desconectar/>. Acesso em: 17 nov. 2022.

GAURIAU, Rosane. Direito à desconexão e teletrabalho: contribuição do Direito do Trabalho francês. Estudo comparado franco-brasileiro. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 10, n. 93, p. 37-50, out. 2020.

GÓES, Geraldo Sandoval; MARTINS, Felipe dos Santos; ALVES, Vinícius de Oliveira. O Teletrabalho Potencial no Brasil Revisitado: uma visão espacial. **Carta de Conjuntura**, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 27 maio 2022. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/2022/05/o-teletrabalho-potencial-no-brasil-revisitado-uma-visao-espacial/>. Acesso em: 04 nov. 2022.

GÓES, Geraldo Sandoval; MARTINS, Felipe dos Santos; NASCIMENTO, José

Antônio S. 11% dos trabalhadores estiveram em trabalho remoto em 2020 no Brasil. **Carta de Conjuntura**, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 15 jul. 2021. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/2021/07/trabalho-remoto-no-brasil-em-2020-sob-a-pandemia-do-covid-19-quem-quantos-e-onde-estao/>. Acesso em: 04 nov. 2022.

HAN, Byung Chul. *Sociedade do cansaço*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2018.

MARTIN, Pollyana da Silva; GONÇALVES, Sabrina Longarini *et al.* História e Epidemiologia da COVID-19. **Revista ULAKES Journal of Medicine**, São José do Rio Preto, v. 1, ed. especial covid-19, 2020. Disponível em: <https://revistas.unilag.edu.br/index.php/ulakes/article/view/253>. Acesso em: 10 out. 2022.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Coronavírus e trabalho**. Revista Ltr: legislação do Trabalho, São Paulo, v. 84, n. 04, abr., 2020, p. 449-455.

MELO, Sandro Nahmias; LEITE, Karen Rosendo de Almeida. **Direito à desconexão do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Ltr., 2021

NILLES, Jack M. **Fazendo do Teletrabalho uma realidade**. São Paulo: Futura, 1997.

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação**. São Paulo: LTr, 2018.

PONZILACQUA, Márcio Henrique Pereira; SILVA, Luana Graciana. O direito à desconexão do trabalho francês: perspectivas de implementação no Direito brasileiro. **Direito e Praxis**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 196-221, dez. 2020.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 23, p. 296-313, 2003.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 18 nov. 2022.

VALENTIM, João Hilário. Teletrabalho e relações de trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. **Revista Ministério Público do Trabalho**, Brasília, ano x, n. 19, 2000, p. 58-62.

WHITE, Sarah. O direito de se desconectar do trabalho deu certo na França?. **Valor Econômico**, Globo, 27 maio 2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/carreira/noticia/2022/05/27/o-direito-de-se-desconectar-do-trabalho-deu-certo-na-franca.ghtml>. Acesso em: 18 nov. 2022.

SÍNDROMES DE *BURNOUT*, *BOREOUT* E *BROWNOUT* NO CONTEXTO DA PANDEMIA COVID-19

Bruna Flora Brosque

Mestranda e graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Campus de Franca

Resumo:

O trabalho moderno tem proporcionado novas discussões sobre os impactos do labor e do meio ambiente do trabalho na saúde do trabalhador, principalmente sobre como esses direitos encontram-se fragilizados e desrespeitados. Diante desse contexto, a saúde mental do trabalhador tem sido abordada com extrema relevância nas discussões atuais. Dentre as temáticas acerca da saúde mental do trabalhador encontram-se as síndromes de *burnout*, *boreout* e *brownout*. Tratam-se de denominações já conhecidas e estudadas, contudo, a incerteza quanto ao término do estado pandêmico, a eliminação ou realocação de postos de trabalho, a cobrança por resultados em um contexto de crise, a imposição abrupta do trabalho remoto (teletrabalho ou *home office*) em condições precárias e a ausência de desconexão desses trabalhadores, entre outros fatores, podem ter contribuído para a ocorrência dessas síndromes, evidenciando a necessidade de se promover discussões acerca do tema, bem como sobre possíveis medidas para enfrentar os desafios a se apresentarem no período pós-pandêmico. O objetivo do presente artigo é explicar quais as características de cada uma das síndromes citadas, relacionando os elementos trazidos pelo contexto pandêmico com as suas causas, bem como fomentar discussões sobre medidas capazes de diminuir a sua incidência. Como método de procedimento, adota-se o levantamento por meio da técnica de pesquisa bibliográfica em materiais publicados, e, como método de abordagem, adota-se o dedutivo, buscando, a partir da compreensão das síndromes de *burnout*, *boreout* e *brownout* e do contexto laboral pandêmico, identificar quais aspectos da pandemia de coronavírus podem ter contribuído para a intensificação dessas síndromes.

Palavras-chave: Saúde do trabalhador; Pandemia COVID-19; *Burnout*; *Boreout*; *Brownout*.

Introdução

As atuais relações de trabalho suscitam constantemente questões a respeito da saúde do trabalhador e a suas fragilidades. Conhecidas como síndromes do trabalho, os termos *burnout*, *boreout* e *brownout* são temas cada vez mais explorados e discutidos, principalmente com a instauração da pandemia COVID-19.

Isto porque, a abrupta transição do trabalho presencial para o labor remoto (teletrabalho ou *home office*), uma medida sanitária para conter a rápida disseminação do COVID-19, aliada com a incerteza sobre a pandemia, diminuição ou ausência do direito à desconexão do trabalhador, imposição de metas e produtividade, entre outros fatores, podem ter sido responsáveis por intensificar essas síndromes, o que afeta diretamente a garantia da saúde do trabalhador, inserido na Constituição Federal de 1988.

Desse modo, o presente artigo visa demonstrar as diferenças entre as síndromes de *burnout*, *boreout* e *brownout* e relacionar a sua intensificação com o surgimento da pandemia COVID-19.

Síndrome de *Burnout*

O termo *burnout* é construído a partir da junção das expressões *burn* e *out*, que significam, em português, “queimar” e “exterior”, respectivamente (BRASIL, 2022).

Também conhecida como síndrome do esgotamento profissional, é mais presente em profissões que lidam diariamente com pressões e responsabilidades, como médicos, professores, entre outros (BRASIL, 2022). A Organização Mundial da Saúde (OMS) já reconheceu a síndrome de *burnout* como um problema de alta gravidade na sociedade atual (THERRIE, 2021).

A causa principal desse distúrbio emocional é o excesso de trabalho ao qual o empregado é submetido ou também pode ocorrer em situações em que o trabalhador é alocado para executar tarefas das quais ele não acredita possuir o conhecimento necessário para realizá-las (BRASIL, 2022).

Diante desse cenário, o trabalhador pode desenvolver cansaço extremo, físico ou mental, insônia, sentimento de fracasso, insegurança, desesperança, incompetência, fadiga, pressão alta, alterações de humor, isolamento, (BRASIL, 2022), ansiedade, dificuldade de concentração e esquecimento, baixa imunidade, formigamento, taquicardia, tontura, mudanças no apetite, (THERRIE, 2021), entre outros.

Essa síndrome possui três fatores, a exaustão emocional, despersonalização e baixo sentimento de realização (THERRIE, 2021).

O primeiro fator é caracterizado quando o trabalhador não vislumbra recursos emocionais para lidar com as atividades estressantes do labor cotidiano, podendo ser aliada com a falta de entusiasmo (THERRIE, 2021).

A despersonalização é reconhecida quando o trabalhador passa a ter atitudes negativas em relação as pessoas que trabalham em conjunto com ele, ou

em relação ao próprio trabalho, podendo chegar à hostilidade e distanciamento emocional. Essa característica é essencial para diagnosticar um empregado que está com a síndrome de *burnout* ou apenas passando por um episódio isolado de estresse (THERRIE, 2021).

O baixo sentimento de realização ocorre pois o trabalhador fica frustrado, desmotivado, insatisfeito, descontente e sente que suas habilidades não são suficientes para realizar as atividades que lhe foram designadas. Esse quadro pode piorar se o empregado não se atentar aos sinais e continuar trabalhando, por acreditar que esse processo está dentro da normalidade (THERRIE, 2021).

As consequências podem se agravar com o tempo, sendo necessário um diagnóstico de um profissional capacitado, como psiquiatras e psicólogos, que podem indicar o tratamento mais adequado (BRASIL, 2022).

Entretanto, também existe a possibilidade de obter pelo Sistema Único de Saúde (SUS), gratuitamente, o tratamento completo, sendo mais indicado a procura dos Centros de Atenção Psicossocial (BRASIL, 2022).

O tratamento geralmente envolve psicoterapia e, em alguns casos, uso de medicação, como ansiolíticos e antidepressivos. É necessário ter um bom acompanhamento, a fim de que seja constatado formas mais graves da síndrome, como o desenvolvimento de depressão, o que requer outras providências (BRASIL, 2022).

A síndrome de *burnout* é ligada a vários fatores, sendo eles orgânicos, sociais e psicológicos. Por exemplo, um trabalhador que se encontra acometido por essa exaustão profissional possui dificuldades em socializar, pois seu cérebro já está acometido pelo esgotamento, o que dificulta os processos de interação social, levando ao isolamento e afastamento desse empregado (THERRIE, 2021).

A forma mais eficaz de se atenuar a incidência da síndrome de *burnout* é a diminuição do estresse e carga de trabalho no ambiente laboral. Além disso, existem outras atitudes que colaboram, como a interação com amigos e familiares, praticar regularmente exercícios físicos, realizar pequenas atividades fora da rotina, conversar com alguém de sua confiança, melhorar a qualidade do sono, entre outros (BRASIL, 2022).

A síndrome de *burnout* é reconhecida como uma doença ocupacional, pois foi adicionada à lista de Classificação Internacional de Doenças (CID), da OMS. Dessa forma, os trabalhadores acometidos pelo esgotamento profissional têm direitos iguais frente as demais doenças relacionadas ao labor (CAVALLINI, 2022).

Além disso, é necessário esclarecer que também é dever do empregador proporcionar um meio ambiente do trabalho hígido, sem distinção do trabalho remoto (*home office* ou teletrabalho) ou presencial (CAVALLINI, 2022). Entre as medidas que podem ser tomadas estão o acompanhamento da jornada de trabalho, evitando, dessa forma, que o direito de desconexão do trabalhador seja violado, distribuição de metas não abusivas, fornecimento de

palestras sobre medicina e segurança no trabalho, realização de exames periódicos, entre outras ações (CAVALLINI, 2022).

Síndrome de *Boreout*

O termo *boreout* foi construído em 2007, na Suíça, pelo filósofo Peter R. Werder e o consultor de negócios Philippe Rothlin, através da palavra *boring*, que significa “entediado” (INÁCIO, 2021). Ela é considerada o oposto da síndrome de *burnout* (HALF, 2022).

Essa síndrome, também chamada de transtorno do aborrecimento ou tédio (EDIÇÃO SOLIDES, 2022), ainda não é considerada uma doença, mas pode causar ansiedade e depressão nos trabalhadores, devido à falta de estímulo no trabalho, estado de apatia contínuo, entre demais transtornos cognitivos (INÁCIO, 2021).

É necessário distinguir o tédio normal e aceitável do *boreout*. Quando o primeiro se torna cotidiano, repetitivo, regra dentro da empresa, existe a maior probabilidade de desenvolvimento da síndrome. Ambientes tóxicos e chefes que não tem características de delegar funções podem ser os causadores dessa situação (INÁCIO, 2021), gerando um sentimento de desconexão do trabalhador com a empresa (EDIÇÃO SOLIDES, 2022).

A síndrome de *boreout* não pode ser confundida com má vontade ou preguiça do trabalhador. Nesse sentido, escutar os funcionários de uma empresa torna-se essencial, tendo em vista que cada empregado possui sua visão de vida, de trabalho e seu ritmo, cabendo aos chefes dosar a quantidade de serviço (INÁCIO, 2021), para que também não evolua para o um quadro de *burnout*, pois mesmo sendo dois extremos um pode acabar culminando no outro (GÁLVEZ, 2020).

A falta de estímulo qualitativo ou quantitativo pode levar ao empregado a acreditar que o seu labor é inútil e mal aproveitado, desdobrando-se em outras síndromes, como a do impostor (EDIÇÃO SOLIDES, 2022).

A ausência de reconhecimento dos superiores hierárquicos, falta de oportunidades de ascensão na empresa, competição excessiva entre os colegas, limitações criativas, atribuições de funções fora do cargo desempenhado também são fatores capazes de configurar um *boreout* no trabalhador (EDIÇÃO SOLIDES, 2022), bem como a falta de comunicação, execução de tarefas monótonas, salários precários tem a capacidade de interferir na produtividade desse empregado (GÁLVEZ, 2020).

Os primeiros sinais de que o trabalhador foi acometido pela síndrome do aborrecimento é quando ele começa a demonstrar sentimentos de indiferença, angústia e estagnação, falta de interesse, irritabilidade, estresse (REDATOR PONTOTEL, 2022) chegando a afetar suas capacidades físicas e mentais, causando insônia, fobias, ansiedade, crises de pânico, depressão, entre outros (EDIÇÃO SOLIDES, 2022).

Além do *feedback* da empresa, no qual se identifica os acontecimentos

da empresa e busca corrigir as falhas organizacionais (EDIÇÃO SOLIDES, 2022), o trabalhador precisa ter outras atividades além do serviço, para evitar sucumbir a esse tédio crônico.

Dessa forma, é importante verificar se o empregado foi acometido por essa situação e se serão necessários tratamentos de psicoterapia e medicamentos, com o auxílio de um profissional. Ademais, incentivar a prática de exercícios físicos e contato social são boas medidas para contornar ou evitar o estabelecimento do *boreout* (INÁCIO, 2021).

A empresa pode evitar que seus trabalhadores sejam acometidos pelo *boreout* com simples medidas do cotidiano, como aumentar o conhecimento sobre seus empregados, traçando perfis entre eles, estabelecer um canal de comunicação de fácil acesso e acolhimento, estipular metas aos colaboradores, estabelecer planos de carreira (EDIÇÃO SOLIDES, 2022), reestruturas fluxos produtivos, fornecer assistência psicológica (HALF, 2022), entre demais ações corporativas.

Síndrome de *Brownout*

O termo *brownout* surgiu em Londres, em 2016, através de dois pesquisadores, Mats Alvesson, da universidade de Lund, e André Spicer, da Cass Business School (STIVANIN, 2018). Essa síndrome consiste na perda total de sentido do trabalho e pode acarretar formas mais graves do esgotamento profissional (*burnout*) (STIVANIN, 2018).

Os trabalhadores acometidos por esse transtorno consideram que suas atividades não têm mais sentido, são inúteis, contraproducentes, desinteressantes, em que o empregado é desconectado de sua própria realidade (STIVANIN, 2018).

Diante dessa situação, o melhor procedimento a se realizar é o distanciamento. O trabalhador deve avaliar que suas expectativas laborais não estão sendo mais atendidas, e que, se for possível, buscar a mudança de emprego. Caso essa opção não seja viável, é necessário que esse obreiro reencontre sentido nas funções que desempenha (STIVANIN, 2018).

A principal fonte de reconhecimento dessa síndrome é uma análise pessoal e, se possível, em conjunto com um profissional que possa diagnosticar a situação. O indivíduo precisa se conscientizar de que ninguém é capaz de realizar todas as atividades e todos possuem limites, algo que a sociedade contemporânea ainda encontra dificuldades para realizar (STIVANIN, 2018).

Pandemia COVID-19

O surgimento da pandemia de coronavírus forçou a mudança abrupta dos postos de trabalho para o regime do labor remoto (*home office* ou teletrabalho), a fim de conter o avanço do vírus e compor uma das medidas sanitárias adotadas pelo mundo todo.

O distanciamento social afetou as pessoas de diversas formas, entre elas

no aspecto mental e psicológico. Os casos de ansiedade, nervosismo, insônia, tristeza e depressão aumentaram consideravelmente (SOARES; OLIVEIRA; MENDES; RIBEIRO; CASTRO, 2022).

A pandemia COVID-19 causou a transferência dos empregados para suas casas, um ambiente conhecido, em que as atividades do cotidiano se misturam simultaneamente com os do labor. Alguns trabalhadores ficaram sobrecarregados, culminando na síndrome de *burnout*, outros, passaram a ficar totalmente desmotivados, com a redução da jornada e carga de trabalho, sendo acometidos pelo *boreout* e a consequente queda em sua produtividade (REDATOR PONTOTEL, 2022).

Ainda em relação à síndrome de *boreout*, ressalta-se que com o surgimento da pandemia COVID-19 muitos empregos foram mal estruturados no formato remoto (*home office* ou teletrabalho), o que pode ter contribuído para o aumento dessa questão, tendo em vista a criação de um esvaziamento, tédio crônico, surgimento de vícios (INÁCIO, 2021), como o abuso de álcool, comida e tabaco (FERREIRA, 2022) cumulado com o distanciamento dos colegas de trabalho, fazendo com que o empregado se sinta inútil e desvalorizado dentro da empresa (CONEXA SAÚDE, 2022).

A pandemia de Coronavírus colocou em perspectiva as discussões a respeito das síndromes de *burnout*, *boreout* e *brownout*, pois o número de casos aumentou no mundo todo. O isolamento social e as incertezas a respeito da disseminação do vírus, cumulado com a não separação do tempo de labor e o de desconexão do trabalhador e a sensação de estar preso e esgotado tiveram grande influência na intensificação desses transtornos (REDAÇÃO IMPACT HUB, 2020).

Um estudo da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) analisou o impacto da pandemia e do isolamento social na saúde mental de um grupo de empregados e demonstrou que sintomas de ansiedade e depressão afetaram 47,3% desses trabalhadores durante a pandemia de COVID-19 (ALBUQUERQUE, 2021).

Além das questões envolvendo o isolamento e angústia em relação ao estado pandêmico, a questão da ausência de desconexão é também um fator muito forte para o desencadeamento das síndromes citadas anteriormente, tendo em vista que uma parte significativa dos trabalhadores relata que a demanda no trabalho remoto (*home office* ou teletrabalho) é bem maior do que no cenário presencial, sendo necessário uma jornada de trabalho maior para atender a todas as metas (CORSINI, 2022).

Dessa forma, as incertezas a respeito da pandemia COVID-19, o aumento dos casos de ansiedade e depressão, a exigência abrupta de mudanças para atender as medidas sanitárias, alterações nas rotinas de trabalho, convivência social prejudicada, direito à desconexão desrespeitado, entre os demais aspectos citados anteriormente, criaram um ambiente propício para o aumento das síndromes de *burnout*, *boreout* e *brownout*, pois intensificaram drasticamente suas causas e sintomas (SOBRAL, 2022).

Portanto, faz-se necessário rever a situação em que se encontra o meio ambiente laboral, bem como seus fluxos de trabalho, a fim de evitar novos afastamentos por motivos de doenças relacionadas ao trabalho e novas sobrecargas de funções em colaboradores que passam a realizar as substituições de funcionários acometidos por alguma dessas síndromes (LEITE, 2022).

Conclusão

Dessa forma, constata-se que o trabalho contemporâneo suscita questões importantes sobre meio ambiente do trabalho e a saúde do trabalhador, que passaram a ser mais discutidos com o advento da pandemia COVID-19, que modificou as relações de trabalho de forma abrupta e inesperada.

A fim de cumprir com as medidas sanitárias e conter a disseminação do coronavírus, os postos de trabalho foram alterados para o regime remoto (*home office* ou teletrabalho), as rotinas de trabalho foram alteradas e alguns aspectos laborais, já existentes no cotidiano do trabalhador, foram intensificados.

O isolamento social, cumulado com as questões de ausência de desconexão do trabalhador, aumento das metas e demandas do trabalho, incertezas sobre a pandemia de coronavírus, rotinas exaustivas, entre outros aspectos, resultaram na intensificação das síndromes de *burnout*, *boreout* e *brownout*, transtornos que já possuíam discussões, mas que se tornaram mais latentes no período pandêmico.

Isto porque, o índice de ansiedade, depressão, insônia, nervosismo, irritabilidade, alterações de humor, desmotivação, estresse, tristeza, angústia, entre outros, aumentou consideravelmente durante a pandemia de COVID-19. Essas causas e sintomas fazem parte da categorização das síndromes anteriormente citadas.

Desta forma, é possível constatar que o cenário pandêmico foi um ambiente propício para a intensificação das síndromes de *burnout*, *boreout* e *brownout*, pois colocou em evidência as causas desses transtornos ligados ao labor e ainda incluiu novas situações em que o trabalhador precisaria se adaptar.

Entretanto, cabe ao empregador tomar determinadas medidas para evitar o acometimento dos seus trabalhadores a essas síndromes, através da revisão da estrutura corporativa das empresas, fluxos de trabalhos, metas aplicadas, fornecimento de atendimento psicológico adequado, manter uma rede de comunicação aberta, avaliar melhor cada funcionário, entre outros aspectos.

Ao trabalhador, é aconselhável que procure um atendimento médico, através de psicólogos e psiquiatras, para que, através de psicoterapias e intervenção de medicamentos, em alguns casos, realizar o tratamento adequado e possa retornar a sua rotina normal de trabalho.

Diante o exposto, verifica-se que, a pandemia COVID-19 proporcionou importantes discussões a respeito das síndromes de *burnout*, *boreout* e *brownout*, alertando para suas causas e sintomas, bem como para formas de tratamento

e de prevenção, auxiliando a proporcionar um ambiente de trabalho mais higiênico e preservar a saúde do trabalhador.

Referências

ALBUQUERQUE, Flávia. Excesso de trabalho e pandemia podem desencadear Síndrome de Burnout. **Agência Brasil**. São Paulo, SP, 03 jan. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-01/excesso-de-trabalho-e-pandemia-podem-desencadear-sindrome-de-burnout>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Síndrome de Burnout. **Serviços e informações do Brasil**. Brasília, DF, atualizado em 10 maio 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sindrome-de-burnout>. Acesso em: 01 nov. 2022.

CAVALLINI, Marta. Síndrome de burnout é reconhecida como doença ocupacional; veja o que muda para o trabalhador. **Portal G1**. São Paulo, SP, 11 jan. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2022/01/11/sindrome-de-burnout-e-reconhecida-como-doenca-ocupacional-veja-o-que-muda-para-o-trabalhador.ghhtml>. Acesso em: 09 nov. 2022.

CONEXA SAÚDE. Síndrome de boreout: o que é, sintomas, e como o RH pode combatê-la. **Conexa - saúde mental**. Rio de Janeiro, RJ, 25 fev. 2022. Disponível em: <https://www.conexasaude.com.br/blog/boreout/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

CORSINI, Iuri. Home office e trabalho híbrido desencadearam casos de burnout entre jovens, aponta estudo. **CNN Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 02 fev. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/home-office-e-trabalho-hibrido-desencadearam-casos-de-burnout-entre-jovens-aponta-estudo/>. Acesso em: 16 nov. 2022.

EDIÇÃO SOLIDES. Síndrome de Boreout: o que é e como evitar o tédio no ambiente de trabalho. **Portal SOLIDES**. Belo Horizonte, MG, 27 set. 2022. Disponível em: <https://blog.solides.com.br/sindrome-de-boreout/>. Acesso em: 09 nov. 2022.

FERREIRA, Alex. Síndrome de Boreout: quando o tédio é nosso maior inimigo. **O Tempo**. Belo Horizonte, MG, atualizado 14 set. 2022. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/interessa/sindrome-de-boreout-quando-o-tedio-e-nosso-maior-inimigo-1.2713280>. Acesso em: 19 nov. 2022.

GÁLVEZ, Mariana. Síndrome de ‘boreout’: quando o tédio no trabalho vira um problema. **El País**. São Paulo, 08 nov. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/estilo/2020-11-08/sindrome-de-boreout-quando-o-tedio-no-trabalho-vira-um-problema.html>. Acesso em: 11 nov. 2022.

HALF, Robert. Boreout x Burnout: você sabe a diferença?. **Blog Robert Half - Talent Solutions**. São Paulo, SP, 26 out. 2022. Disponível em: <https://www.roberthalf.com.br/blog/tendencias/boreout-x-burnout-voce-sabe-diferenca-rc>. Acesso em: 10 nov. 2022.

INÁCIO, Lúvia. Síndrome de boreout: quando o tédio no trabalho afeta a saúde mental. **Colaboração para o VivaBem**. São Paulo, SP, 26 jul. 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2021/07/26/sindrome-de-boreout-quando-o-tedio-no-trabalho-afeta-a-saude-mental.htm>. Acesso em: 01 nov. 2022.

LEITE, Cinthya. Síndrome de Burnout é preocupação entre os profissionais da saúde para o pós-pandemia. **Jornal do Commercio**. Recife, PE, 28 out. 2022. Disponível em: <https://jc.ne10.uol.com.br/colunas/saude-e-bem-estar/2022/10/15110019-sindrome-de-burnout-e-preocupacao-entre-os-profissionais-da-saude-para-o-pos-pandemia.html>. Acesso em: 18 nov. 2022.

REDAÇÃO IMPACT HUB. Burnout, bore out e brown out. **Blog Impact Hub**. Belo Horizonte, MG, 2020. Disponível em: <https://belohorizonte.impacthub.net/burnout-bore-out-e-brown-out/>. Acesso em: 18 nov. 2022.

REDATOR PONTOTEL. Síndrome de Boreout: entenda como ela pode afetar seus colaboradores e como evita-la!. **Blog PontoTel**. São Paulo, SP, 31 jan. 2022. Disponível em: <https://www.pontotel.com.br/sindrome-de-boreout/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

SOARES, Juliana Pontes; OLIVEIRA, Nathalia Hanany Silva de; MENDES, Tatiana de Medeiros Carvalho; RIBEIRO, Samara da Silva; CASTRO, Janete Lima de. Fatores associados ao burnout em profissionais de saúde durante a pandemia de Covid-19: revisão integrativa. **SAÚDE DEBATE**, Rio de Janeiro, RJ, v. 46, n. especial 1, p. 385-398, mar 2022. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/sdeb/2022.v46nspe1/385-398/pt>. Acesso em: 13 nov. 2022.

SOBRAL, Paola. O que é síndrome de Burnout e como cresceu na pandemia?. **BEECORP - Bem estar corporativo**. São Paulo, SP, 11 maio 2022. Disponível em: <https://beecorp.com.br/o-que-e-sindrome-de-burnout/>. Acesso em: 18 nov. 2022.

STIVANIN, Taíssa. Síndrome do Brown-Out: quando o trabalho não faz mais sentido. **Blog RFI**. Paris, França, 11 jan. 2018. Disponível em: <https://www.rfi.fr/br/ciencias/20180109-sindrome-do-brown-out-quando-o-trabalho-nao-faz-mais-sentido>. Acesso em: 08 nov. 2022.

THERRIE, Bárbara. De olho no burnout: 12 sinais que podem indicar que você tem o problema. **Colaboração para o VivaBem**. São Paulo, SP, 09 set. 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2021/09/09/de-olho-no-burnout-12-sinais-que-podem-indicar-que-voce-tem-o-problema.htm?next=0001H305U33N>. Acesso em: 01 nov. 2022.

A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE NO CONTEXTO DAS CIRURGIAS COSMÉTICAS: EFICÁCIA “DIAGONAL” DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mariana de Arco e Flexa Nogueira

Mestranda em Direito na Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”.

Bolsista de Mestrado da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Especialista em Direito Penal e Processual Penal Aplicados pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Advogada

Resumo:

A relação médico-paciente é peculiar e tem como um de seus principais fundamentos a confiança. Trata-se de prestação de serviços personalíssima, sendo que o profissional da medicina deve cumprir com variados deveres atinentes à sua profissão, relacionados, sobretudo, à necessidade de informar sobre os riscos, benefícios e efeitos colaterais atinentes a determinado procedimento. Como o médico lida com os bens jurídicos vida, integridades física e mental e saúde, o que legitima a atuação do esculápio é o consentimento informado, livre e esclarecido do paciente. Além disso, há diversas normativas técnicas que visam a estabelecer parâmetros para que o ato médico ocorra de forma segura. Neste sentido, existe o Código de Ética Médica, que dispõe, porém, que a relação médico-paciente não é de consumo. Todavia, busca-se problematizar tal disposição, uma vez que, muito embora a normativa deontológica em tela disponha que não se trata de relação consumerista, fundamentar-se-á a hipótese de que, como a proteção do consumidor foi erigida ao posto de direito fundamental, não se pode permitir que uma resolução de órgão de classe diminua seu âmbito de proteção. Por este motivo, busca-se analisar a aplicabilidade da teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais à relação médico-paciente, com enfoque nos procedimentos estéticos embelezadores. Para tanto, valendo-se do método dedutivo e do procedimento metodológico da revisão bibliográfica, buscar-se-á concluir que a relação médico-paciente é, sim, caracterizada como de consumo, vez que os polos componentes estão em posição assimétrica, sobretudo devido à vulnerabilidade técnica e informacional que caracteriza a pessoa do paciente.

Palavras-chave: Médico; Paciente; Consumidor; Vulnerabilidade; Direitos fundamentais.

Introdução

É certo que existe intensa relação entre a configuração de determinada sociedade, no tempo e no espaço, e o Direito, que se caracteriza como Ciência Social Aplicada, da Cultura, que decorre de fatores históricos, sociais e culturais para seu desenvolvimento, e, posteriormente, posituação em ordenamentos jurídicos (FERNANDES, 2003, p. 20). Dentre os direitos positivados em codificações, ganham relevo os direitos fundamentais, esculpidos nos textos constitucionais dos Estados, que, em um primeiro momento, surgiram com o objetivo de proteção do indivíduo contra os arbítrios do Estado. Ocorre que existem três principais teorias que visam a analisar a eficácia dos direitos fundamentais, a saber, vertical, horizontal e diagonal, conforme sustenta a doutrina constitucional contemporânea (NOVELINO, 2016, p. 211). Registre-se que a discussão relativa aos planos de eficácia dos direitos fundamentais possui ampla aplicabilidade nos dias atuais, mormente quando se aborda a especificidade do Direito Médico, que tem como enfoque a análise dos desdobramentos da relação médico-paciente, fundamentada, sobretudo, na confiança, e, ainda, na necessidade de o profissional da saúde observar normativas deontológicas e técnicas às quais está vinculado (KFOURI NETO, 2016, p. 24). Diz-se que, na relação firmada entre médico e sua paciente, além do contrato principal, atinente à prestação de serviços médicos propriamente dita, v.g., realização de uma cirurgia plástica estética, tem-se os deveres anexos, relativos ao cumprimento dos deveres de informação, transparência, lealdade e boa-fé por parte do médico (TARTUCE, 2021, p. 2.032), muito embora o paciente também tenha a responsabilidade de ser sincero com o médico e repassar todas as informações requeridas pelo profissional da saúde antes do atendimento, havendo, pois, uma bilateralidade em relação aos deveres e à troca de informações entre as partes.

Como exemplos de deveres que devem ser observados pelo profissional da saúde, o médico deve examinar todas as informações necessárias a fim de conhecer seu paciente, procedendo a todos os esclarecimentos recomendados, bem como deve abordar os riscos envolvidos em determinada intervenção cirúrgica, deixando claros os benefícios que cercam determinado procedimento, de modo que o paciente compreenda a cirurgia à qual será submetido e consiga, de fato, compreender livremente por qual procedimento cirúrgico passará. O consentimento, assim, pode ser entendido como um processo de comunicação (KFOURI NETO, 2016, p. 280). A necessidade de conferência do máximo de informações possível possui a finalidade de permitir que o paciente decida, de forma livre e esclarecida, se deseja se submeter a determinada intervenção, para além das cautelas de praxe no sentido de o médico requerer determinados exames antes, durante e depois de procedimentos, dentre outras práticas que consubstanciam uma atuação médica proba e correta, de acordo com a *lex artis*, que são as normas setoriais técnicas que formam um conjunto de regras pertinentes à boa prática médica (FIGUEIREDO

DIAS, 2003, p. 20).

Cumprindo com seus deveres e observando a arte técnica, presume-se que sua atividade vem sendo desempenhada com zelo e diligência, ou seja, amoldando-se a um risco permitido e tolerado socialmente, ainda mais em razão de a Medicina ser uma atividade com inegável interesse social, vez que trouxe imensos avanços preventivos e curativos à humanidade (SOUZA, 2009, p. 9). Ressalte-se, porém, que, a depender da situação, o profissional da saúde, para além do risco de subsunção de seus atos a infrações ético-disciplinares e caracterização de ilícito no âmbito civil, poderá responder, na seara penal, por crimes, geralmente lesão corporal ou homicídio. Aqui, vale ressaltar que vigora o princípio da independência relativa entre as esferas, no sentido de que o mesmo fato - atuação médica equivocada, por exemplo - pode atrair a responsabilidade do profissional da saúde em diversos ramos jurídicos distintos, mormente porque o profissional da medicina lida com os bens jurídicos vida, saúde e integridade física e mental de seus pacientes e devido ao fato de a punição depender do grau de ilicitude de sua conduta.

De qualquer sorte, tem-se que, no âmbito das cirurgias embelezadoras, também denominadas como cirurgias cosméticas ou cirurgias plásticas puramente estéticas, em muitos dos casos, a intervenção cirúrgica realizada não é essencial do ponto de vista médico, não obstante o seja de acordo com a visão do paciente, cujo anseio subjetivo não deve ser deslegitimado por quem quer que seja, mormente considerando-se que a saúde envolve o tripé de bem-estar mental, físico e espiritual, e não somente ausência de doenças ou enfermidades (OMS, 1947). Trata-se de uma modalidade de tratamento terapêutico, muitas vezes ligadas a objetivos de melhora da aparência física (SOUZA, 2009, p. 15). Por este motivo, boa parte da doutrina civilista e o Superior Tribunal de Justiça (STJ, doravante)¹ caracterizam tal modalidade de intervenção cirúrgica estética como se revelando uma obrigação de resultado a ser entregue por parte do cirurgião. Caracterizar tal modalidade cirúrgica como uma obrigação de resultado significa que, a todo custo, deve o médico entregar o resultado embelezador pretendido pela paciente e, mais ainda, em sendo descumprida a obrigação de resultado, é possível analisar eventual responsabilização civil em desfavor do médico, em caso de a paciente se sentir prejudicada e entender que sofreu algum dano, v.g., danos material, subdividido em danos emergentes e lucros cessantes, dano moral, dano estético e, eventualmente, desvio produtivo do consumidor (DESSAUNE, 2017, p. 270), em razão da perda de tempo útil tentando resolver problema a que não deu causa. Cedido, porém, que a análise dos danos dependerá do caso concreto e dos elementos

1 O entendimento da Corte Cidadã é no sentido de que as cirurgias plásticas puramente embelezadoras se consubstanciam como obrigações de resultado, principalmente se houve promessa de resultado embelezador e melhorador da aparência. A título de exemplos de precedentes sobre o tema, AREsp 328110, REsp 985888, REsp 236708, REsp 985888, REsp 1442438, dentre outros casos que, cotidianamente, são remetidos ao mencionado Tribunal Superior responsável pela uniformização da interpretação da legislação federal pátria.

probatórios eventualmente existentes em processo judicial.

Voltando à perspectiva de que o médico lida com os bens jurídicos mais caros ao ser humano, existem diversas normas deontológicas e técnicas às quais o profissional está vinculado, uma dessas normas é o Código de Ética da Medicina (CEM), a Resolução 1.931/2009, elaborada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM). Ocorre que, em tal normativa, existe uma disposição aduzindo que a relação médico-paciente não é de consumo, isto é, em seu capítulo I, que versa sobre princípios fundamentais da atividade, em seu inciso XX, aduz que “a natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo”. Todavia, conforme entendimento da maior parte da doutrina cível-consumerista e também, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a relação médico-paciente se caracteriza, sim, como de consumo. Isso porque tal ato normativo infraconstitucional e infralegal não caracteriza a relação que se amolda aos preceitos básicos do Código de Defesa do Consumidor, norma de ordem pública e caráter cogente (ANDRADE, 2016, p. 475), que cumpre o mandamento constitucional de defesa do consumidor, aplicável, inclusive, a tal modalidade de prestação de serviços *sui generis*.

Assim sendo, o objetivo do presente artigo é analisar e fundamentar a aplicabilidade da teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais à relação médico-paciente, especificamente quanto ao recorte dos procedimentos embelezadores, e, mais ainda, no nicho específico das cirurgias plásticas estéticas ou puramente cosméticas, que dizem respeito à modalidade cirúrgica diversa da cirurgia plástica reparadora ou curativa (STOLZE GAGLIANO, 2011, p. 245). Dessarte, quanto à divisão do trabalho, inicialmente, será feita análise sobre a definição dos direitos fundamentais, intimamente ligados à proteção dos direitos humanos, sobretudo quanto aos deveres de respeito, proteção e promoção, e, depois disso, proceder-se-á ao exame de teorias atinentes à eficácia dos direitos fundamentais, a saber, vertical, horizontal e diagonal, de forma que se proceda às distinções entre tais construções teóricas e o momento histórico de seu surgimento.

Após, em um segundo momento, serão analisados os fundamentos que legitimam a aplicação da teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais à relação médico-paciente, mais especificamente nos casos de operações cirúrgicas cosméticas. Depois disso, em terceiro tópico, considerando-se o entendimento dos tribunais pátrios sobre a relação médico-paciente como sendo de consumo e a teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais, analisar-se-á a responsabilidade civil-consumerista do médico em caso de cirurgia estética embelezadora. Destarte, como questões-problema que serão respondidas ao longo do presente trabalho, tem-se: qual diploma normativo prevalece? O CEM ou o CDC? Assim, valendo-se do método dedutivo e do procedimento metodológico da revisão bibliográfica, com fundamentação em teses, dissertações, doutrinas, livros e artigos sobre a temática, bem como com amparo em precedentes pontuais do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o presente artigo buscará responder às questões postas, de modo a concluir

que, considerando-se a desigualdade de posições em que o médico e o paciente se encontram, aplica-se a teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais à relação médico-paciente, fator que possui desdobramentos no âmbito da responsabilização do médico cirurgião plástico especialmente em âmbito cível-consumerista.

Das modalidades de eficácia dos direitos fundamentais: vertical, horizontal e diagonal

Os direitos e garantias fundamentais são aqueles positivados no texto constitucional, de modo que, no art. 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, tem-se rol exemplificativo de direitos fundamentais, que não excluem outros decorrentes de tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte, conforme se depreende de cláusula de abertura no parágrafo segundo do mesmo artigo da Carta de Outubro. Assim, quanto ao conceito de direitos fundamentais, de acordo com precisa lição do internacionalista Valério Mazzuoli (2018, p. 31), tem-se que:

Trata-se de expressão afeta à proteção interna dos direitos dos cidadãos, ligada aos aspectos ou matizes constitucionais de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas Cartas Constitucionais contemporâneas. São direitos garantidos e limitados no tempo e no espaço, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. Tais direitos devem constar de todos os textos constitucionais, sob pena de o instrumento chamado Constituição perder totalmente o sentido de sua existência, tal como já asseverava o conhecido art. 16 da Declaração (francesa) dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Neste sentido, cumprindo compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil em plano internacional, o art. 1º do texto constitucional pátrio aduz que o país possui como um de seus fundamentos o supra princípio da dignidade da pessoa humana, pedra de toque em um Estado Democrático e Social de Direito. Destarte, conforme ensina Fernando Fernandes (2003, p. 63), evidente que a noção a respeito da dignidade da pessoa humana liga-se à ideia de ser a pessoa, pela sua condição de ser humano, um centro de convergência de direitos na sua maior amplitude possível, impondo-se não somente sua previsão em ordenamentos jurídicos, como também a viabilização de mecanismos voltados para assegurar sua efetividade.

Devem ser respeitados, promovidos e protegidos os direitos humanos, sendo que o respeito aos direitos fundamentais se presta a tal mister. Assim sendo, para conferir efetividade, no plano local, aos direitos humanos, há diversos direitos e garantias previstos no corpo normativo constitucional, tais como vida, saúde, honra, liberdade e autonomia, que estão intimamente ligados à relação médico-paciente, em que tais bens jurídicos possuem acentuado

relevo. É certo que o paciente, em muitos casos, procura o médico visando a um tratamento, como é o caso daqueles que procuram o profissional da saúde para fins de realização de uma cirurgia estética, ao passo que o profissional da medicina deve cumprir com seu papel de promover a saúde do paciente, respeitando aos direitos da pessoa que confia em seu potencial enquanto profissional especializado e que tem como missão prezar pelo seu bem-estar, com a finalidade de que a prestação de serviços personalíssima ocorra dentro dos parâmetros legais e regulamentares vigentes e que devem ser observados. Ressalte-se, pois, que o consentimento do paciente é a pedra de toque que legitima toda e qualquer intervenção cirúrgica (SIQUEIRA, 2019, p. 22), vez que intimamente ligado à noção de liberdade e “hierarquização dos próprios valores”, bem como ao “conceito de vida boa” de acordo com a visão de cada paciente, inclusive naqueles casos em que a pessoa opta por submeter-se a um procedimento eletivo, como é o caso das cirurgias cosméticas. Nesta linha, Flávia Siqueira (2019, p. 31), pondera que tratamento médico é um termo que pode ser usado em sentido amplo, englobando, inclusive, tratamentos puramente estéticos, que são intervenções cirúrgicas, a priori, não curativas, as quais, apesar de não serem indicadas, tampouco necessárias sob o ponto de vista médico, são desejadas pelo paciente, em que pese não haver um caráter terapêutico ou curativo propriamente dito quanto a tais operações. Interligando, pois, Bioética e Direito da Medicina, o consentimento do paciente é fator que autoriza e legitima intervenções médicas.

Dessarte, os direitos humanos visam à proteção de todas as pessoas em plano internacional, ascendendo, assim, ao próprio conceito de direitos fundamentais, sendo que estes últimos, inclusive, são considerados cláusulas pétreas, esculpidas no art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, fazendo parte do núcleo intangível e imutável do Texto Maior. Em decorrência de tal classificação, não é possível que o poder constituinte derivado reformador elabore emendas constitucionais, ou seja, normas constitucionais derivadas, tendentes a abolir tais direitos ou reduzir seu núcleo essencial de proteção, tendo em vista a vedação do efeito “*clique*”, ou melhor, o princípio da vedação do retrocesso, aplicável não somente aos direitos sociais, mas também aos direitos individuais.

Com efeito, Bernardo Gonçalves Fernandes (2011, p. 265) ensina que “o núcleo essencial dos direitos já realizados e efetivados pela legislação deve ser considerado como constitucionalmente garantido, de forma que qualquer medida que buscar aniquilar ou revogar tal núcleo será refutada inconstitucional, se não houver previsão de um plano alternativo”. Dessume-se, pois, que não pode haver redução do núcleo duro de proteção desses direitos, seja pelo legislador constituinte derivado, pelo legislador ordinário, tampouco por conselhos profissionais de classe no exercício de seu poder normativo, tomando-se como exemplo o Conselho Federal de Medicina (CFM), responsável pela elaboração de normas elencadas no Código de Ética da Medicina (CEM), que devem ser questionadas e analisadas em cotejo com o Texto Maior, ainda

mais quando existe disposição em tal diploma normativo mencionando que a relação médico-paciente não é de consumo, sendo que a proteção do consumidor foi erigida ao posto de direito fundamental.

Nesta linha, ensina Marcelo Novelino (2016, p. 273) que a eficácia dos direitos fundamentais diz respeito ao seu âmbito de aplicação, relacionando-se às pessoas envolvidas e que devem observância a tais garantias. Inicialmente, pode-se dizer que, quando os direitos fundamentais surgiram, nos textos constitucionais liberais do século XVIII, a saber, Constituição Norte-Americana de 1787 e Constituição Francesa de 1791, tinham como finalidade inicial proteger os indivíduos contra o arbítrio do Estado e limitar o poder absoluto do monarca, sendo que havia, então, uma relação de verticalidade entre o Poder Público e o particular que a ele estava submetido. Por este motivo, surgiu a teoria da eficácia vertical dos direitos fundamentais. Precisamente, Alexandre de Moraes (2017, p. 44) pondera que “o poder delegado pelo povo a seus representantes não é absoluto, conhecendo limitações, inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado”. Logo, quando surgiram, os direitos fundamentais eram caracterizados como direitos de primeira dimensão, que traziam obrigações negativas, de abstenção, por parte do Estado, no sentido da não intervenção na vida privada, remetendo-se aos direitos de liberdade, igualdade - meramente formal - e propriedade, por exemplo.

Assim sendo, Canotilho (1993, p. 557), aduz que, devido ao fato de os direitos fundamentais serem oponíveis, por parte do cidadão, num primeiro momento, apenas frente ao Estado, e como sua relação com os particulares é vertical, ou seja, uma relação de subordinação, a aplicação dos direitos fundamentais neste âmbito ficou conhecida como “eficácia vertical”. No entanto, além da eficácia vertical dos direitos fundamentais, foi desenvolvida a teoria da eficácia horizontal, também denominada de eficácia externa, em relação a terceiros ou privada. Isso porque, com o passar do tempo, passou-se a perceber que a violência e a opressão contra o indivíduo não vinham apenas do Estado, de modo que havia outros sujeitos que eram responsáveis pela violação de direitos fundamentais de outras pessoas (NOVELINO, 2016, p. 275). Isto é, passou-se a perceber que não bastava a aplicação dos direitos fundamentais tão somente à relação entre o Estado e o indivíduo, além de que a eficácia vertical não significava que os particulares não deveriam observar tais direitos fundamentais, muito pelo contrário. Se o próprio Estado, “soberano”, a que o cidadão estava vinculado, por uma relação de subordinação, deveria observar tais direitos e garantias, os particulares também deveriam fazê-lo, não obstante também fossem destinatários da proteção em face do arbítrio estatal. Entendeu-se necessário que não só o poder público, mas também os particulares, observassem os direitos fundamentais e os respeitassem a contento. Deste modo, como as relações entre os particulares é, em tese, caracterizada como sendo horizontal, devido ao fato de os sujeitos privados situarem-se, *prima facie*, no mesmo plano de igualdade, a aplicação dos direitos fundamen-

tais às relações privadas foi denominada como “eficácia horizontal”. Ressalte-se, aqui, que a igualdade mencionada é aquela do ponto de vista formal, não substancial e material (SARMENTO, 2010; NOVELINO, 2016). Neste sentido, no que tange à fundamentação da teoria da eficácia horizontal, Machado (2017, p. 44) pondera que:

Fala-se, então, numa espécie de “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais, em que os destinatários/obrigados seriam os particulares, pessoas físicas ou jurídicas em suas relações recíprocas, na esfera privada, social, ou não pública. E há pelo menos três argumentos suficientes a sustentar essa “eficácia privada”: (a) a sociedade civil, tanto quanto o Estado, está subordinada aos valores, princípios e direitos que dão sustentação a qualquer democracia; (b) as relações de direito privado têm sofrido ultimamente um forte influxo das normas constitucionais; (c) a força normativa da Constituição impõe-se com idêntica intensidade aos sujeitos em geral, públicos ou particulares.

Ademais, conforme ensina Daniel Sarmento (2010, p. 310), cumpre salientar que, adota-se, no Brasil, a teoria da eficácia horizontal *direta* dos direitos fundamentais, vez que devem ser aplicados diretamente às relações entre particulares, independentemente de lei ou ato normativo autorizador, isso porque não apenas o Estado, mas também as pessoas e entidades privadas se encontram diretamente vinculadas à Constituição, devido à sua força normativa. Exemplificando, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso LV, aduz que são garantias constitucionais o contraditório e a ampla defesa, de modo que não é necessário o advento de uma lei ordinária dispondo que, em procedimentos administrativos que visam à cassação do registro de um médico do conselho profissional do qual faz parte, tais preceitos devem ser observados, vez que constam do corpo normativo constitucional, de modo que tanto o Estado quanto os outros particulares devem observar tais disposições. Caso o mencionado profissional da saúde seja expulso sumariamente de uma entidade à qual é filiado, poderá recorrer ao Poder Judiciário e reivindicar seus direitos, sendo que, na fundamentação da exordial, constará, certamente, que a autarquia profissional referida no exemplo não conferiu ao médico a oportunidade de exercer seus direitos constitucionais. Nesta linha, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário 1.582.15/RS, assegurou que o princípio do devido processo legal também se aplica às associações privadas, cujos membros não podem ser expulsos sem a observância de um processo justo em que lhes seja oportunizada a possibilidade de defesa (BARROSO, 2018, p. 584).

De toda sorte, Sarmento (2010, p. 302) ainda pondera que, no que se refere à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, é necessário que haja uma ponderação entre o direito fundamental em análise e a autonomia da vontade no caso concreto, a fim de que esta última não seja aniquilada. Isso porque a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares não ocorrerá na mesma intensidade e proporção que ocorre nas relações

entre o Estado e o particular, ainda mais porque se presume, em um primeiro momento, que os sujeitos particulares estão em polos igualitários. Com efeito, Flávio Tartuce (2020, p. 889) ensina que “a autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”, de sorte que, quando se trata da relação-médico paciente, caracterizada como uma prestação de serviços personalíssima por parte do profissional da saúde, a autonomia privada deve ser respeitada, ainda mais em caso de cirurgias plásticas estéticas, que são procedimentos não essenciais do ponto de vista médico, mas que podem ser escolhidos livremente pelo paciente, a depender de seu conceito de belo e de seu anseio em termos de melhora de sua aparência. Dessarte, aprofunda o Min. Luís Roberto Barroso (2018, p. 220):

Tem-se a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, mediante um critério de ponderação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia da vontade, de um lado, e o direito fundamental em jogo, do outro lado. O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência. Na ponderação a ser empreendida, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para essa específica ponderação entre autonomia da vontade *versus* outro direito fundamental, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (e.g., se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério adotado (e.g., escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (e.g., ninguém pode sujeitar-se a sanções corporais).

Ocorre, porém, que essa suposta igualdade entre os particulares que fundamenta a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais diz respeito a uma igualdade meramente formal e abstrata, pois se considera que todos os particulares estão em posição igualitária, o que não é verdade, mormente em uma sociedade de classes e capitalista, pautada em relações de poder, em que há desigualdades não só sociais, regionais e econômicas, mas também informacionais e técnicas, tomando-se por base a sociedade brasileira, por exemplo. Por este motivo, nos casos em que se verifica uma acentuada desigualdade entre os particulares em determinada relação jurídica, a aplicação das normas de direitos fundamentais surge como “estratégia jurídica eficiente” para corrigir desigualdades, injustiças e violações ao princípio fundamental da dignidade humana (MACHADO, 2017, p. 44), ao redor do qual todos os direitos fundamentais devem gravitar.

Com efeito, refletindo-se sobre tal panorama, adveio a teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais, que, segundo Novellino (2016, p. 275), diz

respeito à aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares que não estão em pé de igualdade, ou seja, há um desequilíbrio fático entre as partes, fazendo com que a relação não seja horizontal, mas sim diagonal, em que é possível imaginar que um “lado da balança” está em posição superior ao do outro. Como exemplos, segundo Daniel Sarmiento (2010, p. 215), mencionam-se as relações consumeristas e as relações trabalhistas. Ressalte-se que foi o professor chileno Sergio Gamonal Contreras (2011) quem desenvolveu referida teoria, uma vez que criou uma divisão e diferenciação teórica entre as eficácias horizontal e diagonal, sobretudo conferindo olhar atento à realidade fática na qual o Direito é chamado a atuar. O autor chileno, então, desenvolveu referida teoria tomando por base as relações de trabalho, em que há desigualdade fática entre as partes, a saber, trabalhador *versus* empresa, refletindo-se uma relação de poder e subordinação da parte mais fraca àquele agente econômico com mais poder. Assim, Contreras sustentou que a eficácia diagonal, que também está intimamente ligada às relações privadas, possui uma adição de fatores relacionados à (des)igualdade e de (des)proporcionalidade entre os sujeitos privados envolvidos. Portanto, tem como objetivo nivelar o sujeito de menor força ao de maior força, com finalidade de protegê-lo de modo adequado e suficiente frente à realidade que o cerca. Logo, segundo Newton et al (2020, p. 213, online) a eficácia diagonal se traduz como a incidência dos direitos fundamentais às relações privadas que são marcadas pela desigualdade entre os particulares. Registre-se, ainda, que o desenvolvimento da teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais tem como intuito corrigir a falsa ideia de isonomia tão somente do ponto de vista formal, mas efetivar tal direito de modo substancial e material, ainda mais se considerando que o direito à igualdade é um conceito relacional e deve ter como parâmetro o que se busca comparar (NOVELINO, 2016, p. 277). Vale reforçar, por derradeiro, que, não obstante a teoria da eficácia diagonal tenha sido desenvolvida tomando por base relações trabalhistas, nada impede que seja aplicada a outras relações entre particulares em que reste evidenciada a desigualdade fática de posições entre as partes, por exemplo, as relações de consumo.

Deste modo, partindo da hipótese de que a relação médico-paciente é caracterizada como de consumo, tendo em vista a prestação de serviços *intuitu personae* realizada por parte do médico, com fulcro no art. 2º, caput, e art. 3º, c/c art. 14, parágrafo quarto, todos do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) bem como de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)², entende-se que melhor se aplica a teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais a tal relação personalíssima, sobretudo quando se trata dos procedimentos estéticos embelezadores, o que surtirá efeitos no

2 O STJ possui entendimento consolidado no sentido de que a relação médico-paciente é de consumo. Assim sendo, aplica-se às partes a disciplina do CDC, pois o médico é fornecedor de serviços personalíssimos e o consumidor, destinatário final do serviço médico. Recurso Especial nº 1.540.580/DF. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1719802&num_registro=201501551749&data=20180904&formato=PDF> acesso em 12 fev. 2022.

âmbito da responsabilização cível-consumerista do profissional da saúde especializado no ramo dos procedimentos cosméticos, muito embora o Código de Ética Médica disponha que a relação médico-paciente não é de consumo.

A eficácia diagonal dos direitos fundamentais e a relação médico paciente: o recorte das cirurgias cosméticas

É certo que a proteção do consumidor consta como um direito fundamental, esculpido no art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988. Ademais, trata-se de princípio da ordem econômica, conforme dispõe o art. 170, inciso V, do Texto Maior. No art. 48 do ADCT, por derradeiro, o constituinte dispôs sobre a necessidade de edição de uma lei que versasse sobre o a proteção da pessoa do consumidor. Nestes termos, cumprindo o mandamento constitucional, o legislador editou o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/90, que traz, em seus artigos 2º e 3º, o conceito, respectivamente, de consumidor e fornecedor. Dentre os possíveis consumidores, então, tem-se uma pessoa física que adquire ou utiliza serviço como destinatário final. Noutro lado, fornecedor pode ser toda pessoa física que desenvolve atividade de prestação de serviços, mediante remuneração, no mercado de consumo. Pode-se dizer, assim, que a relação médico-paciente se caracteriza como uma relação de consumo. Isso porque, de um lado, tem-se que o paciente é o destinatário final da prestação de um serviço *intuitu personae* prestado pelo médico. Vale reforçar, ainda, que a relação médico-paciente é fundamentada na confiança (AGAPITO, 2018, p. 11), pois o paciente escolherá, de forma minuciosa, com qual cirurgião manterá contato e decidirá submeter-se a determinado procedimento, o que está, muitas vezes, ligado ao prestígio do profissional na área e seu reconhecimento perante o seio social. Nesta linha, o art. 4º, inciso I, do CDC, dispõe sobre a presunção absoluta, em decorrência da lei, de vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, esculpida como um dos princípios básicos do diploma consumerista.

Ressalte-se que essa vulnerabilidade garante a proteção ao consumidor, agente mais fraco dessa relação, de modo que pode ser uma vulnerabilidade técnica, econômica, jurídica e informacional (ANDRADE, 2016, p. 466). O seu fundamento principal é a falta de domínio informacional que caracteriza a pessoa do consumidor frente ao fornecimento de serviços no mercado de consumo, ainda mais se considerarmos a dinamicidade da sociedade contemporânea e as técnicas cada vez mais aprimoradas de publicidades voltadas ao público, inclusive envolvendo serviços médicos. Além disso, no art. 6º do CDC, há um rol exemplificativo de direitos básicos dos consumidores, incluindo o direito à informação, à vedação de práticas abusivas, a proibição de publicidade abusiva ou enganosa, bem como o princípio da reparação integral dos danos (KFOURI NETO, 2016, p. 81). Após, o art. 7º do códex consumerista aduz que os direitos elencados no CDC não excluem outros previstos em tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte, conferin-

do ampla proteção ao agente econômico vulnerável, a saber, o consumidor/paciente. Demais disso, no que tange à responsabilidade civil pelo fato ou defeito do serviço, o art. 14, §4º, do *códex* consumerista, aduz que a responsabilidade do profissional liberal - no caso, o médico - será apurada mediante verificação de culpa, nas modalidades negligência, imprudência ou imperícia. Adota-se, quanto às cirurgias plásticas estéticas, o sistema da culpa presumida, de sorte que, havendo comprovação no sentido de que o profissional não agiu com culpa, pode se eximir da responsabilidade. Ou seja, fugindo à regra da responsabilidade objetiva no âmbito das relações de consumo, tendo como fundamento a teoria do risco proveito e o cumprimento do dever de qualidade, o médico, enquanto profissional liberal, responderá por danos causados ao paciente em caso de configuração de culpa *lato sensu* de sua parte. No que se refere às causas excludentes de responsabilidade, o art. 14, §3º, do CDC, aduz que o fornecedor de serviços somente não será responsabilizado se i) provar que prestou o serviço e que não houve defeito, ou então ii) se comprovar a culpa exclusiva do consumidor/paciente ou iii) culpa exclusiva de terceiros. Isto é, tem-se inversão *ope legis* do ônus da prova, com afastamento de responsabilidade do profissional liberal somente nas três hipóteses elencadas pelo legislador consumerista, atento à necessidade de proteção do consumidor enquanto agente econômico vulnerável (ANDRADE, 2016, p. 476).

De toda sorte, o fato de a relação médico-paciente ser caracterizada como de consumo ganha reforço quando se trata de cirurgias estéticas embelezadoras, caracterizadas como sendo uma obrigação de resultado, em que há reforço do dever de informar e cumprir com os protocolos médicos antes, durante e depois do procedimento realizado. As cirurgias plásticas estéticas, mesmo que não essenciais do ponto de vista médico, estão relacionadas a motivos de ordem pessoal que cercam a pessoa do paciente. Neste contexto, de um lado, há o paciente, que se dirige ao consultório do cirurgião plástico com grandes expectativas, buscando melhorar sua aparência física, com o intuito de que o médico cirurgião proceda à cirurgia cosmética e entregue o resultado embelezador pretendido. De outro lado, tem-se o médico, que conhece a técnica e as *lex artis*, bem como os procedimentos necessários a serem realizados antes, durante e depois da cirurgia. Dito isso, verifica-se que os polos da relação médico-paciente estão em posição assimétrica, justamente devido à vulnerabilidade técnica e informacional do paciente, geralmente leigo na seara médica. Por isso, deve haver o cumprimento, por parte do médico, dos princípios e direitos básicos dos consumidores frente a este contexto dos procedimentos estéticos, notadamente devido à característica invasiva de tais operações cirúrgicas melhoradoras e na necessidade de o paciente compreender e seguir as recomendações médicas durante sua recuperação.

De todo modo, entende-se que deve ser aplicada, pois, *in casu*, a teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais, sobretudo devido à desigualdade fática entre os polos da relação privada aqui analisada, observando-se, porém, a autonomia da vontade e o desejo do paciente em termos de comuni-

cação com o médico. Logo, como quem possui os conhecimentos específicos e é *expert* na área da saúde é o médico, não o paciente, este deve ser esclarecido sobre a natureza e do alcance da intervenção cirúrgica. Além disso, o profissional da saúde deve apresentar ao paciente uma previsão de como será a recuperação, quais são os efeitos colaterais da operação cirúrgica, o que o paciente pode ou não fazer durante o período em que se recupera da cirurgia, para além de outras obrigações que demonstrem o cumprimento do dever objetivo de cuidado e diligência com o paciente que confiou em seus serviços. Por este motivo, em muitos casos, o paciente pode querer realizar determinadas cirurgias mesmo que não haja recomendação médica ou necessidade terapêutica, devendo ser compatibilizada a proteção dos direitos fundamentais do paciente - saúde e incolumidades físico-psíquica - e a autonomia da vontade, para fins de aplicação da teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais a esta relação inter partes.

Conclusão

Conclui-se que a relação médico-paciente é peculiar, caracterizada como *sui generis*, pautada pela confiança. Trata-se de relação privada composta por sujeitos particulares que não estão em mesmo nível de igualdade, considerando-se a pessoa do paciente leigo em assuntos médicos. Daí porque se sustenta a aplicação da teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais a tal relação, mormente porque a proteção do paciente foi erigida ao posto de direito fundamental e cláusula pétrea, não sendo dado ao legislador, muito menos a autarquias federais, reduzir o âmbito de proteção desse direito, considerado, pois, como cláusula pétrea. Fundamentou-se a hipótese no contexto específico dos procedimentos estéticos embelezadores, procedimentos eletivos e não essenciais do ponto de vista médico, em que o dever de informação fica mais reforçado. Além disso, tais operações cosméticas se caracterizam como obrigação de resultado, o que possui efeitos quanto à (in)viabilidade de responsabilização do profissional da saúde em caso de “erro médico”, vez que se adota o sistema da culpa presumida, previsto no Código de Defesa do Consumidor, em caso de fato do serviço. Logo, entende-se que deve ser aplicada a teoria da eficácia diagonal, que considera a desigualdade fática, técnica e a vulnerabilidade informacional da pessoa do paciente frente ao médico. Isso porque a vulnerabilidade do paciente é presumida, ainda mais devido ao fato de a relação em análise ser caracterizada como de consumo, conforme entendimento da melhor doutrina e do STJ sobre o tema. Reconhecer que se trata de relação consumerista possui efeitos quanto à responsabilização cível-consumerista do profissional da saúde, sobretudo quanto à inversão do ônus da prova e a aplicação do microsistema protetivo previsto no CDC. Ademais, a depender da situação e da conduta do profissional da saúde, em caso de incorrer em erro médico, pode ser responsabilizado também nas searas ético-disciplinar e/ou jurídico-criminal.

Referências

- AGAPITO, Leonardo Simões. **Direito médico: a omissão penalmente relevante** - Franca: [s.n.], 2018, 99. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS).
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** - 7. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. Revista Livraria Almedina, Coimbra: 1993.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional** / Bernardo Gonçalves Fernandes. - 3.ed. - Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.
- FERNANDES, Fernando Andrade. **Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais**. Liber Discipulorum, para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora: 2003, p. 53-83.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de Figueiredo. **A ajuda médica à morte: uma consideração jurídico penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 100, v. 21, 2013. p. 15-40.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico** - 17. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Elementos de teoria dos direitos fundamentais** - 1.ed. - São Paulo, SP: Cultura Acadêmica Editora, 2017. 195p.
- MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos** - 5. ed., rev. atual. ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** - 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 - São Paulo: Atlas, 2017.
- NEWTON, Paulla Christianne da Costa et. al. NASCIMENTO, Maria Letícia Lima; MENESES, Beatriz Hilário Toscano. **A Teoria da Eficácia Diagonal dos Direitos Fundamentais em Salvaguarda das Relações Trabalhistas**. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (UNB), 2021, 200-229. Disponível em <<https://www.periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/37109>> acesso em 14 out. 2022.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional** - 11. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia** - Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.
- SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina** - 1 ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2019. Coleção Direito Penal e Criminologia.
- SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de Souza. **Direito Penal Médico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Editora, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: volume único** - 10. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

AS MÍDIAS SOCIAIS DESRESPEITAM O DIREITO À PERSONALIDADE?

Maria Cristina Zainaghi

Mestre e Doutora em Direito, advogada e professorado programa de mestrado do Unifeco. Autora de diversos livros e artigos jurídicos

Resumo:

Neste trabalho buscaremos questionar os problemas que estamos enfrentando quando as pessoas utilizam suas redes sociais para exporem terceiros que, por vezes não autorizam a utilização de sua imagem. Assim buscaremos abordar as mídias sociais e sua expansão nos dias de hoje, se contrapondo e diversas situações em que vemos o direito a imagem (e a própria personalidade) ser desrespeitado por terceiros. Para tanto traremos a história de um funcionário de uma empresa, que foi demitido por ter um vídeo seu, “viralizado” por sua atitude brincalhona no ambiente de trabalho. A partir desse “case” podemos nos questionar se os direitos constitucionais a imagem e consequentemente à personalidade, não estão sendo feridos a cada foto publicada nas redes sociais, mesmo quando essas pessoas estejam ao fundo. O objetivo do trabalho é trazer o conceito de direito à personalidade bem como o direito à imagem e, as situações em que os mesmos são feridos de forma direta ou indireta, primeiro nas mídias sociais e, por vezes, após repercutirem em demasia, acabam até nas emissoras de televisão, expondo uma pessoa e, por vezes trazendo consequências indesejadas. Na conclusão exporemos nossa posição após o estudo apresentado. Para o desenvolvimento desse trabalho utilizaremos o método lógico-dedutivo, com revisão bibliográfica das monografias sobre os temas abordados no trabalho.

Palavras-chave: Direito à personalidade; Direito à imagem; Mídias sociais.

Introdução

No presente artigo pretendemos de forma sucinta esclarecer alguns questionamentos que vem surgindo, por conta de uma mudança de valores da sociedade.

Assim hoje surgiu uma nova atividade profissional, ou seja, o influenciador advindo da popularidade das mídias sociais.

Poderíamos até fazer uma alusão ao livro de George Orwell, 1984, onde

temos o líder chamado de Grande Irmão (Big Brother) que vê tudo que acontece na sociedade sob sua responsabilidade.

Hoje ao contrário do livro, é boa a exposição, pois ela repercute em popularidade e influência em seus seguidores, tanto no pensar como também no consumo.

Assim para conseguirmos apresentar nossos questionamentos abordaremos primeiramente a questão da personalidade e do direito da imagem, assegurados na Constituição Federal Brasileira, depois abordaremos sucintamente as mídias sociais, onde traremos o “case” que suscitou os questionamentos trazidos, para então apresentarmos as considerações finais sobre o tema.

Bem superficialmente, falaremos sobre o excesso de exposição das crianças e adolescentes nas redes sociais, e se essa atitude também não está ferindo o direito à personalidade do menor.

Direito à personalidade

Ao pensarmos no direito à personalidade, primeiramente nos vem a ideia do que é. Para essa resposta podemos trazer o posicionamento de Pedro Pais de Vasconcelos, para que a personalidade é uma qualidade: a qualidade de ser pessoa. Esta afirmação não deve causar estranheza porque respeita o sentido etimológico da palavra. (Vasconcelos. 2019. p. 5)

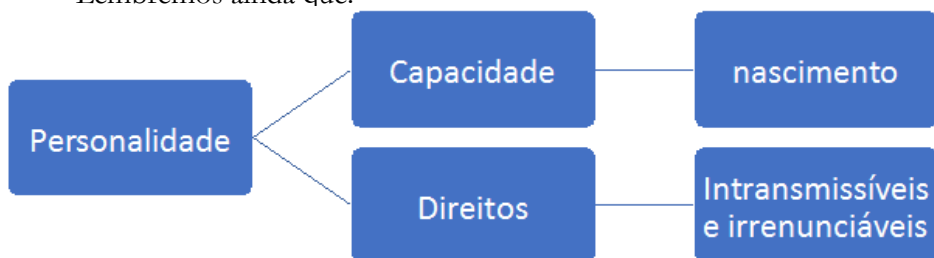
Para De Cupis:

A personalidade, ou capacidade jurídica, é geralmente definida como sendo uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. Não se identifica nem com os direitos nem com as obrigações, e nem é mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica. (1961, p. 13)

E continua:

Correspondendo a uma exigência que lhes é natural e a que já nos referimos, os direitos da personalidade, além de terem existência positiva, estão submetidos a uma disciplina civilista que lhes assegura a proeminência relativamente a todos os outros direitos da personalidade, deduzindo-se na maior parte diretamente da sua estrutura. (De Cupis, 1961, p. 45)

Lembremos ainda que:



No direito brasileiro o direito à personalidade, esta inserto no Código Civil, dos artigos 11 até o 21¹ e na Constituição Federal 5º, inciso X², quando asseguramos direitos intrínsecos a personalidade.

Assim asseguramos claramente que todos tem direitos privados intrínsecos ao seu próprio interesse, ou seja, estabelecemos direitos que derivam da personalidade.

Dessa forma, como podemos assegurar esses direitos se, nas mídias sociais temos pessoas postando situações e suas fotos, sem respeitar a imagem e personalidade daqueles que estão ao seu entorno.

Essas publicações ferem o direito à personalidade?

Esse é o ponto que nos preocupa, posto que, por diversas vezes vamos ter direitos sendo desconsiderados no ambiente virtual.

1 CAPÍTULO II

Dos Direitos da Personalidade

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815)

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

- 2 X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

Mídias sociais

Na sociedade superficial em que vivemos hoje, temos uma necessidade cada vez mais de buscar distração em elementos diferentes de outrora.

Assim ao invés de um livro as pessoas buscam distração no Facebook, Instagram, TikTok ou Tuite. Essas mídias atingem a todos indiscriminadamente, sendo o mais importante buscar um maior número de visualizações e, o sonho, viralizar³.

Assim na busca da viralização temos situações que, sob a ótica jurídica, resvalamos no desrespeito ao direito da personalidade.

Para melhor exemplificar a situação tivemos um case bem emblemático, onde um gari durante o trabalho, decide brincar como se fosse um segurança, munido com um cabo, interpreta o segurança como se aquilo fosse uma arma.

Alguém atrás do carro da limpeza urbana, na cidade de Botucatu, interior do Estado de São Paulo, grava a situação e, posta no TikTok. O vídeo viraliza⁴ e, ao final o rapaz é demitido. Vejamos:

O direito a personalidade do rapaz não foi ferido?

Essa história acabou na televisão e, ao final o rapaz foi readmitido. Mas numa situação como essa a pessoa que postou a imagem do gari, não feriu o seu direito fundamental de imagem? O interessante é que ninguém em momento algum questionou a atitude da pessoa que filmou e postou sem autorização.

Vejamos que não estamos nos importando com o direito à imagem, posto que ele está “caindo em domínio público”, nas situações corriqueiras que infringem a personalidade, mas fica em segundo plano, com a vontade dos 15 minutos de fama.

Continuando nessa preocupação com o direito à personalidade, temos ainda as situações em que as pessoas tiram *selfie* ou se filmam mostrando as pessoas ao seu redor sem se preocupar se a mesma quer ser exposta ou não. Estariam tais pessoas ferindo o direito a personalidade de outrem?

Nos parece que a resposta é sim em todas as situações. Talvez precisemos trazer regras comportamentais para que os direitos de terceiros não sejam feridos.

Um exemplo seria tirar a foto onde o plano de fundo fique turvado, de forma a assegurar o anonimato de quem não quer aparecer.

A exposição dos menores nas redes sociais.

Ainda que sucintamente cabe-nos também abordar o problema que te-

3 Significado de Viralizar: verbo transitivo direto, intransitivo e pronominal Tornar viral, muito visto ou compartilhado por muitas pessoas, especialmente em redes sociais ou aplicativos de compartilhamento de mensagens.(dicionário de português online)

4 <https://ne-np.facebook.com/SaltodePiraporaNoticias/videos/gari-%C3%A9-demitido-ap%C3%B3s-brincadeira-no-trabalho-viralizar-no-tiktok-a-gente-sem-pre-/2155516994625786/>

mos hoje em que os pais usam da imagem de seus filhos nas redes sociais, com inserções que nos parece também que fere o direito à personalidade.

Esse problema é mais delicado pois estamos tratando de uma exposição praticada por aquele que detém o poder familiar e, pode prejudicar a criança a longo prazo, mas certamente é mais difícil de se limitar.

Tanto assim que nos debates comemorativos dos 20 anos do Código Civil, Lei nº 10.406 de 2002, nas Jornadas de Direito Civil, se ateve a essa situação e aprovaram o Enunciado 691, para estabelecer que:

A possibilidade de divulgação de dados e imagens de crianças e adolescentes na internet deve atender ao seu melhor interesse e ao respeito aos seus direitos fundamentais, observados os riscos associados à superexposição.

Esclarecemos que essa exposição excessiva dos meios digitais vem sendo denominada de *oversharenting*⁵, nela temos o direito à personalidade do menor, sendo ferido por quem deveria se preocupar com sua proteção e, sem pensar que num futuro próximo isso pode provocar um dano a psique do menor.

Poderíamos elencar inúmeras crianças que se tornaram *influencers* em login de seus genitores, onde esses provocam inúmeras situações em que as crianças aparecem tratando de diversos temas, mas tendo sua imagem e, direito da personalidade sendo, poderíamos dizer, até sofrendo um sento abuso.

Dai a preocupação dos membros da jornada de direito civil.

Considerações finais

Como vimos as novas tecnologias estão alterando a vida das pessoas e sua própria forma de agir, levando-as a dividir a sua vida privada com seus seguidores e, buscando cada vez mais aumentar o número de seguidores.

Nesse afã, as pessoas esquecem que ao se expor acabam, por vezes expondo terceiros que nem se quer conhecem e, até provocando situações embaraçosas e/ou problemáticas para que elas expõe.

Claro que, ao postarem uma foto a pessoa não se preocupa se vai pegar outras pessoas e, se elas podem ou querem aparecer ainda que indiretamente, estaremos desrespeitando direito fundamental do terceiro e, portanto, ficaremos a mercê de medidas legais pertinente, como por exemplo indenização e, até retirado do *post* da internet.

Outra situação, e essa vemos mais grave é filmar uma situação aleatória (como o caso do trabalhador) e postar sua atitude sem se a autorização do mesmo e, ignorando os direitos inerentes a personalidade dele. Temos aqui, com certeza, uma infração ao direito fundamental do cidadão, tanto quanto a sua imagem como também quanto ao seu direito à personalidade. Também nessa hipótese estaremos sujeitos a medidas legais de indenização como também de obrigação de retirar o post publicado.

5 Oversharenting, que poderíamos traduzir como super exposição de que detém o poder familiar

Cabe-nos ainda consignar a infração ao direito à personalidade do menor, superexposto por seus genitores, lucrando até nas aparições da criança em parcerias pagas nas redes sociais, ferindo claramente o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Notemos que, talvez esse desrespeito ao direito da personalidade do menor, seja o mais complicado de se regulamentar, pois aquele que tem o dever de proteger é quem fere o direito dessa pessoa e, fica difícil estabelecer a proteção e até onde ela pode ir, pois os direitos do menor devem ser salvaguardados por que o está ferindo.

Pensamos que, talvez estejamos diante de situações que necessitem de uma legislação orientadora, para evitar que tais direitos sejam desrespeitados como estamos presenciando nos dias atuais.

Consignemos aqui que, a nosso ver, a Lei de Proteção de Dados, não interfere diretamente na problemática apresentada, pois as mesmas derivam do direito subjetivo da personalidade.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. **A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos**, In Revista Mestrado em Direito - Ano 8, N. 2. Osasco, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria geral. Introdução. As pessoas. Os bens**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira. 1997. **Direito Civil - Teoria Geral (Introdução As Pessoas, Os Bens)**. Volume I. Coimbra Editora: Coimbra/Portugal

BARBOSA. Rui. 1949. **Parecer Sobre A Redação Do Código Civil**. Volume XXIX. In Obras Completas de Rua Barbosa. Editado pelo Ministério da Educação e Saúde: Rio de Janeiro.

BASTOS. Celso Ribeiro. 1998. **Curso De Direito Constitucional**. 19ª edição. Editora Saraiva: São Paulo

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

BEVILAQUA, Achiles. 1938. **Código Civil Annotado**. 5ª edição. Livraria editora Freitas Bastos: Rio de Janeiro.

BEVILAQUA. Clóvis. 1896. **Direito De Família**. Ramiro M. Costa & Ca. - Editores: Recife.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos Da Personalidade**. 8ed. rev. aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015

BRASIL. **Constituição Federal**, de 1988. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **Lei Federal nº 10.406**, de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos Da Personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes Editora. 1961

LIMONGI FRANÇA, R. **Do Nome Civil Das Pessoas Naturais**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 1958.

LIMONGI FRANÇA, R. **Direito De Personalidade - Coordenadas Fundamentais**. In Revista dos Tribunais 567/9-16. 1983.

MORAES, Walter. **Concepção Tomista De Pessoa. Um Contributo Para A Teoria Do Direito Da Personalidade**. São Paulo: RDPPriv 2/187.

VASCONCELOS, Pedro Pais. **Direito Da Personalidade**. Coimbra: Ed. Almedina, 2019

Sites consultados

<https://www.dicio.com.br/viralizar/#:~:text=Significado%20de%20Viralizar,aplicativos%20de%20compartilhamento%20de%20mensagens>.

<https://ne-np.facebook.com/SaltodePiraporaNoticias/videos/gari-%C3%A9-demitido-ap%C3%B3s-brincadeira-no-trabalho-viralizar-no-tiktok-a-gente-sempre-/2155516994625786/>

CRISPR-CAS9 E SUA POTENCIALIDADE NA EDIÇÃO DA PESSOA HUMANA

Marta Rodrigues Maffeis

Doutora pela Faculdade de Direito da USP e Livre-Docente pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP. Professora Associada da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP e Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo

Resumo:

A descoberta do CRISPR-Cas-9 em 2012 trouxe uma maior segurança e eficiência na edição genética, a um custo muito mais baixo que as técnicas anteriores permitiam. Em geral, a aceitação pública da terapia genética humana baseia-se na garantia de que a alteração genética em seres humanos se restringe à terapêutica para doenças genéticas e não para o aperfeiçoamento (*enhancement*) da pessoa. Além disso, espera-se que essa terapia atinja apenas células somáticas incapazes de transmitir alterações genéticas a futuras gerações de seres humanos. No entanto, a técnica pode e já foi usada também para o aperfeiçoamento humano e em células germinativas, com a finalidade de extirpar a transmissão de doenças genéticas ou possibilitar a transmissão de genes melhorados à futura descendência. A questão se mostra tormentosa, pois a linha divisória entre terapêutica e melhoramento humano é imprecisa. Objetivos do presente trabalho são: analisar em que consiste a edição genética, para quais finalidades ela pode ser utilizada, quais impactos bioéticos decorrem de sua aplicação, como se encontra o cenário mundial atual frente à edição genética e qual a regulamentação da legislação brasileira em relação à edição genética de células humanas. A metodologia da presente pesquisa se pautou, primeiramente, pela análise de artigos científicos, livros e teses relacionados ao tema. Num segundo momento, pela análise de debates apresentados nos Congressos Internacionais acima citados. As hipóteses iniciais baseiam-se na realidade do uso das técnicas de edição genética e as diversas implicações bioéticas sobre a vida humana, sendo necessária uma regulamentação jurídica. Ainda não se chegou a resultados finais.

Palavras-chave: CRISPR-Cas9; Edição genética; Manipulação genética; Uso terapêutico; Melhoramento humano.

Introdução

O sequenciamento do DNA humano advindo do Projeto Genoma Humano (PGH) transformou-se em marco tecnológico para o desenvolvimento de vacinas, diagnósticos patológicos, formas de prevenção e sobretudo engenharia de manipulação genética.¹ Essa tecnologia proveniente do sequenciamento possibilitou a busca de formas de se manipular o material genético, por meio do descobrimento de nucleases que poderiam editar o DNA humano.

A partir disso, um grupo de cientistas², comandados por Emmanuelle Charpentier e Jennifer Doudna, descobriram através da fisiologia anômala do genoma de uma bactéria, a capacidade que vetores - nucleases - bacterianos poderiam editar *locus* específico do DNA. Essa tecnologia recebeu o nome de CRISPR-CAS9 e mudou a forma que o mundo encarou a possibilidade para o diagnóstico, tratamento e prevenção de patologias humanas.

Dessa maneira, iniciou-se um grande debate científico sobre as implicações éticas e legais sobre essas ferramentas de edição genética. Trata-se de um método de alteração de trechos específicos do DNA por substância enzimática carreadora que elimina genes específicos por outra sequência genômica tida como saudável.³

Além da possibilidade de editar o genoma de células somáticas, ou seja, células que não possuem a capacidade de transmitir características aos seus descendentes, há a possibilidade de edição de células germinativas, essas sim transmissoras das características aos herdeiros.⁴ Traz-se à baila temas como clonagem humana, eugenia e entraves jurídicos quanto ao direito privado e público. Esses entraves originaram-se depois de um trabalho promovido por um cientista chinês no ano de 2015 em que, na Universidade Sun Yat-sen, da cidade de Guangzhou, editou células embrionárias humanas para eliminar genes causadores da beta-talassemia.⁵

No Brasil, a Lei de Biossegurança⁶ de março de 2005, proíbe, além da

- 1 MAZZEI, Rodrigo (coord.); VIEIRA, Francisco Lima Neto. **O Direito de Não Sofrer Discriminação Genética**: uma nova expressão dos direitos da personalidade. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.
- 2 CHARPENTIER, Emmanuelle; DOUDNA, Jennifer A. *et al.* **A Programmable Dual-RNA-Guided DNA Endonuclease in Adaptive Bacterial Immunity**. Science, vol. 337, n. 6096, 2012, pp. 816-821. Disponível em: <<https://science.sciencemag.org/content/337/6096/816>>. Acesso em: 06 de jun. 2022.
- 3 FURTADO, Rafael Nogueira. **Edição Genética: Riscos e Benefícios da Modificação do DNA Humano**. Revista Bioética, vol. 27, n. 2, Brasília, abril/junho 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422019000200223>. Acesso em: 06 jun. 2022.
- 4 Idem ibidem.
- 5 CAPELLA, Vicente Bellver. **La Revolución De La Edición Genética Mediante Crispr-cas9 Y Los Desafíos Éticos Y Regulatorios Que Comporta**. Cuadernos de Bioética, vol. XXVII 2016/2ª, Espanha, 2016. Disponível em: <<http://aebioetica.org/revistas/2016/27/90/223.pdf>>. Acesso em: 06 de jun. de 2022.
- 6 PEREIRA e SILVA, Reinaldo. **A Nova Lei de Biossegurança e o Instituto da Responsabilidade Civil**. Bol. Mex. Der. Comp. vol.41 no.122 México may./ago. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-

clonagem humana, como recomendado pela ONU^{7 8}, a engenharia genética em material embrionário humano. Contudo, em 2018, houve grande alarde na comunidade científica, pois um médico chinês publicou um estudo em que concluiu a modificação genética de duas bebês gêmeas imunes ao vírus HIV. Em seu estudo, o médico relatou o uso da tecnologia CRISPR-CAS9 para essa alteração. O estudo fora considerado ilegal e antiético pela comunidade científica.⁹

Portanto, como é por meio do DNA que todos os humanos manifestam suas características, tais alterações utilizando a técnica da CRISPR-CAS9 podem ter incidência direta com os direitos da personalidade, tema central da proposição deste artigo, além dos dilemas éticos que ensejam essa tecnologia. Isso porque a pessoa é o centro do ordenamento jurídico e a dignidade da pessoa como referência primordial para a aplicação do Direito, pois a lógica advinda da separação clara e extremada entre direito público e direito privado não encontra mais a realidade¹⁰, sobretudo nesses casos de edição genética.

Terapia gênica e o conceito de edição genética

A terapia gênica caracteriza-se pela habilidade de técnicas específicas para a manipulação em locais precisos e específicos do genoma humano, graças ao mapeamento genético advindo do PGH. A especificidade da terapia gênica, portanto, é sua capacidade de editar material genético, isto é, a terapia gênica é a “capacidade do melhoramento genético por meio da correção de genes alterados (mutados) ou modificações sítio-específicas, que tenham como alvo o tratamento terapêutico”.¹¹

Vicente Capella (2016) e Jeniffer Doudna (2015) entendem que a precisão, simplicidade de uso e baixo custo da técnica CRISPR-Cas9 aumentaram o número de grupos que começaram a utilizá-la, não apenas aplicá-la tal como descoberta, mas também para melhorá-la e torná-la mais rentável.¹²

Esse aumento de cientistas estudando o método de edição genética através do CRISPR-CAS9 ampliou o debate quanto às implicações éticas ao

86332008000200010&lng=es&nrn=iso&tlng=pt. Acesso em: 06 jun de 2022.

7 Assembleia Geral da ONU - 2005. Disponível em: <<https://www.un.org/en/ga/fifth/59/resdec59.shtml>>. Acesso em: 06 de jun de 2022.

8 Editorial, Agência Estadão. **ONU Aprova Declaração Contra Clonagem Humana**. Disponível em: <<https://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,onu-aprova-declaracao-contra-clonagem-humana,20050308p210>>. Acesso em: 06 de jun de 2022.

9 SEMIZ, Sabina, AKA, Philip C. **Precision medicine in the era of CRISPR-Cas9: evidence from Bosnia and Herzegovina**. *Palgrave Commun* 5, 134 (2019). Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/s41599-019-0346-2#citeas>>. Acesso em: 06 jun. de 2022.

10 TEPELINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil: A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2004.

11 GONÇALVES, Giuliana Augusta Rangel; PAIVA, Raquel de Melo Alves. **Terapia Gênica: Avanços, Desafios E Perspectivas**. Einstein (São Paulo), v. 15, n. 3, São Paulo jul/set 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1679-45082017000300369&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 06 jun. de 2022.

12 CAPELLA, Vicente Bellver. **La Revolución**. Op. cit.

uso dessa tecnologia. Muito desse debate se deve à sua utilização no caso das gêmeas chinesas no ano de 2018¹³.

Sabina Semiz e Philip Aka (2019) relatam que o biofísico chinês He Jiankui revelou, em novembro de 2018, que utilizou a técnica CRISPR-Cas9 para editar os genes de meninas gêmeas, supostamente para impedir que elas contraíssem a infecção pelo HIV.

A polêmica da pesquisa e aplicação da técnica CRISPR-CAS9 por Jiankui levantou uma série de questões ético-jurídicas que levaram o governo chinês a introduzir novas leis e medidas regulatórias destinadas a melhorar a avaliação ética de projetos de pesquisa¹⁴.

Semiz e Aka (2019) alegam que, por conta desses avanços da tecnologia de manipulação e edição genética já em curso, a Organização Mundial da Saúde (OMS), em fevereiro de 2019, criou um painel global, chamado Comitê Consultivo para o Desenvolvimento de Padrões Globais para Governança e Supervisão da Edição do Genoma Humano, convocando especialistas e membros das sete regiões do globo para analisar as questões científicas, éticas, sociais e legais associadas a edição em células somáticas e germinativas humanas.

Edição genética em células somáticas

Na edição genética em células somáticas o objetivo é reparar ou eliminar gene específico que possa gerar mutação patológica. Nas palavras de Lanphier¹⁵ gerar “mudanças corretivas em um número suficiente de células que carregam a mutação - na qual as correções genéticas durariam a vida das células modificadas e sua prole - poderiam fornecer um tratamento curativo, ‘um efeito’ para os pacientes”.

Dessa forma, a terapia gênica em células somáticas, de acordo com Bergel¹⁶, caracteriza-se como sendo um procedimento científico em editar o material genético com o objetivo de melhorar o estado patológico oriundo de transcrição genômica inadequada. Isso ocorre em qualquer órgão ou tecido que não possui células germinativas, pois na edição de células germinativas ocorreria transferência hereditária a partir dessa edição, assim, diz-se “somática porque concerne a células diferenciadas do feto, da criança, do adulto.”

13 France Presse. Cientista chinês que anunciou bebês modificados suspende testes. **Portal G1**, 28 nov 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2018/11/28/cientistachines-que-anunciou-bebes-geneticamente-modificados-suspende-testes.ghtml>>. Acesso em: 17 dez. 2019.

14 CAPELLA, Vicente Bellver. **La Revolución**. Op. cit.

15 LANPHIER, Edward; URNOV, Fyodor; HAECKER, Sarah Ehlen; WERNER, Michael e SMOLENSKI, Joanna. **Don't Edit The Human Germ Line**. Nature, vol. 519, ed. 7544. Disponível em: <<https://www.nature.com/news/don-t-edit-the-human-germ-line-1.17111>>. Acesso em: 13 jan de 2020.

16 BERGEL, Salvador Darío. **O Impacto Ético Das Novas Tecnologias De Edição Genética**. *Rev. Bioét.* [online]. 2017, vol.25, n.3, pp.454-461. ISSN 1983-8034. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422017000300454&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 17 de jan de 2020.

Muito tem se debatido sobre as implicações éticas sobre a edição em células somáticas, pois parte dos cientistas sugerem que na grande maioria dos casos, esse tipo de edição não implica em questões éticas, legais e sociais. Entretanto, como toda terapia experimental e disruptiva, como a edição genética, ainda há lacunas a serem preenchidas entre a definição de princípios ou diretrizes abstratas e como aplicá-las na prática. Assim, mediante essa incerteza quanto à edição em células somáticas, faz-se necessário, além da pesquisa e utilização clínica, atentar-se aos marcos regulatórios de direito interno e de direito externo oriundos de acordos.¹⁷

Segundo Bergel¹⁸, nesse tipo de edição, os marcos regulatórios deverão atentar-se: a) com a saúde do indivíduo submetido à edição; b) se haverá turismo genético para o local onde ocorre a terapia gênica e como esse turismo ocorrerá; “usar os processos regulatórios existentes sobre terapia gênica humana para conduzir a pesquisa e os usos sobre a edição do genoma”; c) “limitar as provas clínicas ou terapêuticas aos tratamentos de prevenção de doenças ou inabilidade”; d) “avaliar a segurança e a eficácia no contexto de risco e benefício do uso pretendido”; e) “demandar uma ampla opinião pública favorável antes de estender seu uso.”

Edição genética em células germinativas

Ao contrário da edição genética em células somáticas, no caso da edição em células germinativas há a transmissão da edição aos herdeiros, ou seja, o que ocorre é a edição em genes hereditários que será transmitida às gerações futuras. Para Capella¹⁹, esse é o tipo de edição que mais precisa de atenção de cientistas e autoridades políticas.

É importante salientar que a edição genética em células germinativas não implica apenas em alterações na sanidade da vida, isso perpassa à dignidade humana, pois seu material genético vem a ser alterado; altera-se a autonomia individual ou não?; modifica-se a diversidade cultural e biológica e, ainda, haverá “acesso equitativo a novas tecnologias e assistência médica? Haverá possível redução da variação genética humana? Quais papéis e responsabilidades das partes interessadas na tomada de decisões, bem como a maneira de conduzir a ciência ‘globalmente responsável?’”.²⁰

17 HOWARD, Heidi C.; VAN EL, Carla G.; FORZANO, Francesca, *et al.* **One Small Edit For Humans, One Giant Edit For Humankind? Points And Questions To Consider For A Responsible Way Forward For Gene Editing In Humans.** European Journal of Human Genetics 26(1), November, 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/321393876_One_small_edit_for_humans_one_giant_edit_for_humankind_Points_and_questions_to_consider_for_a_responsible_way_forward_for_gene_editing_in_humans>. Acesso em: 06 de jun de 2022.

18 BERGEL. **O Impacto Ético.** Op. Cit.

19 **La Revolución.** Op. cit.

20 HOWARD, Heidi C. Op. cit.

Finalidades e benefícios terapêuticos da edição genética

A velocidade com que as pesquisas avançaram para esse tipo de edição genética atribuiu ao CRISPR ampla gama de aplicações: “ativar ou desativar genes específicos para estudar sua função, o desenvolvimento de estudos em larga escala (com uma grande população de diferentes RNAs-guia) para a identificação de genes envolvidos em um determinado processo celular, a criação de modelos animais de doenças humanas,” a possibilidade de guiar proteínas para sequências genômicas específicas, entre muitos outros.²¹

É o que também compreende Martinez-Lage²², o adicional dessa tecnologia em comparação às outras é seu potencial de multiplicabilidade através do uso de diferentes sgRNAs (RNA's-guia). Entre as enzimas nucleases para edição de genoma, somente o CRISPR-Cas9 pode editar vários genes específicos simultaneamente pela introdução de sgRNAs visando diferentes *locus*. Com efeito, o uso desses múltiplos sgRNAs na mesma célula alvo “pode levar à geração de pequenas deleções, rearranjos complexos, e até supressão total de cromossomos.” Outra vantagem importante do sistema CRISPR-Cas9 é “sua flexibilidade: modificações e personalizações de componentes e interativos CRISPR-Cas9 não apenas melhorou a especificidade e eficiência do sistema, mas também ampliou o escopo de sua aplicação além da edição.”

Esse uso terapêutico da técnica de edição genética, portanto, não tem como interesse apenas a área científica, mas as sociedades de uma forma geral, pois há impactos diretos na saúde e qualidade de vida das populações. Isso pode ser verificado na prevenção e tratamento de vasta gama de patologias como, por exemplo, “distúrbios monogênicos, como hemofilia, células falciformes, anemia, fibrose cística e doenças complexas, como câncer, doenças cardiovasculares, diabetes, HIV/AIDS e distúrbios mentais e neurológicos”.²³

Assim sendo, no ano de 2015, na China, Junjiu Huang e seus pesquisadores da Universidade de Sun Yat-Sen, editaram o genoma humano, especificamente o gene HBB, que é codificador da proteína beta-globina, para que houvesse mutação nesse *locus* gênico para tratamento da doença beta-talassemia.²⁴

Em 2018, já dominando a técnica de edição gênica através da CRISPR-

21 GIORNO, Luciana E. **CRISPR/Cas9 y la terapia génica**. Medicina (B. Aires), vol.77, n.5, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, oct. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0025-76802017000500009&lang=pt>. Acesso em: 06 de jun. de 2022.

22 MARTINEZ-LAGE, M; PUIG-SERRA, P; MENENDEZ, P; TORRES-RUIZ, R; RODRIGUEZ-PERALES, S. **CRISPR/Cas9 for Cancer Therapy: Hopes and Challenges**. Biomedicines, v. 6, n. 105, 22 2018. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6315587/pdf/biomedicines-0600105.pdf>>. Acesso em 06 jun. de 2022.

23 SEMIZ, Sabina et al. Op. Cit.

24 FURTADO, Rafael Nogueira. **Edição Genética: Riscos e Benefícios da Modificação do DNA Humano**. Revista Bioética, vol. 27, n. 2, Brasília, abril/junho 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422019000200223>. Acesso em: 06 jun. 2022.

CAS9, He Jiankui, biofísico chinês, alterou o genoma de irmãs gêmeas para impedir que ambas contraíssem HIV (SEMIZ e AKA, 2019).

Já em fase de estudos atualmente, também na China, Lo You e sua equipe de oncologistas do Hospital da China Ocidental na Universidade de Shuan, estão realizando experimentos práticos para o tratamento de câncer de pulmão. O estudo tem como objetivo o impedimento da proliferação de células doentes através da desativação do gene que codifica a proteína PD-1.²⁵

A terapia gênica aplicada ao tratamento e à prevenção de doenças é iminente, como se pode constatar. Rafael Furtado (2019) elenca ao menos nove áreas médicas, em todas suas amplas atuações fisiopatológicas, que se beneficiariam em eficiência financeira e promoveriam qualidade de vida à sociedade. São elas “1) infectologia; 2) oncologia; 3) hematologia; 4) hepatologia; 5) neurologia; 6) dermatologia; 7) oftalmologia; 8) pneumologia; 9) transplante de órgãos.”

Questões éticas relacionadas às edições genéticas

Entretanto, a par dos benefícios trazidos pelo sistema CRISPR-Cas9, diversos dilemas éticos se apresentam, principalmente no que diz respeito à eugenia (como forma de utilizar a edição genética para selecionar características dos seres humanos) e também à insegurança relacionada a essa prática (devido à impossibilidade de prever os efeitos indesejados que podem ser derivados de sua aplicação ou por uso malicioso).²⁶

Echterhoff²⁷ esclarece que na eugenia deve-se levar em conta que se trata de aplicação da ciência gênica com métodos para o melhoramento humano baseado em algum determinismo, isto é, os genes determinariam características humanas como violência, deficiência intelectual, alcoolismo e etc. e por isso o melhoramento humano por meio da edição e deleção desses genes tornaria a sociedade melhor.

De outro lado, Bergel²⁸ salienta que o vocábulo “eugenia” não possui apenas a conceituação da melhora de uma raça, como fundamento e objetivo estatal de melhoria da sociedade em geral. Existe também um aspecto mais individualista sem a carga retórica que o termo remete como, por exemplo, a finalidade procurada por pais que desejam diagnóstico pré-natal para prevenção de doenças graves em seus filhos, o que caracterizaria, nas palavras do autor, a aplicação de uma “eugenia privada”.

Argumenta-se, ainda, que a tecnologia ainda não está em condições de

25 CASTILLO, Andres. **Gene Editing Using Crispr-cas9 For The Treatment Of Lung Cancer**. Colombia Médica, vol.47, no.4, Cali Oct./Dec.2016. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657=95342016000400178-&lang-pt>. Acesso em: 06 de jun. de 2022.

26 CAPELLA, Vicente Bellver. **La Revolución**. Op. Cit.

27 ECHTERHOFF, Gisele. **Direito à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Juruá, 2010.

28 **O Impacto Ético**. Op. cit.

ser aplicada com segurança e com a possibilidade de conhecer seus efeitos sobre as gerações futuras; atualmente existem alternativas para evitar o nascimento de crianças com certos defeitos congênitos (como diagnóstico genético ou pré-natal pré-implantação); existe o risco de usar esta tecnologia para fim não terapêutico, que é um objetivo sobre o qual não há diálogo suficiente e também há o risco de perder a confiança dos cidadãos de empreenderem experimentos imprudentes.²⁹

É nessa mesma linha de raciocínio que prescrevem Edward Lanphier e coautores³⁰, pois com a utilização da técnica CRISPR-CAS9 não há certeza de quantas células seriam modificadas a partir da edição de apenas um gene e, para os autores, “aumentar a dose de nuclease usada aumentaria a probabilidade de que o gene mutado fosse corrigido, mas também aumentaria o risco de cortes serem feitos em outros lugares do genoma.” Os pesquisadores ainda advertem que, a nuclease, ou seja, a enzima que fará a edição, pode não necessariamente editar (cortar) as duas cópias do gene específico. Ainda há o problema de que “a célula pode começar a se dividir antes que as correções estejam completas, resultando em um mosaico genético.” Estes autores acreditam que os métodos utilizados anteriormente ao descobrimento do CRISPR-CAS9, “como diagnóstico genético pré-natal padrão ou *fertilização in vitro* (FIV) com o perfil genético de embriões antes da implantação, são opções muito melhores para os pais que carregam a mesma mutação para uma doença.”

Portanto, Edward Lanphier³¹, concordando com Vicente Capella (2016), acreditam que, no presente momento, não se pode projetar quais os efeitos futuros na vida acometida pela edição. Esses cientistas estão em acordo que não se pode editar células reprodutivas humanas.

Bergel (2017) acredita que ao se aduzir a proposição de uma possível eugenia, seja ela qual for, a sociedade (e sobretudo a pesquisa tecnológica desse ramo genético) incorreria no argumento *slippery slope* (rampa deslizante) que, basicamente, indica a ciência e as práticas de pesquisa tomando o caminho das políticas proibitivas, o que acarretaria numa pausa da evolução da própria ciência, pois, segundo o autor, não há caminho seguro a seguir e o ideal seria “tentar aprender, escolher com responsabilidade, mas carece de sentido que não fazer nada seja necessariamente uma escolha mais responsável do que fazer algo.” Essa posição é a mesma de Gygell, Douglas e Savulescu (2016), que ao tratarem da questão eugênica, acreditam que a regulação normativa, criação de painéis e estudos com responsabilidade seriam maneiras suficientes para evitar tal acometimento, diante da impossibilidade de metrificar os dados empíricos que provem o contrário.

O cenário internacional demonstra claramente essas preocupações.³²

29 CAPELLA, Vicente Bellver. **La Revolución**. Op. Cit.

30 **Don't Edit The Human Germ Line**. Op. cit.

31 Ibidem idem.

32 National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine. 2019. Second International

A Primeira Cúpula Internacional sobre Edição de Genes Humanos, foi realizada em Washington, DC, de 1 a 3 de dezembro de 2015 e a Segunda Cúpula se deu em Hong Kong no período de 27 a 29 de novembro de 2018. Em uma declaração divulgada no final da cúpula de 2015, o comitê organizador observou que a pesquisa básica e pré-clínica intensiva sobre edição do genoma era claramente necessária e que tal pesquisa deveria estar sujeita a regras e supervisão legais e éticas apropriadas. A declaração dizia que a edição do genoma de células somáticas poderia ser “apropriada e rigorosamente avaliada dentro de estruturas regulatórias existentes e em evolução para terapia genética, e [que] reguladores [...] poderiam] ponderar os riscos e potenciais benefícios na aprovação de ensaios clínicos e terapias.” No entanto, o comitê organizador de 2015 afirmou que a edição do genoma das células germinativas, que podem ser transmitidas às gerações subsequentes como parte do pool genético humano,

O Comitê Internacional de 2018 retomou as questões sobre edição genética em células somáticas, sendo que várias aplicações foram examinadas em detalhes na cúpula, incluindo tratamentos potenciais para doenças do sangue, doenças de imunodeficiência e distrofia muscular de Duchenne.

Paralelamente, vários palestrantes discutiram possíveis aplicações da edição do genoma em embriões humanos. A edição do genoma já está fornecendo uma ferramenta poderosa na exploração de como os embriões se formam, se implantam e se desenvolvem. Entre outros benefícios, essa pesquisa pode ajudar a aumentar as baixas taxas de sucesso da fertilização in vitro

A edição do genoma germinativo de embriões humanos também poderia um dia fornecer uma maneira de prevenir doenças genéticas em indivíduos e a transmissão de doenças para gerações futuras, observou Paula Amato (Oregon Health & Science University) - uma perspectiva que seu grupo está investigando para várias doenças, incluindo cardiomiopatia hipertrófica. A edição do genoma germinativo pode ser realizada de várias maneiras, observou Robin Lovell-Badge (The Francis Crick Institute), inclusive em células que dão origem a óvulos ou espermatozóides, em óvulos fertilizados e em embriões iniciais. No entanto, antes que esses métodos possam ser usados com segurança e eficácia, muitas questões científicas precisam ser abordadas, incluindo questões sobre as características únicas do primeiro ciclo celular embrionário e as complexidades do reparo de quebra de fita dupla descrito por Maria Jasin (Memorial Sloan Kettering Center Instituto). Além disso, como vários palestrantes apontaram, procedimentos como diagnóstico genético pré-implantação ou edição de genes somáticos após o nascimento seriam preferíveis à edição do genoma de células germinativas. No entanto, Xingxu Huang (Shanghai Tech University), que detalhou seu trabalho usando a edição de base, explicou que a edição do genoma de embriões humanos pro-

Summit on Human Genome Editing: Continuing the Global Discussion: Proceedings of a Workshop-in Brief. Washington, DC: The National Academies Press. <https://doi.org/10.17226/25343>.

vavelmente progredirá a ponto de poder ser usada, se as questões científicas e sociais forem melhor compreendidas e abordadas, para corrigir mutações patogênicas que afetam milhões de pessoas em todo o mundo.

Conclusões

A descoberta do CRISPR-Cas9 trouxe uma possibilidade promissora no que tange à edição genética, uma vez que se mostra uma ferramenta mais precisa, segura, eficaz e barata em relação às outras ferramentas existentes até então.

Entretanto, são evidentes os desafios que a comunidade científica e as populações se deparam, com diversos questionamentos que vão desde o uso da técnica na cura e tratamento de doenças graves e incuráveis, passando por dilemas éticos da possível eugenia e aplicação com escopo único de melhoria da pessoa humana. Os limites entre os fins terapêuticos e *enhancement* não são claros e muitas vezes as zonas cinzentas levam à reflexão sobre o que se pretende com o uso da técnica.

É necessário que a comunidade científica siga aprimorando as pesquisas sobre edição genética e dialogando sobre requisitos, limites e regulamentações de suas práticas e leve esse conhecimento, de forma responsável, às comunidades de todo o mundo, que não devem ficar alheias a essa realidade.

A falta de segurança no uso da técnica, bem como desconhecimento de possíveis efeitos paralelos e experimentos inescrupulosos por parte de alguns cientistas são fatores que devem ser interpretados que mais tempo, pesquisa e reflexão são necessárias para que a ciência seja usada no seu melhor objetivo possível, que é melhorar a qualidade de vida do ser humano, sem deixa-lo ser reduzido a um meio que justifique todos os fins.

Referências

Assembleia Geral da ONU - 2005. Disponível em: <<https://www.un.org/en/ga/fifth/59/resdec59.shtml>>. Acesso em: 19 de jan de 2020.

Editorial, Agência Estadão. **ONU Aprova Declaração Contra Clonagem Humana**. Disponível em: <<https://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,onu-aprova-declaracao-contr-clonagem-humana,20050308p210>>. Acesso em: 06 de jun de 2022.

BERGEL, Salvador Darío. **O Impacto Ético Das Novas Tecnologias De Edição Genética**. *Rev. Bioét.* [online]. 2017, vol.25, n.3, pp.454-461. ISSN 1983-8034. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-80422017000300454&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 06 de jun de 2022.

CAPELLA, Vicente Bellver. **La Revolución De La Edición Genética Mediante Crispr-cas9 Y Los Desafíos Éticos Y Regulatorios Que Comporta**. Cuadernos de Bioética, vol. XXVII 2016/2ª, Espanha, 2016. Disponível em: <<http://aebioetica.org/revistas/2016/27/90/223.pdf>>. Acesso em: 06 de jun. de 2022.

CASTILLO, Andres. **Gene Editing Using Crispr-cas9 For The Treatment**

Of Lung Cancer. Colombia Médica, vol.47, no.4, Cali Oct./Dec. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-95342016000400178&lang=pt>. Acesso em: 06 de jun. de 2022.

CHARPENTIER, Emmanuelle; DOUDNA, Jennifer A. *et al.* **A Programmable Dual-RNA-Guided DNA Endonuclease in Adaptive Bacterial Immunity.** Science, vol. 337, n. 6096, 2012, pp. 816-821. Disponível em: <<https://science.sciencemag.org/content/337/6096/816>>. Acesso em: 06 de jun. 2022.

France Presse. Cientista chinês que anunciou bebês modificados suspende testes. **Portal G1**, 28 nov 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2018/11/28/cientistachines-que-anunciou-bebes-geneticamente-modificados-suspende-testes.ghtml>>. Acesso em: 06 jun. 2022.

FURTADO, Rafael Nogueira. **Edição Genética: Riscos e Benefícios da Modificação do DNA Humano.** Revista Bioética, vol. 27, n. 2, Brasília, abril/junho 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422019000200223>. Acesso em: 06 jun. 2022.

GIORNO, Luciana E. **CRISPR/Cas9 y la terapia génica.** Medicina (B. Aires), vol.77, n.5, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, oct. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0025-76802017000500009&lang=pt>. Acesso em: 06 de jun. 2022.

GONÇALVES, GA; PAIVA, RM. **Terapia Gênica: Avanços, Desafios E Perspectivas.** Einstein (São Paulo), v. 15, n. 3, São Paulo jul/set 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1679-45082017000300369&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 06 jun. 2022.

HOWARD, Heidi C.; VAN EL, Carla G.; FORZANO, Francesca, *et al.* **One Small Edit For Humans, One Giant Edit For Humankind? Points And Questions To Consider For A Responsible Way Forward For Gene Editing In Humans.** European Journal of Human Genetics 26(1), November, 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/321393876_One_small_edit_for_humans_one_giant_edit_for_humankind_Points_and_questions_to_consider_for_a_responsible_way_forward_for_gene_editing_in_humans>. Acesso em: 06 de jun 2022.

LANPHIER, Edward; URNOV, Fyodor; HAECKER, Sarah Ehlen; WERNER, Michael e SMOLENSKI, Joanna. **Don't Edit The Human Germ Line.** Nature, vol. 519, ed. 7544. Disponível em: <<https://www.nature.com/news/don-t-edit-the-human-germ-line-1.17111>>. Acesso em: 06 jun. 2022.

MARTINEZ-LAGE, M; PUIG-SERRA, P; MENENDEZ, P; TORRES-RUIZ, R; RODRIGUEZ-PERALES, S. **CRISPR/Cas9 for Cancer Therapy: Hopes and Challenges.** Biomedicines, v. 6, n. 105, 22 2018. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6315587/pdf/biomedicines-0600105.pdf>>. Acesso em 06 jun. de 2022.

MAZZEI, Rodrigo (coord.); VIEIRA, Francisco Lima Neto. **O Direito de Não Sofrer Discriminação Genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine. 2019. Second International Summit on Human Genome Editing: Continuing the Global Discussion:

Proceedings of a Workshop-in Brief. Washington, DC: The National Academies Press. <https://doi.org/10.17226/25343>. Acesso em 06 de jun. 2022.

PEREIRA e SILVA, Reinaldo. **A Nova Lei de Biossegurança e o Instituto da Responsabilidade Civil**. Bol. Mex. Der. Comp. vol.41 no.122 México may./ago. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332008000200010&lng=es&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 06 jun. 2022.

SEMIZ, Sabina, AKA, Philip C. **Precision medicine in the era of CRISPR-Cas9: evidence from Bosnia and Herzegovina**. *Palgrave Commun* 5, 134 (2019). Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/s41599-019-0346-2#citeas>>. Acesso em: 06 jun. 2022.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil: A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2004.

DIREITO À SAÚDE TRANSHUMISTA IRRESTRITA E OS LIMITES BIOÉTICOS

Gleyzielen Santos de Santana Vicente

Advogada. Pesquisadora em Direito Médico e Bioética pela USP-RP. Membro do Instituto Nacional de pesquisa e promoção dos Direitos humanos. Membro da Comissão de Direito Médico e da Saúde da OAB-SP. Bacharela em Direito pela Universidade São Judas Tadeu

Luiza Pinheiro Chagas Leite Souza

Advogada. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito Médico e Bioética da USP-RP. Membro INPPDH. Graduada em Direito pela FDSM. Pós-graduada em Direito Médico e da Saúde pela Faculdade Legale. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela EPD

Resumo:

O presente trabalho trata de direitos fundamentais abordando o direito à saúde, mas também o direito à tecnologia e a liberdade individual. Mais especificamente traz à tona óbices éticos decorrentes do desenvolvimento desenfreado de tecnologias de melhoramento humano aplicados em manipulação genética e o despreparo legal para tão célere desenvolvimento. Através de pesquisas para solução de questões deficitárias, foram e ainda são desenvolvidas possibilidades de melhoramento humano muito além de finalidades terapêuticas, mas sim trazendo a possibilidade de condições sob humanas e criando a espécie dos pós-humanos, vista por muitos como superior. Este desenvolvimento tecnológico é de interesse não somente da sociedade, mas de grandes potências e empresas, havendo muitos incentivos econômicos para as pesquisas, como a busca de cura ou erradicação de doenças, superação de deficiências e até mesmo uma solução para a morte. Objetiva-se analisar os argumentos a favor e contrários, encontrando as linhas limítrofes em que se esbarram o uso de tecnologia irrestrita e os princípios em que se pauta a sociedade para o desenvolvimento harmônico. Através de fontes de pesquisa bibliográficas, apura-se como resultado desenvolver proposta de regulação legal aplicando a manipulação genética e a utilização de técnicas de melhoramento humano com finalidade reparadora tanto às necessidades das pessoas, quanto de fetos e até ainda de futuros seres, através das técnicas de reprodução humana, sem ferimentos à Bioética.

Palavras-chave: Transhumanismo; Bioética; Tecnologia; Saúde.

Direito à saúde

Saúde. Em seu sentido literal trata-se de um estado de equilíbrio mental, físico e psicológico, em que o organismo está em equilíbrio com o ambiente, mantendo todas as condições necessárias para manutenção da vida. A saúde no Brasil é tratada como um Direito Fundamental. Inspirado nos ideais da Revolução Francesa, as gerações de Direitos Fundamentais foram determinadas, trazendo à tona os ideais de “liberdade, igualdade e fraternidade”, que foram a cada geração se efetivando. Os ideais se disseminaram enquanto Direitos Humanos, os quais se tornaram garantias constitucionais e Direitos Fundamentais em diversos países, como explica CANOTILHO, 1993¹:

“As expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são, freqüentemente, utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos humanos são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalistauniversalista), direitos fundamentais são os direitos humanos, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos humanos arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”

A indivisibilidade, interdependência e ligação dos direitos humanos (também positivamente fundamentais) enquanto direitos sociais fundamentam-se em: “liberdade, igualdade e participação”. Inspirados também nos ideais da Revolução Francesa, carregando o lema que diz: “liberdade, igualdade e fraternidade”.

Os direitos de primeira geração têm como marco as revoluções liberais do século XVIII, seguindo o primeiro ideal, de Liberdade da Revolução Francesa, onde visava-se a liberação das interferências estatais nas relações, disseminando a autonomia do povo e liberdade e reforçando direitos civis e políticos, podendo citar o direito à vida, liberdade, propriedade, intimidade.

A segunda geração de direitos nasceu no século XX, junto ao movimento constitucionalista que vislumbrava um Estado Social, trazendo à tona o segundo ideal da revolução francesa, a Igualdade. Demonstrando a importância do Estado perante a efetivação de garantia do direito à igualdade, com interferência suficiente para que se garantisse aos cidadãos direitos mínimos sem que houvesse interferência às suas liberdades. Neste momento se reconheceu o Direito à Saúde.

Este direito, no Brasil, é garantido pelos artigos 5º e 196 da Constituição Federal de 1988, tornando um dever do estado o fornecimento de saúde aos cidadãos, em seu sentido mais amplo, considerando a assistência médica, de tratamentos e medicamentos, mas também reiterando pela necessidade de um

1 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 391.

salário-mínimo, alimentação digna, segurança, moradia, educação, dentre outras necessidades humanas.

Além da determinação constituinte do Direito à Saúde no Brasil, deve-se também abranger o Sistema Único de Saúde, responsável por fornecer efetivamente a assistência à saúde dos indivíduos, regulado pela Lei 8.088/1990, que afirma:

Art. 2º: A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º: O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Além desta, há muitas outras previsões legais que visam a efetivação deste direito, incluindo a Saúde Suplementar e Agências Reguladoras para auxiliar o Estado.

Apesar de citar a reiteração do Direito à Saúde na constituição brasileira, os movimentos sociais e direitos humanos (também fundamentais) acima descritos reverberaram em todo o mundo e trouxeram a muitos países a necessidade e adequação legal, legislação garantista e social e desenvolvimento de políticas públicas para efetivação. Observamos ainda que o Brasil é um dos únicos países a contar com Sistema Único de Saúde ofertado aos cidadãos de maneira gratuita que possibilita os cuidados de saúde necessários, ainda que enfrentemos algumas dificuldades de efetivação de todos os serviços e do acesso de todas as regiões.

Mas, é importante reiterar que a palavra saúde e o direito a ela não se trata de questão unicamente nacional. A Declaração Universal de Direitos Humanos é incisiva em seu artigo 25:

“Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

Vê-se que o Direito Humano à Saúde é internacionalmente reconhecido e seu acesso, ainda que não se dê de forma idêntica em todos os países, deve ser efetivado.

Em meio de efetivação deste direito e vislumbrando o progresso material, muitos são os meios desenvolvidos pela biotecnologia com a finalidade de tratamentos de doenças, desenvolvimentos de vacinas, medicamentos, melhores técnicas para cirurgias, chegando até mesmo ao ponto de buscar não somente a reparação de questões deficitárias, mas o melhoramento humano.

A saúde é definida e apresentada como qualidade de vida dependente de diferentes fatores socioeconômicos. A própria OMS considera a saúde não só como os exames clínicos sem alterações, mas um bem-estar social como um todo.

Levando em consideração o célere desenvolvimento na biotecnologia, com grandes avanços na tecnologia e na saúde, o Direito novamente se vê com novos desafios de regulamentação. O Direito deve garantir a defesa da vida humana frente às novidades tecnológicas disponíveis para pesquisa, diagnóstico e terapia na medicina.

Não obstante partindo do ponto da importância da saúde como um todo na vida do ser humano isso impacta diretamente o Sistema de Saúde e a qualidade de vida, pois é necessário dar o acesso à saúde para todos conforme estabelece os tratados internacionais, além de respeitar os princípios da bioética, com isso conclui-se que o Transhumanismo, saúde e bioética são temas entrelaçados.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (Unesco, 2005). em seu artigo 14 que versa especificamente sobre a questão da Responsabilidade social e da Saúde, afirma:

“A promoção da saúde e do desenvolvimento social em benefício dos respectivos povos é um objetivo fundamental dos governos que envolve todos os sectores da sociedade.”

Logo, considerando que usufruir do mais alto padrão de saúde atingível é um dos direitos humanos de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, convicção política, condição econômica e social, o progresso da ciência e da tecnologia. Devemos, impreterivelmente garantir e proteger este direito, identificando os benefícios e riscos gerados pelas novas tecnologias desenvolvidas à saúde.

O Pós-humanismo

O Transhumanismo

Vê-se, diante das inúmeras tecnologias de reparação e melhoramento humano diariamente desenvolvidas a possibilidade de sanar toda e qualquer questão de saúde, bem como “produzir” seres humanos com capacidades e genes que além de impossibilitar o desenvolvimento de doenças, os tornem extraordinários, com capacidades sobre humanas, alguém ao desenvolvimento que o ser humano nato pode alcançar, o que seria chamado então de um Pós-Humanos.

Há certa dificuldade e resistências à sociedade e à legislação em acompanhar este célere desenvolvimento, o que divide opiniões. Não somente no meio científico da medicina, mas também da filosofia, em especial a filosofia jurídica, encontramos apoiadores e defensores contumazes da liberdade tecnológica e de seus avanços e melhorias às condições e desenvolvimento

humano, conhecidos como Transhumanistas. Segundo BONSTROM, 2003²:

“O transhumanismo, é uma forma de pensar sobre o futuro baseada na premissa de que a espécie humana, em sua forma corrente, não representa o fim de nossa evolução, mas um estágio inicial a definição de transhumanismo.”

O Transhumanismo é o movimento intelectual e cultural que afirma a possibilidade de melhorar a condição humana através da razão aplicada, visto o estudo e promessas das tecnologias colocadas à disposição para eliminar o envelhecimento e melhorar as capacidades intelectuais, físicas e psicobiologias do ser humano, relacionando os aspectos éticos envolvidos às questões inerentes à estas tecnologias.

Muitos autores, estudiosos e profissionais da área científica entendem-se como defensores do Pós-humanismo autodeclarando-se transhumanistas e reiterando os benefícios trazidos pelos avanços tecnológicos à vida em sociedade e ao ser humano, em suas individualidades.

Tentadora parece a ideia de utilizar meios tecnológicos com a finalidade de aperfeiçoar capacidades intelectuais, facilitando o acesso a realizações as quais pessoas de capacidades naturais, ou seja, não alteradas ou modificadas por meios científicos, teriam grande dificuldade de acessar.

Estas tecnologias poderiam não somente viabilizar as escolhas e destaques pessoais, desenvolvimentos científicos nunca antes pensados, capacitações pessoais extraordinárias, como tornar a rotina dos seres humanos menos impactante para o planeta, viabilizando a diminuição de lixo e utilização de recursos naturais esgotáveis.

No entanto, apesar de vislumbrar um futuro melhor tanto para os seres humanos, quanto até mesmo ao planeta terra e sua subsistência, nos esbarramos com a utilização desenfreada de uma tecnologia que influenciará diretamente em nossas vidas e na das gerações seguintes.

Ainda, podemos encontrar uma Declaração Transhumanista, que não é reconhecida por nenhum Governo, é apenas a iniciativa de alguns escritores e estudiosos da área versando sobre esta temática.

A Declaração Transhumanista foi originalmente criada em 1998 por um grupo de autores internacionais: Doug Baily, Anders Sandberg, Gustavo Alves, Max More, Holger Wagner, Natasha Vita-More, Eugene Leitl, Bernie Staring, David Pearce, Bill Fantegrossi, den Otter, Ralf Fletcher, Kathryn Aegis, Tom Morrow, Alexander Chislenko, Lee Daniel Crocker, Darren Reynolds, Keith Elis, Thom Quinn, Mikhail Sverdlov, Arjen Kamphuis, Shane Spaulding, and Nick Bostrom. Esta Declaração Transhumanista tem sido modificado através dos anos por vários autores e organizações. Foi adotada pelo Conselho da Humanity+ em março de 2009.

1. A humanidade será profundamente afetada pela ciência e tecnolo-

2 BOSTROM, Nick. **The Transhumanist Frequently Asked Questions: a General Introduction**. 2003. Disponível: <<http://nickbostrom.com/views/transhumanist.pdf>>

gia no futuro. Vislumbramos a possibilidade de ampliar o potencial humano superando o envelhecimento, as deficiências cognitivas, o sofrimento involuntário e nosso confinamento ao planeta Terra.

2. Acreditamos que o potencial da humanidade ainda não foi realizado. Existem cenários possíveis que levam a condições humanas aprimoradas maravilhosas e extremamente valiosas.

3. Reconhecemos que a humanidade enfrenta sérios riscos, especialmente pelo mau uso das novas tecnologias. Existem possíveis cenários realistas que levam à perda da maior parte, ou mesmo de tudo, do que consideramos valioso. Alguns desses cenários são drásticos, outros são sutis. Embora todo progresso seja mudança, nem toda mudança é progresso.

4. Esforços de pesquisa precisam ser investidos na compreensão dessas perspectivas. Precisamos deliberar cuidadosamente sobre a melhor forma de reduzir os riscos e acelerar as aplicações benéficas. Também precisamos de fóruns onde as pessoas possam discutir construtivamente o que deve ser feito, e uma ordem social onde decisões responsáveis possam ser implementadas.

5. A redução dos riscos existenciais e o desenvolvimento de meios para a preservação da vida e da saúde, o alívio do sofrimento grave e a melhoria da visão e sabedoria humanas devem ser perseguidos como prioridades urgentes e fortemente financiados.

6. A formulação de políticas deve ser guiada por uma visão moral responsável e inclusiva, levando a sério oportunidades e riscos, respeitando a autonomia e os direitos individuais e mostrando solidariedade e preocupação com os interesses e a dignidade de todas as pessoas ao redor do globo. Devemos também considerar nossas responsabilidades morais para com as gerações que existirão no futuro.

7. Defendemos o bem-estar de todos os seres sencientes, incluindo humanos, animais não humanos e quaisquer futuros intelectos artificiais, formas de vida modificadas ou outras inteligências às quais o avanço tecnológico e científico possa dar origem.

8. Somos a favor de permitir aos indivíduos ampla escolha pessoal sobre como eles facilitam suas vidas. Isso inclui o uso de técnicas que podem ser desenvolvidas para auxiliar a memória, a concentração e a energia mental; terapias de prolongamento da vida; tecnologias de escolha reprodutiva; procedimentos de críonica; e muitas outras modificações humanas possíveis e tecnologias de aprimoramento.³

Pautando-se por essa Declaração é possível enxergar a preocupação sobre essa temática e a importância de limites bioéticos, pois como bem descrito pelos autores a humanidade está profundamente afetada e envolvida com as novas tecnologias.

O Bioconservadorismo

Em contrapartida à comunidade Transhumanista, encontramos filósofos e estudiosos que se atêm aos riscos e prejuízos que a utilização exacerbada

3 Disponível em: <<https://www.humanityplus.org/transhumanism>> acesso em 04/11/2022

e descontrolada das novas tecnologias pode trazer à sociedade, chamando-os então de Bioconservadores.

A responsabilidade social, e humana enquanto seres inseridos em uma sociedade, deve analisar a face ética do que a evolução tecnológica nos apresenta.

Primeiramente, como bem nos apresenta JONAS, 2013⁴, as Revoluções as quais nossa sociedade viveu, em suas respectivas épocas, foram iniciadas sutilmente, propostas pelas populações e em seu tempo levaram grande período, não ocorrendo de um momento ao outro, mas demandando longo período de aplicação, lutas e até mesmo desenvolvimento legislativo. Isso demonstra que em muitas vezes nossa sociedade viveu revoluções e não sabíamos, em seus tempos, os frutos que destas floresceriam. Em muito nos desperta as possibilidades de tornam a vida humana mais capaz, menos desigual e mais longa e muitas são as formas estudadas e desenvolvidas em laboratórios que vislumbram tal acerto.

No entanto, é papel dos juristas, bem como dos demais poderes (legislativo e executivo) manter-se atualizados e com ativas discussões frente a quaisquer novas questões trazidas pela ciência.

Exemplificando o Direito à Saúde, direito este garantido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º e artigo 196, as possibilidades terapêuticas são desenvolvidas com tamanha celeridade, não conseguindo as agências de saúde, nacionais ou internacionais, manterem-se sempre atualizadas sobre as coberturas assistências aos enfermos. É ainda, de comum conhecimento, que diversas solicitações de tratamentos pelo Sistema Único de Saúde ou até mesmo pelas Operadoras de Plano de Saúde, fazem necessária judicialização. Ou seja, a impossibilidade de acompanhamento simultâneo do desenvolvimento científico terapêutico torna morosa a forma de os cidadãos brasileiros acessarem seu direito constitucional à saúde.

Pensando em uma perspectiva de desenvolvimento intelectual ou até mesmo na imortalidade, a simultaneidade de aprovação de novas técnicas torna-se inviável, visto a necessidade de testes, aprovações e burocráticos sistemas, que se fazem necessários por finalidade de viabilizar à saúde e bem-estar dos cidadãos.

Ainda, a difusão tecnológica se produz com pequena diferença temporal, tanto no campo do conhecimento, como prático. O que, segundo JONAS, 2013⁵ traz a certeza de difusão das inovações tecnológicas com rapidez. Também ressaltado por este autor que:

“Objetivos conhecidos, perseguidos desde sempre, podem ter melhor satisfação mediante novas técnicas cujo surgimento eles mesmos inspiram. Mas também - e de forma cada vez mais comum - vice-versa,

4 JONAS, Hans. **Técnica, Medicina e Ética: Sobre a Prática dos Princípio da Responsabilidade**. Editora Paulus. São Paulo, 2013.

5 JONAS, Hans. **Técnica, Medicina e Ética: Sobre a Prática dos Princípio da Responsabilidade**. Editora Paulus. São Paulo, 2013.

novas técnicas podem inspirar, produzir, inclusive forçar novos objetivos nos quais ninguém havia pensado antes, simplesmente por meio da oferta de sua possibilidade.”

Sem a intenção de aplicar a palavra “conservadora”, trazida no título deste capítulo, em seu significado mais puro. Mas, intencionando viabilizar um bioconservadorismo consciente e não impeditivo. Vislumbra-se, frente às inovações tecnológicas, a imediata ação legislativa.

Pós-Humanos

A atual diversidade nas biotecnologias influencia diretamente na saúde humana, sejam elas com finalidade de cura, melhoramento ou até mesmo incorrência da morte são realidade latente. É possível, de maneira simples na internet, comprar kit de ensaio para fazer manipulações genéticas em sua garagem e os riscos não são nem mesmo considerados.

De acordo com POTTER, 2016⁶, o pai da Bioética, esta é um diálogo entre a ciência, religião, filosofia em relação à sobrevivência humana na biosfera, ou seja, a ciência da sobrevivência. Visto a emergente necessidade de que a humanidade necessita de uma sabedoria que forneça o conhecimento de como usar o conhecimento. Em sua obra *Bioética: A Ponte para o Futuro*, uma análise não só de bioética pura, mas explora a perspectiva biológica das pesquisas e demonstrando grande preocupação com a humanidade e o meio ambiente, verificando a urgência em se discutir o tema e estabelecer princípios éticos morais que serviriam de ditame para a busca pelo conhecimento e a maneira de utilizá-la.

O pós-humanismo já é uma realidade e os transhumanos existem. A título de exemplo, temos o Neil Harbisson que é um artista audiovisual e presidente da Fundação Cyborg⁷. No ano de 2004, se tornou a primeira pessoa reconhecida como ciborgue por um governo, no caso pelo Governo Britânico, Harbisson tem acromatopsia, uma condição que desde o nascimento o possibilitou apenas a ver o mundo em preto e branco, logo ele utiliza um dispositivo acoplado a sua cabeça que fazia com que ele ouvisse mais de 360 tons, porém isso não pareceu o bastante e agora Neil é capaz de perceber infravermelho e o ultravioleta à escala de cores traduzidas aos sons. O dispositivo ainda pode ser conectado a outros dispositivos via Bluetooth ou internet. Harbisson sem dizer que “”Eu não sinto que estou usando tecnologia. Eu sinto que sou tecnologia””.

Regulação

A lei, a ciência e a religião são mecanismos que mantêm a ordem, se-

6 POTTER, Van Rensselaer. **BIOÉTICA: PONTE PARA O FUTURO**. Edições Loyola Jesuítas. São Paulo, 2016. Pag. 27.

7 FUNDAÇÃO Cyborg: <<https://www.cyborgfoundation.com/>>

gundo POTTER, 2016⁸. No entanto, há um limite em que devemos firmar a ordem ou encorajar a desordem, não nos contentando com critérios impostos, mas sim buscando o desenvolvimento dentro do limite ético social, sendo necessária a incorporação da desordem.

A Bioética tem tríplice função, conforme SCHRAMM e BRAZ, 2006⁹:

- 1) Descritiva, consistente em descrever e analisar os conflitos em pauta;
- 2) Normativa com relação a conflitos, no duplo sentido de proscrever os comportamentos que podem ser considerados reprováveis e de prescrever aqueles considerados corretos;
- 3) Protetora, no sentido de amparar, na medida do possível, todos os envolvidos em alguma disputa de interesses e valores, priorizando, quando isso for necessário, os mais “fracos”.

A biociência hodiernamente possibilita a cura de doenças, a reparação de deficiências e ainda o melhoramento humano, entrando a bioética para determinação de quais os benefícios e os comportamentos reprováveis a fim de que tamanha evolução seja inserida na sociedade sem lhe trazer prejuízos, ou diminuindo o impacto social.

Quanto a possibilidade de manipulação genética, há previsão internacional na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos reconhecendo a dignidade e diversidade individual e afirmando em seu artigo 2º:

“Art. 2º: Essa dignidade torna imperativo que nenhuma pessoa seja reduzida a suas características genética e que sua singularidade e diversidade sejam respeitadas.

Art. 6º: Nenhum indivíduo deve ser submetido a discriminação com base em características genéticas, que vise violar ou que tenha como efeito a violação de direitos humanos, de liberdades fundamentais e da dignidade humana”.

Com o advento de novas tecnologias de intervenção no corpo e procedimentos que conseguem interferir na complexidade do corpo humano, pensar em projetos de melhoramento humano deixou de ser utopia ou algo impossível de acontecer e passou a ser uma possibilidade iminente, mesmo que não acessível a todos. O transhumanismo não se pauta no e “se” acontecer, é uma questão de “quando”.

O abismo social deverá se tornar a maior questão ética, pois é algo latente, nem todos tem acesso a saúde básica ou a internet. Quem possuir os melhores recursos financeiros para se aprimorar, ou apenas corrigir algum problema estará à frente dos outros socialmente, nota-se a questão do apri-

8 POTTER, Van Rensselaer. **BIOÉTICA: PONTE PARA O FUTURO**. Edições Loyola Jesuítas. São Paulo, 2016. Pag. 75.

9 SCHRAMM, Fermin. R.; REGO, S.; BRAZ, Marlene.; PALÁCIOS, M. (orgs). **BIOÉTICA: RISCO E PROTEÇÃO**. Rio de Janeiro: UFRJ/ Fiocruz; 2006, p. 14

moramento/melhoramento se diferencia da questão do tratamento para corrigir algo, visto que essa última opção trata do indivíduo que possui alguma limitação física ou intelectual e no melhoramento a pessoa não possui limitações e sim o desejo de ser sobre-humano, por exemplo acoplar um dispositivo igual ao do Neil Harbisson sem possuir problemas oftalmológicos, sendo assim seria uma tentativa de superar as limitações do corpo humano.

Deve-se, criteriosamente, cuidar para que não se ultrapasse fronteiras tecnológicas, as quais, ao invés de trazer desenvolvimento, podem criar ainda mais desigualdades e perigos à vida, havendo a iminente necessidade de manter limites éticos.

O Estado positivo, regrado por leis, vê a necessidade de regulamentação jurídica para melhoramento humano, pós-humanos e manipulação genética, tendo em vista que estas intervenções afetarão diretamente a vida das pessoas e o desenvolvimento do país.

Como previsto em Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco, publicada em 2005 e assinada por 191 países, reconhecida por valorar a dignidade da pessoa humana e priorizá-la, afirma que¹⁰:

“Reconhecendo que questões éticas suscitadas pelos rápidos avanços na ciência e suas aplicações tecnológicas devem ser examinadas com o devido respeito à dignidade da pessoa humana e no cumprimento e respeito universais pelos direitos humanos e liberdades fundamentais.”

Deste modo, independente da legislação prever ou não alguma situação ou o reconhecimento do transhumanismo no Brasil, este avanço deve ser pautado com base na dignidade da pessoa humana, respeito aos direitos humanos e regado com o princípio da isonomia. Ressalta-se ainda que, meio à Revolução Biotecnológica, ignorar as possibilidades trazidas pelo Transhumanismo é uma tarefa impossível e até mesmo inconsequente. Apesar de uma postura Bioconservadora adotada pela legislação brasileira, por exemplo, com caráter restritivo, as vantagens trazidas pelas técnicas reparadoras e até mesmo de melhoramento devem ser estudadas pelo legislativo, encontrando formas de regulamentá-las junto à observância dos princípios constitucionais.

Por fim, citamos POTTER, 2016¹¹, que afirma: “*Nem tudo que é cientificamente possível é eticamente aceitável*”.

Conclusão

Apesar de citadas nobres razões das pesquisas, estas também possibilitam a objetificação do ser humano e inferência da atual sociedade em escolhas detalhadas sobre os futuros humanos, como a culminação de uma raça

10 **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS E BIOÉTICA.** 33ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO, 2005. Disponível em:

11 POTTER, Van Rensselaer. **BIOÉTICA: PONTE PARA O FUTURO.** Edições Loyola Jesuítas. São Paulo, 2016.

superior, a escolha quanto as capacidades pessoais, a ampliação destas capacidades além do possível ao ser humano, dentre outras, objetificando e padronizando o “melhor tipo de humano.” Todavia, não visamos fundamentar em critérios religiosos e subjetivos, ou medo de que as pessoas não estão prontas para lidar com tamanha tecnologia e interpor barreiras ao desenvolvimento, ignorando os incentivos e significativos benefícios que a tecnologia nos proporciona.

Apesar de observarmos no mundo uma forte vertente bioconservadora, abarcada por fundamentos debatidos por importantes filósofos como Hans Jonas, a luta cega pelo interrompimento do desenvolvimento não logra êxito. Alguns países mantêm postura mais permissiva, não deixando de reconhecer a necessidade de legislar sobre determinadas questões.

O Transhumanismo é latente à nossa sociedade e não será possível por muito tempo ignorar sua efetivação, não visa o bioconservadorismo de Hans Jonas, por exemplo, ignorar o desenvolvimento, mas sim debater e legislar em detrimento dos limites éticos. Cabe ainda ressaltar que apesar dos benefícios trazidos pela biotecnologia, o respeito ao direito de cada vida humana é o princípio basilar da vida social, reiterando os Direitos Humanos, que podem ser considerados uma conquista individual e social, diante de séculos de exploração e desrespeito. Observando JONAS, 2016¹² até os que não comungam da vertente bioconservadora, devem aceitar o princípio incontroverso de que a experimentação com os não nascidos faz deles um meio de nossa própria aquisição de conhecimento, tornando-os um simples material humano.

Em detrimento da dignidade humana das futuras gerações, há necessidade dispositivos legais, de controle e execução para a interposição de limites à engenharia genética, não restringindo-a por completo, mas determinando as linhas tênues entre as vantagens trazidas pelo desenvolvimento transhumano e o limite principiológico e bioético defendido pelo bioconservadorismo.

Referências

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. Editora Martin Claret. São Paulo, 2015

BOSTROM, Nick. **The Transhumanist Frequently Asked Questions: a General Introduction**. 2003. Disponível: <http://nickbostrom.com/views/transhumanist.pdf>

CORDEIRO, Maria Cristina Rocha. **Engenharia Genética: Conceitos Básicos, Ferramentas e Aplicações**. Palatina -DF, ano 2003, v. 1, ed. 1, 05-2003. - https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/CPAC-2009/25186/1/doc_86.pdf. Acesso em 03/08/2022

DARWIN, Chales. **A Origem das Espécies**. 2003, Pag. 244.

DE SÁ, Maria de Fátima Freire e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 5ª ed. Indaiatuba: Foco, 2021, Pag. 28.

12 JONAS, Hans. **TÉCNICA, MEDICINA E ÉTICA: SOBRE A PRÁTICA DOS PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE**. Editora Paulus. São Paulo, 2022. Pag. 203.

DE SÁ, Maria de Fátima Freire e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 5ª ed. Indaiatuba: Foco, 2021, Pag. 03.

GARCIA, Diego. **Pensar a Bioética: metas e desafios**. São Paulo: Edições Loyola, 2010. Pag. 473.

Declaração Universal de Direitos Humanos e Bioética. 33ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO, 2005. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf

Foundation Cyborg. Disponível em: <https://www.cyborgfoundation.com/> . Acesso em 04/08/2022.

HUMANITY PLUS. Disponibilizado em: <<https://www.humanityplus.org/transhumanism>> acesso em 04/11/2022

JONAS, Hans. **Técnica, Medicina e Ética: sobre a prática dos princípios da responsabilidade**. São Paulo: Paulus, 2013.

MOSER, Antônio. **Biotecnologia e Bioética. Para Onde Vamos?** Petrópolis: Vozes, 2004, p. 426.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioética: Ponte Para o Futuro**. São Paulo: Edições Loyola Jesuítas, 2016. Pag. 27.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioética: Ponte Para o Futuro**. São Paulo: Edições Loyola Jesuítas, 2016. Pag. 75.

SCHRAMM, Fermin. R.; REGO, S.; BRAZ, Marlene.; PALÁCIOS, M. (orgs). **Bioética: risco e proteção**. Rio de Janeiro: UFRJ / Fiocruz, 2006, p. 14

PESSINA, Adriano. **Bioética: l'uomo sperimentale**. Milão: Bruno Mondadori, 1999, p. 23.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioética: ponte para o futuro**. . São Paulo: Edições Loyola Jesuítas, 2016.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas Atuais de Bioética**. 6ª ed. . São Paulo: Edições Loyola, 2002, Pag. 32.

TADEU, Tomaz. KUNZRU, Hari. HARAWAY, Donna. **Antropologia do Ciborgue: as vertigens do pós humano**. Belo Horizont: Autêntica, 2000.

O TRABALHO DO ASSISTENTE SOCIAL DO TFD NO CONTEXTO DO HOSPITAL SOFIA JORGE CRUZ-MA: DESAFIOS EM TEMPOS DE COVID-19

Reginaldo Ramires de Moraes

Graduado pela Universidade Norte do Paraná. Pós-graduado em Meio Ambiente Urbano (FIBRA) Esteve Assessor do Conselho Regional de Serviço Social- CRESS 1ª Região. Profissional de Serviço Social

Sintia de Nazaré dos Remédios da Luz

Graduada em Serviço Social pela Universidade da Amazônia. Pós-graduada pela Universidade Federal do Pará. Artigos aceitos em congresso nacional e internacional

Resumo:

O presente artigo apresenta reflexões sobre a experiência profissional do Assistente Social do Programa de Tratamento Fora do Domicílio-PTFD, no Hospital Municipal Sofia Jorge Cruz-HMSJC de Cândido Mendes - MA, tendo por cenários desafios operacionais no período da COVID-19¹. Campo desafiador na divisão sociotécnica do trabalho (YASBEK, 2009). Que, como alvitre do **SUS** e o princípio da integralidade e equidade, pela garantia e defesa intransigente dos direitos dos usuários. A experiência tem por base o projeto ético-político da profissão com ênfase nos aspectos técnicos e políticos da ação profissional na ampliação da cidadania que tem três mediações básicas: legais institucionais e de intervenção profissional. A saúde enquanto campo de atuação ensaja aos profissionais com capacitação permanente para o desenvolvimento de uma ação cada vez mais qualificada, com base na garantia de direitos, a saúde enquanto campo de atuação ensaja aos profissionais com capacitação permanente para o desenvolvimento de uma ação cada vez mais qualificada, com base na garantia de direitos. Finalizo o artigo indicando, a importância de reconfigurações interventivas ante cenários desafiadores, sem alterações dos princípios éticos políticos que sustentam o agir profissional.

Palavras-chave: Serviço social; Trabalho; Saúde/TFD; Covid-19.

1 Doença causada pelo coronavírus SARS-COV-2, considerada uma pandemia pela Organização Mundial da Saúde, em 11 de março de 2020 (Opas Brasil, 2020).

Introdução

A experiência profissional do assistente social no campo da saúde² vem sendo construída especialmente no século 21, através de uma *atribuição crítica*³ que procura romper com fundamentos conservantistas e tecnocrático gerado no âmbito da gestão pública, como bem lembra (NETTO, 2005)

O caminho da profissionalização do Serviço Social é, na verdade, o processo pelo qual seus agentes-ainda que desenvolvendo uma autorrepresentação e um discurso centrados na autonomia dos seus valores e da sua vontade-se inserem em atividades interventivas cuja dinâmica, organização, recursos e objetivos são determinados para além do seu controle.

Neste sentido, o Assistente Social precisa estar habilitado para os desafios que se depara no seu fazer profissional. No Município de Cândido Mendes-MA, em 2021 foi o ano de implantação do Decreto Municipal nº 27, de 13 de agosto, que trata da Regulamentação do Tratamento Fora de Domicílio-TFD, do Sistema Único de Saúde-SUS com base na Portaria SAS/MS nº 55/1999, consistindo em ajuda de custo a ser fornecida aos pacientes atendidos na rede pública ou conveniada contratada do SUS que dependam de tratamento fora de seu domicílio, mediante garantia de atendimento no município de referência. Portanto, o TFD é um instrumento legal que visa garantir, através do SUS, tratamento médico a pacientes portadores de doenças não tratáveis no município de origem por falta de condições técnicas.

Assim, o TFD consiste em uma ajuda de custo ao paciente, e em alguns casos, também a o acompanhante, encaminhados por ordem médica às unidades de saúde de outro município ou Estado da Federação, quando esgotados todos os meios de tratamento na localidade de residência. (PORTARIA/SAS/Nº 055 de 24 de fevereiro de 1999).⁴

O Serviço Social no Hospital Sofia Jorge Cruz mediatizou a criação do referido decreto que regulamenta o TFD no município, uma forma de desfogamento das mãos do Estado, dando uma maior autonomia na gestão deste serviço pelo executivo municipal. A Constituição Federal de 1988 reconhece a saúde como um direito fundamental, consagrado no seu Art. 196. Partindo do pressuposto, e entrando no cenário das políticas públicas, que está na centralidade das reflexões do projeto ético-político como identidade profissional, o significado de cidadania apontado por (COUTINHO, 2000), os direitos sociais sempre foram negados na história deste país, transformado em uma dívida social pelos governos, como sustenta o autor que reforça a importância da democracia na construção da emancipação humana sem precisar de mediadores que o coloquem na condição de subalternidade logo, é preciso dar ênfase

2 O assistente social é reconhecidamente um profissional da saúde com base nas Resoluções do Conselho Nacional de Saúde n. 218, de 6 de março de 1997.

3 Art. 5º do Código Ética Serviço Social, 1993

4 (PORTARIA/SAS/Nº 055 de 24 de fevereiro de 1999

a Seguridade Social como acesso aos direitos sociais. Na compreensão desta conquista social, em termos gerais.

A Seguridade Social pode ser definida como o conjunto de políticas e ações articuladas com objetivo de amparar o indivíduo e/ou seu grupo familiar ante os eventos decorrentes de morte, doença, invalidez, desemprego e incapacidade econômica em geral. Como não poderia deixar de ser, o caráter genérico da definição comporta um sem-número de variedade de variantes no campo prático, dependendo de fatores políticos, econômico-sociais, históricos e culturais que influenciaram a evolução de cada sistema em particular (OLIVEIRA, 1992, p. 3).

Este desdobramento é fruto de uma agenda ultraneoliberal contra os sujeitos de direitos, onde o lema é: “salve-se quem puder” que gerenciam a nova ordem mundial econômica, representado pelos Estados Unidos e China e seus satélites nacionais que avança sobre os direitos da classe trabalhadora, o Estado, que supostamente representa o interesse geral, dispõe a partir de agora de uma base mais estreita [de ação e poder decisório] que a empresa mundializada cujos interesses orientam a ação deste mesmo Estado”(HUS-SON, 1999, P.121) como endividamento público. O mercado especulador que diminui a participação do Estado, e avanço da política privatista do patrimônio público, aprovação da PEC que congela gastos públicos por 20 anos, reforma da previdência e trabalhista. A pandemia da COVID-19, com milhares de trabalhadores que perderam seus empregos, e aumento do mercado informal, além da instabilidade da economia internacional, em função da guerra da Ucrânia e Rússia, grandes exportadores de commodities.⁵ As transformações do mundo globalizado e da sociedade brasileira por meio de uma agenda conservadora no campo econômico e social praticado pelo governo Bolsonaro. Os Assistentes Sociais são desafiados a transitar pelo cotidiano das questões sociais.

A substância do existir é a prática [...]. Só se é algo mediante um contínuo processo de agir; só se é algo mediante a ação. [...] É na prática e pela prática que as coisas humanas efetivamente acontecem que a história se faz. [...] Por isso, a esfera básica da existência humana é a aquela do trabalho propriamente dito, ou seja, é a prática que alicerça a existência material dos homens. (Severino, 1995, p. 47-48)

O Serviço Social e os Assistentes Sociais como sustentam a carta de Manaus contra este retrocesso: o enfrentamento sob direção econômica e social é possível com a organização coletiva dos trabalhadores/as e o fortalecimento

5 As commodities são bens de consumo mundial e, por isso, são comercializadas em todo o mundo em bolsas de valores - países que produzem determinada commodity a exportam para outros países e sua comercialização é global. Commodities: o que são e quais os principais tipos. Disponível em: Commodities: o que são e quais seus principais tipos (nubank.com.br). Acesso em: 8 de agosto. 2022

dos movimentos sociais comprometidos com a defesa dos direitos, visando a emancipação e construção de uma sociedade não submetida aos ditames do capital (CFESS/CRESS, 2005). A profissão tem resistido ao império da barbárie e o fundamentalismo da cultura do ódio que se prolifera em grande parte nas redes sociais, tem apresentado grandes desafios aos Assistentes Sociais.

De acordo com (IAMAMOTO, 2009) a competência crítica capaz de desvendar os fundamentos conservantistas e tecnocráticos do discurso competente e crítico, significa ampliar o olhar profissional diante das demandas que lhes são apresentadas, com base no projeto ético-político da profissão, tem por compromisso à “Universalização dos valores democráticos e igualitários”. O projeto está embasado no *Código de Ética Profissional* por meio de seus fundamento, princípio e pela *Lei de Regulamentação da Profissão*, que (MARX, 1974) chamou de “concreto pensado”. Diante disso, continua (IAMAMOTO, 2009):

[...] esse conhecimento se constrói no contraponto permanente com a produção intelectual herdada, incorporando-a criticamente e ultrapassando o conhecimento acumulado. Exige um profissional culturalmente versado e politicamente atento ao tempo histórico; atento para decifrar o discurso autorizado, os dilemas implícitos no ordenamento epidérmico do discurso autorizado pelo poder; c) uma competência estratégica e técnica (ou técnico científico) que não retifica o saber fazer, subordinando-o à direção do fazer (IAMAMOTO, 2009, p.342).

Assim sendo, o Serviço Social brasileiro construiu um projeto, ético-político e profissional, inovador de tradição Marxista. Para IAMAMOTO (2009) o mesmo ganhou maturidade, através do *Código de Ética do Assistente Social* (1993), Lei de Regulamentação da Profissão (1993) e das Diretrizes Curriculares norteadoras e das formações acadêmicas. Com a Carta Magna de 1988, a saúde consagrou-se como política pública, integrante do *tripé da Seguridade Social, juntamente com a Previdência e Assistência Social*. No entanto, precisa compreender historicamente seu processo, a fim de poder intervir nesta área, a partir de um aporte teórico, técnico e político do Serviço Social. Com a chegada da Corte Portuguesa em terras do Tupiniquim, o Brasil teve suas primeiras iniciativas de saúde pública, como lembra:

Em 1808, com a chegada da corte portuguesa ao Rio de Janeiro, foram criadas as primeiras instâncias de saúde pública em terras brasileiras: a fisicatura-mor e Provedoria-mor de saúde. Cabe à primeira fiscalizar o exercício da medicina, mas suas responsabilidades de limitaram, quase exclusivamente, nas artes da cura e, principalmente, nas aplicações de multas aos que exerçam o cargo sem habilitação legal. A provedoria-mor de saúde, também dirigida pelo físico-mor, tinha como objetivo garantir a salubridade da Corte, atuando na fiscalização dos navios para impedir a chegada de novas doenças em nossas cidades costeiras (ESCOREL; TEIXEIRA, 2012, p. 280).

A implementação do SUS trouxe avanços e desafios, é importante observar os obstáculos estruturais com uma ação de exclusão do acesso as políticas sociais. De acordo com NORONHA (2012), obstáculos estruturais se expressam nas profundas desigualdades socioeconômicas, culturais inter-regionais, interestaduais, intermunicipais nas características do próprio federalismo brasileiro, proteção social fragmentada e no modelo médico assistencial privatista sobre o qual o sistema foi construído.

A particularidade do trabalho do assistente social no Hospital Municipal Sofia Jorge Cruz de Cândido Mendes-MA

É nesse cenário desafiador da saúde que o Serviço Social se utiliza de suas prerrogativas, com olhar para os direitos sociais e competências profissionais para atuar no enfrentamento da COVID-19. Com as atribuições e competências profissionais o Assistente Social, desenvolvi o atendimento ao usuário dos serviços de saúde com qualidade, não estando obrigados a realizar atividade incompatível com a legislação profissional vigente (CFESS, 2020b, p. 2). A pandemia da COVID-19 gerou uma perda de afeto muito grande neste espaço, reduzindo o contato com os usuários da saúde, quando atuamos através da escuta, uma vez que as visitas não eram permitidas por conta dos protocolos sanitários, com atendimento através de agendamento, do outro lado as consequências econômicas, políticas e sociais, configurando-se dimensões nunca vistas.

Num cenário de mortes causadas pela COVID-19, necessário observar que neste protocolo sanitário de medidas de isolamento, a dimensão social da pandemia demonstrou a falta de planejamento dos governos pra lidar com a Pandemia. A atuação na política de saúde, garantia do acesso ao TFD como um direito, e considerando suas condicionalidades, o que mais gerou insegurança no trabalho do Assistente Social desta política de saúde. A condição de trabalhador e atribuições requisitadas aos profissionais no que trata suas atribuições, e o esforço do conjunto CFESS/CRESS em garantir um protocolo de orientações técnicas. A precarização do trabalhador como a falta de equipamento de proteção individual-EPI, num cenário de caos da saúde pública.

Segundo BRAVO, PELAEZ E MENEZES (2020) tiveram neste tempo, a devastação do sistema de proteção social brasileiro, com avanço da agenda neoliberal praticada pelos governos Temer e Bolsonaro tiveram um aumento do serviço terceirizado e a contratação de Assistentes Sociais em condições de trabalho precarizado. De acordo com (IAMAMOTO, 2009), o/a Assistente Social é proprietário de sua força de trabalho especializada, é produto da formação universitária que o capacita a realizar um “trabalho complexo”, nos termos de Marx (1985), essa mercadoria chamada força de trabalho é uma potência, que só transforma a atividade em trabalho quando aliada aos meios necessários à sua realização, grande parte dos quais se encontra monopolizado pelos empregadores: recursos financeiros, materiais e humanos necessários

à realização desse trabalho concreto, que supõe programas, projetos e atendimentos diretos pelas políticas institucionais.

A implantação do Decreto Municipal nº 27, de 13 de agosto de 2021 que trata da *Regulamentação do Tratamento Fora de Domicílio-TFD*, no Município de Cândido Mendes, MA, antes do referido decreto, era regulamentado com base na Portaria SAS/MS nº 55/1999, que visa garantir a assistência pelo (SUS), o qual funcionava numa pequena sala, com ausência das condições técnicas e físicas na Secretaria Municipal de Saúde, sob a coordenação de uma servidora concursada como (servente) do município, com desvio de função. Observou-se a precarização do atendimento aos usuários, diante de uma política de saúde que está especificada no SUS, que tem como princípio a integralidade e equidade, onde (BRAVO, 2006), diz que:

[...] a universalização dos acessos; a concepção de saúde como direito social e dever do Estado; a reestruturação do setor através da estratégia do Sistema Unificado de Saúde visando um aprofundamento reordenamento setorial com um novo olhar sobre a saúde individual e coletiva; a descentralização do processo decisório para a esfera estadual e municipal, o financiamento efetivo à democratização do poder local através de novos mecanismos de gestão-os Conselhos de Saúde (BRAVOS, 2006, p. 9).

Com a contratação de um profissional de Serviço Social através de Processo Seletivo Simplificado (PSS), para o Hospital Municipal Sofia Jorge Cruz, o TFD recebeu uma sala com as condições éticas e técnicas para fortalecimento do protagonismo profissional, em consonância com o decreto Municipal citado acima, com isso fortaleceu um dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde.

As atribuições desenvolvidas pelo profissional no TDF são:

- I) Garantir o direito ao usuário do SUS ao TFD, permitindo a sua inclusão,
- II) Informar, orientar e prestar esclarecimento sobre o TFD.
- III) Analisar processos.
- IV) Realizar visita domiciliar e/ou hospitalar, quando necessário.
- V) Orientar os pacientes e acompanhantes que, no retorno do atendimento, devem apresentar os comprovantes das passagens aéreas, rodoviárias ou fluviais
- VI) Orientar e/ou encaminhar o paciente, quando for o caso, para apoio da rede de serviço de saúde e de assistência social, visando o acesso aos outros direitos sociais.
- VII) Realizar parecer social, se necessário.

Descrevendo a experiência profissional junto ao Hospital Sofia Jorge Cruz no TFD

Atendimento

O Assistente Social enquanto profissional da saúde no enfrentamento da pandemia da COVID-19, e diante de uma crise sanitária nunca vista no país, acabou mostrando um colapso da saúde pública, tornando-se grande desafio para a categoria, tanto no âmbito das suas prerrogativas profissionais, como político, onde a vida foi banalizada, através da morte de milhares de brasileiros/as, o discurso negacionista, fascista e a flexibilização das medidas recomendadas pela (OMS). O Assistente Social deve se apoiar às suas atribuições e competências profissionais, para o atendimento ao/a usuário/a dos serviços de saúde, preservando a qualidade dos atendimentos prestados.

O Serviço Social do HMSJC, é formado por 1 Assistente Social, tendo uma secretária que responde pelo administrativo do TFD, o mesmo tem responsabilidade pelo fazer profissional, com providências e encaminhamentos dos pacientes, entre outras atribuições como: encaminhar documentos para secretaria de saúde, elaborar relatórios e pareceres sociais e etc. O atendimento acontece no cenário de pandemia, afetado pelas mazelas das questões sociais, pautando-se num atendimento humanizado e universal, obedecendo aos princípios e diretrizes do SUS, interagindo com serviços administrativos, médico e enfermeiros. Com a ida do TFD para o HMSJC, espaço que atende as condições técnicas e físicas, em especial o sigilo dos pacientes, o Serviço Social tem apoio para desenvolver um trabalho com planejamento através de relatórios de atividades com metas para serem alcançados, que facilitou a construção de um organograma de ações que vai desde o acolhimento ao paciente, as demandas espontâneas. Os instrumentais técnicos do Serviço Social, contribuíram para implantação do Decreto Municipal nº 27, de 13 de agosto de 2021, que trata da Regulamentação do Tratamento Fora de Domicílio-TFD, no Município de Candido Mendes.

Atividades externas

Agenda permanente com a Secretária de Saúde, gerando diagnóstico das demandas de pacientes que chegam ao TFD, pauta com jurídico, processos indeferidos que podem gerar questionamentos junto ao Ministério Público, interagir com as outras políticas no sentido de fortalecer a eficiência da gestão pública. Palestras, Campanhas e controle social para importância do pertencimento do que é direitos e deveres.

O Serviço Social sendo uma profissão de caráter sociopolítico, crítico e interventivo, que se utiliza dos vários campos da ciência, tem nas questões sociais sua matéria prima. Para tanto, trabalho interdisciplinar e intersetorial se torna fundamental e estratégico, bem como a ampliação do arco de alianças em torno de pautas e projetos comuns. Nesta perspectiva, as ações do As-

sistente Social permitem criar uma teia de articulações com vários setores da sociedade, público e privado na solidificação da busca pelo direito.

Imagem 01: Registro de orientação em vacinação contra a COVID-19



Fonte: Assessoria do HMSJC, 2021

Imagem 02- AS-a lado de servidores, reunião com os técnicos.



Fonte: Assessoria do HMSJC, 2021

Imagem 03: AS- Sintia Luz levando a política de Humanização do SUS HSJC



Fonte: Assessoria do HSJC

Imagem 4 : AS- Reginaldo Moraes e Sintia Luz na Capacitação dos Servidores do Hospital Sofia Jorge Cruz



Fonte: Assessoria do HSJC

Considerações finais

De acordo com as experiências relatadas do espaço de intervenção no TFD do **HSJC**, não se esgota neste trabalho que dará luz para muitos estudantes e profissionais do Serviço Social que não tiveram a oportunidade de atuar na política de saúde, experiência esta relatada apartir do campo de intervenção, através do fazer profissional, necessário aprofundar questões de ordem teóricas - metodológica técnico-operativa e ético-política da profissão, assim como ter o domínio desta política através dos desafios que os cercam.

Diante de um cenário de pandemia causado pela COVID-19, a prática profissional deve estar alinhado ao projeto, ético- político e profissional. Quando as condições são colocadas, no sentido de envolver a sociedade nas ações do governo. O Serviço Social é a identificação dos aspectos econômicos, políticos, culturais, sociais que atravessam o processo saúde-doença para assim mobilizar recursos para o seu enfrentamento. A Política de Saúde exige do profissional uma ação cada vez mais especializada, por meio de um processo de formação continuada, visando a contribuir no ordenamento das ações institucionais.

Referencias

BRAVO, M. I. S; PELAEZ, E. J.; MENEZES, J. S. B. A saúde nos governos Temer e Bolsonaro: lutas e resistências. *SER Social*, Brasília, v. 22, n. 46, p. 191-209, 6 jan. 2020.

_____. Política de Saúde no Brasil. Serviço Social e Saúde: Formação e trabalho profissional, 2006.

CFESS. *Memorial nosso luto, nossa luta!* Brasília: Conselho Federal de Serviço Social, 2020 d. Disponível em: <http://www.cfess.org.br> Acesso em: 17 out. 2020. <http://www.cfess.org.br>

COUTINHO, C.N.C Gramsci. Um estudo sobre seu pensamento político. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

_____. Contra a Corrente. Ensaios sobre democracia e socialismo. São Paulo.

Cortez, 2000.

ESCOREL, Sarah; TEIXEIRA, Luiz Antônio. História das políticas de Saúde Nov Brasil de 1822 a 1963;do império ao desenvolvimentismo populista.In:GIOVANELLA,Ligia (Org.)Políticas e Saúde no Brasil.Rio de Janeiro

IAMAMOTO, Marilda. O serviço Social na cena contemporânea. In: Serviço Social: Direitos Sociais e Competências Profissionais. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009, p. 16-45.

_____. Os espaços sócio-ocupacionais do assistente social.In: Serviço Social: Direitos Sociais e Competências Profissionais. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009, p. 342-371

MATTOS, R.A A **integralidade na prática (ou sobre a prática da integralidade)**. Cad. Saúde Publica, v.20, n.5, p.1411-6, 2004b.

MAURIEL, Ana Paula ornellas. **Pobreza, seguridade e assistência social**: desafios da política social brasileira. Rev.Katálysis, Florianópolis, v.13,n.2,p.173-173-180,2010.

MARX,K.Introdução à crítica da economia política(1857).In:Marx.São Paulo:Abril cultural ,1974,p.107-138(Coleção Os Pensadores).

_____. O capital.Critica da Economia Política.São Paulo:Nova Cultural,1985,5v.

YASBEK, M. C. O significado sócio-histórico da profissão. In: Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009, p. 125-142.

NETTO, José Paulo. **ditadura e Serviço Social**: uma análise do Serviço Social pós-64.São Paulo:Cortez Editora, 1991.

_____. **Capitalismo monopolista e Serviço Social**.São Paulo:Cortez Editora,2005.

OLIVEIRA, Francisco Edurdo B. de.Propostas de um Referencial Básico para a Discussão da Seguridade Social.Texto para discussão/nº.25, Abril de 1992.

_____. Os Direitos do Antivalor- a economia política da hegemonia imperfeita. Petrópolis/RJ:Vozes, 1998.

O BACKLOG DE PATENTES FARMACÊUTICAS E OS IMPACTOS NO ACESSO À SAÚDE

Larissa Natalia Cavaletti Sousa

Graduanda de Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie

Resumo:

O presente trabalho visa analisar as mudanças trazidas pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.529, pelo Supremo Tribunal Federal e as patentes farmacêuticas, principalmente no tocante ao acesso à saúde e investimento em pesquisa e desenvolvimento na área da saúde. Tal discussão mostra-se pertinente na medida em que a extensão do prazo de vigência das patentes, propiciado pelo parágrafo único, do art. 40, da Lei 9.729/96, dispositivo o qual foi declarado inconstitucional pelo referido julgamento, retarda o acesso à medicamentos genéricos e desestimula o investimento em pesquisa e desenvolvimento no Brasil, de modo a retardar o acesso à saúde. Para a elaboração do presente trabalho foi utilizado o mérito qualitativo, analisando-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.529, destrinchando os argumentos trazidos por cada um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e a legislação brasileira, com enfoque na Lei 9.279/96 e na Constituição Federal, e em uma abordagem internacional, o acordo TRIPS, além do levantamento de dados bibliográficos, mostrando como diversos autores colocam-se perante o assunto.

Palavras-chave: Patentes; Medicamentos; Vigência; Inconstitucionalidade.

Introdução

As patentes são um monopólio concedido pelo Direito, outorgando aos inventores - os quais podem ser tanto pessoas físicas quanto jurídicas - o direito de impedir que terceiros produzam, usem, vendam ou importem o objeto de sua patente, durante determinado período de tempo. Nas palavras do autor Denis Borges Barbosa (2020, p. 1099), “Uma patente, na sua formulação clássica, é um direito, conferido pelo Estado, que dá ao seu titular a exclusividade da exploração de uma tecnologia”.

Assim sendo, trata-se de um monopólio temporário concedido pelo Estado ao inventor que, realiza o depósito do pedido de registro de patente e atende aos requisitos postos abaixo, sendo que, conforme posto pelo art. 5º,

XXIX, da Constituição Federal, por meio de tal concessão busca-se também atender ao interesse social e promover o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Para que haja a concessão de tal privilégio, a tecnologia que busca ser patenteada deve atender aos requisitos postos pelo art. 8º, da Lei 9.279/96, também conhecida como Lei da Propriedade Industrial, quais sejam, novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. O requisito da novidade busca que a tecnologia seja algo, como diz o próprio nome, novo, porém, novo dentro do contexto técnico da área em que foi produzida, considerando o estado da arte daquela área de conhecimento, isto é, considerando os materiais produzidos sobre determinando assunto até aquele momento, nos termos do art. 11, da Lei 9.279/96.

No tocante ao requisito da aplicação industrial, significa que a tecnologia precisa ser descrita tecnicamente de forma que um profissional da área seja capaz de reproduzir a tecnologia que está sendo descrita, conforme posto pelo art. 15, da Lei 9.279/96. Por fim, no que diz respeito ao requisito da atividade inventiva, tem-se que a tecnologia que busca ser patenteada precisa apresentar uma solução para um problema técnico, isto é, não pode ser apenas resultado de uma combinação de conhecimentos já pertencentes ao estado da técnica, nem pode apenas trazer uma inovação estética, conforme posto pelo art. 13, da Lei 9.279/96.

Atendidos tais requisitos, e após regular trâmite do pedido de registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), autarquia federal responsável pela análise dos pedidos, é concedida uma carta-patente, concedendo o privilégio temporário ao inventor. Dois são os objetivos principais com a concessão de tal privilégio, quais sejam, propiciar condições para que o invento gere retorno financeiro pelos esforços empreendidos e investimentos feitos para o desenvolvimento da tecnologia patenteada, e incentivar a inovação, na medida em que atrai potenciais investidores para aplicarem recursos financeiros no desenvolvimento de tecnologias, as quais, após atenderem os pressupostos para concessão da patente, propiciarão não apenas retorno financeiro para os investidores, mas também para o país no qual a tecnologia foi desenvolvida e patenteada, evidenciando, assim, o interesse por parte do Estado nas patentes enquanto instrumentos de captura de ativos financeiros, tanto nacionais, quanto internacionais.

Assim sendo, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, o inventor, ao depositar o pedido de registro de patente no INPI, conta, a partir da publicação de tal pedido, com o direito de impedir que terceiros produzam, usem, vendam ou importem o objeto de sua patente, conforme posto pelo art. 42, da Lei 9.279/96 assim como tem assegurado o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente, nos termos do art. 44, da Lei 9.279/96, demonstrando o modelo de proteção adotado pelo Estado, o qual adota uma proteção extensa.

Tal proteção, por um lado, propicia um período de tempo mais longo para que o inventor obtenha retorno financeiro pelo desenvolvimento da tecnologia, todavia, por outro lado, retarda o acesso às informações para que o invento possa ser produzido pelos concorrentes, e, desta forma, retardando também o acesso pela parte da população que não apresenta condições de arcar com os custos elevados da tecnologia patenteada.

Trata-se do cenário de assimetria informacional inerente à proteção concedida pela patente, todavia, a extensão de tal privilégio por longos períodos de tempo, excedendo a previsão legal, conforme será abordado adiante no presente trabalho, faz com que a população marginalizada tenha seu poder de mercado reduzido, deixando de ter acesso a tecnologias que tem impactos diretos na garantia de direitos fundamentais, como a saúde, no caso de produtos farmacêuticos. Conforme posto pelo autor Calixto Salomão Filho (2021, p. 262),

A sensibilidade envolvendo preços e custos finais de aquisição dos produtos patenteados seria um dos primeiros sinais de fragmentação do caráter absoluto dos monopólios proporcionados pelas patentes; no fim do ciclo econômico é que isso seria facilmente detectável, especialmente considerando-se a situação do consumidor final. A ausência total de informação e de acesso a bens considerados essenciais gera grave desequilíbrio no mercado, tornando os produtos simplesmente inacessíveis para várias parcelas da população.

Logo, a discussão a respeito do prazo de vigência das patentes, com a possibilidade de extensão trazida pelo art. 40, parágrafo único, da Lei 9.279/96, ora declarado inconstitucional pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.529, mostra-se extremamente necessária, na medida em que, conforme mencionado acima, atinge a garantia de direitos essenciais da população, como o direito à saúde.

Artigo 40, da Lei 9.279/96

Partindo de tal cenário, e considerando o enfoque do presente trabalho, faz-se necessário abordar o prazo de vigência das patentes de medicamentos, as quais, por sua vez, enquadram-se como patentes de invenção. O prazo de vigência das patentes na legislação brasileira é regido pelo art. 40, da Lei 9.279/96, o qual dispõe que

Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito.

Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

Assim sendo, o caput de tal artigo estabelece que o prazo de vigência das patentes deve ser contado a partir da data de depósito do pedido de registro, sendo concedido o prazo de vigência de 20 anos para patentes de invenção, na qual enquadram-se as patentes de medicamentos, e 15 anos para as patentes de modelos de utilidade. Tal redação está em consonância com o previsto pelo acordo TRIPS - em inglês, *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*- ou Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, do qual o Brasil é signatário desde 1994, o qual prevê em seu artigo 33, que “A vigência da patente não será inferior a um prazo de 20 anos, contados a partir da data do depósito”.

Todavia, o ora revogado parágrafo único, do art. 40, da Lei 9.279/96, previa a contagem do prazo de vigência das patentes a partir da data de concessão, ao dispor que “o prazo de vigência não será inferior a 10 anos para a patente de invenção e a 7 anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão”, criando assim a possibilidade de prorrogação do prazo de vigência das patentes para além do período máximo previsto no caput do mencionado artigo.

Em outras palavras, conforme posto pelo estudo desenvolvido pelo Grupo Direito e Pobreza, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e juntado aos autos da ADI 5.529, o efeito prático do parágrafo único do art. 40, da Lei 9.279/96, “[...] é a instauração de uma extensão do prazo de vigência de patente nos casos em que o processo completo de análise dos requisitos de patenteabilidade superar 10 anos (para patentes de invenção) ou oito anos (para patentes de modelo de utilidade”.

O que isso quer dizer? Vamos dar um exemplo: um pedido de registro de patente de inovação foi depositado em 01/01/1997. Em 01/01/2017 a patente foi concedida, com vigência de 10 anos, a partir da data da concessão. Assim, se somarmos o tempo de vigência da patente contado a partir da data do depósito até a data da concessão, temos vinte anos. Entretanto, em respeito ao ora revogado parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/96, o prazo de vigência não pode ser inferior a 10 anos para a patente de invenção, a contar da data de concessão. Assim, o prazo de vigência da patente totaliza 30 anos, prorrogando-se a patente por 10 anos.

Aqui encontra-se o alvo de discussão da ADI 5529, analisada no presente trabalho, a qual discutiu a constitucionalidade do parágrafo único do art. 40, da Lei 9.279/96, sendo que, conforme será melhor abordado adiante, decidiu-se pela inconstitucionalidade de tal dispositivo, resultando em sua revogação.

Cenário antes da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.529

Backlog de patentes

Em um primeiro momento, faz-se necessário conceituar o termo “backlog”. Conforme posto pela Ministra Cármen Lúcia, em sua antecipação

de voto na ADI 5.529, “O backlog, palavra em inglês utilizada para denominar o acúmulo de pedidos de patentes em análise e pendentes de deferimento ou indeferimento, é problema global, não exclusivo do Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI” (STF, 2021).

Diversos são os fatores que contribuem para o fenômeno conhecido como backlog, dentre os quais, os apontados pelo Tribunal de Contas da União, no parecer juntado aos autos da ADI 5.529: “o incremento da complexidade das tecnologias envolvidas, a falta de recursos suficientes para atendimento e até mesmo os atrasos causados de forma deliberada pelo próprio depositante ou por terceiros”, sendo que, em relação a estes dois últimos pontos, faz-se necessário abordar as etapas do procedimento administrativo adotado pelo INPI.

Preliminarmente, podemos mencionar que tal fenômeno prejudica a economia como um todo, na medida em que, a indeterminação causada pela incidência do parágrafo único do artigo 40, da Lei 9.279/96 sobre o término da vigência das patentes gera o aumento da insegurança de todos os agentes envolvidos: depositantes, potenciais concorrentes e potenciais investidores.

Isto porque a imprevisão gerada pela extensão do prazo de vigência de patente, em conjunto com o estabelecido pelo art. 44, da Lei 9.279/96, o prevê a possibilidade do titular da patente de “obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente”, gera um contexto em que o potencial investidor encontra-se receoso de direcionar recursos para, por exemplo, preparar a infraestrutura para a produção de tal tecnologia assim que ocorrer o término da vigência de sua patente.

Ademais, potenciais investidores também encontram insegurança em direcionar recursos para pesquisa e inovação no Brasil, na medida em que, além do longo prazo para a efetiva concessão da patente, deparam-se com grande risco em concorrer com produtos cujas patentes estão em análise para concessão, já que, caso futuramente venham a ser concedidas, tais investidores deverão arcar com a indenização prevista pelo mencionado art. 44, da Lei 9.279/96.

Consequentemente, a extensão do prazo de vigência de patente prevista pelo ora revogado parágrafo único do art. 40, da Lei 9.279/96 também gera custos sociais ao impedir a criação de novos empregos que seriam gerados por meio dos investimentos em pesquisa e inovação mencionados acima. Não bastasse, tal cenário também prejudica os consumidores, já que retardam o acesso à produtos, fato que causa imenso prejuízo na área da saúde, prejuízo este que é intensificado por conta de o Ministério da Saúde encontrar obstáculos à obtenção de diversos medicamentos que seriam distribuídos pelo Sistema Único de Saúde. Tal assunto será mais bem detalhado no tópico a seguir.

Prejuízo causado pelo backlog de patentes na área da saúde

A Constituição Federal de 1988 incluiu no rol de direitos fundamentais - os quais, por sua vez, não estão restritos à previsão feita pelo art. 5º e seus incisos, uma vez que tal rol é exemplificativo - o direito à saúde, conforme consta no art. 6º, caput, sendo que tal direito é considerado “ (...) direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, nos termos do art. 196, da CF/88.

Para a consecução e garantia de tal direito, o art. 198, caput, e seu §1º, da Carta Magna previu a criação do Sistema Único de Saúde, o “SUS”, como conhecido pelos brasileiros, o qual, por sua vez, consiste em uma rede regionalizada e hierarquizada, financiado com recursos da seguridade social. A tal sistema compete, além de outras atribuições, “controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos”, e “incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação”, nos termos do art. 200, caput e seus incisos I e V, da CF/88.

Assim sendo, considerando o alvo do presente trabalho, o SUS apresenta importante papel na distribuição de medicamentos genéricos enquanto política pública de promoção da saúde da população, principalmente a sua parcela de baixa renda e marginalizada, a qual não apresenta condições financeiras de arcar com os custos dos medicamentos patenteados.

Isto porque, de acordo com a Lei 6.360/76, alterada pela Lei 9.787/99, em seu art. 3º, XXI, os medicamentos genéricos podem ser conceituados como o medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade.

Ademais, além dos impactos acima mencionados, importe frisar que o Brasil, ao incorporar o parágrafo único ao art. 40, da Lei 9.279/96, por meio de medidas que ficaram conhecidas como “TRIPS -plus”, isto é, medidas que extrapolam as previsões feitas pelo Acordo TRIPS, violou a previsão feita pelo acordo TRIPS, em seu art. 1, §1º, posto que a possibilidade de prorrogação do prazo de vigência das patentes faz com que, por diversas vezes, o prazo de vigência das patentes ultrapasse o prazo de 20 anos, violando, assim, o art. 33, do Acordo TRIPS.

Logo, a previsão feita pelo art. 40, parágrafo único, da Lei 9.279/96, além de violar o disposto pelo Acordo TRIPS, também causa o atraso da entrada dos medicamentos genéricos no mercado, de modo a postergar o acesso à medicamentos com custo reduzido por boa parte da população que não apresenta condições de arcar com os preços elevados dos medicamentos pa-

tenteados, conforme exposto acima.

Tal cenário, além de tornar o Brasil alvo de críticas da comunidade internacional, na medida em que está violando o Acordo TRIPS, também onera - e muito - o acesso à saúde pelos brasileiros, na medida em que a prorrogação do prazo de vigência de patentes farmacêuticas retarda a produção de medicamentos genéricos, de modo que o Ministério da Saúde direciona recursos para adquirir os medicamentos patenteados de modo a garantir o previsto pelo art. 196, da Constituição Federal, onerando, assim o Sistema Único de Saúde, impedindo que tais recursos sejam utilizados para implementar melhorias em outras áreas da saúde pública.

Isto porque, de acordo com o art. 12, da Resolução nº 2, de 2004, da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), “O Preço de Fábrica permitido para o produto classificado na Categoria VI - nos termos do art. 3º, da Resolução nº 2, de 2004, da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, “As novas apresentações deverão ser classificadas como: [...] IV - Categoria VI: medicamento classificado como genérico - não poderá ser superior a 65% do preço do medicamento de referência correspondente”, em outras palavras, determina que os medicamentos genéricos devem ser, pelo menos, 35% mais baratos do que os medicamentos de referência.

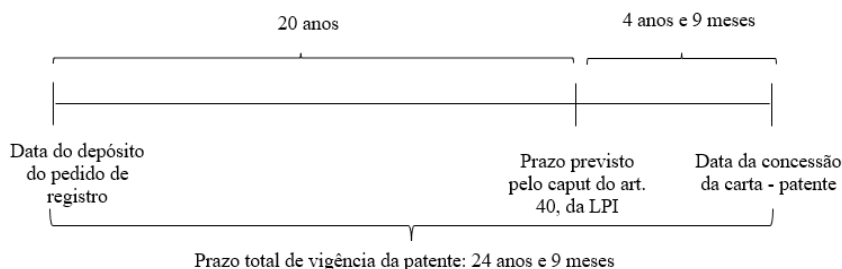
Ademais, de acordo com a Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos (Pró-Genérico), os genéricos são, em média, 60% mais baratos do que os medicamentos de referência nas farmácias, respondendo por 35, 66% das vendas em unidades no conjunto do mercado farmacêutico brasileiro e por 85% dos produtos dispensados pelo Programa Farmácia Popular, constituindo, assim, o principal instrumento de saúde pública focada no acesso a medicamentos no Brasil, conforme consta no site “PróGenéricos” - Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos e Biossimilares.

Por todo o exposto, resta claro que a prorrogação do prazo de vigência das patentes farmacêuticas prejudica o acesso à saúde por grande parte da população brasileira que somente consegue ter acesso aos medicamentos quando há a produção de genéricos, por conta da redução de preço. Desta forma, o Ministério da Saúde, por ter a obrigação de garantir o acesso à saúde por parte de tais brasileiros que não possuem condições financeiras de arcar com os custos dos medicamentos patenteados, direciona grandes aportes de recursos para a obtenção de tais medicamentos.

Tal situação é agravada com a prorrogação do prazo de vigência das patentes de fármacos, na medida em que além da população brasileira ter seu acesso à saúde postergado, o Sistema Único de Saúde é prejudicado por conta da quantidade de recursos que deixam de ser aplicados em sua estrutura e serviços, já que são utilizados para a obtenção de medicamentos patenteados que, pela regra prevista pelo art. 40, caput, da Lei 9.279/96, e pelo art. 33, do Acordo TRIPS, já deveriam ter a patente expirada, permitindo, assim, a produção dos genéricos.

Dados alarmantes constam na pesquisa desenvolvida pelo Grupo de Economia da Inovação da URFJ, em conjunto com a Associação Brasileira de Aids, conforme consta na matéria veiculada pela revista “Época”, em 24/08/2016, intitulada “Quanto custa ao Brasil prorrogar patentes de medicamentos?” cujos resultados foram resumidos na tabela colacionada abaixo, a qual indica o custo da extensão da vigência de patentes de 9 fármacos, individualmente e em conjunto.

Como exemplo, podemos citar a análise referente ao medicamento Tarceva (Erlotinibe), indicado para o tratamento de câncer de pulmão e de pâncreas. Tal medicamento teve o pedido de registro da patente depositado em 29.03.1996, tendo a carta patente sido concedida apenas em 14.12.2020, de modo que, considerando que, conforme abordado previamente, medicamentos enquadram-se como patentes de invenção, e considerando que a proteção dos direitos de exclusividade retroage para o momento do depósito do pedido de registro, nos termos do art. 44, da Lei 9.279/96, temos o período de 4 anos e 9 meses como prazo extra de vigência, conforme demonstra o esquema abaixo:



Fonte: a autora

Tal assunto foi tratado pela ADI 5.529, a qual será abordada no tópico seguinte.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.529

A ADI 5.529 foi ajuizada pelo então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, em 13 de maio 2016, tendo como objeto o parágrafo único, do art. 40, da Lei 9.279/96, visando a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo. Para tanto, o impetrante alegou, em síntese, que em caso de atraso na análise dos pedidos de patente por mais de 10 anos, no caso de patentes de invenção, ou 8 anos, no caso de patentes de modelo de utilidade, o prazo de vigência dessas patentes ultrapassaria os prazos máximos previstos pelo art. 40, caput, da Lei 9.279/96, prazo este que, somado com a proteção estabelecida pelo art. 44, da Lei 9.279/96, asseguraria a proteção desde o momento do depósito do pedido de registro, na medida em que garantiria a indenização por exploração indevida do objeto da respec-

tiva patente entre a data da publicação do pedido e da concessão da patente.

Tal cenário ensejaria a violação aos arts. 5º, caput e incisos XXXII e LXXVIII; 37, caput e §6º; e 170, incisos IV e V, todos da Constituição Federal. Em outras palavras, o dispositivo questionado na presente ação violaria, em um primeiro momento, o princípio da temporariedade, na medida em que a prorrogação do prazo de vigência de patente na hipótese de demora administrativa da apreciação do pedido de concessão, ao extrapolar o previsto no caput do art. 40, da Lei 9.279/96, viola a duração razoável do processo.

Ademais, a despeito de o impetrante afirmar que a proteção patentária é essencial para o desenvolvimento tecnológico do país, argumenta que os princípios do interesse social e da função social da propriedade, assim como o direito de proteção ao consumidor são violados com a incidência do referido artigo, assim como o direito à saúde.

Desta forma, a ADI 5.529, ensejou uma extensa discussão entre os ministros do Supremo Tribunal Federal, resultando na declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 40, da Lei 9.279/96, com a modulação de seus efeitos. Para tanto, os Ministros posicionaram da seguinte forma: os Ministros Alexandre de Moraes, Nunes Marques, Edson Fachin, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio acompanharam o posicionamento do Relator Ministro Dias Toffoli, pela inconstitucionalidade do dispositivo em questão, enquanto os Ministros Roberto Barroso e Luiz Fux defenderam a constitucionalidade do artigo em análise, tendo, assim, os votos vencidos.

Ademais, a Ação Direta de Inconstitucionalidade em debate também contou com diversos *amicus curiae* de entidades interessadas no assunto em debate, como a ABPI - Associação Brasileira de Propriedade Intelectual - e a ABIFINA - Associação Brasileira das Indústrias de Química Fina, Biotecnologia e suas especialidades, além de pareceres de autores renomados, que foram trazidos aos autos pelas partes para contribuir com a defesa de argumentos favoráveis ou contrários à constitucionalidade do parágrafo único, do art. 40, da Lei 9.279/96.

Dos onze Ministros componentes do Supremo Tribunal Federal, apenas dois deles, quais sejam, o Ministro Luís Roberto Barroso e o Ministro Luiz Fux votaram pela constitucionalidade do parágrafo único, do art. 40, da Lei 9.279/96, isto é, pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.529. Todos os outros sete Ministros, incluído o Relator, Ministro Dias Toffoli, votaram pela inconstitucionalidade do dispositivo em tela, isto é, pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.529.

Em síntese, os Ministros que votaram pela inconstitucionalidade do dispositivo em debate entendem que no período entre o depósito do pedido de registro e a efetiva concessão da carta patente já há proteção do direito do inventor de impedir que terceiros produzam, usem, coloquem à venda, vendam ou importem o invento que busca ser patenteado, apontando, para tanto, que existe a previsão de indenização retroativa em decorrência da exploração do

objeto da patente no mencionado período.

Desta forma, tais Ministros defendem que a prorrogação do prazo de vigência das patentes, propiciada pelo parágrafo único, do art. 40, da Lei 9.279/96, viola preceitos constitucionais, como a função social da propriedade e, no tocante às patentes farmacêuticas, viola o direito à saúde. A respeito deste último ponto, foram abordados assuntos como a produção de medicamentos genéricos e a sua distribuição pelo Sistema Único de Saúde, e o investimento em pesquisa e desenvolvimento na área da saúde no Brasil.

Por outro lado, os Ministros que defendem a constitucionalidade do parágrafo único, do art. 40, da Lei 9.279/96, entendem que no período entre o depósito do pedido de registro e a efetiva concessão da carta-patente haveria mera expectativa de direito, de modo que a extensão do prazo de vigência das patentes não violaria dispositivos constitucionais.

Após os diversos argumentos favoráveis e contrários à procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.529 trazidos pelos Ministros, chegou-se ao resultado, qual seja, a procedência de tal ação, logo, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40, da Lei 9.279/96, determinando também a modulação dos efeitos da decisão, conferindo efeitos *ex nunc*, a partir da publicação da ata do julgamento da ADI. Desta forma, como regra geral foram mantidas as extensões de prazo concedidas com base no parágrafo único, do art. 40, da Lei 9.279/96, todavia, foram estabelecidas duas ressalvas, hipóteses nas quais aplica-se o efeito *ex tunc*, quais sejam, (i) as ações judiciais propostas até o dia 07.04.2021, data na qual foi parcialmente concedida a medida cautelar; (ii) as patentes que tenham sido concedidas com extensão de prazo relacionadas a produtos e processos farmacêuticos, bem como a equipamentos e/ou materiais de uso em saúde.

As mudanças trazidas pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.529, pelo Supremo Tribunal Federal

Diante do cenário acima exposto, evidente que o cenário do backlog de patentes de medicamentos, gera prejuízos para a área da saúde, de modo que a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único, do art. 40, da Lei 9.279/96, visa reduzir tais impactos negativos, por exemplo, por meio do aceleramento do acesso à medicamentos genéricos, principalmente pela população de baixa renda.

Aqui, vale ressaltar que a decisão gerada pelo julgamento da ADI 5.529, pelo Supremo Tribunal Federal no cenário de um país em desenvolvimento, como o Brasil, é de enorme importância, na medida em que a prorrogação do prazo de vigência das patentes, nos termos do ora revogado parágrafo único do art. 40, da Lei 9.279/96 gera, como consequência, o afastamento de potenciais investidores, nacionais e internacionais, que buscam aportar recursos na pesquisa e desenvolvimento em diversas áreas da tecnologia no Brasil.

Tal panorama, na área da saúde, faz com que a pesquisa e desenvolvi-

mento de medicamentos e tratamentos para doenças típicas de países tropicais, como a malária, não sejam colocadas como prioridade para os investidores, os qual encontram um cenário de incerteza na indeterminação da data da concessão da carta-patente e na indeterminação do fim do prazo de vigência das patentes. Logo, o dispositivo ora revogado incentivava um cenário de perpetuação de doenças típicas não só de países tropicais, mas também, de países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, na medida em que desincentivava o aporte de recursos de potenciais investidores na pesquisa e desenvolvimento em tais setores.

Ademais, faz-se necessário mencionar que a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40, da Lei 9.279/96 também apresenta impactos em diversos outros setores da sociedade, por exemplo, na área de acesso à tecnologia e à educação. Explico. Trata-se de um ciclo, o qual busca ser encerrado com o término da possibilidade de extensão do prazo de vigência das patentes.

Vamos partir do pressuposto de que, para o desenvolvimento de determinada tecnologia faz-se necessário a utilização de diversos produtos, os quais, de acordo com o dispositivo ora revogado, poderiam ter a vigência de sua patente estendida para além do previsto no caput do art. 40, da Lei 9.279/96. Assim, pesquisadores que não apresentam condições de arcar com os custos para a obtenção de tais produtos encontram seu trabalho estagnado até que a vigência de tal patente termine ou até que investidores aportem recursos no seu projeto de pesquisa.

Todavia, conforme abordado previamente, a possibilidade de extensão do prazo de vigência das patentes no cenário previamente existente no Brasil não se mostrava atrativo a potenciais investidores, diante do já mencionado cenário de incerteza. Consequentemente, quando a patente do produto necessário para o prosseguimento do trabalho do pesquisador em questão efetivamente expirasse, grandes são as chances de que tal tecnologia já tivesse sido desenvolvida em países desenvolvidos, local em que os pesquisadores contam com o apoio financeiro de investidores.

Assim sendo, com a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei 9.279/96 temos um cenário em que o pesquisador utilizado como exemplo contaria não somente com um prazo menor para o término da vigência da patente do produto que precisa utilizar, mas também com um contexto mais atrativo para o aporte de recursos por potenciais investidores, na medida em que, com a revogação do mencionado dispositivo busca-se diminuir o cenário de incerteza quando ao término da vigência das patentes.

Logo, diante da conjuntura acima exposta, temos como resultado a maior produção de tecnologia no Brasil, de modo a também incentivar o crescimento da área de pesquisa e desenvolvimento em diversas áreas do conhecimento. Consequentemente, diante de tal cenário também temos o aumento do acesso à educação, já que com a criação de um contexto propício ao

aporte de recursos nas áreas de pesquisa e desenvolvimento, busca-se também investir na formação de futuros pesquisadores qualificados nas diversas áreas do conhecimento envolvidas na produção de tecnologias a serem patenteadas nos termos do caput do art. 40 da Lei 9.279/96 e do art. 33, do acordo TRIPS.

Conclusão

Por todo o exposto, resta claro que o backlog de patentes farmacêuticas é uma realidade a ser enfrentada não somente no Brasil, mas no mundo todo, sendo que, no cenário brasileiro, buscou-se alterar tal panorama por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.529, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, a qual, ao ser julgada procedente, determinou a inconstitucionalidade do parágrafo único, do art. 40, da Lei 9.279/96, de modo a retirar do ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de extensão do prazo de vigência das patentes.

Assim sendo, buscou-se reduzir os impactos do backlog de patentes na área da saúde, na medida em que, com a vigência exclusiva do caput do art. 40, da Lei 9.279/96, temos um cenário em que, por exemplo, a produção de medicamentos genéricos irá ocorrer de forma mais célere, de modo a aumentar o acesso à tais medicamentos pela população de baixa renda

Referências

ANVISA. Resolução Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos nº 2. 5 de março de 2004. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/medicamentos/cmcd/air/arquivos/5517json-file-1/view>> Acesso em 15 de julho de 2022.

BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BRASIL Lei nº 9.787. 10 de fevereiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19787.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.787%2C%20DE%2010%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201999.&text=Altera%20a%20Lei%20no,farmac%C3%AAuticos%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.> Acesso em 15 de julho de 2022.

BRASIL. Lei nº 6.630. 23 de setembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16360.htm#:~:text=L6360&text=LEI%20No%206.360%2C%20DE%2023%20DE%20SETEMBRO%20DE%201976.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20Vigil%C3%A2ncia%20Sanit%C3%A1ria,Produtos%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20Provid%C3%AAsncias.> Acesso em 15 de julho de 2022.

BUSCATO, Marcela. Quanto custa ao Brasil prorrogar patentes de medicamentos??. Revista Época. Publicado em 24.08.2016. Disponível em <<https://epoca.oglobo.globo.com/vida/noticia/2016/08/quanto-custa-ao-brasil-prorrogar-patentes-de-medicamentos.html#:~:text=Mas%20pode%20ser%20maior%20no,nove%20medicamentos%20analisados%20no%20estudo.>> Acesso em 15.11.2022, às

12h19.

BUSCATO, Marcela. Quanto custa ao Brasil prorrogar patentes de medicamentos??. Revista Época. Publicado em 24.08.2016. Disponível em <<https://epoca.oglobo.globo.com/vida/noticia/2016/08/quanto-custa-ao-brasil-prorrogar-patentes-de-medicamentos.html#:~:text=Mas%20pode%20ser%20maior%20n%20o,no-ve%20medicamentos%20analizados%20no%20estudo.>> Acesso em 15.11.2022, às 12h18.

Constituição da República Federativa do Brasil. 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 15 de julho de 2022.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5529, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2021, data de publicação 01/09/2021.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Grupo Direito e Pobreza. Grupo de Pesquisa da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A inconstitucionalidade do artigo 40, parágrafo único, da Lei de Propriedade Industrial sob uma perspectiva comparada. Relatório de pesquisa elaborado para a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.529 (ADI nº 5529). São Paulo, 2020.

O PROLONGAMENTO DA VIDA: DIREITO DE ESCOLHA DO PACIENTE?

Graziela Nasato

Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal.
Especialização em Direito Público e em Direito Processual Civil. Procuradora do Município de Blumenau, cedida ao Superior Tribunal de Justiça no cargo de Assessora de Ministro

Resumo:

A evolução da tecnologia na área da saúde tem levado a uma busca desenfreada pelo prolongamento máximo da vida, postergando o processo que leva à morte. Os profissionais da medicina perseguem cada vez mais a cura do paciente e a preservação da vida, muitas vezes em detrimento da sua qualidade. A recusa de tratamento ou procedimento médico, de forma geral, não é vista com bons olhos pelos médicos. Os mecanismos associados ao prolongamento da vida não devem se distanciar da qualidade de vida do paciente, tampouco da sua autonomia da vontade, preservando sempre a dignidade humana. O direito à vida vai além do direito de estar vivo, deve ser assegurado de forma ampla, abrangendo o direito a viver com dignidade, sobretudo na perspectiva do próprio paciente. Nessa linha, há o encontro do direito à vida com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem assim com a autonomia da vontade do indivíduo. A decisão sobre a utilização de métodos para o prolongamento da vida é um problema enfrentado na relação médico-paciente. A depender da solução adotada pode desencadear a observância ou a supressão de direitos fundamentais do indivíduo, inclusive, do próprio direito à vida.

Palavras-chave: Prolongamento da vida; Dignidade humana; Autonomia da vontade; Direito à vida.

Introdução

A morte, que inicialmente era encarada como um processo natural e como consequência lógica da própria vida, passou a ser tratada com repugnância pela sociedade e pelos profissionais da medicina. Busca-se, cada vez mais, a cura do paciente e a preservação da vida, muitas vezes em detrimento da sua qualidade.

A evolução das técnicas da medicina tem direcionado os profissionais da área da saúde a práticas que visam, a todo custo, o prolongamento máximo da vida, postergando o processo que leva à morte.

Nesse contexto, sobretudo em casos de paciente em estado terminal ou portador de enfermidade incurável, é que deve ser assegurado ao próprio indivíduo o direito de decisão sobre os cuidados de sua saúde e sobre o fim da vida. Evidentemente, partindo-se da premissa de que o indivíduo é lúcido e plenamente capaz para os atos da vida civil. Na ausência de capacidade do paciente, o poder de decisão sobre os atos e os cuidados relacionados ao fim da vida pode ficar a cargo dos seus familiares ou do representante legal designado.

Nos casos em que a escolha do paciente é pela recusa ou cessação de tratamento ou procedimento médico, tal prática, de forma geral, não é vista com bons olhos pelos médicos. Há resistência dos profissionais da saúde com relação à negativa de tratamento pelos pacientes ou suspensão de mecanismos artificiais de manutenção da vida, especialmente pelo fato de a medicina moderna contar com diversos meios de prolongamento da vida.

Todavia, tais instrumentos não devem se distanciar da qualidade de vida do paciente, tampouco da sua autonomia da vontade, preservando sempre a dignidade humana.

O direito à vida

O direito à vida, inserto nas Constituições Brasileira e Portuguesa, é o direito mais fundamental de todos os direitos, uma vez que, somente se estiver garantido do direito à vida é que haverá a possibilidade de exercício dos demais direitos. É um direito prioritário, pois é condição de todos os outros direitos fundamentais.¹

Inclui-se no direito à vida, o direito de nascer, de permanecer vivo, de ter uma vida com dignidade e não ser privado da vida por intervenções de terceiros.

Entre os direitos e garantias fundamentais elencados nas Constituições Brasileira e Portuguesa, extrai-se a premissa de que cabe ao Estado assegurar o direito à vida na sua integralidade, não apenas o direito de o indivíduo permanecer vivo, mas também de ter uma vida digna. E o conceito de vida digna é intrínseco a cada indivíduo, partindo da sua própria essência. Uma vida digna para um, pode não ser para o outro e vice-versa.

A garantia constitucional deve ser vista, portanto, como um *direito* e não como um *dever* à vida. A propósito, o dispositivo constitucional garantidor dos direitos fundamentais não estabelece deveres à vida, à liberdade, à segurança, e assim por diante, mas sim deveres de abstenção ou de prestação por

1 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. p. 446.

parte do Estado paralelamente ao direito de que é detentor o indivíduo.²

Embora os textos constitucionais em referência (art. 24.º, n.º 1, CRP e art. 5.º, *caput*, CF/88) estabeleçam que o direito à vida é inviolável, tal premissa não pode ser tida como indisponibilidade da garantia constitucional. Vale dizer, a inviolabilidade do direito à vida não se confunde com a sua indisponibilidade.

Tratar a vida como um bem indisponível ao próprio detentor do direito é considerar a vida como um dever imposto ao indivíduo, em flagrante contrariedade aos princípios da dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade, também assegurados pelas Constituições brasileira e portuguesa.

As limitadas hipóteses legais de previsão de supressão da vida humana, como por exemplo, a interrupção da gravidez e a excludente da legítima defesa, demonstram nitidamente que a vida não é um direito absoluto. No particular, destaca-se que há entendimento doutrinário também no sentido de que a vida é um direito absoluto.³

O dever de proteção do direito à vida coloca delicadas questões relacionadas à autonomia da pessoa, como o direito ao corpo, ao suicídio, o consentimento de tratamentos médicos e a liberdade de morrer.⁴

As referidas hipóteses e a concepção de que a vida não é um direito absoluto abrem caminho a uma interpretação jurídica, consistente e válida, à possibilidade de o indivíduo ter o poder de decisão para recusar a utilização de métodos artificiais de prolongamento da vida. A fim de alcançar essa interpretação, necessário o estudo da dignidade humana e autonomia da vontade do indivíduo, princípios constitucionais estes interligados à garantia do direito à vida.

A dignidade humana

A dignidade é o valor que inspira os princípios dos direitos humanos em todas as suas dimensões e deve ser a base de todo e qualquer ordenamento jurídico constitucional democrático. A Constituição Portuguesa prevê que a República está baseada na dignidade da pessoa humana (art. 1.º) e, na mesma linha, esta é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III).

O direito à vida está relacionado diretamente à dignidade da pessoa humana. “A dignidade é um valor da pessoa humana e deve ter por princípio garantir uma existência humana adequada, virtuosa, honrada em termos materiais e espirituais, digna.”⁵

A noção de dignidade humana ganhou destaque com o advento da De-

2 MÖLLER, Letícia Ludwig - **Direito à morte com dignidade e autonomia**. p. 145.

3 Nessa linha: Maria Helena Diniz e Renata da Rocha, citadas por BEIJATO JUNIOR, Roberto - Vida: direito ou dever?: um estudo constitucional da eutanásia. p. 78-79.

4 CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. p. 447.

5 SILVA, Roberta Soares da - **Dignidade Humana**. p. 4.

claração Universal dos Direitos Humanos, que já no seu preâmbulo prevê a dignidade e o valor da pessoa humana e clama pelo respeito a esses direitos e pela adoção de medidas progressivas para assegurar o seu reconhecimento. Em seu art. 1.º ressalta que todos os seres humanos são livres e iguais em dignidade e em direitos.⁶

A Declaração é uma das maiores conquistas do homem na modernidade, pois consagrou a liberdade, a igualdade, a fraternidade e a dignidade como axiomas da vida em comunidade, a própria condição da existência em sua plenitude, bem como proclama princípios de que se faz pregoeira não como normas jurídicas, mas como ideal comum a ser alcançado por todos os homens, os povos e as nações.⁷

A respeito da dignidade humana, destaca Jorge Miranda⁸ que não se trata de um direito, mas o fundamento de todos os direitos.

A dignidade da pessoa humana e o seu reconhecimento estão na base dos direitos fundamentais, especialmente naqueles destinados a garantia jurídica da autonomia individual.⁹ A dignidade da pessoa humana, na visão de Flávia Piovesan¹⁰, simboliza um verdadeiro superprincípio constitucional, dispondo seus próprios fundamentos no ser humano em si mesmo, como ente final e não como meio, que unifica e centraliza todo o sistema, bem como dá ênfase à força normativa dos princípios constitucionais fundamentais.

A dignidade da pessoa humana tem como um de seus propósitos a não intervenção do Estado e de terceiros no âmbito de proteção da dignidade do indivíduo.

O princípio em questão se relaciona à autodeterminação do indivíduo, deixando-o livre para adotar os seus próprios valores e conduzir a sua existência. As decisões primordiais da pessoa não podem ser impostas por uma vontade de terceiro. Cada indivíduo tem sua esfera inviolável de autonomia e esta, por sua vez, pode dar amparo ao direito de escolha de utilização ou não de meios para o prolongamento da vida.

Partindo-se de tais premissas, a possibilidade de recusar mecanismos para o prolongamento da vida reflete a efetivação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade.

A autonomia da vontade

A autonomia da vontade não está expressamente prevista nas Constituições Brasileira e Portuguesa, trata-se de um princípio implícito em ambos os textos constitucionais, presente em vários dos seus preceitos e, por isso, se

6 ONU - Declaração Universal dos Direitos Humanos. [Em linha]. [Consulta em 01/10/2020]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>

7 SILVA, Roberta Soares da - **Dignidade Humana**. p. 6.

8 MIRANDA, Jorge - **Direitos Fundamentais**. p. 221.

9 NOVAIS, Jorge Reis - **A dignidade da pessoa humana**. Vol I. p. 29.

10 PIOVESAN, Flávia - **Temas de Direitos Humanos**. p. 548.

reveste de dignidade constitucional. A autonomia da vontade é expressão da liberdade e um instrumento indissociável do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em matéria de cuidados de saúde, a autonomia ou autodeterminação do indivíduo exerce função de extrema relevância, na medida em que é de fundamental importância o exercício do direito de deliberar e escolher livremente sobre os atos relacionados à situação de saúde.

A autonomia, contudo, não garante à pessoa o direito de fazer tudo aquilo que lhe convier, não se trata de uma ampla e irrestrita liberdade, até porque deve ser observada a premissa máxima de que o direito de um se encerra no ponto que inicia o direito do outro.

O direito à autodeterminação assegura ao sujeito de ter o seu próprio conceito de *vida digna* e *boa vida*, agindo em busca de tal objetivo, desde que balizado pelas relações interpessoais e de acordo com as normas jurídicas.¹¹ Nem toda liberdade pode ser vista como autonomia, mas toda autonomia é exercício de liberdade, este um direito fundamental.

O exercício da autonomia da vontade nada mais é do que a inexistência de ações externas que condicionem o comportamento do indivíduo e a sua autodeterminação, quando estão em jogo os seus interesses individuais, deve prevalecer em relação a vontade do Estado.

No âmbito dos cuidados da saúde, deve prevalecer a visão de dignidade como autonomia, além do conceito constitucional, reconhecendo-se o indivíduo como um ser moral, com capacidade de optar por suas escolhas e assumir suas consequências. Em respeito à autodeterminação é possível se admitir que a vida do indivíduo com uma doença terminal, por exemplo, não seja prolongada com tratamentos que lhe causem mais sofrimento que benefícios, sob a sua perspectiva individual.¹² Cabe ao paciente, portanto, estabelecer para si, os conceitos de vida digna e de morte digna, para tomar uma decisão em situações dessa natureza.

O prolongamento da vida

Quando se fala em *prolongamento da vida*, parte-se da premissa de que não se está tratando de uma situação envolvendo indivíduos saudáveis, mas, ao contrário, envolve pessoas que estão sob condições de vulnerabilidade e precárias de saúde, que não lhe permitam, sob sua concepção individual, viver uma *vida digna*.

Além das conhecidas técnicas de antecipação da morte, como a eutanásia e o suicídio assistido, há métodos de prolongamento da vida, tal qual a distanásia.

Antes de tratar do prolongamento da vida, objeto do presente estudo,

11 DADALTO, Luciana - **Testamento Vital**. p. 17-18.

12 MELO, Nehemias Domingos de. O direito de morrer com dignidade. In **Tratado Brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna**. p. 97.

importante conceituar a eutanásia, a distanásia e o suicídio assistido, a fim de distinguir cada uma dessas modalidades, na visão da doutrina jurídica.

A *eutanásia* consiste na ação ou omissão médica, com o consentimento do paciente, que tem por objetivo abreviar a vida do enfermo em estado terminal ou irreversível, que padece de grave sofrimento, em atenção à qualidade da vida humana na sua fase final. É tida pela doutrina como morte tranquila, sem sofrimento, rotulada inclusive de *boa morte*. Semelhante à eutanásia, encontra-se o *suicídio assistido*, no qual a morte se desencadeia de atitude do próprio paciente, mediante sua expressa vontade, que será orientado por terceiro para chegar à morte.¹³

Ao contrário da eutanásia, a *distanásia* consiste na prolongação da vida do paciente, quando os profissionais da medicina insistem na administração de tratamentos inúteis, que não trazem benefícios ao doente.¹⁴

O significado da distanásia, na doutrina jurídica, é de *morte dolorosa* ou *agonia lenta*.¹⁵ Trata-se de um método de prolongamento da vida, por meio de tratamento que prolonga a vida biológica do paciente, porém, em não raras as vezes, sem atender a sua dignidade ou à qualidade de vida. A doutrina também a conceitua como obstinação terapêutica. Na distanásia, o objetivo é a quantidade de tempo de vida do paciente, prolongando-se ao máximo.

No ponto, quando se trata do direito de escolha do paciente em recusar os métodos de prolongamento da vida, não se está seguindo a linha da eutanásia. Ao contrário, o direito à deliberação da morte, este relacionado à eutanásia, não se confunde com o privilégio de ter uma *morte digna*.

A escolha por uma morte digna se refere ao procedimento de morte natural, com os cuidados paliativos necessários, sem que haja o prolongamento da vida e do sofrimento, através da instituição de intervenções fúteis ou inúteis (distanásia), sob a perspectiva médica.

Os suportes artificiais de vida, tais quais a alimentação, hidratação e respiração artificiais, assim como a ressuscitação cardiorrespiratória, utilizadas no planejamento de cuidados a pacientes gravemente enfermos, são utilizados como regra pelos profissionais da saúde quando o doente é hospitalizado. As ordens médicas seguem tratamentos e meios para o prolongamento da vida.

Nessas situações, em que pese no primeiro momento os médicos atuem para salvar e manter o paciente com vida, se uma ação imediata não for essencial, o enfermo deve ser consultado quando capaz de manifestar sua vontade ou, no caso de pessoa sem capacidade para tomar decisões, seus representantes devem agir em seu nome.

13 NASATO, Graziela. **Os princípios da autodeterminação do indivíduo e da dignidade humana como alicerces na escolha pela interrupção voluntária do envelhecimento e da vida**. p. 108.

14 SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia para Morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade**. p. 89.

15 CASTRO, Raquel Brízida. **Um contributo para o estudo da eutanásia no direito constitucional português**. p. 17.

O consentimento informado e a escolha do tratamento

A opção pela realização ou recusa de um tratamento médico por parte do paciente, assim como a recusa da utilização de métodos de prolongamento da vida, deve ser precedida do consentimento informado.

O consentimento informado, livre ou esclarecido, consiste na explicação que o médico deve dar ao paciente acerca de aspectos relevantes ou materiais relativos a sua saúde, tratamento ou procedimento indicado, bem assim das implicações e consequências derivadas da ação que deverá ser tomada.

Nos dizeres de Carlos Alberto Kastein Barcellos¹⁶, o consentimento informado implica em um procedimento de interação entre médico e paciente que possibilita a tomada de decisões sobre os tratamentos que se pretende sejam ou não realizados. Esse processo tem como base o princípio da autonomia do paciente.

O Código de Ética Médica Brasileiro e o Código Deontológico da Ordem dos Médicos Português estabelecem o dever de o médico prestar o consentimento informado e esclarecido ao paciente. É de extrema importância que se observe o dever de esclarecimento ao paciente, uma vez que, caso violado, poderá ensejar na responsabilidade médica, independentemente de negligência na realização do procedimento ou do sucesso do resultado.

Entre os deveres inerentes aos profissionais da medicina no exercício de suas funções está a necessidade de observância da ética médica. Os médicos, inclusive, desde os bancos da faculdade, são doutrinados a *salvar vidas* e se submetem a um juramento e a um regulamento que rege a profissão. No Brasil, a profissão é regida pelo Código de Ética Médica - Resolução CFM 2.217/2018 - e em Portugal, pelo Código Deontológico da Ordem dos Médicos - Regulamento 707/2016.

Destacam-se, pela pertinência com o tema em estudo, os seguintes princípios fundamentais constantes do Código de Ética Médica Brasileiro: *i)* o médico aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas; *ii)* nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados. Ainda, o documento preceitua ser vedado ao médico “Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”.

Como se vê, o regulamento que rege a profissão orienta os profissionais a aceitarem as escolhas dos seus pacientes quanto aos procedimentos e tratamentos, garantindo-lhes o exercício da autonomia da vontade para decidir sobre as suas questões de saúde e, também, a evitar a realização de meios

16 BARCELLOS, Carlos Alberto Kastein - **Direito Sanitário: diretivas antecipadas de vontade sob o enfoque dos direitos fundamentais**. p. 243.

desnecessários.

O Código Deontológico da Ordem dos Médicos Português, por sua vez, estabelece que o médico está obrigado a “à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo sempre com correção e delicadeza, no intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos, nomeadamente nos doentes sem esperança de cura ou em fase terminal, no pleno respeito pela dignidade do ser humano.”. O referido diploma também preceitua como dever do médico o esclarecimento sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da doença, permitindo que o doente possa consentir com consciência.

O regulamento português, além do capítulo que trata da vida, contempla um capítulo para tratar do *fim da vida*, no qual estabelece que “O médico deve respeitar a dignidade do doente no momento do fim da vida.”, vedando-se a ajuda ao suicídio, a eutanásia e a distanásia. Ressalta, ainda, a necessidade de se observar os cuidados paliativos com o objetivo de minimizar o sofrimento, evitando-se a futilidade terapêutica, tal como a utilização de meios que possam induzir em mais sofrimento, sem qualquer benefício.

Como se vê, os regulamentos - brasileiro e português - que disciplinam a atuação dos médicos apresentam, entre suas disposições, orientação no sentido de observar a autonomia da vontade do paciente, com respeito à dignidade humana, a fim de que o doente possa consentir com consciência sobre questões relativas a sua saúde. Em ambos, há regramentos para a construção do amparo jurídico permissor da possibilidade de o próprio paciente recusar ou aceitar os métodos de prolongamento da vida.

Conclusões

O fundamental direito à vida vai além da vida biológica, é mais do que estar vivo, consiste no direito de ter uma vida digna. A concepção de vida digna é uma questão individual, que varia de acordo com a essência de cada indivíduo.

O direito à vida está intimamente ligado a outros direitos fundamentais, tais quais, a dignidade humana e a autonomia da vontade do indivíduo.

No âmbito dos cuidados da saúde, deve prevalecer a visão de dignidade como autonomia, reconhecendo-se ao indivíduo o direito de optar por suas escolhas e assumir suas consequências. Cabe ao paciente estabelecer para si, os conceitos de vida digna e de morte digna, para tomar uma decisão relacionada a questões de sua saúde.

Concluiu-se, portanto, que a utilização ou a dispensa de mecanismos para o prolongamento da vida não é uma decisão a ser tomada pelo médico, a escolha deve recair ao paciente, evidentemente quando estiver em plenas condições de capacidade para a tomada da decisão ou, alternativamente, aos seus representantes. Nesse contexto, a possibilidade de tomada dessa decisão vem amparada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana

e da autonomia da vontade. Encontra respaldo também no direito à vida, com amparo na corrente doutrinária que considera não se tratar de um direito absoluto, visto que o direito à vida compreende além do direito de estar vivo, o de se ter uma *vida digna*.

Analisou-se as diretrizes dos Códigos da Ordem dos Médicos do Brasil e de Portugal, cujas orientações dão amparo à construção do raciocínio jurídico permissor do direito de escolha pelo próprio indivíduo quanto a utilização ou não de meios para o prolongamento da vida. Conclui-se que não se trata de uma decisão a ser tomada pelo médico, mas sim pelo paciente.

A propósito, revela-se perfeitamente possível um fim da vida com dignidade, sem sofrimento, com os cuidados paliativos necessários e aptos a evitar a dor, uma vez que há profissionais especializados para tanto.

Não se pode ignorar que o fim da vida que é adequado para um indivíduo, pode ser diferente para o outro. Cada paciente e cada família tem um caminho a percorrer até a hora de parar com um tratamento considerar ineficaz e doloroso. O imprescindível é que se tenha as informações adequadas e o amparo dos profissionais especializados.

Referências

BARCELLOS, Carlos Alberto Kastein - **Direito Sanitário: diretivas antecipadas de vontade sob o enfoque dos direitos fundamentais**. Jundiaí: Paco Editorial, 2015. ISBN 978-85-462-0147-1.

BEIJATO JUNIOR, Roberto - **Vida: direito ou dever?: um estudo constitucional da eutanásia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. ISBN 978-85-519-0859-4.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada: Artigos 1º a 107º**. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8.

CASTRO, Raquel Brízida - **Um contributo para o estudo da eutanásia no direito constitucional português**. Lisboa: AAFDL Editora, 2020. ISBN 978-972-629-585-3.

Constituição da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2005, de 12 de agosto. 4ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6809-1.

Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. 53ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-63621-7.

DADALTO, Luciana - **Testamento Vital**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9510-8.

MELO, Nehemias Domingos de - O direito de morrer com dignidade. In **Tratado Brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. ISBN 978-858-49-3214-6. p. 87-99.

MIRANDA, Jorge - **Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2017. ISBN

978-972-40-7217-3.

MÖLLER, Letícia Ludwig - **Direito à morte com dignidade e autonomia**. Curitiba: Juruá Editora, 2007. ISBN 978-85-362-1495-5.

NASATO, Graziela - **Os princípios da autodeterminação do indivíduo e da dignidade humana como alicerces na escolha pela interrupção voluntária do envelhecimento e da vida**. In: Anais de Artigos Completos do V Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra. Vol. 7. Campinas/Jundiaí: Editora Brasília, 2021. p. 102-113.

NOVAIS, Jorge Reis - **A dignidade da pessoa humana**. Vol I. 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7591-4.

ONU - Declaração Universal dos Direitos Humanos. [Em linha]. [Consulta em 01/10/2020]. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf

PIOVESAN, Flávia - **Temas de Direitos Humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-61919-7.

REGULAMENTO n.º 707/2016 de 20 de Maio de 2016. Diário da República, Série II. N.º 139 (21-07-2016) [Em linha] Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/75007439/details/normal?l=1>

RESOLUÇÃO n.º 2.217/2018 de 27 de Setembro de 2018. Diário Oficial da União, Seção I, p. 179 (01-11-2018). [Em linha] Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna - **Autonomia para Morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012. ISBN 978-85-384-0237-4.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna - Suicídio Assistido. In **Tratado Brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017. ISBN 978-858-49-3214-6. p. 193-215.

SILVA, Roberta Soares da - **Dignidade Humana**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direitos Humanos. 1ª. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbebe/507/edicao-1/dignidade-humana>

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA *VERSUS* O DIREITO AO SIGILO DO DOADOR DE GAMETAS

Michely Vargas Del Puppo Romanello

Pós-doutoranda em Direito Civil pela Universidade de São Paulo

José Geraldo Romanello Bueno

Pós-doutorado em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie Campinas

Resumo:

Esta pesquisa tem como objetivo geral o estudo das técnicas de Reprodução Humana Assistida, com enfoque no conflito ético e jurídico do direito à identidade genética *versus* o sigilo do doador de gametas, o qual é analisado a partir dos princípios presentes na Constituição Federal e a Resolução 2.320/2022, do Conselho Federal de Medicina. Para tanto, o problema desta pesquisa é identificar qual direito deve prevalecer: o direito à identidade genética da criança ou a privacidade e intimidade do doador de gametas. Para o desenvolvimento deste trabalho, utiliza-se da estudo qualitativa dos dados como método de procedimento, através de uma pesquisa bibliográfica, fazendo-se o uso de livros, teses, doutrinas e artigos científicos. Dessa forma, realiza-se uma pesquisa básica, qualitativa, hipotético-dedutiva. Assim, conclui-se que, o casal que tem o sonho em ter filhos, mas não conseguem de forma natural, podem realizar o procedimento na clínica de fertilização com material doado. Todavia, deve prevalecer o sigilo do doador de gametas.

Palavras-chave: Identidade genética; Doador de gametas; Fertilização humana.

Introdução

A Reprodução Humana Assistida (RHA) tem se tornado cada vez mais importante e muito utilizada, principalmente, quando o casal é infértil ou estéril, ou deseja a reprodução independente, faz com que eles recorram à doação dos gametas. O sigilo do doador do material genético tem sido um dos principais pontos discutidos na atualidade, visto que há questões éticas e jurí-

dicas que ainda não foram resolvidas.

Para tanto, a problemática da pesquisa é justamente responder as seguintes indagações: a criança concebida por meio das técnicas de reprodução humana assistida tem o direito de conhecer sua origem genética? Há a possibilidade do reconhecimento da filiação entre o reproduzido artificialmente e o doador do material genético? Até que ponto pode se proteger o direito ao sigilo do doador? Qual direito deve prevalecer: a identidade genética da criança ou o sigilo do doador de gametas?

Para tanto, o presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise doutrinária acerca do conflito entre o direito a identidade genética da pessoa concebida através da reprodução assistida heteróloga e o direito ao sigilo do doador, e a lacuna normativa que persiste no ordenamento jurídico brasileiro referente ao tema reprodução humana assistida.

Para o desenvolvimento deste trabalho foi utilizada a análise qualitativa dos dados como método de procedimento, por meio de uma pesquisa bibliográfica, fazendo-se o uso de livros, teses, doutrinas, artigos científicos e jurisprudência, baseando-se no modo hipotético-dedutivo.

Reprodução humana assistida

A Reprodução Humana (RH) é o processo pelo qual se torna possível a continuidade da espécie humana. Ela ocorre, no ser humano, pela forma sexuada, isto é, envolve a combinação de material genético de dois seres distintos (os genitores) pela fusão dos gametas masculino e feminino, no processo que se denomina fecundação.

Assim, a fecundação, pode ocorrer de forma natural, pela relação sexual entre um homem e uma mulher. Entretanto, quando se caracteriza a situação denominada infertilidade ou esterilidade, o casal se vê incapacitado de, naturalmente, conceber seus descendentes, o que os leva a recorrer às Técnicas de Reprodução Humana Assistida.

Por meio de uma análise histórica, verifica-se que, aproximadamente, desde 1332, há relatos de estudos e testes de inseminação artificial. Entretanto, o primeiro registro oficial se deu no ano de 1778, na Inglaterra, com o nascimento do primeiro bebê de proveta, Louise Joy Brown, fruto de fertilização *in vitro*¹. Com o nascimento de Louise, as pesquisas e estudos sobre RHA deram um salto e, desde então, nasceram milhões de bebês por meio de tratamento. No Brasil, no ano de 1984, nasceu Ana Paula Caldeira, o primeiro bebê de proveta do país.

Desde então, o avanço das técnicas de RHA vem acontecendo de forma ininterrupta, tanto no investimento à pesquisa quanto no retorno positivo dos procedimentos, concretizando na prática o que antes não passava de teoria.

1 OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei**. São Paulo: Gaia, 2000, p. 12.

As técnicas de reprodução humana assistida

As principais técnicas de reprodução humana assistida são: Coito programado (CP); Inseminação Artificial Intrauterina (IIU), Fertilização In Vitro (FIV) e, Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICIS).

Dentre as técnicas de reprodução humana assistida, o coito programado é considerado um método de baixa complexidade, um meio satisfatório para aqueles casos de identificação de normalidade na capacidade do homem e da mulher em gerar uma gravidez, porém, com baixa taxa de fertilidade.

Nesse sentido, é aconselhável que o casal tenha relação sexual no período fértil. Entretanto, se não ocorrer gravidez por falta de ovulação, utiliza-se em associação a esta técnica a indução ovariana com a administração de hormônios específicos; o período ovulatório será determinado por monitorização ultrassonográfica².

Na inseminação artificial intrauterina (IIU), é utilizada de forma terapêutica para o tratamento de pacientes com disfunção ovulatória, ou seja, é indicada para um grupo específico de casais, bem como para aqueles que possuem infertilidades não aparentes ou endometriose. Pode ser considerada uma técnica de menor complexidade.

O procedimento é realizado no período ovulatório da mulher, após colher o sêmen do marido, o qual será preparado em laboratório e, depois, introduzido no útero com o auxílio de um cateter específico. Esse tratamento é considerado simples, sujeito a poucas complicações, e apresenta taxa de gestação satisfatória³.

Dentre as técnicas de reprodução humana assistida, a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI) têm se mostrado a mais eficaz. “O alto índice de sucesso observado após o uso da ICSI tem levado diversos centros de reprodução humana assistida a utilizarem a ICSI para todos os casos de infertilidade [...]”⁴.

A ICSI é indicada para homens que tem pouca ou nenhuma quantidade de espermatozoide, problemas de mobilidade dos gametas, ereção, ejaculação por traumas na medula, bem como em situações de vasectomia⁵.

Esse procedimento é utilizado juntamente com a fertilização *in vitro*,

2 OLIANI, Antonio Hélio; FREITAS, Cristiane Moraes Dias; VAZ-OLIANI, Denise Cristina Mós. Técnica de baixa complexidade: IIU. In: DZIK, Artur; PEREIRA, Dirceu Henrique Mendes; CAVAGNA, Mario; AMARAL, Waldemar Naves do (ed.). **Tratado de reprodução assistida**. São Paulo: Segmento Farma, 2011, p. 92.

3 CAMBIAGHI, Arnaldo Schizzi; LEÃO, Rogério de Barros Ferreira. **Manual prático de reprodução assistida para o ginecologista**: direto ao assunto. São Paulo: LaVidaPress, 2013, p. 119.

4 BRAGA, Daniela Paes de Almeida Ferreira; FIGUERIA, Rita de Cassia Sávio; SETTI, Amanda Souza. Fertilização *in vitro* clássica e injeção intracitoplasmática de espermatozoides. In: BORGES JR., Edson; CORTEZZI, Sylvia Sanches; FARAH, Leila Montenegro Silveira (ed.). **Reprodução humana assistida**. São Paulo: Atheneu, 2011, p. 92.

5 SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano; ALVES, Oslania de Fátima. As principais técnicas de reprodução humana assistida. Saúde & Ciência em Ação. **Revista Acadêmica de Instituto de Ciências da Saúde**, v. 2, n. 1, p. 26-37, jan./jul. 2016.

pois o espermatozoide será fecundado no óvulo, em um laboratório, com o uso de microscópio e micro manipuladores.

Legislação estrangeira sobre reprodução humana assistida

Tendo em vista os conflitos éticos e jurídicos advindos da prática da reprodução humana assistida, diversos países criaram sua legislação. Aqueles países que não possuem legislação, decidiram seguir somente a Resolução do Conselho Federal de Medicina, como é o caso do Brasil. Todavia, a Resolução do CFM não tem força de lei, serve somente como uma diretiva médica.

Em uma pesquisa realizada sobre Reprodução Humana Assistida pela *International Federation of Fertility Societies* (IFFS), no ano de 2019, verifica-se que, dos 89 países entrevistados, 77 (87%) disseram que a prática da RHA era regulamentada por legislação, diretrizes ou ambos; 57 (64%) relataram que existia legislação específica em seu país; e 29 (33%) disseram que não existia legislação alguma⁶.

Assim, para melhor compreender sobre a situação legislativa das técnicas de RHA no mundo, decidiu-se analisar a legislação da Inglaterra por ser o país mais desenvolvido em pesquisa e legislação da reprodução humana. Apesar de serem países desenvolvidos, cada um tem sua cultura, ética e legislação muito diferente um do outro.

Inglaterra

A Inglaterra foi o primeiro país a realizar a RHA, através da técnica de inseminação artificial. Porém, por volta de 1948, o país considerou a prática como criminosa após relacionar pensamentos religiosos à realização da masturbação para coleta do material genético⁷.

Apesar da falta de legislação naquela época, foi criada a primeira Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.358/1992, baseada no Relatório de Warnock de 1984, um roteiro que tinha por objetivo regulamentar a prática da fertilização *in vitro* nos países do Reino Unido. Foi uma resolução bastante tímida que representava basicamente o desejo dos médicos e de outros profissionais de saúde que trabalhavam na área.

Na Inglaterra, foi instituída, em 1982, a comissão Warnock para estabelecer princípios aplicáveis às recém-criadas tecnologias de fertilização *in vitro* e à embriologia. O comitê, presidido por Mary Warnock, divulgou, em 1984, o conhecido relatório Warnock, que recomendou, entre outras disposições, o anonimato da doação de gametas, o reconhecimento da legitimidade do filho

6 INTERNATIONAL FEDERATION OF FERTILITY SOCIETIES - IFFS. International Federation of Fertility Societies' Surveillance (IFFS) 2019: Global Trends in Reproductive Policy and Practice, 8th edition. **Global Reproductive Health**, [S.L.], v. 4, n. 1, p. 29, mar. 2019. Ovid Technologies (Wolters Kluwer Health).

7 NOVAES, Thiago Oliveira da Silva. **Humanos sem natureza: as técnicas de reprodução assistida e o anonimato no parentesco**. 2016. Tese (Doutorado) - Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

gerado na constância do casamento por meio de gametas de doador, quando houver consentimento de ambos os cônjuges, e a possibilidade de realização de pesquisas com embriões humanos.²⁸

Posteriormente, no ano de 1989 foi promulgada, pelas Nações Unidas, a Convenção dos Direitos da Criança, a qual previu que toda criança tem o direito de saber quem são seus pais - ou seja, quem eram os doadores de gametas. Contudo, o Conselho Europeu se absteve e não decidiu nem contra e nem a favor desse anonimato⁸.

Já no ano seguinte, foi promulgada a primeira lei que tratava sobre Reprodução Humana Assistida no Reino Unido, chamada de *Human Fertilisation and Embryology Act*, de 1990, foi fundamentada nos princípios que foram discutidos e defendidos pelo relatório Warnock⁹.

Além disso, foi criado na Inglaterra, em 1991, um departamento aliado ao Ministério da Saúde, com a finalidade de trabalhar de maneira independente do governo, fiscalizando as clínicas especializadas em fertilização e centros de pesquisas que utilizassem embriões humanos: o Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA)¹⁰.

Muitas Leis e Emendas foram criadas nesses anos, e conforme as técnicas foram sendo desenvolvidas, as leis precisaram ser adaptadas. Com isso, surgiu o *Human Fertilization and Embryology (Disclosure of Information) Act*, em 1992¹¹.

A evolução de tudo que envolve o assunto avançou, e, no ano de 2004, houve uma nova alteração na lei de fertilização que entrou em vigor em 2005. A partir de então, a HFEA devia coletar e disponibilizar informações sobre características fenotípicas, etnia, estado civil, interesses e habilidades; ou seja, deveria coletar as maiores informações possíveis para que fossem disponibilizadas aos frutos da doação quando completassem 16 anos. Nesta idade não seria permitida a divulgação do nome e do último endereço, mas, a partir dos 18 anos, seriam considerados aptos para solicitar as informações que faltaram¹².

Essa mudança ocorreu após serem estudados depoimentos e questionamentos dos filhos que foram gerados por materiais doados, os quais criti-

8 NOVAES, Thiago Oliveira da Silva. **Humanos sem natureza: as técnicas de reprodução assistida e o anonimato no parentesco**. 2016. Tese (Doutorado) - Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

9 GRÃ-BRETÂNHA. **Human fertilisation and embryology Act 1990**. Chapter 37. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/pdfs/ukpga_19900037_en.pdf. Acesso em: 08 out. 2022.

10 HUMAN FERTILISATION & EMBRYOLOGY AUTHORITY. **Home**. Disponível em: <https://www.hfea.gov.uk/>. Acesso em: 29 out. 2022.

11 REINO UNIDO. **Human Fertilization and Embryology (Disclosure of Information) Act 1992**. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1992/54/contents>. Acesso em: 01 out. 2022.

12 REINO UNIDO. **The Human Fertilization and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004**. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2004/1511/introduction/made>. Acesso em: 01 out. 2022.

cavam a não revelação dos doadores, justificando bem-estar pessoal e de sua família, sobrepondo, assim, o bem-estar do doador sobre o do filho¹³.

Ocorre que a doação do material caiu muito após o ato de alteração do anonimato dos doadores. Isso fez com que fosse autorizada, pelo país, a gestação de até 10 filhos provenientes de um mesmo doador, além de estudar uma nova alteração para a lei, passando, inclusive, a remunerar os doadores, diminuindo assim as filas de espera, que, por seu turno, podem chegar até dois anos¹⁴.

Por fim, pode-se dizer que no mundo não há um consenso sobre as técnicas de RHA, sendo que cada país possui a sua legislação, ou sua forma de avaliar a considerar as técnicas. É possível mencionar o exemplo da Inglaterra, que permite a criação de embriões para pesquisas, mas proíbe a seleção de embriões para escolha do sexo - o que se difere de outros países.

Projetos de Lei em tramitação no Brasil: possíveis soluções?

Assim como a bioética não conseguiu acompanhar a rapidez com que as novas tecnologias se desenvolveram, no mesmo sentido, ocorreu no campo do direito. No Brasil, por exemplo, não há legislação federal regularizando as técnicas de reprodução humana assistida.

No entanto, a falta de regulamentação não tem impedido a utilização da técnica, visto que os profissionais da área médica têm se baseado na atual Resolução n. 2.320/2022, do Conselho Federal de Medicina, para realizar o procedimento, ainda que a Resolução não tenha força de lei.

Assim, há quase 30 anos a utilização das técnicas de reprodução assistida está sendo discutida por meio de Projetos de Lei (PL). Nenhum deles, até o momento, convertido em lei.

Com isso, surgem dúvidas: De que forma que as técnicas de reprodução humana deverão ser regulamentadas? De maneira restritiva? Ou por meio de normas abertas e sem a imposição de muitos limites?

Alguns Projetos de Lei no Brasil são mais restritivos, pois preveem a transferência a fresco de embriões, vedando o descarte e a redução embrionária, por entender que este ato é considerado crime. Assim, infere-se que mesmo a seleção de embriões para prevenir e tratar doenças, realizada através do DGP, não poderá resultar em descarte dos embriões.

Por outro lado, existem Projetos de Lei mais permissivos, segundo os quais os embriões, após o período de criopreservação, deverão ficar à disposi-

13 NOVAES, Thiago Oliveira da Silva. **Humanos sem natureza**: as técnicas de reprodução assistida e o anonimato no parentesco. 2016. Tese (Doutorado) - Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/23225/1/2016_ThiagoOliveiradaSilvaNovaes.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2022.

14 FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. **Reprodução Humana Assistida e a atuação dos conselhos de medicina na perspectiva civil-constitucional**. 2013. 260 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdades Integradas do Brasil, Unibrasil, Curitiba, 2013.

ção dos beneficiários das técnicas de reprodução assistida, doadores ou depositantes, que poderão descartá-los ou doá-los.

É exatamente esse enfrentamento que falta no Brasil: impor limites à utilização desenfreada das práticas que ensejam a coisificação do ser humano. Agora, cabe ao Congresso Nacional a possibilidade de demonstrar o que seria mais adequado à sociedade brasileira em termos de limites. Até então, não há parâmetros, a não ser a Resolução n. 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina que, embora útil, não resolve as inúmeras questões jurídicas apresentadas na prática pela aplicação e pelo uso das técnicas reprodutivas.

Direito ao sigilo do doador de gametas *versus* identidade genética: colisão entre direitos fundamentais?

Conflituosa é, portanto, a relação existente entre o direito de identidade da pessoa concebida pela reprodução assistida heteróloga e o direito à intimidade do doador de gametas, garantido por meio do resguardo do seu anonimato.

O direito à identidade individual, cuja identidade genética o agrega, é um direito fundamental substancial, ou seja, essencial à pessoa, irrenunciável e imprescindível. Contudo, esse direito conferido ao ser gerado pela reprodução assistida heteróloga ainda não foi regulamentado expressamente no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar disso, o direito à identidade genética estaria garantido no art. 227, parágrafo 6º da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 227. É dever da Família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...)

Parágrafo 6. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Ou seja, se o texto constitucional assegura a igualdade e a isonomia a todos os filhos. Assim, deve, pois, conferir por óbvio, à pessoa gerada por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga o direito de conhecer sua identidade genética, da mesma forma como tutela a todos os demais indivíduos, advindos de reprodução natural ou homóloga.

Já o direito de intimidade do doador de material genético, no sentido de manter em segredo sua identidade de forma a não dar publicidade do seu ato, está resguardado no art. 5º, inciso X da Constituição Federal:

Art. 5. 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 se-

gurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

O direito ao anonimato envolve a todos indistintamente, ou seja, não só ao doador, mas a todos os beneficiários da técnica reprodução assistida, conforme expressa previsão na Resolução do Conselho Federal de Medicina de n. 2.320/2022, no seu inciso IV, nos 2 e 4:

“2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, exceto na doação de gametas ou embriões para parentesco de até 4º (quarto) grau, de um dos receptores (primeiro grau: pais e filhos; segundo grau: avós e irmãos; terceiro grau: tios e sobrinhos; quarto grau: primos), desde que não incorra em consanguinidade.

3. Deve ser mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores, com a ressalva do item 2 do Capítulo IV. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente aos médicos, resguardando a identidade civil do(a) doador(a)”.

Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina entende que o anonimato é regra, buscando resguardar não só a intimidade do doador, como a dos beneficiários da técnica de reprodução assistida heteróloga, de exercício integral da maternidade e/ou paternidade, que serão, para todos os efeitos, os legítimos pais da criança gerada frente à coletividade.

Ademais, a Resolução do Conselho Federal de Medicina, prevê a possibilidade de relativização do anonimato apenas em situações especiais e para conhecimento apenas dos médicos, o que não alcançaria a pessoa concebida que pleiteia o acesso à sua identidade genética. E nesse sentido, quando relativiza, é apenas com objetivo de resguardo da saúde do ser gerado.

Sobre essa situação e, pois, na defesa do direito de conhecimento da identidade genética da própria criança, se posiciona Calmon:

“(...) o anonimato das pessoas envolvidas deve ser mantido, mas devem ceder à pessoa que resultou da técnica concepcionista heteróloga, diante do reconhecimento pelo direito brasileiro dos direitos fundamentais à identidade, à privacidade e à intimidade, podendo a pessoa ter acesso às informações sobre toda a sua história sob o prisma biológico para o resguardo de sua existência, com a proteção contra possíveis doenças hereditárias, sendo o único titular de interesse legítimo para descobrir suas origens”¹⁵.

Porém, fica evidente a existência de uma colisão entre tais direitos e o

15 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 803.

que se busca é entender, no caso concreto, como e quando cada um poderá ser relativizado, já que nenhum poderá ser desconsiderado frente sua natureza de direito fundamental constitucionalmente assegurado.

Por fim, convém destacar o posicionamento do tribunal a favor do direito ao sigilo do doador de gametas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE REGISTRO DE NASCIMENTO DEDUZIDO POR CASAL HOMOAFETIVO, QUE CONCEBEU O BEBÊ POR MÉTODO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA, COM UTILIZAÇÃO DE GAMETA DE DOADOR ANÔNIMO. DECISÃO QUE ORDENOU A CITAÇÃO DO LABORATÓRIO RESPONSÁVEL PELA INSEMINAÇÃO E DO DOADOR ANÔNIMO, BEM COMO NOMEIOU CURADOR ESPECIAL À INFANTE. DESNECESSÁRIO TUMULTO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE LIDE OU PRETENSÃO RESISTIDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE IMPÕE O REGISTRO PARA CONFERIR-LHE O STATUS QUE JÁ DESFRUTA DE FILHA DO CASAL AGRAVANTE, PODENDO OSTENTAR O NOME DA FAMÍLIA QUE LHE CONCEBEU. 1. Por tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde sequer há lide, promover a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador especial à menor, significaria gerar um desnecessário tumulto processual, por estabelecer um contencioso inexistente e absolutamente desarrazoado. 2. Quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador anônimo, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação, pela falta de interessados. É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade - e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício. 3. Sendo oportunizado à menor o exercício do seu direito personalíssimo de conhecer sua ancestralidade biológica mediante a manutenção das informações do doador junto à clínica responsável pela geração, por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não há motivos para determinar a citação do laboratório e do doador anônimo para integrar o feito, tampouco para nomear curador especial à menina no momento, pois somente a ela cabe a decisão de investigar sua paternidade. 4. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo

ostentar o nome da família que a concebeu. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70052132370, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013).

Assiste razão o Tribunal, pois a intenção de resguardar a identidade de doadores(as) e receptores(as) encontra fundamento, principalmente, nos riscos de futuro questionamento da filiação biológica da criança gerada, desestabilizando as relações familiares e pondo em cheque o bem estar emocional de todos os envolvidos.

Considerações finais

O estudo do presente tema é empolgante e insaciável, no sentido de não se chegar a respostas satisfatórias e pacíficas que possam resguardar os direitos de todos os envolvidos na técnica de reprodução humana assistida heteróloga.

Contudo, o direito posto, ou seja, o ordenamento jurídico dos países, não evolui na mesma rapidez e profundidade, fazendo com que a sociedade se depare com situações que dela resultam e que precisam ser regulamentadas, mas, inicialmente, quedam à margem legal.

Na reprodução humana heteróloga o direito à intimidade do doador está resguardado pelo princípio do anonimato, no sentido de que sua identidade, genética e pessoal, deve ser, em regra, mantida, e tem como fundamento a inexistência de manifestação de vontade procriacional do doador, que, seja por questão altruísta ou financeira, não tem nem terá nenhum vínculo de filiação com o ser gerado por essa técnica.

Pensar diferente ensinaria ao doador uma série de direitos e deveres que não consentiu em assumir. Direito de Filiação com o ser gerado, decorrente de sua vinculação consanguínea com o mesmo, e deveres pessoais e patrimoniais desta filiação decorrentes, tais como: nome, alimentos, sucessão e etc.

Por outro lado, o direito ao sigilo dos pais, beneficiados pela referida técnica, resguarda-os do enfrentamento social de assumir a participação de um terceiro, estranho ao seio familiar, na geração de sua família, o que poderia não só causar impacto social e cultural, como questionamentos por parte da própria criança gerada, que uma vez tomando conhecimento da técnica utilizada para seu nascimento poderia passar a ter interesse em conhecer seu genitor biológico.

Daí decorre à tendência ao reconhecimento do direito da criança gerada ao conhecimento de sua identidade genética, quer por questão pessoal, já que se trata de um direito fundamental da personalidade, imprescindível e irrenunciável, quer por necessidade vital de saúde, frente a uma doença hereditária que exija conhecimento genético.

Quanto ao direito de conhecimento da identidade pessoal do doador, este enfrenta maior resistência, tendo em vista os problemas sociais e fami-

liares que tal revelação poderia gerar, tais como interferência do mesmo na criação do ser gerado, bem como constrangimento do parceiro que não participou geneticamente da reprodução frente à família, à sociedade e à própria criança gerada.

Percebe-se, então, que a solução mais viável e, nesse sentido, mais legítima, é a utilização dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para, no caso concreto, avaliar quais direitos poderão ser relativizados levando sempre em consideração as consequências decorrentes dessa relativização, sobretudo para aqueles que possivelmente serão mais vulnerabilizados, ou seja, os embriões humanos, em uma perspectiva de responsabilização intergeracional.

Referências

BRAGA, Daniela Paes de Almeida Ferreira; FIGUERIA, Rita de Cassia Sávio; SETTI, Amanda Souza. Fertilização *in vitro* clássica e injeção intracitoplasmática de espermatozoides. In: BORGES JR., Edson; CORTEZZI, Sylvia Sanches; FARAH, Leila Montenegro Silveira (ed.). **Reprodução humana assistida**. São Paulo: Atheneu, 2011.

CAMBIAGHI, Arnaldo Schizzi; LEÃO, Rogério de Barros Ferreira. **Manual prático de reprodução assistida para o ginecologista**: direto ao assunto. São Paulo: LaVidaPress, 2013.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. **Reprodução Humana Assistida e a atuação dos conselhos de medicina na perspectiva civil-constitucional**. 2013. 260 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdades Integradas do Brasil, Unibrasil, Curitiba, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GRÃ-BRETANHA. **Human fertilisation and embryology Act 1990**. Chapter 37. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/pdfs/ukpga_19900037_en.pdf. Acesso em: 08 out. 2022.

HUMAN FERTILISATION & EMBRYOLOGY AUTHORITY. **Home**. Disponível em: <https://www.hfea.gov.uk/>. Acesso em: 29 out. 2022.

INTERNATIONAL FEDERATION OF FERTILITY SOCIETIES - IFFS. International Federation of Fertility Societies' Surveillance (IFFS) 2019: Global Trends in Reproductive Policy and Practice, 8th edition. **Global Reproductive Health**, Ovid Technologies (Wolters Kluwer Health). [S.L.], v. 4, n. 1, p. 29, mar. 2019.

NOVAES, Thiago Oliveira da Silva. **Humanos sem natureza**: as técnicas de reprodução assistida e o anonimato no parentesco. 2016. Tese (Doutorado) - Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

OLIANI, Antonio Hélio; FREITAS, Cristiane Moraes Dias; VAZ-OLIANI, Denise Cristina Mós. Técnica de baixa complexidade: IIU. In: DZIK, Artur; PEREIRA, Dirceu Henrique Mendes; CAVAGNA, Mario; AMARAL, Waldemar Naves do (ed.). **Tratado de reprodução assistida**. São Paulo: Segmento Farma, 2011.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei.** São Paulo: Gaia, 2000.

SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano; ALVES, Oslania de Fátima. As principais técnicas de reprodução humana assistida. Saúde & Ciência em Ação. **Revista Acadêmica de Instituto de Ciências da Saúde**, v. 2, n. 1, p. 26-37, jan./jul. 2016.

REINO UNIDO. **Human Fertilization and Embryology (Disclosure of Information) Act 1992.** Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1992/54/contents>>. Acesso em: 01 out. 2022.

REINO UNIDO. **The Human Fertilization and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004.** Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/uksi/2004/1511/introduction/made>>. Acesso em: 01 out. 2022.

A UTILIZAÇÃO DAS CÂMERAS POLICIAIS COMO FORMA DE GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS, DA SEGURANÇA PÚBLICA E DA FUNÇÃO ESTATAL

Sheila Bonfim Anerth

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Módulo de Caraguatatuba (São Paulo/Brasil)

Resumo:

A pesquisa objetiva encontrar elementos que evidenciem ou não, que o uso de novas tecnologias pode contribuir para a garantia dos Direitos Humanos e Fundamentais do cidadão, justifica-se a pertinência temática ante ao fato de que é possível a existência de erros ou inobservância de protocolos e procedimentos pela parte da autoridade policial. A mesma tecnologia serve para resguardar o agente ante as falsas acusações contra ele suscitadas, de modo que consiste igualmente em proteção ao pleno exercício da função própria da atividade policial. Assim, parte-se do pressuposto de que essas novas tecnologias podem contribuir para concretização dos Direitos Humanos, bem como a garantia da segurança pública, da ordem e da paz social. Inicialmente verifica-se que o equipamento é qualificado positivamente pelo Governo do Estado de São Paulo, tanto para a segurança do policial, para a reprodução de provas e diminuição dos índices de letalidade policial, como para a obtenção de informações com exatidão em casos necessários para reforços em ocorrências de gravidade, quando contrastados pela conduta ofensiva à ordem jurídica e aos pressupostos constitucionais de Cidadania e do dever do Estado em garantir a Segurança, a Ordem e a Paz pública. Imperioso destacar que a pesquisa não objetiva o esgotamento da matéria, seja pela natureza do trabalho, seja pela complexidade do tema, tendo sido confirmada a hipótese inicial de que o uso de novas tecnologias corrobora para a concretização e garantia dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Novas tecnologias; Ordem pública; Paz social; Segurança pública.

Introdução

Muito se tem discutido, recentemente, acerca dos principais aspectos relativos ao uso de novas tecnologias na segurança pública. A utilização de

equipamentos Bodycams por agentes responsáveis pela fiscalização, em especial, Policiais Militares que realizam o trabalho ostensivo e preventivo na contenção de delitos e infrações administrativas. Buscar-se-á evidenciar não apenas os reflexos positivos ou negativos relacionados aos agentes públicos, mas, mais que isso, a possível violação a direitos humanos fundamentais dos cidadãos sujeitos a tal procedimento. Para tanto, o estudo percorre o universo dos Direitos humanos Fundamentais informador dos vários ramos do Direito brasileiro, em especial, o Direito Penal Constitucional. Uma das problematizações do estudo, é se fere a intimidade do agente público ou se ensejaria a possível violação ao Direito da não autoincriminação do averiguado. O presente estudo aborda uma grande importância, pois se trata da utilização de equipamentos de gravação de vídeo e áudio por agentes públicos. Equipamento este, que tem o intuito de reduzir a letalidade policial, proteger o cidadão do uso da força, o abuso do poder estatal, e assegurar os agentes de possíveis acusações infundadas. Em contrapartida, o questionamento de uma possível violação dos direitos fundamentais dos cidadãos e agentes públicos. A privacidade ainda é um tópico problemático quando é falado do uso das novas tecnologias, como exemplo, as bodycams, pois todo indivíduo tem o direito fundamental a privacidade e a gravação indiscriminada podem ter um possível risco ou uma afronta a este direito.

Breve história

Polícia é um vocabulário de origem grega (politeia), e passou para o latim (politia), com o mesmo sentido: “governo de uma cidade, administração, forma de governo”. No entanto com o passar do tempo, assumiu um sentido particular, “passando a representar a ação do governo, enquanto exerce sua missão de tutela de ordem jurídica, assegurando a tranquilidade pública e a proteção da sociedade contra as violações e malefícios”.

Há todo um estudo para formar agentes públicos e inseri-los as instituições correspondentes, seja ela, a Polícia Militar, Civil, o Exército brasileiro. Trilhando o campo doutrinário, pode-se encontrar autores que descrevem o funcionamento deste período de imersão dos indivíduos nas instituições.

Erving Goffman, apresentando uma definição ampla de instituição total, a qualifica como “um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada.” (2008, p. 11).

Michel Foucault, referindo-se a um campo específico, informa que; o soldado tornou-se algo que se fabrica; de uma massa informe, de um corpo inapto, fez-se a máquina de que se precisa; corrigiram-se aos poucos as posturas: lentamente uma coação calculada percorre cada parte do corpo, se assenhoreia dele, dobra o conjunto, torna-o perpetuamente disponível, e se prolonga, em silêncio, no automatismo dos hábitos; em resumo, foi “expulso

o camponês” e lhe foi dada a “fisionomia de soldado” (2009, p. 131)

Experiência no Brasil

No Brasil, a ideia de polícia surgiu em 1500, quando D. João III resolveu adotar um sistema de capitanias hereditárias, outorgando uma carta régia a Martim Afonso de Souza para estabelecer a administração, promover a justiça e organizar o serviço de ordem pública, como melhor entendesse, em todas as terras que ele conquistasse. Registros históricos mostram que, em 20 de novembro de 1530, a Polícia Brasileira iniciou suas atividades, promovendo Justiça e organizando os serviços de ordem pública.

Pelo Alvará Régio de 10 de maio de 1808, D. João criou o cargo de intendente Geral de Polícia da Corte e nomeou o desembargador Paulo Fernandes Viana para exercer o cargo, iniciando-se, assim, uma série de grandes modificações no organismo policial. Viana, criou, pelo aviso de 25 de maio de 1810, o Corpo de comissários de Polícia, que só se tornou realidade por força de uma portaria intendente Geral de Polícia, Francisco Alberto Teixeira de Aragão, em novembro de 1825.

De 1808 a 1827, as funções policiais e judiciárias permaneceram acumuladas; mas com a promulgação do Código de Processo Criminal do Império, a organização policial foi descentralizada. Em 1841, a intendência Geral de Polícia foi extinta, criando-se o cargo de Chefe de Polícia, ocupado até 1844 por Euzébio de Queiroz Coutinho Matoso Câmara. A lei de 03 de dezembro de 1841 proporcionou uma mudança radical, com a criação, em cada província e na Corte, de uma Chefatura de Polícia.

Em 31 de janeiro de 1842, o regulamento nº 120 definiu as funções da polícia administrativa e judiciária, colocando-as sob a chefia do Ministro da Justiça. Em 20 de setembro de 1871, pela Lei nº.2033, regulamentada pelo Decreto nº.4824, de 22 de novembro do mesmo ano, foi reformado o sistema adotado pela Lei nº.261, separando-se justiça e Polícia de uma mesma organização e proporcionando inovações que perduram até hoje, como a criação do Inquérito Policial.

Os equipamentos instalados nas fardas dos policiais registram áudio e vídeo em tempo real, e começaram a ser usadas em 2020.

Linha do tempo

Ao longo dos séculos, houve marcos históricos, revoluções e com tais acontecimentos, foram estudadas e implementadas inovações nos sistemas de segurança pública. Seguindo uma linha do tempo, pode-se apresentar algumas inovações significativas da tecnologia para contribuir para o aprimoramento dos serviços a segurança.

Em 1983 a Coordenadoria de informações e Operações (Ciop), é transformada em Coordenadoria Análise e Planejamento (CAP), pelo decreto nº21.414/83;

Art. 5º - O centro de análises de Dados tem, por meio de seu Corpo Técnico, as seguintes atribuições:

I - Fixar as diretrizes relativas à natureza dos dados a serem recebidos ou solicitados e a serem processados;

II - Proceder a avaliação e análise da criminalidade, através dos dados processados;

III - Executar o processamento dos dados fornecidos pelos órgãos policiais, relativos à incidência criminal.

Em 1992 foi criado o primeiro site da Polícia Civil, sendo este hospedado nas dependências da Universidade de São Paulo (USP).

Em 1995 se inicia as publicações da estatística oficial, referente a atuação das polícias Civil e Militar. Sendo publicadas trimestralmente no Diário Oficial do Estado (DOE), e pela internet, na página da Secretaria da Segurança pública, por determinação da lei nº9.155/95.

Em 1997 é criado o site da polícia Militar do Estado de São Paulo e da Ouvidoria, pela lei complementar nº 826/97.

Em 1998, houve mudanças da estrutura da Superintendência da Polícia Técnico - Científica (SPTC), ficando subordinada diretamente ao Secretário da Segurança Pública. Pelo decreto nº42.847/98, criou-se o Departamento de Identificação e Registros Diversos (Dird), no mesmo houve o início do funcionamento da intranet da Polícia Civil, utilizando tecnologia aplicada à internet para substituição do processamento das mensagens via telex, sendo o sistema gerenciado pelo Departamento de Telemática (DETEL). A Intranet veio facilitar o banco de Dados da Prodesp, a resenha policial, a consulta à legislação e os endereços e telefones, entre outros benefícios.

Em 2000, foi lançado oficialmente o Infocrim - Sistema de informações Criminais: um banco de dados informatizado, interligado em rede de distritos policiais e companhias, e ainda neste ano, foi implementado o Plantação Eletrônico (atual Delegacia Eletrônica).

Em 2002 é criado o Departamento de Inteligência da Polícia Civil (Dipol) em substituição ao Departamento de Telemática da Polícia Civil (Detel). Entre as inovações estão o funcionamento de uma Unidade de Inteligência Policial nas Assistências Policiais da Corregedoria, dos departamentos de polícia judiciária da Capital (Decap), da Macro São Paulo (Demacro), do Interior (Deinter 1 a 7), do Departamento de Investigações sobre o Crime Organizado (Deic), e do Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa (DHPP); além da criação do Serviço Técnico de Monitoramento Legal de Telecomunicações (Setel), pelo decreto nº 47.166/02. Em 16 de junho de 2002 houve a inauguração da primeira Delegacia de Polícia Participativa: o 24º DP (Ermelino Matarazzo), semarceragem e com um Núcleo de Atendimento Jurídico-Social (NAJS). Na ocasião, também foi instalado o primeiro Registro Digital de Ocorrência (RDO), um sistema de coleta de dados que moderniza a estrutura de relatórios e possibilita a consulta automática do banco de dados civil e criminal, veículos e armas.

Em 2008 a central de videomonitoramento foi inaugurada, contando com 100 câmeras instaladas em pontos estratégicos, tendo seu funcionamento sem a presença de operador e podendo ser programadas para disparar alarmes quando houver uma situação de risco.

Em 2010 a Superintendência da Polícia inaugurou um sistema controle de provas, onde passam a ser rastreadas por meio de etiquetas com chip detectável por portais instalados no Núcleo de Identificação Criminal (NIC).

Conceituação

Ao longo de todo trajeto histórico em prol a preservação da ordem pública, houve grandes inovações tecnológicas, sendo uma temática que tem tido repercussão tanto negativa como positivamente. Atualmente as novas tecnologias como a nova TASER X2, que tem a função de incapacitar temporariamente o agressor com um menor potencial ofensivo, como também a bodycams, que seu principal instituto, é a proteção a integridade do agente público contra quaisquer tipos de acusações infundadas, como a proteção do cidadão contra o possível abuso de poder estatal.

As câmeras têm sido acopladas a fardas policiais, em batalhões com maior índice de letalidade policial, sendo em ao menos quatro estados, como São Paulo, Rio de Janeiro, Santa Catarina e Rondônia, os demais estados ainda estudam a possibilidade de implementação.

O presente estudo busca evidenciar se há violação a intimidade dos agentes públicos e se fere os direitos dos averiguados ao produzir provas contra si. Devido ao uso destes equipamentos, gera um debate que deverá ser resolvido no âmbito do princípio da proporcionalidade, sobre a existência de um conflito de normas e princípios, uma elimina a outra, por questão de invalidade, sejam estes, o direito à privacidade, honra e imagem em contraposição à moralidade e a legalidade da atuação do agente público.

De acordo com Robert Alexy, numa colisão entre princípios, um apenas afasta o outro no momento da resolução do embate, quando as possibilidades jurídicas e fáticas de um deles forem maiores do que as do outro. O princípio da proporcionalidade é um dos mais importantes princípios do pós-positivismo, pois exerce função imprescindível na proteção dos direitos fundamentais. Observa-se que a harmonia entre os direitos fundamentais só é alcançada através da aplicação da proporcionalidade que, sob a forma de princípios, devem ser realizados nas máximas medidas possíveis.

O eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, em seu livro Curso de Direito Constitucional, conceitua o direito à privacidade como:

“(...) o Direito à privacidade, em sentido estrito, conduz à pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral”. (MENDES, 2010, p. 472).

Já as colisões de direitos fundamentais em sentido amplo ocorrem entre direitos fundamentais individuais e interesses fundamentais coletivos, sendo que não há uma colisão de precedência incondicionada. Como exemplo, o famoso caso *LeBach* julgado pela Tribunal Constitucional Alemão, onde quatro soldados do Exército haviam sido assassinados, e armas haviam sido subtraídas, na cidade de *LeBach*, e, após vários anos cumprindo pena, um dos condenados pelo crime estava para sair da prisão quando o programa de televisão alemão (ZDF) anunciou a projeção de um documento intitulado “o assassinato dos soldados de *LeBach*”.

O preso pretendeu uma ordem proibitória de exibição do documentário, arguindo que seu direito individual a personalidade seria ferida, prejudicando sua ressocialização. O Tribunal Constitucional decidiu que, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas, o princípio da proteção da personalidade, de índole individual, obteve melhor ponderação do que o princípio da liberdade de informação, de índole coletiva. Ressalte-se que o autor em estudo alerta que os chamados bens coletivos não irão se apresentar apenas como adversários dos direitos individuais.

Alexy formulou uma lei que se aplica a todas as ponderações de princípios, a chamada “lei da ponderação”, que prescreve que quanto maior é o grau da não satisfação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro.

Paulo Bonavides, entende que o princípio está previsto em diversas disposições da Constituição como, por exemplo, os incisos V, X, XXV do art. 5º, os incisos IV, V e XXI do art. 7º; o inciso IX do art. 37; inciso V do art. 40 e inciso VIII do art. 71.

Art. 5º V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houve dano;

É também decorrente do Estado de Direito e da unidade da Constituição. Por fim, baseia ainda a positividade no §2º do art. 5º, uma vez que a Carta Magna não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados.

Todas essas teses foram bem construídas e são suficientes para sustentar a presença da proporcionalidade no Brasil. Não obstante, a ideia que nos parece pôr fim a discussão é defendida por Robert Alexy.

O direito fundamental a ser filmado e exposto está em conflito com a possibilidade de ter documentada uma possível má conduta policial, uma coação, tortura ou erro procedimental na busca probatória.

Direito Fundamental de não autoincriminação em contraposição a recursos técnicos durante a abordagem policial ostensiva

A Constituição de 1988 também é conhecida como “Constituição Cidadã” por trazer garantias dos direitos descritos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, garantem direitos ao silêncio, esse direito subjetivo de não se autoincriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não-culpabilidade previsto no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal - Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. Ao ser questionado numa abordagem da polícia ostensiva, não estaria violando tais direitos, ou até mesmo estando em contrário ao princípio de não autoincriminação?

A fonte da cláusula do direito à não incriminação foi a máxima *nemo tenetur se ipsum accusare* e o *Nemo tenetur se detegere*, segundo o qual, ninguém será obrigado a produzir provas contra si.

Sérgio Ricardo de Souza assevera que contraria a dignidade da pessoa humana qualquer norma que imponha, ao investigado pela prática de determinada infração penal, a obrigação de contribuir com o fornecimento de informações que facilitem o Estado a fazer prova contra ele.

O Supremo Tribunal Federal deixou assente a relação entre a dignidade da pessoa humana e o *Nemo tenetur se detegere*, ao afirmar que o direito à não autoincriminação, que assegura a não produção de prova contra si mesmo, “constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana”.

Está previsto em nossa Constituição o direito ao silêncio, um exercício que protege o indivíduo, de exposições da sua vida privada e garante o direito de não expor sua culpa. Com isso, não pode ser coagido pelos agentes públicos a produzir provas para se incriminar, seja numa conversa informal em meio ao procedimento operacional padrão.

Ainda neste seguimento, Guilherme de Souza Nucci assevera que:

Ninguém é obrigado, segundo emana do sistema constitucional e, é reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, a produzir prova contra si mesmo. Portanto, se o investigado é o suspeito ou indiciado, conforme orientação de sua defesa, pode não fornecer o material para o exame ser realizado.

A utilização das câmeras bodycams, está em contraposição ao direito de não se autoincriminar no momento da abordagem realizadas pelos agentes públicos, seja no diálogo informal, na busca pessoal e na utilização de tais gravações de imagens e áudios que ficará sob poder estatal, e o direito de não se autoincriminar do agente.

Parece-nos que as imagens provenientes de inteirações entre cidadão e policiais equipados com as bodycams se classificariam como interceptações

ambientais e gravações ambientais, sendo, pois, instrumentos a subsidiar denúncias e processos, sem qualquer violação à citada lei protetiva, devendo a interpretação sobre as imagens ficar a cargo dos princípios da dignidade da pessoa humana e da privacidade.

Um ponto importante a se debater é se policiais munidos com as câmeras corporais poderiam gravar sua atuação em ambientes, que a privacidade do cidadão é sobremaneira protegida, por exemplo, o interior de sua residência. E se o mandado de busca expedido por juiz compete, mediante fundamentada suspeita, autorizaria além da entrada de força policial em domicílios, para busca de objetos, pessoas etc., a gravação das diligências policiais e a exposição processual da privacidade do lar, onde as buscas foram executadas.

Possíveis implicações ao Direito a intimidade dos agentes públicos que utilizam equipamentos de captação de áudio e vídeo

Existem relatos de discussões sobre o uso das imagens, onde em um determinado Estado, policiais reivindicam mudança no funcionamento das câmeras. Atualmente, seu funcionamento é automático e assim que acoplada a farda do agente público, é filmando em tempo real, as 12 horas que o policial estiver trabalhando. É feito o registro de conversas pessoais, momentos em que poderá ocorrer o equívoco a utilização, por exemplo, uso ao banheiro sanitário e de suas refeições, podendo ser exposto e ser submetido a situação vexatória.

Um exemplo relatado em uma entrevista, é que uma filmagem feita pela bodycams na farda de um policial foi divulgada pela imprensa no percurso do julgamento dos policiais, referente a uma ocorrência onde uma comerciante foi submetida a uma situação degradante, onde foi estrangulada e utilizaram spray de pimenta.

A circulação das imagens aconteceu antes do julgamento dos policiais em processo administrativo e do oferecimento de denúncia, e os policiais sofreram ameaças devido à forte repercussão do caso e tiveram que se afastar do serviço.

Ainda sobre o funcionamento deste equipamento, é que há um botão de pânico que pode ser acionado, e as imagens são captadas em alta resolução, ficando armazenadas em banco de dados, não sendo permitido manipulação destas gravações, e fornecidas a órgãos de controle, sempre que solicitadas.

“Segundo Mariana Lixa, advogada da APRASC (Associação de Praças do Estado de Santa Catarina) e da FENEPE (Federação Nacional de Entidades de Praças Estaduais), em entrevista para BBC:” isso gera situações de invasão de privacidade de policiais, com a filmagem de policiais no banheiro ou de ligações telefônicas pessoais ou profissionais que não poderiam ser filmadas”.

O agente policial tem atividade “exclusiva e permanente”, o que significa que ele continua sendo policial nos seus momentos de folga. Ao se deparar

com uma ocorrência fora do seu horário de trabalho é obrigado a agir, mesmo não dispondo no momento de seu equipamento completo, incluindo a câmera.

Teoria dos Círculos Concêntricos

O caráter de uma pessoa também pode ser definido como um conjunto de valores morais e princípios que conduzem a conduta humana na sociedade. A ética serve para que haja um equilíbrio e bom funcionamento social. Com isso, foram criadas as teorias dos círculos de Miguel Reale (2006).

Segundo o doutrinador Paulo Nader (2013), a teoria dos círculos concêntricos foi desenvolvida por Jeremy Bentham (1748-1832), onde o principal objetivo é o conceito desta teoria e a moral e a ordem jurídica fossem atreladas. O direito está imerso aos princípios morais, possuindo uma atuação ampla.

Já para o renomado jurista Heinrich Hubmann (apud ROSSONI; BOLESINA, 2014) a teoria dos círculos concêntricos se dividiria em três partes: Privacidade, Segredo e a intimidade.

Paulo Nader, em sua obra “introdução ao estudo do Direito”, caracteriza como:

Desenvolvida por Jellinek, a teoria do mínimo ético consiste na ideia de que o Direito representa o mínimo de preceitos morais necessários ao bem-estar da coletividade. Para o jurista alemão, toda sociedade converte em Direito aos axiomas morais estritamente essenciais à garantia e preservação de suas instituições. A prevalecer essa concepção o Direito estaria implantado, por inteiro, nos domínios da Moral, configurando, assim, a hipótese dos círculos concêntricos.

Teoria dos Círculos Secantes

De acordo com Claude DU Pasquier citado por Nader (2013), a teoria dos círculos secantes é o princípio de que o Direito e Moral coexistem, não se separam, pois há um campo de competência comum onde há regras com qualidade jurídica e que tem caráter moral. “Toda norma jurídica tem conteúdo moral, mas nem todo conteúdo moral tem conteúdo jurídico”. (DU PASQUIER apud NADER, 2013, p. 42 e 43)

Conclusão

Ao percorrer pelos campos de pesquisas doutrinárias e o ordenamento jurídico, pode-se verificar uma fragilidade ao ponderar o direito fundamental dos agentes públicos e dos averiguados. Numa balança onde se pesa o direito privado do indivíduo envolvido e o direito público do poder estatal, tem um peso significativo no momento da imposição de novas tecnologias. Entende-se que o direito privado, rege os interesses particulares, e suas vidas privadas,

no que diz respeito aos indivíduos envolvidos, sejam eles, o averiguado, que deve ter em execução o exercício do ordenamento jurídico na proteção aos seus direitos fundamentais ou o indivíduo que também possui os mesmos direitos no âmbito civil enquanto exerce sua função como agente público. Em contrapartida, temos o direito público que é, um conjunto de normas jurídicas de natureza pública, neste caso, o Direito Constitucional, Administrativo e Penal, que regulariza relação entre particular e Estado, e tendo como atividades, as funções e organizações dos poderes do Estado e dos seus servidores.

Na tentativa de ponderar, nos deparamos com a teoria da proporcionalidade, a possível colisão entre esses direitos. É primordial que ambos, não se abstraia do principal dever, que é defender os Direitos Fundamentais da pessoa humana, que esses direitos estejam presentes em qualquer tipo de situação, pois a dignidade do ser humano, é o princípio unificador da Constituição brasileira, e um dos principais parâmetros de controle da legitimidade Substancial do Poder Estatal, como critério para aferição da legalidade da aplicação das demais normas.

Da teoria dos círculos concêntricos, no entendimento dos autores o direito vai se ocupar no mínimo que for necessário para que tenhamos uma vida ordenada e organizada em sociedade, dito isso, as normas morais são maiores do que as normas jurídicas, afinal, o direito só vai tratar daquilo que for essencial para manter a ordem na sociedade. Sendo que da teoria dos círculos secantes, vai demonstrar que existem pontos entre direito e a moral que se tocam, mas em determinados pontos, um não influenciará o outro.

As considerações finais desta pesquisa, evidencia o dever de tratar os direitos fundamentais da pessoa humana sob a égide da Constituição Cidadã. Concernindo, a Teoria dos Círculos Concêntricos, onde a moral e o direito estarão juntos, ponderando numa proporção justa os direitos do indivíduo particular (os agentes públicos e averiguados), e o cumprimento da legalidade em concordância com a Carta Magna. A temática abordada possui um amplo caminho a percorrer em diversos aspectos relevantes do Ordenamento Jurídico, com isso, ocasiona inúmeras interpretações e argumentações. Deixando-nos com anseio de percorrer a jurisprudência e doutrina, em busca de acarretar uma fusão ao que se parece existir uma linha tênue nestes conceitos, moral e direito, dignidade humana e Função do poder Estatal.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012

ALEXY, Robert. **Teoria dos princípios e regras**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA (São Paulo). Assembleia Legislativa (org.). **DECRETO Nº 21.414, DE 23 DE SETEMBRO DE 1983**: Altera a estrutura e atribuições da Coordenadoria de Informações e Operações - CIOp - da Secretaria da

Segurança Pública que passa a se denominar Coordenadoria de Análise e Planejamento. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1983/decreto-21414-23.09.1983.html>. Acesso em: 21 nov. 2022. Código Penal comentado. Niterói: Impetus, 2008.

JUNIOR, Hermes. **O direito de produzir prova na abordagem policial**. Disponível em: <https://hermesddb.jusbrasil.com.br/artigos/769117328/o-direito-de-produzir-prova-na-abordagem-policial>

JÚDICE, Mônica Pimenta. **Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras**. 02 de março de 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras?pagina=4

LIMA, André Canuto de F. O modelo de ponderação de Robert Alexy. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4077, 30 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31437/o-modelo-de-ponderacao-de-robert-alexey>. Acesso em: 5 set. 2022.

MARANHÃO, Gabriela. **Câmeras nos fardamentos: os direitos individuais dos policiais são limitados?** Notícias CERS, Conteúdo Jurídico, 14 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://noticias.cers.com.br/noticia/cameras-nos-fardamentos/>

MECCA, Daniel. **Entenda como funcionam as câmeras corporais dos policiais militares em São Paulo**: Site da TV Cultura explica como essa ferramenta tecnológica funciona; um dos temas mais discutidos entre os pré-candidatos ao governo paulista. [S. l.], 21 nov. 2022. Disponível em: https://cultura.uol.com.br/noticias/50183_entenda-como-funcionam-as-cameras-corporais-dos-policiais-militares-em-sao-paulo.html. Acesso em: 21 nov. 2022.

MELLO, Daniel *et al.* Câmeras corporais reduzem em 87% número de confrontos da PM de SP: Equipamentos nas fardas dos policiais registram áudio e vídeo. **Agência Brasil**, São Paulo, ano 22, v. 1, n. 1, 11 abr. 2022. s equipamentos instalados nas fardas dos policiais registram áudio e vídeo em tempo real, p. 1. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2022-04/cameras-corporais-reduzem-em-87-numero-de-confrontos-da-pm-de-sp>. Acesso em: 21 nov. 2022.

MILLANI, Marcio Rached. Artigo: **Direito à não autoincriminação. Limites, conteúdo e aplicação. Uma visão**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015. Link eletrônico: Jurisprudencial.<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6784/1/Marcio%20Rached%20Millani.pdf>.

NADER, P. **Introdução ao Estudo do Direito**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal comentado**, cit., p. 412.

Poder Simbólico, corpos dóceis e instituições totais. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/20508/20508_3.PDF

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. Saraiva, 2006.

ROSSONI, C; BOLESINA, I. **A teoria dos círculos concêntricos e a proteção à vida privada: análise ao caso Von Hannover vs. Alemanha, julgado pela corte europeia de direitos humanos**. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/

Vianna/Downloads/11672-3830-2-PB.pdf> Acesso em: 8 de maio de 2019.

SALEME, Isabelle, Lucas Janone. **Policiais militares já começam a usar câmeras de segurança nas fardas**. CNN Brasil, dezembro de 2022, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/policiais-militares-ja-comecam-a-usar-cameras-de-seguranca-nas-fardas/>

SESTREM, Gabriel. **Estudo aponta que câmeras nas fardas dos policiais podem ser prejudiciais a segurança pública**. 02 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/estudo-aponta-uso-cameras-fardas-policiais-pode-ser-prejudicial-seguranca-publica/>

SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA (SP). Instituição (org.). **Histórico: Linha do Tempo**. 1. ed. São Paulo: SSP. Disponível em: <https://www.ssp.sp.gov.br/Institucional/Historico/TimeLine.aspx>. Acesso em: 21 nov. 2022.

SILVA, Artur Felipe Gomes Ribeiro da. **O Controle da Atividade Policial e do Respeito aos Direitos Humanos Através de Câmeras em viaturas e em vestimentas de Policiais**. 2014, Juiz de Fora. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/4250/1/arturfelipegomesribeirodasilva.pdf>

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Sérgio Ricardo, Manual da prova penal constitucional: pós-reforma de 2008, cit., p. 156.

ST – MC HC n. 91.514-1/BA, rel. Min. Gilmar Mendes.

VILLELA, Ana Luiza de castro; Thais de Carvalho Lima; Victória Peracio Citrangulo Silveira. Artigo: **Diferentes Perspectivas Sobre a Influência da moral no Ordenamento Jurídico**. V. 11 n. 2 - Jul-Dez 2019, Jornal eletrônico, Faculdades Integradas Viana Junior. Link eletrônico: file:///C:/Users/sheil/Downloads/708-Texto%20do%20artigo-718-1393-10-20191021.pdf

INCONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS DE POLÍCIA INVESTIGATIVA E DE POLÍCIA JUDICIÁRIA POR MILITARES EM CRIMES NÃO MILITARES

Eujecio Coutrim Lima Filho

Delegado de Polícia. Pós-doutorando em Direito (Universidad Las Palmas, Espanha). Doutor e Mestre em Direito (Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro).

Especialista em Direito do Estado (Universidade Federal do Estado da Bahia).

Professor

Resumo:

Inicialmente tem-se uma visão geral das atribuições constitucionais dos órgãos de segurança pública expostos no art. 144 da Constituição da República Federativa do Brasil. Após exposição das funções do poder de polícia do Estado, demonstra-se as funções de polícia judiciária e de polícia investigativa atribuídas de forma típica às polícias civis e federal e, de forma atípica, à Polícia Militar na investigação exclusiva de crimes militares. Assim, tem-se a importância do debate acerca da autonomia que deveria ser dirigida à polícia judiciária e da crise do Estado Democrático de Direito a partir da usurpação de funções dos órgãos de persecução penal com base em interpretação extensiva de normas protetivas de garantias individuais. Aponta-se o imperativo de obediência aos Direitos Fundamentais positivados em 1988 e da tutela constitucional dos Direitos Humanos. As questões são enfrentadas com esboço doutrinário e jurisprudencial, especialmente do Supremo Tribunal Federal, sobre o tema. Por fim, cita-se o retrocesso no entendimento de que o Termo Circunstanciado de Ocorrência não versa investigação criminal, mas mero registro de fato.

Palavras-chave: Democracia; Polícia; Investigação; Militar

As atribuições de cada força policial devem ser delimitadas por meio de regras claras. Conforme o modelo estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública foram dirigidas à Polícia Militar (art.144, §5º); o patrulhamento ostensivo das rodovias federais coube à Polícia Rodoviária Federal (art.144, §2º); às polícias penais couberam a segurança dos estabelecimentos penais

(art.144, §5º-A); à Polícia Civil e à Polícia Federal competiram a investigação de fatos criminosos e as funções de polícia judiciária (art.144, §§1º e 4º).

Ao outorgar a direção da polícia judiciária ao Delegado de Polícia (polícias civis e federal), o Constituinte de 1988 a afastou de quaisquer outros agentes públicos ou particulares. Nesta direção, o art. 4º do Código de Processo Penal assevera que “a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas jurisdições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”. Observa-se que, além da função de polícia administrativa constitucionalmente prevista, a Polícia Militar possui atribuição de Polícia Judiciária Militar no que diz respeito exclusivamente aos crimes militares praticados por policiais militares (art. 8º do Código de Processo Penal Militar).

Sobre a possibilidade de um órgão policial exercer atividade atípica, desde que amparado pela ordem constitucional, evitando usurpação de função, faz-se importante a seguinte análise: de modo precípua, a Polícia Civil exerce função de polícia judiciária (e investigativa) na elucidação de fatos criminosos, excetuadas as atribuições da Polícia Federal e da Polícia Militar, mas nada impede, de forma secundária, por exemplo, a implantação de uma delegacia especializada na prevenção de determinado crime. Igualmente, a Polícia Federal possui função principal de Polícia Judiciária. Contudo, tem-se a fiscalização dos aeroportos e dos portos e a concessão de passaportes como exercício secundário de função preventiva pela Polícia Federal (órgão que precipuamente exerce atividade repressiva) (BONAVIDES, et. al., 2009). De outro lado, às polícias militares e aos corpos de bombeiros militares (policiamento ostensivo e defesa civil, respectivamente) são atribuídos, de forma preponderante, a função de polícia administrativa (preventiva). Entretanto, por meio do inquérito policial militar exercem, de forma atípica, função de polícia judiciária quando se tratar unicamente de investigação de crime militar (NICOLITT, 2017). Este é o panorama legal.

No plano da teoria do garantismo, na orientação do Estado de Direito, as polícias deveriam se dedicar a três funções (investigativa, preventiva e auxiliares da jurisdição), destinadas a corpos de polícia, separáveis entre eles e organizados com independência funcional, hierárquica e administrativa em relação aos diversos poderes aos quais auxiliam. Neste ponto, ressalta que a polícia judiciária, a quem incumbe a investigação criminal e a execução dos provimentos jurisdicionais, deveria receber a mesma garantia de independência dedicada ao Judiciário e somente deste depender (FERRAJOLI, 2002).

A questão do conflito de atribuições é um dos fatores citados por Cerqueira (2010, p. 127) sobre o debate envolvendo a fusão das polícias estaduais como solução para o problema da criminalidade. Neste ponto, o próprio autor argumenta que, pelo grau de complexidade do tema, a fusão das duas polícias não é a solução. “É bom saber-se o que se quer: reforma policial, para que ela seja eficiente e eficaz, ou fusão policial?”. Complementa afirmando que a resposta para a organização de duas polícias (duas funções policiais)

reside na conjuntura de se vincularem a códigos diferentes - Direito Administrativo (função de polícia administrativa) e Processo Penal (função de polícia judiciária). Vale dizer, à polícia judiciária, auxiliar da justiça, concerne o ponto da repressão criminal (sanção penal). Menciona o exemplo de Portugal, “que ao lado de várias polícias fardadas, mantém uma polícia judiciária vinculada diretamente ao Ministério da Justiça e dirigida por um juiz de direito”.

Para além das polícias (e respectivas funções policiais), a partir de diagnósticos sobre o funcionamento, estruturação e dados aptos a orientarem transformações seguras e eficientes, Cerqueira (2010, p. 127) acata a ideia de reformulação global (modernização e melhoria) de todo o sistema de justiça criminal - da prevenção criminal à execução de eventual sentença penal condenatória transitada em julgada - desde que feito com respeito e profissionalismo, “sem emocionalismos, corporativismo e preocupações eleitoreiras”.

A divisão institucional e orgânica das funções dos órgãos relacionados ao sistema de justiça criminal revela o viés democrático da persecução penal. A democracia é o funcionamento harmônico dos autênticos valores que lhe são pertinentes. A polícia está situada nessa dinâmica de equilíbrio com as demais instituições governamentais ao cumprir “suas competências e atribuições em conformidade com as normas constitucionais e legais, em um ambiente onde a competência funcional proíbe a sobreposição do exercício das atribuições de uma instituição sobre a outra”. No plano ideal do modelo brasileiro de persecução penal, constitucionalmente fixado, “quem investiga não denuncia e não julga; quem denuncia, não investiga e não julga; e quem julga, não investiga e não oferece a denúncia” (DEZAN; WERNER, 2021, p. 149 e 242).

A persecução penal, enquanto atividade estatal que busca a repressão dos fatos criminosos, deve caminhar em estrita consonância com o devido modelo legal tanto na fase pré-processual (investigação criminal) quanto na fase judicial (ação penal e execução da sentença). Para Prado (2016, p. 328), a distinção dessas atividades é uma exigência estrutural, sob o paradigma acusatório, a garantir o equilíbrio de poderes e faculdades processuais. Consequentemente, este equilíbrio restaria rompido na hipótese de acumulação de poderes ou forças processuais. Nesta direção, o autor alerta que “atualmente, este fenômeno é mais visível na investigação penal”.

Em relação à primeira etapa da persecução penal, Tucci (2011) ressalta que a fase investigativa, direcionada à apuração de crime e dirigida em regra pela Polícia Judiciária, apesar de possuir natureza administrativa em sua forma e substância, possui finalidade judiciária. Igualmente, Gomes e Scliar (2020) destacam que a fase investigativa é exercício da segurança pública com evidentes reflexos na jurisdição criminal. Assim, ao tratar das prioridades a serem observadas na fase preliminar do processo penal, Giacomolli (2016, p. 175) alerta a exigência constitucional, no âmbito criminal, de separação das funções e atribuições entre os agentes. “Os poderes políticos, ou não, devem ser delimitados e contidos, para que os direitos sejam protegidos”.

Portanto, pode-se afirmar que a função substancial da investigação criminal não é subsidiar eventuais partes processuais (acusação e defesa), mas a busca da verdade dos fatos importantes ao direito penal e processual penal, vinculada aos direitos fundamentais, na missão de elucidar o crime de modo imparcial conforme o Estado Constitucional de Direito (DEZAN; WERNER, 2021). Por isto, ainda que não exista processo, a investigação preliminar já terá exercido o seu *mínus* constitucional. Diante da possibilidade de existência do inquérito policial sem a posterior fase processual, não se pode limitá-lo à noção de mera fase anterior ao processo penal, há a autonomia da investigação criminal em relação ao processo. Consequentemente, observa-se a autonomia da Polícia Judiciária, além da função de mero auxiliar do Poder Judiciário (GOMES; SCLIAR, 2020).

A divisão das funções dos órgãos persecutórios e a irradiação de valores constitucionais a todo ordenamento foram comuns às nações no pós-segunda guerra mundial. O Brasil, com recrudescimento ditatorial que seguiu até a redemocratização nos anos 1980, andou na contramão desse movimento internacional de tutela dos direitos. Com modernidade tardia, a Constituição de 1988 definiu as atribuições de cada força policial, de modo a controlar o poder punitivo do Estado (indispensável, mas não ilimitado), houve substancial mudança na tutela positiva dos direitos humanos (BRENE, 2019).

Sabe-se que a investigação criminal é composta de atos e diligências que, em sua essência, podem comeder direitos essenciais do cidadão (liberdade, patrimônio, intimidade etc.). Por tal razão, essa limitação deve ocorrer nos exatos limites legais e constitucionais. Normas constitucionais que restringem direitos fundamentais não comportam interpretação extensivamente. Ao contrário do direito privado em que o particular pode tudo, desde que a lei não proíba, o direito público vincula a atuação dos sujeitos (e órgãos públicos) na estrita medida de seu mandamento exatamente para conter os arbítrios estatais. E, neste item, o Constituinte de 1988 (art. 144) não conferiu funções de polícia judiciária e de polícia investigativa à Polícia Militar, mas tão somente funções de segurança pública preventivas e ostensivas.

Desse modo, com o exponencial crescimento de atos investigatórios (com medidas restritivas de direitos fundamentais, inclusive por meios tecnológicos), contra cidadãos civis, por instituições militares, urge a análise da possibilidade (constitucionalidade e convencionalidade) da investigação criminal (e prática de atos de polícia judiciária) por militares.

A prática de atos de polícia judiciária e investigativa por militares preconiza o tema “Justiça de Transição”, pois as medidas que precisam ser adotadas na busca pela democracia não devem se restringir ao período de transição, a aplicação da justiça de transição não se limita às hipóteses de mudança de regime. É possível que não se trate necessariamente de mudança de regime, mas existam arbitrariedades e violações de direitos humanos no âmbito do próprio governo vigente (SERSALE DI CERISANO, 2013).

Com tal característica, a Terceira Turma Recursal do Tribunal de Justiça

de Santa Catarina (HC 5000318-06.2021.8.24.0910, 20/05/21) determinou o trancamento de processo criminal por vício ocorrido na fase preliminar de investigação. O citado julgado destacou a existência de função específica à Polícia Militar que, ao investigar, ainda que com boas intenções, equivoca-se e contamina os elementos probatórios. “Se a autoridade administrativa - Polícia Militar - realiza atividade sem previsão legal, embora existente materialmente, legalmente é inservível”. Na sequência, invocou julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, literalmente, asseverou que a “(...) Corte conclui que tanto a investigação, quanto o processamento e julgamento perante o sistema de justiça militar, representaram uma clara violação da obrigação contida no artigo 2 Convenção americana, em conjunto com os artigos 8 e 25 da mesma”.

Desse modo, mencionando Barbosa, a citada turma do Tribunal de Justiça de Santa Catarina complementou, em consenso com a Corte Interamericana, que a investigação criminal militar é restrita aos crimes militares próprios, “tendo o país violado as próprias leis internas quando permitiram que a investigação fosse militar, ao revés de uma investigação civil”. Portanto, “a Corte estabeleceu, que a intervenção do foro militar na investigação desses fatos violou os parâmetros de excepcionalidade e restrição que devem caracterizar a competência desta jurisdição (a militar), tendo sido um dos fatores que culminou na impunidade do caso” (SANTA CATARINA, 2021).

Como visto, apesar da possibilidade de atuação na prevenção de condutas criminalmente tipificadas, os órgãos de polícia administrativa (fiscalizatória) não possuem, como atividade típica, finalidade investigativa e, consequentemente, procedimentos destinados à apuração de crimes.

Na atualidade o sistema brasileiro comporta diversas espécies de investigações e autoridades encarregadas de investigar. Cita-se os exemplos da possibilidade de Comissão Parlamentar de Inquérito perante as casas do Congresso Nacional (neste caso há respaldo constitucional - art. 58, § 3º, da CRFB), das apurações pela Receita Federal, dentre outros. Entretanto, convém destacar a observação feita por Dezan e Werner (2021) sobre a impropriedade de se falar que a Receita Federal investiga crime, uma vez que somente fiscaliza administrativamente no interesse da administração tributária e, deparando-se com a notícia do crime, tem o dever legal de comunicar à polícia judiciária para provocar a investigação criminal ou ao Ministério Público para o oferecimento direto da denúncia, quando os elementos informados permitirem o convencimento, ou, quando insuficientes esses elementos, para requisição de instauração de inquérito policial pela polícia judiciária.

Igualmente, ainda a título de exemplo, as investigações pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), “nos casos afetos a movimentações financeiras irregulares e remessas ao exterior” ou pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) “nas medidas administrativas de verificação de formação de cartéis, não são investigações criminais, mas sim procedimentos administrativos

destinados a coleta de informações destinadas a apurar irregularidades administrativas e práticas abusivas” (WERNER, 2015, p. 50).

Independentemente da natureza das investigações constitucionalmente autorizadas (como nos casos supracitados), não toca, ao presente estudo, discutir se a investigação criminal é (ou não) monopólio das polícias civis e federal (órgãos que possuem a investigação criminal com atividade fim, típica). Fato é que se o constituinte quisesse dar à Polícia Militar a atribuição de investigar cidadão civil, teria feito expressamente. Portando, conforme julgado na Ação Originária (STF) 1.856, a Ministra Cármen Lúcia enfatizou que regras constitucionais de atribuições e competências não admitem a mínima discussão, não podendo ser interpretadas extensivamente. Nesta mesma linha, Dotti (2002) enfatiza a seguinte indagação: “como admitir que um policial militar (cabo, sargento, capitão ou detentor de outra hierarquia) possa “conhecer” e “diligenciar” a respeito de infração de direito penal comum? Se à Polícia Civil não é deferida atribuição de apurar as infrações penais de natureza militar, a recíproca é também verdadeira”.

Convém repetir: no estado democrático, não se interpreta extensivamente normas constitucionais restritivas de direitos fundamentais. Nessa visão de polícia completamente seletiva e utilitarista (com a ideia de que para alcançar determinado objetivo qualquer iniciativa é válida), em que atos de investigação criminal são praticados por instituição constitucionalmente de caráter ostensivo e preventivo, não há outro caminho senão o retrocesso democrático e a mitigação de direitos individuais fundamentais por caminhos alheios ao fixado pelo legislador constituinte originário, tema por nós já observado no Vol. 1012 da Revista dos Tribunais (“Democracia brasileira no que diz respeito ao exercício dos órgãos policiais”) (LIMA FILHO, 2020).

Do ponto de vista utilitarista, corroborado pelo caráter instrumental, o processo penal estaria conectado a um imaginário de eficiência de tendência economicista com os fins justificando os meios a partir de uma relação de custos e benefícios sociais. Por sua vez, os meios processuais (as formas) só encontrariam fundamento e dever de obediência se não fossem entraves à “eficiente” punição (CASARA, 2015).

O STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 702.617, deixou claro que a Polícia Militar não possui atribuição para apurar infrações penais comuns. Consta que dispositivo da Constituição do Estado do Amazonas que atribui atos investigatórios à Polícia Militar, “invade a competência da Polícia Civil, prevista no art. 115 da Constituição do Estado do Amazonas, e se dissocia da competência atribuída à Polícia Militar constante do art. 116 da Carta Estadual, ambos redigidos de acordo com o art. 144, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal”.

Na mesma linha, no julgamento da ADI 3.614 que julgou procedente Ação Direta de Inconstitucionalidade em que Estado da Federação tentou regulamentar investigação por militares, a Ministra Carmen Lúcia destacou haver desvio de função na celebração de atos investigativos e de Polícia Ju-

diciária por policial militar fora da autorização constitucional. E completou: “tenho medo de que o desvio de função, algo inaceitável no sistema administrativo, esteja sendo legitimado”.

Na sequência, o Ministro Cezar Peluso expôs sua preocupação no fato de a Polícia Militar, em relação ao cidadão civil, “fazer um juízo jurídico de avaliação dos fatos que lhe são expostos”. O Ministro Menezes Direito, externou que atos previstos no art. 144, §4º, da CRFB, sendo praticados por instituição militar, violaria a Constituição, seria autorizar “um substituto para fazer a função de polícia judiciária, mesmo que se transfira a responsabilidade final para o delegado da Comarca (...) é uma abertura, ao meu ver, de exceção gravíssima na própria disciplina constitucional”. Em continuidade, o Ministro Marco Aurélio apregoeou que: “tem-se, no artigo 144 da Constituição Federal, balizas rígidas e existentes há bastante tempo sobre as atribuições das Polícias Cíveis e Militares. No caso da Polícia Militar, está previsto que cabe a ela a polícia ostensiva e a preservação da ordem (...)”. Por fim, de modo a não deixar dúvidas sobre a manutenção do Estado de Direito e o detrimento causado pela visão monocular e utilitarista da persecução penal tão observadas em tempos pós ditatoriais, a Ministra Ellen Gracie destacou que “as duas polícias, civil e militar, têm atribuições, funções muito específicas e próprias, perfeitamente delimitadas e que não se podem confundir”.

Equitativamente, no Julgamento da ADI 3.441, o STF, já na ementa do julgado, destacou: “o §5º do art. 144 da Carta da República atribui às polícias militares a tarefa de realizar o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública. O que não se confunde com as funções de polícia judiciária e apuração de infrações penais, essas, sim, de competência das polícias civis”. Neste julgado, o relator, Ministro Carlos Ayres Brito, após apontar que o cargo de delegado de polícia se enquadra nas “chamadas carreiras jurídicas”, avultou que, além da formação técnico-profissional, “essa exigência constitucional tem a sua explicação no fato de que incumbe aos delegados de polícia exercer funções de polícia judiciária, além de presidir as investigações para a apuração de infrações penais, o que requer amplo domínio do ordenamento jurídico do País”. Desta feita, manifestou pela inconstitucionalidade de lei que conferia atribuição investigatória a policiais militares.

Identicamente, citando precedentes dos Tribunais Superiores, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento do HC 70047333448/RS, fixou que em consonância com o art. 144 da CRFB (e seus respectivos parágrafos), “a polícia militar não possui atribuição para investigar infrações criminais, inserindo-se nessa ausência de funcionalidade, o cumprimento de mandado de busca e apreensão, em atividade investigatória de infração criminal de competência da Justiça Comum”.

Por tais razões, no julgamento do Processo 1.0702.09.585753-9/001, magistrado vinculado ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao receber procedimento investigatório oriundo da Polícia Militar, determinou remessa dos autos à Polícia Civil nos seguintes termos: “a investigação das

infrações penais incumbe à Polícia Civil, por isto, havendo indícios de prática delitiva, deverá o relatório da Polícia Militar ser encaminhado à primeira, para, após apuração dos fatos, e em se verificando a existência de prova idônea, requerer a medida cautelar de busca e apreensão”.

No mesmo caso, em sede recursal, o tribunal de justiça mineiro reiterou o entendimento de que a Polícia Militar deveria ter encaminhado os indícios delitivos de que tinha posse à Polícia Civil, a quem caberia verificar a “existência de prova idônea” para requerer medida cautelar restritiva de direito fundamental do indivíduo (no caso concreto: medida de busca e apreensão domiciliar). Assim, sopesando que a mitigação de direitos e garantias fundamentais do cidadão, através de mandado judicial, exige a idoneidade das provas que lhe dão causa, bem como considerando a distinção entre as atividades de polícia ostensiva e preservação da ordem pública (art. 144, §5º, da CRFB - Polícia Militar) e as atividades de polícia judiciária e investigação criminal (art. 144, §4º, da CRFB e art. 4º do CPP - Polícia Civil), restou decidido que “caso houvesse prova idônea a amparar a pretensão cautelar, deveria ela ficar a cargo da Polícia Civil”. Na sequência, determinou-se o encaminhamento dos “relatórios oriundos do serviço de inteligência” da Polícia Militar ao Delegado de Polícia para prosseguimento das investigações que, em sendo o caso, “poderá representar pela busca e apreensão domiciliar, junto à autoridade judicial”.

Ciente da existência do debate sobre o tema, ainda para aqueles que discordam dos fundamentos supracitados e consentem a atuação da Polícia Militar em atos meramente executórios de investigação preliminar, esta atuação não pode ocorrer à revelia da Polícia Judiciária. Dessa maneira, no julgamento da Apelação Criminal 0029037-10.2019.8.13.0183, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais admitiu esses atos executórios (cumprimento de mandado judicial de medida cautelar) pela Polícia Militar, desde que o trabalho ocorra em conjunto com a Polícia Civil, em inquérito policial presidido pela polícia judiciária. Nessa linha, no Recurso Extraordinário 404.593, o STF aceitou cumprimento de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar, desde que a instituição castrense não realize atos de investigação e instrução “reservados a função de polícia judiciária”.

Perspectiva utilitarista, instrumental, representa recuo democrático - tem-se a ilusória ideia de eficiência economicista com os fins justificando os meios, ou seja, as formas só devem ser obedecidas se não atentarem contra a midiática concepção “eficiente” punição (CASARA, 2015). Exemplo desse utilitarismo, o STF (ADI 5.637), ciente da inconstitucionalidade de investigação de crime comum por militar (conforme exposto nas decisões referenciadas), entendeu o Termo Circunstanciado de Ocorrência (investigação criminal simplificada - crimes de menor potencial ofensivo e contravenções penais - art. 69 da Lei 9.099 de 1995 c/c art. 2º, §1º, da Lei 12.830 de 2013) como “mero registro de fato”, possível de ser lavrado pela Polícia Militar.

Trata-se de um retrocesso. O Termo Circunstanciado de Ocorrência tem por finalidade investigar autoria e materialidade de crime de menor po-

tencial ofensivo (e contravenções penais). Dizer que isto não é investigação criminal, para legitimar quem não tem atribuição investigativa, leva à indagação do Lênio Streck (“O que é isto - decido conforme minha consciência?”) que propõe a Teoria da Decisão em um contexto democrático de legitimação, resguardando a atividade decisória. Essa teoria, complementando a teoria da interpretação, representa uma blindagem às discricionariedades e ativismos. “Há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como “adequada à Constituição” (...) A tese por mim defendida somente tem sentido na democracia e sob a égide de uma Constituição compromissória” (STRECK, 2013, p. 95).

Portanto, pode-se concluir afirmando que a separação constitucional das funções dos órgãos policiais, além de abordar garantia fundamental ao cidadão, serve à manutenção do Estado Democrático de Direito. Versa tutela de garantias individuais relacionadas à dignidade da pessoa humana. A positivação dos direitos fundamentais, em um primeiro momento, teve como finalidade conter o arbítrio estatal (eficácia vertical), justamente para evitar os descomedimentos anteriores a redemocratização de 1988. Ao consagrá-los, o constituinte pretendeu evitar que os Poderes Públicos atuassem de forma abusiva, irrazoável. De tal modo, é possível justificar que os direitos fundamentais compõem os fatores elementares da defesa do cidadão contra os excessos do Estado. Constitui um tema de especial importância ao Direito Constitucional e à vivência política e judicial de um país (RAMOS e LIMA, 2012). Na persecução penal, forma denota garantia e a garantia de ser investigado apenas pelo delegado natural expressa basilar direito fundamental (ANSELMO et. al., 2017).

Referências

ANSELMO, Márcio Adriano; BARBOSA, Ruchester Marreiros; GOMES, Rodrigo Carneiro; HOFFMANN, Henrique; MACHADO, Leonardo Marcondes. **Investigação Criminal pela Polícia Judiciária**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRAm Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRENE, Cleyson. **Ativismo Policial: o papel garantista do delegado de polícia**. Salvador: Juspodivm, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

_____. **Decreto-lei n. 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>

_____. **Lei n. 9.099 de 1995**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>

_____. **Lei n. 12.830 de 2013**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm>

_____. **Decreto-lei n. 1.002 de 1969 (Código de Processo Penal Militar)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Originária n. 1.856**. Relator: Min. Celso de Melo, Tribunal Pleno. Brasília, 26 de maio de 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br>>

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.441**. Relator: Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno. Brasília, 05 de outubro de 2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.637**. Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno. Brasília, 11 de abril de 2022. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br>>

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.614**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Pleno. Brasília, 29 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br>>

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 702.617**. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma. Brasília, 26 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br>>

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 404.593**. Relator: Min. Cezar Peluso, Segunda Turma. Brasília, 18 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br>>

CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. A criminalidade e o criminoso in LEAL, Ana Beatriz, PEREIRA, Íbis da Silva e MUNTEAL FILHO, Oswaldo (orgs.). **Sonho de uma polícia cidadã**: Coronel Carlos Magno Nazareth Cerqueira. Rio de Janeiro: NIBRAHC, 2010.

DEZAN, Sandro Lúcio. WERNER, Guilherme Cunha. **Curso de Polícia Judiciária**. v. 2. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.

DOTTI, René Ariel. A autoridade policial na Lei 9099/95. **Boletim IBCCRIM**. n. 41. Maio.1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. Qualidade do inquérito policial in AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero (Coord.). **Polícia e investigação no Brasil**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GOMES, Luiz Flávio e SCLIAR, Fábio. **Investigação preliminar, polícia judiciária e autonomia**. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/147325/investigacao-preliminar-policia-judiciaria-e-autonomia-luiz-flavio-gomes-e-fabio-scliar>>. Acesso em: 11 de março de 2020.

LIMA FILHO, Eujecio Coutrim. **Funções da Polícia Judiciária no Processo Penal Brasileiro**: o papel do delegado de polícia na efetivação de direitos funda-

mentais. Londrina: Thoth, 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 5857539-79.2009.8.13.0702**. Relator Edival José de Moraes, Primeira Câmara Criminal. MG, 16 de julho de 2010. Disponível em: < <https://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 20 de novembro de 2022.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal 0029037-10.2019.8.13.0183**. Relator Marcos Flávio Lucas Padula, Quinta Câmara Criminal. MG, 23 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 20 de novembro de 2022.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 6ª ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2017.

PRADO, Geraldo. A investigação criminal pelo Ministério Público in AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero (Coord.). **Polícia e investigação no Brasil**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; LIMA, Diogo Diniz. **Direitos Fundamentais na Teoria de Robert Alexy**: aspectos teóricos, a questão da democracia na atuação do Poder Legislativo e técnica de resolução de conflitos de direitos fundamentais. Cad., Pesq., UFMA. São Luís, v. 19, n. especial, junho de 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 70047333448**. Relator Nereu José Giacomolli, Terceira Câmara Criminal. RS, 15 de março de 2012. Disponível em: < <https://www.tjrs.jus.br>>

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 5000318-06.2021.8.24.0910**. Relator Alexandre Moraes da Rosa, Terceira Turma Recursal. SC, 20 de maio de 2021. Disponível em: < <https://www.tjsc.jus.br>>

SERSALE DI CERISANO, Federico. Justicia transicional en las Américas: el impacto del sistema interamericano. **Revista IIDH**, v. 57. p. 115-136. Jan/jun, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4ª ed. rev. V. I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013a.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 4ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WERNER; Guilherme Cunha. Isenção Política na Polícia Federal: A autonomia em suas dimensões administrativa, funcional e orçamentária. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**. ISSN 2178-0013. Brasília, v. 6, n. 2, p. 17-63 - jul/dez, 2015.

INICIATIVA PARLAMENTAR NO DIREITO TRIBUTÁRIO AMBIENTAL: A EXTRAFISCALIDADE E O PROBLEMA DA LEI TRIBUTÁRIA SIMBÓLICA

Bernardo Motta Moreira

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Consultor concursado da Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Professor do IBMEC. Conselheiro do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais e do Conselho de Recursos Tributários de Belo Horizonte

Resumo:

O artigo estuda um tipo de lei que se tornou comum no Direito Tributário brasileiro, a lei tributária meramente simbólica, isto é, de cunho autorizativo, delegante ou sujeita a condições. Diante dos vícios comunicacionais graves presentes no Processo Legislativo Tributário brasileiro, há um incentivo do sistema à produção de leis autorizativas, cujo objetivo real é driblar as regras de iniciativa legislativa em matéria tributária ou mesmo os dispositivos restritivos, que obstam a desenfreada concessão de benefícios e renúncias fiscais, para lograr a aprovação de novas leis com o menor custo político. O Direito Tributário Ambiental se tornou campo propício para a produção de tais leis, subvertendo a importância de tal política pública. Analisa-se, ainda, a partir de um estudo de caso, como os próprios sujeitos processuais (parlamentares, chefe do Poder Executivo, técnicos das Secretarias de Fazenda) se interessam na produção de leis simbólicas, por vezes improficuas e inócuas, e, com essas iniciativas populistas e demagógicas, acabam retroalimentando o ordenamento jurídico com mais normas, que prejudicam, ao fim e ao cabo, a inteligibilidade do sistema tributário nacional.

Introdução

Com fulcro na teoria *fazxalariana* de que o processo é um procedimento realizado em contraditório e de que no *iter* de formação das leis há um esquema paritário e dialético de participação de sujeitos processuais - sendo, portanto, *processo* legislativo -, o devido Processo Legislativo Tributário¹ bra-

1 Acreditamos que o Processo Legislativo Tributário é uma disciplina híbrida, nascida do encontro de três vertentes disciplinares do Direito Público (Direito Constitucional, Direito Processual e Direito Tributário), com uma autonomia didática, em que o estudioso deve manejar, com precisão, postulados de fundo constitucional com as garantias individuais de ordem tributária. Cf. MOREIRA, Bernardo Motta. "Processo Legislativo Tributário". In: MOREIRA, Bernardo Motta; BERNARDES JÚNIOR, José Alcione

sileiro, à luz do paradigma procedimental da democracia, pressupõe a existência de um contraditório substancial, fundamentado no trinômio *informação-reação-participação*.

Ocorre que, na prática, há deficiências profundas na geração das leis tributárias no país, marcada por uma governamentalização do poder de decisão em matéria tributária,² haja vista que: (a) a assimetria informacional do Parlamento em relação ao Executivo é flagrante e, não bastasse isso, os próprios parlamentares, entre si, têm níveis informacionais distintos, de acordo com a posição que ocupam (líder, relator, secretário, presidente, oposição, minorias, etc.), prejudicando a capacidade de decidir; (b) são inúmeros os obstáculos ao direito de manifestação do parlamentar: além da linguagem técnica inerente ao Direito Tributário, a forma como se dá os ritos procedimentais (*v.g.*, os pareceres dos relatores não são previamente divulgados para os colegas), o pouco tempo para analisar e debater certas propostas e, por vezes, a perda de tempo com matérias inócuas e inúteis que abarrotam os Legislativos, tiram a atenção dos parlamentares sobre os temas tributários; (c) geralmente os parlamentares não estão em simétrica paridade ou mesmo não se encontram habilitados e capacitados a influir na decisão legislativa.

Na realidade, considerando a importância das matérias discutidas no âmbito do Processo Legislativo Tributário, percebe-se, claramente, que o contrassenso do discurso da tributação³ promove vícios comunicacionais graves. Os discursos ideológicos, demagógicos e populistas são muito fortes no campo tributário, produzindo efeitos evidentes na decisão legislativa participada. Há muitos incentivos para que o Processo Legislativo Tributário seja realizado de forma rápida, obscura e com o menor custo político. Ao fim e ao cabo, a governamentalização do poder de decisão em matéria tributária é conveniente para os próprios parlamentares pois evita desgastes destes com a sua base, geralmente interessada em mais benefícios tributários, nunca na coerência e justiça do sistema. Ademais, no Brasil, onde impera uma cultura de produção

(Coord.). **A elaboração legislativa em perspectiva crítica**. Belo Horizonte: Assembleia do Estado de Minas Gerais, Escola do Legislativo, Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2020, pp. 115-154.

2 MOREIRA, Bernardo Motta. **A Governamentalização do poder de tributar: desafios do processo legislativo tributário**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Coleção de Direito Tributário Financeiro, 2021.

3 Quando há uma insurgência popular contra certas propostas de alteração do sistema tributário, o debate acaba sendo absolutamente raso e míope, uma vez que não há a compreensão da função do Direito Tributário. O discurso “libertarista vulgar” ou do “liberalismo conservador” é vendido facilmente e dissemina-se a ideia de justiça dos resultados produzidos no mercado privado. A massa dos contribuintes, em sua maioria ignorantes e suscetíveis de serem manobrados pela elite pensante, movida por critérios egoísticos, acaba pressionando os decisores a não aprovarem os aumentos da tributação, mesmo que esta seja progressiva e menos impactante para as camadas mais pobres. O difícil é saber se “essa objeção se deve à simples demagogia ou a uma confusão real” (MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**: os impostos e a justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 196).

legislativa,⁴ proliferam projetos de lei improficuos e disparatados, que acabam exigindo um esforço de todo o corpo técnico e dos próprios parlamentares no curso de sua tramitação, desviando o foco das matérias verdadeiramente relevantes. É uma tradição política marcada pelo imediatismo na busca de solução dos problemas sociais, que usa a legislação de forma simbólica,⁵ sem qualquer preocupação em avaliar os resultados que pode trazer ou mesmo a viabilidade das medidas propostas. O que o legislador almeja o tempo todo é conter a comoção social e a mídia sensacionalista com a apresentação de um projeto de lei.

Como se sabe, um sistema eleitoral demasiadamente descentralizador, incentiva as estratégias individuais dos candidatos em detrimento daquelas partidárias, com reflexos na arena parlamentar. O político, uma vez eleito, está mais comprometido na prática de políticas particulares, circunscritas ao próprio reduto eleitoral, do que às questões nacionais ou propriamente partidárias.⁶ Essa particularidade tem um enorme impacto nas proposições legislativo-tributárias iniciadas pelos parlamentares: praticamente todos os eleitos têm interesse em conceder benefícios tributários para seus eleitores, o que gera inumeráveis projetos de leis tributárias benéficas, que abarrotam todas as ca-

4 “[À] exceção da Casa dos Representantes dos Estados Unidos, não há no mundo um parlamento cujo volume de proposições se sobreponha aos números apresentados pela Câmara dos Deputados em qualquer ano. Historicamente, os deputados brasileiros costumavam apresentar cerca de 1.500 proposições anualmente. Mas mesmo esse número tem se mostrado muito modesto quando o comparamos aos índices recentes de produção legislativa da Câmara dos Deputados. Segundo dados da Secretaria Geral da Mesa da Câmara, em 2009, os deputados brasileiros apresentaram 2.159 proposições; em 2011, foram 3.874 proposições apresentadas; em 2012, o número caiu para 2.232 proposições; e em 2013, foram 2.907 proposições apresentadas.” (RODRIGUES, Ricardo José Pereira. “Produção Legislativa nas Democracias Consolidadas e a Eficácia da Atividade Propositiva”. **Consultoria Legislativa**. Estudo. Câmara dos Deputados. Brasília: 2014, p. 3).

5 Marcelo Neves conceitua a legislação simbólica como a norma jurídica que apresenta hipertrofia em sua função jurídico-ideológica, em detrimento da função instrumental, produzida em caráter não manifestamente normativo-jurídico, e, geralmente, desprovidas de eficácia e efetividade. O autor as classifica em três modalidades: 1) legislação que confirma valores sociais; 2) legislação-álibi; 3) legislação como forma de compromisso dilatório. Na primeira, a dimensão político-ideológica (o reconhecimento dos valores sociais) é mais importante que a dimensão instrumental (a obediência da lei). Na segunda, a lei é usada como uma estratégia para aplacar a exigência dos cidadãos, sem preocupação com a observância prática, dando mera aparência de solução dos problemas sociais. Na terceira, a legislação já nasce com a expectativa de ineficácia, pois o ato legislativo é aprovado com o objetivo de adiar a resolução do problema, trazendo, contudo, o significado latente de que a lei solucionaria a controvérsia. (NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 30-41).

6 Essa tese foi aparentemente refutada por Figueiredo e Limongi que observaram que, apesar de um sistema eleitoral que incentiva o individualismo, a estrutura centralizada da organização dos trabalhos parlamentares limita ou até anula a ação individual dos parlamentares. (FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional**. Rio de Janeiro: FGV, 1999). Cabe, por outro lado, insistir que boa parte dos parlamentares apresentam projetos de lei mesmo sabendo que as chances deles se tornarem leis são baixas, apenas para demonstrar sua atuação aos eleitores e para a mídia.

sas legislativas do país. Assim é que os Parlamentos brasileiros trabalham boa parte do seu tempo de forma vã, pois não há chances reais de que a maioria das proposições examinadas se tornem efetivamente leis.⁷ Como falar em contraditório *substantial* e em *processo* legislativo num contexto como esse, onde impera o populismo e há uma tradição de irresponsabilidade e irracionalidade na produção de leis?

No presente artigo, pretende-se analisar um tipo de lei que se tornou muito comum no Direito Tributário brasileiro, a lei tributária meramente simbólica. No âmbito do Direito Penal, ficou consagrada a visão de que, muitas vezes, sobretudo após notícias que causam comoção geral, o Direito Penal é usado de forma simbólica, isto é, a penalização de mais condutas e a aprovação de leis mais severas aparece como um instrumento puramente demagógico, pois se sabe que, na prática, as novas medidas acabam sendo inócuas, uma vez que o sistema penal é incapaz de lidar de forma eficaz com a crescente criminalidade. De forma análoga, no Direito Tributário, há uma permanente pressão de setores interessados em lograr benefícios, isenções, incentivos em geral, diante de uma “carga tributária escorchante”, na disseminada visão libertarista vulgar.⁸

As leis tributárias simbólicas se tratam, assim, de leis meramente autorizativas, delegantes ou sujeitas a condições futuras e incertas, cujo objetivo é driblar as regras de iniciativa legislativa em matéria tributária⁹ ou mesmo os dispositivos restritivos que obstem a desenfredda concessão de benefícios fiscais. Seguindo a tradição brasileira, tais leis são feitas, na maioria das vezes, para atender setores interessados - como a política pública ambiental - e são usadas para “facultar” o Poder Executivo a proceder reduções tributárias que

7 “Os parlamentos de países parlamentaristas apresentam poucos projetos mas aprovam uma grande proporção dos projetos apresentados, inclusive porque a maioria dos projetos analisados são de autoria do Governo. No Brasil, a proporção de projetos aprovados em relação ao total de projetos apresentados a cada ano é muito baixa, sequer chega a 1%. [...] Entre as proposições aprovadas em qualquer ano, observa-se que os projetos de autoria do Poder Executivo constituem a maioria absoluta, enquanto que os projetos oriundos de parlamentares constituem um minoria. Historicamente, verifica-se que 87% dos projetos que se transformam em norma jurídica em determinado ano são de autoria do Executivo [...]” (RODRIGUES, Ricardo José Pereira. *op. cit.*, p. 14).

8 O libertarismo vulgar é uma corrente que advoga um direito moral rigoroso e absoluto à propriedade e de merecimento dos retornos de mercado, noção esta que está incorporada no senso comum. Representa, assim, um pensamento confuso do legítimo libertarianismo. Murphy e Nagel ilustram essa noção com a discussão de justiça tributária que se centraria sobre a distribuição, tomando como base a renda pré-tributária, pressupondo de forma irrefletida que a distribuição pré-tributária do bem-estar material seja justa. Outro equívoco seria a ideia de merecimento: os retornos mais altos obtidos são merecidos como recompensa, em razão do esforço da pessoa e da disposição em se arriscar na economia capitalista, o que implicaria que o mercado existe como fenômeno separado do governo. (MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 86-89).

9 MOREIRA, Bernardo Motta. “A iniciativa legislativa em matéria tributária”. In: RESENDE, Antônio José Calhau de; BERNARDES JÚNIOR, José Alcione (coords.). **Estudos sobre Poder Legislativo municipal**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 2017. p. 161-194.

podem nunca ser feitas; servem, assim, apenas para tornar mais emaranhado o ordenamento tributário nacional. Ao final do artigo, realizar-se-á um estudo de caso, de modo a demonstrar como os partícipes do Processo Legislativo Tributário se interessam na produção de leis simbólicas e acabam retroalimentando o sistema jurídico com medidas populistas e demagógicas, que prejudicam, ao fim e ao cabo, a inteligibilidade do sistema.

A autorização legislativa como estratégia do parlamentar

Em face das restrições constitucionais e legais para a criação de leis instituidoras de benefícios fiscais e que acarretem renúncia de receitas - como a necessidade de apresentação de medidas compensatórias previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)¹⁰, da previsão do impacto financeiro prevista no art. 113 do ADCT,¹¹ ou mesmo da edição prévia de convênio autorizativo do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), no caso do ICMS -, tornou-se comum a edição de leis meramente autorizativas.

Apesar de ineficazes do ponto de vista jurídico e de serem medidas ilegais, sobretudo por carecerem do pressuposto de imperatividade, a partir de um comportamento estratégico e no intuito de prestar serviço a determinados grupos de eleitores, os parlamentares produzem tais tipos de leis, contando com a sorte de não serem vetadas e, se sancionadas pelo chefe do Poder Executivo, de não serem questionadas formalmente perante os tribunais (o que geralmente ocorre, devido ao fato de não terem qualquer repercussão prática, apenas política). Mesmo assim, não se pode deixar de mencionar que há muitos casos de leis autorizativas que já foram questionadas e rechaçadas pelo Poder Judiciário. A título de exemplo, recentemente, a Lei nº 2.000, de 2021, do Município de Registro, São Paulo, que autorizou “o Poder Executivo Municipal a conceder desconto ou isenção de tributos às pessoas físicas ou jurídicas que adotem animais no município” foi declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, em face da “abdicação, pelo Poder Legislativo, de sua competência institucional em favor do Poder Executivo, o que atenta contra a separação de Poderes e a reserva legal estrita em matéria tributária” (cf. voto nº 32.810, na ADI nº 2275813-83.2021.8.26.0000, julga-

10 Lei Complementar nº 101, de 2000: “Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. [...]”.

11 Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.

da em 11/5/2022).¹² A adoção de animais representa um tema ambiental de relevante apelo social. Ao atrelar uma medida de incentivo tributário a tal política pública ambiental, por meio de uma lei simbólica, o legislador movimentou todo o aparato institucional (Legislativo, Executivo e Judiciário) de forma meramente populista, retirando a força do próprio Direito.

Há ocasiões em que os parlamentares sequer almejam que a proposição legislativa realmente vire lei, pois o seu interesse imediato é simplesmente trazer o tema para o debate ou quiçá poder passar a imagem de que é um parlamentar que “produz”, sendo certo que faz parte de um corpo legislativo vocacionado culturalmente a editar o maior número de leis possível. As leis meramente autorizativas têm mais chances de ultrapassar os controles prévios de inconstitucionalidade, pois fica mais fácil convencer os pares de que a futura lei não produzirá resultados concretos, mas estipularia mera faculdade ao Poder Executivo que, somente se quiser, implementará o tal benefício fiscal autorizado.

É verdade que a exigência legal de apresentação as medidas compensatórias para fazer face a determinada renúncia fiscal, atendendo a LRF, torna complexa a proposta de autoria parlamentar, em razão da sua evidente assimetria informacional em relação ao Poder Executivo. A proposição legislativa que outorgue, por exemplo, uma isenção a determinado setor deve ser acompanhada de estudo sobre seu impacto orçamentário ou se delibere mecanismos para compensação da perda de receita, o que torna intrincada a apresentação de proposições por parlamentares e a sua aprovação na casa legislativa, já que somente o Governo conhece a amplitude desse impacto.

Sem obter informações precisas sobre o impacto fiscal das medidas, o parlamentar acaba se encontrando muitas vezes tolhido de liberdade de atuação. Note-se que o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já analisou a questão decidindo pela inconstitucionalidade de benefício fiscal concedido por projeto de iniciativa parlamentar ao argumento de que “toda e qualquer concessão de benefício tributário deve ser acompanhada de cautelas orçamen-

12 “1. Lei do Município de Registro que autoriza o Poder Executivo local a conceder isenção ou desconto em tributos municipais a pessoas físicas ou jurídicas que adotem animais abandonados, nos termos de decreto a ser expedido em 60 dias. Entendimento firmado no STF e no TJSP de que todos os critérios essenciais para a identificação dos elementos que deverão ser retirados do campo de incidência do tributo devem estar previstos em lei (art. 150, § 6º, CF). Abdicação pelo Poder Legislativo de sua competência institucional em favor do Poder Executivo. Inadmissibilidade. Ofensa à separação de Poderes (art. 5º, § 1º, CE) e à reserva legal estrita em matéria tributária (art. 163, § 6º, CE). 2. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro (art. 113 ADCT). Norma de reprodução obrigatória, dirigida a todos os entes federativos. Parâmetro de controle concentrado de constitucionalidade (Tema nº 484 do STF). 3. Lei nº 2.000/21 que não foi precedida de estimativa de impacto orçamentário e financeiro. Ofensa ao art. 144 da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade formal. Reconhecimento. Ação direta de inconstitucionalidade procedente.” (TJSP, Órgão Especial, Relator Desembargador Décio Notarangeli, voto nº 32.810, na ADI nº 2275813-83.2021.8.26.0000, julgada em 11/5/2022).

tárias, como a previsão dos valores renunciados e a fonte de custeio da nova despesa”. No caso julgado, não havia a indicação de que essas cautelas tinham sido observadas, não bastando, segundo a decisão, a utilização da fórmula genérica “as despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta das dotações próprias, suplementadas se necessário”.¹³

Embora haja uma dificuldade de o Parlamento participar ativamente dessas decisões tributárias, gerando questionamentos quanto ao déficit democrático das regras tributárias brasileiras, a bem da verdade, a questão acaba por envolver limites a possíveis abusos na concessão de isenções pelo Legislativo, em detrimento das contas do Executivo. Tais obstáculos causam certo conformismo àqueles parlamentares que almejam a concessão de desonerações tributárias,¹⁴ uma vez que, apesar de a iniciativa em matéria tributária não ser privativa do chefe do Executivo, a proposição legislativa tributária benéfica deve possuir diversos pressupostos, que dificilmente o Poder Legislativo tem acesso.¹⁵

Nesse contexto, não é difícil encontrar leis que meramente delegam os poderes de isentar tributos para o chefe do Poder Executivo, originadas de proposições legislativas iniciadas pelo próprio legislador e que passaram pelo Processo Legislativo Tributário sem a observância dos pressupostos legais fundamentais para exonerar tributos.¹⁶ São leis tributárias meramente simbólicas, que contribuem para o carnaval tributário brasileiro, pois o Executivo

13 RE 492.816 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. 06/03/2012, DJe 20/03/2012.

14 A título de exemplo, veja-se o seguinte trecho do parecer exarado na Alesp: “As restrições existentes com relação aos projetos de lei que tratam de concessão de isenções de impostos decorrem de outros fatores que não a iniciativa legislativa. Com relação ao ICMS, por exemplo, [...] [a] inexistência de convênio do Confaz não pode, entretanto, ser justificativa para restringir a iniciativa parlamentar na apresentação de projetos. Se a competência para legislar sobre tributos é concorrente, o é também para a concessão de isenções. É preciso pensar uma solução que não anule a iniciativa parlamentar, mas preserve a necessidade do convênio. A inclusão, nos projetos de lei, de artigo em que se estabeleça que a lei somente produzirá efeitos após a aprovação do respectivo convênio junto ao Confaz poderia ser essa solução. Seria uma lei com eficácia diferida” (Parecer nº 3.453, de 2008, da Comissão de Finanças e Orçamento da Alesp, proferido em 25/9/2008, em relação ao PLC nº 19/2007).

15 Também no Parecer nº 3.453, de 2008, supra referido, tal aspecto foi abordado, observe-se: “Outra questão é a contida no artigo 14 da [...] LRF [...], que exige que se demonstre como vai ser compensada a renúncia de receita decorrente da isenção. Ocorre, porém, que as providências destinadas à citada comprovação são de caráter financeiro e, portanto, de competência exclusiva do Poder Executivo. Ou seja, apenas o Governador tem condições técnicas de apresentá-las. E deverá fazê-lo, se sancionar o projeto. Não há lógica em se usar o descumprimento da LRF como argumento contrário a projetos de lei desse tipo, uma vez que a LRF exige providências que somente o Poder Executivo pode tomar”.

16 Objetivando autorizar o Poder Executivo a conceder isenção de ICMS para a aquisição de arma de fogo, munição, colete balístico e blindagem veicular para agentes de segurança pública, um deputado estadual apresentou, na Assembleia Legislativa de Roraima, o PL nº 199/2017 que, após aprovado, chegou a ser vetado pela governadora. Posteriormente, o veto foi derrubado à unanimidade pela casa legislativa, tendo sido publicada a Lei nº 1.264, de 2018, contendo tal autorização legislativa.

pode (e em boa parte das vezes o faz) simplesmente ignorá-los.

Coroando essas iniciativas parlamentares puramente demagógicas, uma recente Resolução do Senado Federal aprovada (nº 15, de 2022) chamou a atenção, ao prever que “a alíquota mínima do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), previsto no art. 155, inciso III, da Constituição Federal, definida nos termos do § 6º, incisos I e II, do mesmo artigo, será de 0% (zero por cento) para veículos de 2 (duas) rodas de até 170 (cento e setenta) cilindradas.” Ora, o IPVA é um imposto de competência tributária dos Estados, que já podiam estabelecer isenções ou alíquotas reduzidas do imposto de acordo com o seu interesse, de modo que a autorização do Senado Federal para o estabelecimento de uma alíquota mínima de 0% para os veículos em questão é medida absolutamente desnecessária e inútil, que deturpa a previsão constitucional de fixação da alíquota mínima do imposto pelo Senado Federal, e causou, até mesmo, certa estranheza a alguns senadores. No entanto, eles optaram por aprová-la, mesmo diante do seu caráter meramente simbólico.¹⁷ Se juridicamente a medida é inválida, o mesmo não se pode dizer quanto aos seus efeitos políticos e simbólicos, uma vez que a mídia cobriu a sua aprovação em tom festivo.¹⁸

A autorização legislativa como estratégia do Poder Executivo

Diversos dispositivos legais que delegam ao Executivo a tarefa de reduzir tributos ou mesmo exonerá-los decorrem de projetos de lei iniciados por este Poder. Nesse caso, as propostas são meramente autorizativas não porque a proposição de lei carece dos elementos financeiros e orçamentários para viabilizar sua aprovação - na medida em que o autor possui tais informações - mas porque o Governo almeja deter efetivamente o controle da existência ou não da tributação em determinadas hipóteses ou até mesmo conseguir manejar o *quantum* de tributo devido, dirigindo a conduta dos contribuintes.

Na defesa de uma lei do Estado do Pará que simplesmente autorizava o Poder Executivo “a conceder remissão, anistia, transação, moratória e da-

17 “O senador Oriovisto Guimarães [...] votou a favor do projeto, mas, ao lembrar que o texto não é impositivo quanto a alíquota zero para o IPVA, afirmou ter dificuldade para entender o resultado prático da proposta. ‘- Nós fixamos o mínimo, mas quem fixa o valor são os estados. Se eles quiserem manter como estão, manterão. Se quiserem fixar em 5%, fixarão; em 10%, fixarão; em 20%, fixarão. O que significa fixar o mínimo? Eu sinceramente acho que a consequência disso é um tipo de lei inócua. Não vejo muita utilidade nisso. Votarei a favor, claro, acho que mal não faz. Mas acho também que as consequências dependerão exclusivamente da vontade dos estados’ - alertou.” (BRASIL, Senado Federal. **Agência Senado**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/07/06/senado-autoriza-ipva-zero-para-motos-de-ate-170-cilindradas>>. Acesso em: 19 set. 2022).

18 Vide, por exemplo, a manchete do Jornal Estado de Minas, de grande circulação no Estado de Minas Gerais: “IPVA: Senado aprova zerar o imposto para motos até 170 cilindradas”. Publicada em 7/7/2022. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2022/07/07/interna_politica,1378550/ipva-senado-aprova-zerar-o-imposto-para-motos-ate-170-cilindradas.shtml>. Acesso em: 19 set. 2022.

ção em pagamento de bem imóvel”, nos autos da ADI nº 3.462/PA, o próprio Governador argumentou que a lei não teria feito uma delegação absoluta, pois caberia ao Poder Executivo, seguindo os limites fixados pelo legislador, proceder à aplicação da lei, “já que ninguém melhor do que o ordenador das despesas estatais, o Poder Executivo, para aquilatar e mensurar com base nas informações técnicas (fiscais-contábeis) de que dispõe, acerca da conveniência da remissão e anistia de créditos tributários”.

O STF considerou tal lei inconstitucional na medida em que a fixação, pelo Poder Legislativo, de requisitos objetivos para a concessão dos benefícios em questão é que mitiga o arbítrio do chefe do Poder Executivo, garantindo que qualquer pessoa física ou jurídica enquadrada nas hipóteses legalmente previstas usufrua da benesse tributária, homenageando-se aos princípios constitucionais da impessoalidade, da legalidade e da moralidade administrativas (ADI 3.462, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJe de 14/02/2011).

Um outro bom exemplo se deu com o advento do Decreto federal nº 9.101, de 2017, que reestabeleceu as alíquotas de contribuições federais incidentes sobre a importação e a comercialização de gasolina e outros combustíveis deixou isso evidente. A doutrina brasileira questionou maciçamente a suposta “majoração”, que teria se dado por mero decreto e passou a vigorar de imediato. Todavia, o questionado decreto teve lastro no § 5º do art. 23 da Lei 10.865/2004 e no § 8º do art. 5º da Lei 9.718/1998, que haviam autorizado o Poder Executivo “a fixar coeficientes para redução das alíquotas”, as quais poderiam ser alteradas, “para mais ou para menos”. Assim é que, devidamente autorizado pelas leis, cujo projeto de lei foi iniciado por iniciativa do presidente da República, o Poder Executivo, que havia fixado reduções, baseado na mesma autorização legislativa, deixou de prevê-las, ocasionando a questionada “majoração”.

Julgando a constitucionalidade da referida delegação legislativa, o STF parece ter flexibilizado ainda mais o entendimento construído a partir do RE 343.446/SC, oportunidade em que, após grandes debates sobre a força da legalidade tributária, a Corte admitiu a delegação realizada pela Lei nº 8.212/91 (art. 22, inciso II c/c § 3º) para que decretos enquadrassem os contribuintes nas alíquotas da contribuição ao seguro de acidentes do trabalho. A nova mitigação da legalidade gerou grande inconformismo doutrinário.¹⁹

Ao julgar a ADI nº 5.277 e o RE nº 1.043.313, com repercussão geral (tema nº 939), o STF admitiu a transferência, para o regulamento, da competência para reduzir e restabelecer as alíquotas da contribuição ao PIS e da Cofins. Em seu parecer, o PGR havia opinado pela inconstitucionalidade da regra, com base no entendimento tradicional de que seria inconstitucional,

19 SCAFF, Fernando Facury. “A alarmante relativização da reserva legal tributária pelo STF”. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. pub. 14 dez. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-14/alarmante-relativizacao-reserva-legal-tributaria-stf>>. Acesso em 16 set. 2022.

por violar a legalidade,²⁰ “a norma legal que, limitando-se a dispor sobre a alíquota máxima da contribuição ao PIS/Pasep e à Cofins, autoriza o Poder Executivo Federal a reduzir e/ou restabelecer as alíquotas das referidas contribuições por regulamento infralegal”. Não obstante, a Corte Constitucional definiu que é constitucional a flexibilização da legalidade tributária constante do § 2º do art. 27 da Lei nº 10.865/04, “no que permitiu ao Poder Executivo, prevendo as condições e fixando os tetos, reduzir e restabelecer as alíquotas da contribuição ao PIS e da Cofins incidentes sobre as receitas financeiras auferidas por pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo, estando presente o desenvolvimento de função extrafiscal”.

O Min. Rel. Dias Toffoli inovou a sua posição pois vislumbrou que, em determinadas espécies tributárias (taxas e contribuições especiais), em face da retributividade imediata, haveria a redução do o grau de coatividade, admitindo mais flexibilização da legalidade. Ressalvou, por outro lado, que não há “ampla e irrestrita liberdade para o legislador realizar diálogo com o regulamento no tocante aos aspectos da regra matriz de incidência tributária” e que a possibilidade de haver a flexibilização do princípio deve ser interpretada com temperamento, “caso contrário, haverá sério risco de sua banalização”. O ponto positivo, a partir do exame do julgado, é que, ao que parece, ainda persiste a inviabilidade da delegação em matéria de impostos.

As delegações legislativas decorrentes de propostas de lei iniciadas pelos Governos são muito comuns, mais até do que as situações de iniciativas de parlamentares. No âmbito do Estado de MG, por exemplo, apenas no que diz respeito a autorizações para o Poder Executivo poder reduzir alíquotas de ICMS, há mais de setenta dispositivos legais (basta uma rápida análise do art. 12 da Lei nº 6.763, de 1975, que consolida a legislação tributária mineira). Embora seja difícil afirmar com absoluta certeza que a maioria das autorizações legais tenha se dado a partir do interesse do próprio Poder Executivo - na medida em que há proposições legislativas iniciadas por parlamentares

20 A CRFB/88 excepciona poucos casos da regra da legalidade. Tais ressalvas ao caráter absoluto da reserva de lei tributária, servem justamente para confirmar a regra. É dizer, se a CRFB/88 autorizou, em determinados dispositivos, que o Poder Executivo possa alterar, dentro de condições e limites estabelecidos em lei, as alíquotas de certos tributos, é evidente que ela não apenas reservou à lei a tarefa de fixar todos os elementos da regra-matriz de incidência tributária, mas também vedou que, nas demais hipóteses, tal atribuição seja delegada. Portanto, com exceção aos tributos expressamente previstos no texto constitucional - além do questionável e felizmente pouco utilizado instrumento da lei delegada - o legislador é quem deve dispor sobre os elementos da hipótese de incidência tributária. Com exceção desses casos, as autorizações legislativas são inconstitucionais por ofenderem o princípio da legalidade disposto no art. 150, inciso I, da CRFB/88. Tal é assim porque, ressalvadas as exceções constitucionais, somente o Poder Legislativo poderá instituir ou aumentar os tributos, por meio de lei ordinária, justamente por derivar a lei de um procedimento complexo, com a participação dos poderes Legislativo e Executivo e, desse modo, que lhe dota de uma força própria que inova a ordem jurídica preexistente. Nessa direção, o CTN estabelece que a fixação de alíquotas de tributos é papel da lei em sentido formal e material (art. 97, inciso IV). A questão que vem à tona é: essa autorização do Poder Legislativo para que o Poder Executivo reduza tributos - e, quando bem quiser, os reestabeleça - tem respaldo constitucional? A resposta é negativa.

que contaram, posteriormente, com emendas incorporadas a pedido do Governo²¹ - constata-se que as autorizações legislativas se tornaram verdadeira praxe.²² Por mais que o Poder Legislativo, como delegante, tenha o poder inerente de controlar a atividade delegada, a tarefa acaba se revelando complexa, seja pelos infundáveis atos normativos regulando a questão (o legislador praticamente desconhece o *quantum* de tributo incidente nas atividades econômicas) seja porque é tradicionalmente reativo (evita interferir nas decisões políticas para não arcar com a impopularidade).

Estudo de caso: a lei tributária simbólica em matéria ambiental e a satisfação do interesse do Poder Executivo e do Poder Legislativo

Com o objetivo de demonstrar como a lei tributária simbólica é aprovada no interesse tanto do Poder Executivo e do Poder Legislativo, é interessante realizar um estudo de caso, examinando um processo legislativo tributário que tramitou na Assembleia Legislativa de Minas Gerais (ALMG). Conforme se observará, a proposta meramente autorizativa, com a finalidade de proteção ambiental, foi uma saída engenhosa para a aprovação de uma lei de interesse de um parlamentar governista, com o aval da própria Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais (SEF/MG). O que é mais interessante é que o modelo do projeto e a consequente aprovação (com a sanção do governador) acabou incentivando o aparecimento de outros projetos de lei semelhantes (*learnig organization*). Observe-se.

O caso ora analisado resultou na aprovação da Lei Estadual nº 23.575/2020, de 15/1/2020, contemplando um suposto incentivo tributário ao emprego de rejeito ou estéril de minério em obras de cimento ou de concreto. De acordo com o projeto original, o projeto de lei nº 5.211/2018, a norma autorizaria a redução para até 0% da carga tributária relativa ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre tais operações, com o objetivo de contribuir para a redução do passivo ambiental relacionado aos rejeitos da atividade minerária no Estado por meio do incentivo a iniciativas que transformem rejeitos da mineração em matéria-prima para uso na construção civil.

Considerando os inúmeros limites constitucionais e legais para aprovação de um projeto de lei contemplando benefícios de ICMS, a Comissão de Constituição de Justiça (CCJ) decidiu pedir informações à SEF/MG, sobre-

21 É perfeitamente legítimo e não é raro que aconteça que o Poder Executivo solicite um parlamentar a apresentação de proposição, emendas ou substitutivos de seu interesse. A conveniência dessas medidas depende do contexto do processo legislativo e muitas vezes facilita e agiliza a aprovação das leis. Por outro lado, dificulta a pesquisa acadêmica da origem real das propostas de inovação da legislação.

22 O caso mineiro é emblemático. O art. 12 da Lei nº 6.763, de 1975, que dispõe sobre as alíquotas do ICMS, tinha, em sua redação original, apenas a previsão de três alíquotas. Atualmente, cuida-se de um dos maiores artigos da legislação mineira, contando com quase 100 parágrafos, com uma infinidade de incisos e alíneas. Quanto às autorizações para o Executivo alterar alíquotas há quase 70 hipóteses, apenas para o ICMS.

tudo em relação a eventual impacto orçamentário-financeiro do projeto de lei à luz do disposto no art. 14 da LRF, assim como no art. 113 do ADCT. Note-se que a CCJ tinha inúmeros precedentes no sentido de que “é vedado ao Poder Legislativo conferir a outro órgão a prerrogativa que lhe é constitucionalmente atribuída de conceder exonerações fiscais, sob pena de transgressão do princípio da separação dos Poderes” e que, ainda que, não sendo autorizativa, a proposta deve cumprir os requisitos da LRF, sob pena de ser considerada inconstitucional.²³ Em resposta à diligência, por meio de nota técnica, a SEF/MG manifestou-se favoravelmente à proposição. Cabe chamar a atenção que, em outras manifestações, a SEF/MG já havia se posicionado contra projetos de lei que meramente autorizavam ao Poder Executivo a reduzir alíquota do ICMS.²⁴

Apesar do parecer favorável da Pasta, considerando que a isenção deve ser veiculada por lei específica e que benefícios de ICMS devem ser concedidos mediante convênio do Confaz, ela sugeriu proposta de substitutivo consignando que a autorização veiculada somente surtirá efeitos após a celebração do respectivo convênio do Confaz. A sugestão acabou atendendo os interesses parlamentares - uma vez que a iniciativa resultou na aprovação da lei - e do próprio Executivo - na medida em que a lei é inócua e condicionada a futura celebração de convênio do Confaz, ou seja, decisão que ficará inteiramente nas mãos dos técnicos da SEF/MG. A Lei Estadual nº 23.575/2020 dispôs, assim, que “fica o Poder Executivo autorizado, na forma, no prazo e nas condições previstos em regulamento, e desde que haja autorização em convênio celebrado e ratificado pelos estados, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 7 de janeiro de 1975, a reduzir para até 0% (zero por cento) a carga tributária nas operações internas com obras de cimento ou de concreto, classificadas na posição 68.10 da NBM-SH, em que haja o emprego de rejeito ou estéril de minério.”

Como se pode perceber, a nova lei mineira é meramente simbólica e, mais de dois anos após a sua publicação, ainda não surtiu qualquer efeito.

23 Cf. MINAS GERAIS, Assembleia Legislativa. Parecer sobre o projeto de lei nº 1.913/2015. Relator Deputado Leonídio Bouças. Proferido em 5/7/2016. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/documento.html?a=2015&n=1913&tipoProjeto=PROJETO%20DE%20LEI&s=PL&link=%20Fproposicoes%20Fpesquisa%20Favancada%3Fexpr%3D%28PL.2015_01913045%5Bcodi%5D%29%5Btxmt%5D%26pesqProp%3Dtrue%3D>. Acesso em 24 ago. 2022.

24 O projeto de lei nº 2.779/2015 tinha por objetivo autorizar o Poder Executivo a conceder isenção do ICMS aos municípios para aquisição de veículos usados para a construção civil e para uso médico e hospitalar. Em resposta à diligência solicitada pela CCJ, mediante a Nota Técnica nº 020/2016, a SEF/MG opinou pela rejeição da proposta, ao argumento de que o projeto de lei não contemplou medidas de compensação para anular o impacto financeiro, estando em desacordo com as determinações da Lei Complementar nº 101/2000, e não haveria prévia autorização do Confaz para concessão do benefício. Na mesma linha foi a manifestação da SEF/MG em relação ao projeto de lei nº 2.211/2015, que tinha por objetivo autorizar o Poder Executivo a reduzir a até 0% a alíquota do ICMS incidente nas operações internas dos insumos da cadeia produtiva de envasamento da água mineral ou potável.

Aliás, algum resultado evidentemente a norma produziu, pois atendeu pretensões demagógicas dos autores, tendo sido noticiada pela imprensa especializada bem como por escritórios de advocacia de renome nacional e internacional.²⁵ O problema é que, na medida em que as “organizações aprendem”, o dispositivo produziu um outro efeito, qual seja, incentivou que outros parlamentares apresentassem medidas semelhantes, contribuindo para um círculo vicioso e de difícil contenção. Veja-se.

Quando da tramitação do mesmo projeto de lei nº 5.211/2018, acima analisado, durante a discussão em 2º turno na Comissão de Fiscalização Financeira e Orçamentária, foi apresentada, por um deputado, uma emenda e que foi acatada pelo relator, acrescentando dispositivo legal no intuito de isentar o ICMS incidente sobre a “energia elétrica fornecida pela distribuidora à unidade consumidora, na quantidade correspondente à energia elétrica injetada na rede de distribuição somada aos créditos de energia ativa originados, no mesmo mês ou em meses anteriores, na própria unidade consumidora ou em outra unidade de mesma titularidade, desde que o responsável pela unidade tenha aderido ao sistema de compensação de energia elétrica” e sobre “o fornecimento de equipamentos, peças, partes e componentes utilizados para microgeração e minigeração distribuída de energia elétrica por meio de cogeração qualificada ou de uso de fontes renováveis de energia.”

Tal isenção de ICMS acabou sendo aprovada, em um outro dispositivo legal, acompanhada da autorização legislativa acima mencionada. Todavia, por meio da Mensagem nº 66/2019, o governador vetou tal pretensão ao argumento de que a regra violaria as regras relativas ao processo legislativo tributário benéfico de ICMS, uma vez que inexistiria convênio autorizativo do Confaz. A ALMG decidiu manter o veto e a Lei Estadual nº 23.575/2020 foi publicada sem a isenção de ICMS que objetivava estender benefícios do imposto para fontes renováveis de energia. O recado dado pelo governador foi o seguinte: o artigo meramente autorizativo e condicionado (simbólico) seria válido; por outro lado, a norma que prevê isenção teria problemas jurídicos.

Pouco tempo depois, o mesmo deputado que havia apresentado a emenda com o dispositivo legal vetado, apresentou o projeto de lei nº 1.441/2020, de forma autorizativa, propondo a redução de ICMS para até 0%, “desde que haja autorização em convênio celebrado e ratificado pelos Estados e pelo Distrito Federal” para as mesmas mercadorias que constavam da sua emenda anteriormente proposta. Tal projeto foi anexado ao projeto de lei nº 4.560/2017, do mesmo autor, e a CCJ da ALMG não teve saída, senão a de considerar tal medida constitucional. Aprovada pela casa legislativa e sancionada, a Lei nº 23.762, de 6/1/2021, acabou se tornando mais uma lei tributária meramente

25 “Governo de Minas publica lei que possibilita a isenção total de tributação em obras com emprego de rejeitos de minério”. Notícia publicada em 28/1/2020. Disponível em: <<https://coimbrachaves.com.br/governo-de-minas-publica-lei-que-possibilita-a-isencao-total-de-tributacao-em-obras-com-emprego-de-rejeitos-de-minerio/>>. Acesso em 23 set. 2022.

simbólica, sem efeitos jurídicos práticos, uma vez que está condicionada a futuro convênio e sujeita à decisão exclusiva do Poder Executivo.

A partir desse estudo de caso, não se tem a pretensão de criticar a prática dos parlamentares de aprovarem medidas tributárias inefetivas e populistas. Na realidade, ao estudar com profundidade o Processo Legislativo Tributário percebe-se que foi o próprio Poder Executivo quem aconselhou a aprovação da mencionada lei simbólica. Os interesses políticos dessas leis simbólicas certamente foram sopesados com a efetividade real da medida e eventualmente foram colhidos efeitos positivos para os autores das propostas, em um país que se cobra dos parlamentares cada vez mais legislação, sem um juízo crítico do que vem sendo legislado.

Referências

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas: 2006.

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional**. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

MOREIRA, Bernardo Motta. **A Governamentalização do poder de tributar: desafios do processo legislativo tributário**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Coleção de Direito Tributário Financeiro, 2021.

MOREIRA, Bernardo Motta. “Processo Legislativo Tributário”. In: MOREIRA, Bernardo Motta; BERNARDES JÚNIOR, José Alcione (Coord.). **A elaboração legislativa em perspectiva crítica**. Belo Horizonte: Assembleia do Estado de Minas Gerais, Escola do Legislativo, Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2020, p. 115-154.

MOREIRA, Bernardo Motta. “A iniciativa legislativa em matéria tributária”. In: RESENDE, Antônio José Calhau de; BERNARDES JÚNIOR, José Alcione (coords.). **Estudos sobre Poder Legislativo municipal**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 2017, p. 161-194.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RODRIGUES, Ricardo José Pereira. “Produção Legislativa nas Democracias Consolidadas e a Eficácia da Atividade Propositiva”. **Consultoria Legislativa**. Estudo. Câmara dos Deputados. Brasília: 2014.

SCAFF, Fernando Facury. “A alarmante relativização da reserva legal tributária pelo STF”. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. pub. 14 dez. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-14/alarmante-relativizacao-reserva-legal-tributaria-stf>>. Acesso em 16 set. 2022.

O DIREITO TRIBUTÁRIO ENQUANTO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DE SUSTENTABILIDADE, ATRAVÉS DA IMPLEMENTAÇÃO DE ENCARGOS AMBIENTAIS SOBRE A EMISSÃO DE CARBONO

Luíza Bárbara Guimarães Alves

Mestranda em Direito Tributário pela Universidade Federal do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, graduada em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Advogada, sócia do escritório de advocacia Jabour Brandão Alkmim

Resumo:

O Brasil, embora possua uma robusta legislação ambiental, não logra êxito em motivar a sociedade a adotar amplamente uma energia limpa, seja por falta de efetividade na aplicação do princípio do poluidor-pagador, seja pelo obstáculo entreposto pela desigualdade social e dificuldade de alcance das metas de energias renováveis para todos. Nessa linha de raciocínio, o Estado, enquanto garantidor de direitos e garantias fundamentais, representa um relevante propulsor de sua consolidação, por meio da implementação de estímulos direcionados à produção, distribuição e consumo de energia limpa e renovável. O artigo pretende examinar o direito tributário como instrumento de combate às mudanças climáticas e promoção de sustentabilidade, por meio da aplicação da extrafiscalidade e adoção de um jogo de alíquotas diferenciado para matrizes energéticas sustentáveis, em detrimento de fontes poluidoras, partindo do pressuposto de que o princípio do poluidor-pagador, em matéria ambiental, não seria, suficiente, por si só, em dar resposta aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil.

Palavras-chave: Princípio da seletividade; Extrafiscalidade; Tributação ambiental; Tributação indireta; Desigualdade ambiental.

Introdução

O surgimento do Século XXI reforçou a certeza de que é necessária uma maior intervenção e proteção do meio ambiente. Se as primeiras manifestações destas inquietações remontam à revolução industrial, no caminhar

dos anos, as discussões se elevaram a nível mundial, quando as contendas perpassaram por organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a União Europeia (EU).

O Effective Carbon Rates - ECRs, banco de dados mais detalhado e abrangente atualmente disponível sobre as taxas efetivas de carbono, apontou, em relatório de 2021, que 44 países, membros da OCDE e do G20, são responsáveis por cerca de 80% das emissões globais de carbono no mundo. Isso significa que a responsabilidade na expansão do uso das energias renováveis deixa de ser individual e passa a ter uma importância a nível mundial.

O Brasil assumiu, então, compromissos de envergadura, na tentativa de se alcançar um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e seus consequentes impactos ambientais. Contudo, apesar de possuir uma certa robustez legislativa em matéria ambiental, perquire-se se o ordenamento jurídico, tal como posto, seria suficiente a fomentar o desenvolvimento sustentável e especificar as externalidades ambientais, a fim de punir nomeadamente aquelas atividades consideradas como altamente poluidoras e lograr êxito nos compromissos firmados no Acordo de Paris e na COP26.

O artigo pretende demonstrar como o direito tributário pode ser um valioso instrumento no combate às mudanças climáticas, especialmente por meio da criação de um imposto incidente sobre a emissão de carbono no país. O Brasil, enquanto país em desenvolvimento, possui uma robusta legislação ambiental, sendo o direito ao meio ambiente erigido a nível constitucional na Carta de 1988.

No entanto, em que pesem os esforços para conformação aos compromissos firmados no Acordo de Paris e na COP26, o regramento brasileiro existente se mostra insuficiente para conter a ameaça de aquecimento global, pois despido de eficácia social.

O que se verifica hoje, no Brasil, é uma relativização dos cuidados com o meio ambiente em diversos níveis sociais. Em grande parte, isso ocorre por falta de programas de conscientização, mas também porque as normas ambientais não possuem o caráter de compulsoriedade que um tributo possui, nos termos do art. 3º do Código Tributário Nacional.

Um dos principais pilares do Direito Ambiental, benquistado a nível mundial, é o princípio do poluidor pagador, pelo qual quem polui, deve responder pelo prejuízo causado ao meio ambiente. Essa responsabilização se dá em forma de pagamento em pecúnia, ou em atos do poluidor, como reconstrução da área devastada. Contudo, não se pode discordar que é custosa a determinação, na prática, das atividades e condutas lesivas ao meio ambiente, de modo que a aplicação do mencionado princípio tem se mostrado obscura e vulnerável.

É necessário lançar mão de estratégias viáveis de política ambiental e, nesse cenário, a tributação do carbono pode incentivar grandes empresas e até mesmo os cidadãos a privilegiarem as fontes de energia limpas em detrimento

das fontes poluentes.

Deste modo, partindo da premissa de que é possível a edificação de uma relação de êxito entre a tributação e o meio ambiente, o artigo tenciona a discutir a aplicação de políticas tributárias como incentivo ao progresso dos compromissos internacionais firmados pelo Brasil.

Breves considerações sobre o sistema tributário brasileiro

O Brasil se constitui como um Estado Federalista, marcado pela autonomia de seus entes. Nesse sentido, na definição das competências tributárias, foi delegado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o poder de instituir e cobrar tributos.

De toda sorte, nos dizeres Roque Antônio Carrazza¹, não se pode influir que, no Brasil, há um poder de tributar de forma incontestável e absoluta, mas tão somente uma competência tributária, sendo esta última, regrada e disciplinada pelo direito, nos limites do Estatuto Máximo.

Tomando como ponto de partida a Constituição Federal, foram perflhadas as competências tributárias de cada um dos entes federados, de modo que, especificamente quanto à tributação sobre o consumo, objeto do presente estudo, foi designada à União a competência para instituir e arrecadar o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e as Contribuições Sociais ao PIS e à COFINS. Lado outro, os Municípios ficaram responsáveis pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza. Aos Estados e ao Distrito Federal, coube a instituição e arrecadação do ICMS, principal imposto sobre o consumo e com maior potencial arrecadatório, do Brasil, segundo levantamento feito pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação - IBPT², representando 18,3% do total arrecadado pelos cofres públicos no Brasil no ano de 2016.

Como a relação de tributação não é simplesmente uma relação de poder, mas uma relação jurídica³, a Constituição Federal, além de delinear as competências tributárias dos entes federados, também trouxe uma complexa aparelhagem de freios e contrapesos ao poder de tributar, por meio de princípios. Para Paulo de Barros⁴,

Dizem-se princípios gerais de direito tributário aqueles primados que, explícita ou implicitamente, se irradiam pelo subsistema das normas tributárias, penetrando-as e ativando-as em certa direção. São muitos os princípios gerais de direito tributário, em virtude do amplo tratamento que a matéria mereceu no texto constitucional.

1 CARRAZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário, 29ª edição, 2013 - p. 573.

2 Disponível em <<https://ibpt.com.br/estudos/>>, acesso em 27 de setembro de 2021.

3 MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 14ª edição, 1998 - p. 27.

4 BARROS, Paulo de. Curso de direito tributário / Paulo de Barros Carvalho. - 30. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019 - p. 351.

Em matéria tributária, existem princípios cuja observância irradia para todos e quaisquer tributos, como o da legalidade, da anterioridade e da igualdade, outros que guardam relação intrínseca com a exação que pretendem re-ger.

Aspectos gerais da tributação ambiental

Da previsão constitucional de proteção ambiental

Com a evolução do sistema constitucional Brasileiro, passou-se a garantir não apenas os direitos de Segunda, mas também aqueles de Terceira Geração, que englobam, inclusive, o meio ambiente.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado foi erigido como um direito difuso de terceira dimensão, razão pela qual é dever do Poder Público e da coletividade a sua proteção e defesa às presentes e futuras gerações, conforme insculpido no art. 225 da Constituição Federal.

O parágrafo primeiro do art. 225 da Magna Carta dispõe que, a fim de se assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, compete ao Poder Público:

- I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
- III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
- V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
- VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
- VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade;
- VIII - manter regime fiscal favorecido para os biocombustíveis destinados ao consumo final, na forma de lei complementar, a fim de assegurar-lhes tributação inferior à incidente sobre os combustíveis fósseis, capaz de garantir diferencial competitivo em relação a estes, especialmente em relação às contribuições de que tratam a alínea “b” do inciso I e o inciso IV do caput do art. 195 e o art. 239 e ao imposto a que se refere o inciso II do caput do art. 155 desta Constituição.

Nessa linha de raciocínio, o parágrafo segundo impõe obrigação de reparo àqueles que explorarem recursos minerais, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. O parágrafo seguinte determina que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitem os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Veja-se, pois, que, a defesa do meio ambiente foi proposta pela Carta Constitucional como um verdadeiro princípio basilar da ordem econômica nacional, havendo, inclusive, previsão recente de concessão de regime fiscal favorecido para os biocombustíveis destinados ao consumo final.

Do conceito de meio ambiente

A fim de se delinear uma conceituação de meio ambiente, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, nº. 6.938/81, estabeleceu, no inciso I do seu art. 3º, que o meio ambiente é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Segundo Fiorillo⁵,

A Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) representou um grande impulso na tutela dos direitos metaindividuais e, nesse caminhar legislativo, em 1985, foi editada a Lei n. 7.347, que, apesar de ser tipicamente instrumental, veio a colocar à disposição um aparato processual toda vez que houvesse lesão ou ameaça de lesão ao *meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico: a ação civil pública.* (itálico do original).

O referido conceito é apenas um ponto de partida, na medida em que as regras de proteção e conservação do meio ambiente se relacionam, primeiro, pelo valor da vida, em suas diversas formas, e, apenas subsidiariamente pela garantia de qualidade de vida aos indivíduos que dependem do equilíbrio ambiental.

Ademais, após a inserção da expressão “meio ambiente” na Constituição Federal, novos contornos jurídicos foram traçados, de modo que a conceituação se tornou mais ampla. Nesse caminhar, o STF asseverou que a “defesa do meio ambiente” (...) “traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral”.

5 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3.

6 Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-1, Distrito Federal, STF, Tribunal Pleno, 1º/ set.2005.

Da confluência entre o direito tributário e o direito ambiental

O direito tributário está intrinsecamente ligado aos conceitos de extrafiscalidade e seletividade. Nos dizeres de André Mendes Moreira, “a seletividade é importante princípio de justiça fiscal, que busca distribuir a carga tributária sobre bens de modo a gravar mais fortemente as vendas de supérfluos do que as de produtos necessários à vida em sociedade”⁷.

Ao que se remete à Misabel Derzi (2018), na atualização da obra de Aliomar Baleeiro, “Direito Tributário Brasileiro”, o tributo extrafiscal não almeja, prioritariamente, prover o Estado dos meios adequados ao seu custeio. Dessarte, a extrafiscalidade mune o Estado do poder de estimular ou desestimular comportamento, consentindo uma maior agressividade fiscal a atos que, embora não sejam ilícitos, atuem contrariamente aos interesses políticos, sociais ou econômicos superiores da coletividade.

Geraldo Ataliba esclarece que “o direito é a técnica de ordenação dos comportamentos humanos. Daí seu caráter eminentemente instrumental. Não repugna, pois, que o instituto jurídico do tributo seja manejado tendo em vista finalidades ordinatórias”⁸.

Consoante Alfredo Augusto Becker:

na construção jurídica de todos e de cada tributo, nunca mais estará ausente o finalismo extrafiscal, nem será esquecido o fiscal. Ambos coexistirão sempre agora de um modo consciente e desejado - na construção jurídica de cada tributo; apenas haverá maior ou menos prevalência neste ou naquele sentido, a fim de melhor estabelecer o equilíbrio econômico-social do orçamento cíclico” (BECKER, 2013, p. 640).

A noção de que os tributos exercem efeitos sobre as condutas da sociedade é perceptível, ora encorajando, ora desestimulando a prática de alguns atos e, por conseguinte, interferindo na economia em geral.

Portanto, tendo como pano de fundo a recente relação entre tributação e meio ambiente, notadamente permeada por debates centrados nos desafios e dilemas do atual padrão de produção e consumo e sua relação com os limites ecológicos e biofísicos do planeta, sugere-se a aplicação da extrafiscalidade em matéria ambiental.

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, importando-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, art 225, caput).

7 MOREIRA, André Mendes; MOTTA, Thelson Barros. A seletividade como instrumento extrafiscal e seus limites. In: LOBATO, Valter de Souza (Coord.); DELIGNE, Maysa de Sá Pittondo (Org.); LEITE, Matheus Soares (Org.). Extrafiscalidade: conceito, interpretação, limites e alcance. Belo Horizonte. Fórum

8 ATALIBA, Geraldo. Sistema constitucional tributário brasileiro, p. 150

Nessa linha de raciocínio, como bem assevera Marcelo Jabour⁹, “o mundo que se aproxima e, ao mesmo tempo, se desintegra no horizonte da globalização tem o desafio de garantir que os direitos sociais, frutos da história da civilização humana, não retrocedam”.

A fim de se garantir que os direitos sociais não retrocedam, é necessário lançar mão de ferramentas de combate às mudanças climáticas e ao iminente esgotamento de recursos naturais. Como já propalado timidamente por parte da doutrina brasileira e seguindo experiências internacionais, especialmente da União Europeia, por meio da instituição do Imposto Especial sobre o Consumo (IEC) e legislações internas, o direito tributário pode ser importante instrumento de promoção de sustentabilidade.

Isso porque, conforme levantado por Pigou¹⁰, os sistemas econômicos orientados apenas pelo mercado não conseguem contabilizar as externalidades no seu sistema de preços, conduzindo para a situação de o poluente não pagar pelos danos e o sistema de preços não refletir estes custos.

A ideia de utilização da tributação ambiental possibilita uma maior flexibilidade que a regulação direta, na medida em que oferece incentivos às inovações tecnológicas e à utilização de recursos de forma mais eficiente, além de atuar do lado da demanda, com impostos cobrados diretamente sobre a fonte de emissões poluentes.

Dirk Heine (2012) advertiu que, para dispor de uma tributação ambiental, é necessário conhecer o valor da externalidade para o cálculo da alíquota do imposto, o que requer conhecer com exatidão a origem, o valor e os agentes afetados pelo dano. Para o autor, de posse desses dados, seria recomendada a cobrança de impostos ambientais diretamente sobre os danos potenciais do carbono e do teor de poluição local do carvão, gás natural e derivados de petróleo.

Trazendo à lume o ordenamento jurídico brasileiro, Aldo de Campos Costa recorda que:

“Servindo-se de instrumentos como as exações ambientais, pode o Direito Tributário constituir-se em um meio indireto de tutela ambiental, contando a Constituição, inclusive, com um modelo de tributação equipado para tanto, conforme revelam: a) a previsão de impostos de caráter predominantemente extrafiscal; b) a proteção conferida ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado; e c) a diferenciação de tratamento conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”. (COSTA, 2013)

Compartilhando do espírito do presente artigo, Heleno Torres defende que os tributos ambientais sejam aqueles em que é possível se identificar

9 RIOS, Marcelo Jabour. O papel da extrafiscalidade na efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos na República Federativa do Brasil, In: TOURINHO, Luciano (Org.) VALE, do Sívia Teixeira (Org.). Temas Avançados de Direitos Humanos. São Paulo, 2020, p. 317.

10 PIGOU, Arthur Cecil. *The economics of welfare*. London: Macmillan, 1920.

o motivo da preservação ambiental em sua própria regra-matriz, nunca fora dela, ou no simples destino da arrecadação. Em outras palavras, “a finalidade (ambiente) deve vir presente e reconhecível na estrutura da norma tributária constitucional, como as hipóteses do art. 225, da CF”¹¹.

Por seu turno, Luís Eduardo Shoueri relaciona o emprego de normas tributárias indutoras em matéria ambiental com externalidades positivas e negativas, na medida em que ambas dizem respeito a falhas de mercado: “no caso do poluidor, o fato de ele não suportar os custos indiretos causados permite-lhe praticar preços mais reduzidos, sem afastar sua lucratividade. A externalidade positiva, de igual modo, não reverte em maior renda para quem a gera”¹².

Tencionando materializar a tributação ambiental, além da a devida observância aos princípios tributários de ordem econômica, o autor adverte que “apenas será possível, em nosso sistema constitucional, uma vez confirmada a confluência da competência tributária (arts. 153 a 156 da Constituição Federal) e da competência material (de regra, concorrente, observadas algumas competências privativas)”.

Portanto, a fim de galgar mais um passo no ambicioso projeto brasileiro de transição da matriz energética e de um meio ambiente mais sustentável, a adoção de alíquotas diferenciadas, nos tributos incidentes sobre o consumo, à luz de seu maior, ou menor impacto ambiental, seria um caminho louvável, amparado pela extrafiscalidade.

Conclusão

O Brasil age em contrariedade a uma tendência mundial de aplicação tributação ambiental. Diante de um iminente esgotamento de recursos naturais, conclui-se que não se deve restringir tanto o âmbito de aplicação do direito ambiental, a ponto de excluir dele a fiscalidade como instrumento de sustentabilidade. Propõe-se, para tanto, a possibilidade de atuação do ente tributante por meio da extrafiscalidade.

Noutro giro, pode-se afirmar que a tributação ambiental representa um instrumento de combate à injustiça ambiental, entendida como “situações onde a carga dos danos ambientais do desenvolvimento se concentra, de modo predominante, em locais onde vivem populações pobres. Uma lógica que faz com que todos os efeitos nocivos do desenvolvimento recaiam sempre sobre as populações mais vulneráveis” (VELEDA MOURA, 2009)¹³.

A extrafiscalidade, empregada nos tributos indiretos por meio da seleti-

11 TORRES, Heleno Taveira. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental - os limites dos chamados “tributos ambientais”. In: *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 130

12 SCHOUERI, 2005, p. 236.

13 VELEDA MOURA, Danieli. Justiça ambiental: um instrumento de cidadania. [In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 65, jun. 2009]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6285>

vidade, desemboca em um novo ponto de direcionamento, a fim de responder à crescente demanda mundial por energia limpa e estar em par com os compromissos internacionais de fomento à produção de energia renovável. Nesse sentido, o Direito Tributário, dotado do poder de polícia, e lançando mão da extrafiscalidade, é um importante propulsor do desenvolvimento sustentável.

Tendo como base estas premissas é que o presente artigo conclui ser necessária e urgente a adoção de uma tributação ambiental, considerando-se o papel de um novo jogo de alíquotas, isenções e subsídios para a construção de caminhos sustentáveis.

Referências

AFONSO, J.R. Finanças públicas verdes no Brasil: uma revisão bibliográfica. João Pessoa: Direito e Desenvolvimento, v. 8, n. 2, p. 143-159. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/554>. Acesso em: 15/01/22

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATALIBA, Geraldo. Sistema constitucional tributário brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BALEEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro / Aliomar Baleeiro, Misabel Abreu Machado Derzi. - 14. ed., rev. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. Uma introdução à ciência das finanças, 2002.

_____. Uma introdução à ciência das finanças. 13. ed. Rio de Janeiro: 1981.

BARROS, Paulo de. Curso de direito tributário / Paulo de Barros Carvalho. - 30. ed. - São Paulo: Saraiva Educação.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007.

_____. Teoria geral do direito tributário. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. Teoria do ordenamento jurídico. 2. ed. São Paulo: Edipro.

BOMFIM, Diego. Extrafiscalidade: identificação, fundamentação, limitação e controle. São Paulo: Noeses, 2015.

BRASIL, Constituição Federal de 5 de outubro de 1988

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CARRAZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário, 29ª edição, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. Introdução. In: TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no direito tributário. 3. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2011, p. 13.

COSTA, Aldo de Campos. Tributação ambiental ainda está em fase de construção . Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-03/toda-prova-justica-ainda-assimila-tributo-fim-/extrafiscal-ambiental#_edn5>. Acesso em 07/08/22

GRECO, Marco Aurélio. Princípio da capacidade contributiva. Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT, Belo Horizonte, n. 22, ano 4, jul./ag. 2006. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=37119>.

HEINE, Dirk; NORREGAARD, John; PARRY, W.H. Ian. Environmental Tax Reform: Principles from Theory and Practice to Date. IMF Working Paper, 2012

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 14ª edição, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sistema tributário na Constituição de 1988. Saraiva, 1989.

_____. Sistema tributário na Constituição de 1988. Saraiva, 1989.

MOREIRA, André Mendes; MOTTA, Thelson Barros. A seletividade como instrumento extrafiscal e seus limites. In: LOBATO, Valter de Souza (Coord.); DELIGNE, Maysa de Sá Pitondo (Org.); LEITE, Matheus Soares (Org.). Extrafiscalidade: conceito, interpretação, limites e alcance. Belo Horizonte. Fórum.

NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedida

PIGOU, Arthur Cecil. The economics of welfare. London: Macmillan, 1920.

RIOS, Marcelo Jabour. O papel da extrafiscalidade na efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos na República Federativa do Brasil, In: TOURINHO, Luciano (Org.) VALE, do Sívia Teixeira (Org.). Temas Avançados de Direitos Humanos. São Paulo, 2020.

TORRES, Heleno Taveira. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental - os limites dos chamados “tributos ambientais”. In: Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. 3. ed., vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. 3. ed., vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VELEDA MOURA, Danieli. Justiça ambiental: um instrumento de cidadania. [In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 65, jun. 2009]. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6285

A TRIBUTAÇÃO REGRESSIVA SOBRE O CONSUMO E A PROTEÇÃO AMBIENTAL: REFLEXÃO SOBRE A CRIAÇÃO DE UM TRIBUTO INDIRETO AMBIENTAL

Rodrigo Alexandre Lazaro Pinto

Doutorando em Direito Público na Universidade de Coimbra, Mestre em Tributação Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Advogado em São Paulo (Brasil)

Resumo:

Um plano global de coordenação para implementar medidas para a mudança climática é emergencial e depende de um compromisso global de conformidade por meio de instrumentos multilaterais. Ao se incluir uma tributação adicional sobre a energia não renovável, o consumo de produtos e serviços baseados nesses recursos poderão impactar de forma regressiva na carga fiscal sobre o consumo da população de baixa renda. A política de proteção ambiental pela transferência do custo do dano ambiental potencial ou efetivo deve ser direcionada ao empreendedor e afastar o consumidor hipossuficiente de assumir seu ônus como destinatário final de bens e serviços fornecidos com elementos gerados por energias não renováveis. O presente artigo avalia e, de forma fundamentada, propõe soluções normativas para assunção da carga fiscal de forma neutra aos hipossuficientes. Quanto aos procedimentos técnicos, o artigo é baseado na pesquisa bibliográfica e documental, com a utilização de materiais e pesquisas como fontes (livros e artigos científicos).

Palavras-chave: Tributação ambiental; Direito Tributário Internacional; Multilateralismo.

Introdução

A agenda política para redução do consumo de energias não renováveis impõe uma importante mudança de postura das jurisdições internacionais em relação às políticas para conter as mudanças climáticas e apontar meios para precificação do carbono como forma eficaz de mudar o padrão de consumo para opções de produção baseadas em energias de baixo e zero carbono.

Dentre as mais relevantes medidas para desestímulo aos recursos impactantes ao meio ambiente, destaca-se a tributação sobre energia não reno-

váveis e a emissão de carbono, aplicando-se uma carga fiscal mais gravosa aos produtos em referência, o que tem sido apontado como elemento favorável à redução do consumo desses recursos.

Nos relatórios “Taxing Energy Use (TEU) 2019” e “Effective Carbon Rates 2021”, ambos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), há indicação favorável para uma política de tributação mais gravosa sobre o consumo de energias não renováveis e a precificação do carbono como formas eficaz de mudança de comportamento nas escolhas de produção e consumo de bens e serviços de baixo e zero carbono, necessárias para limitar as mudanças climáticas.

No entanto, o cenário atual está longe de apresentar uma harmonia entre a maturidade de todos os países do globo em relação à carga fiscal sobre o carbono. A Taxa Efetiva de Carbono (ECR) é o percentual de preço efetivo aplicável às emissões de carbono, resultantes dos tributos sobre o carbono, tributos sobre o consumo de combustível e os preços das licenças de emissões negociáveis. Segundo os citados relatórios da OCDE, 60% das emissões de CO₂ de todo o uso de energia, em 44 países do grupo e do G20, não estão sujeitas a um ECR e apenas 10% está sujeita a uma carga de pelo menos 60 euros por tonelada. Assim, 90% das emissões têm preços abaixo de uma estimativa intermediária dos custos de emissão de CO₂ para a sociedade em 2020, o que é considerada como uma estimativa baixa para o alcance das metas futuras fixadas pelas jurisdições.

Em relação ao *Carbon Pricing Score* (CPS), o qual indica o quão perto os países da OCDE e do G20 estão, juntos e individualmente, de precificar todas as emissões de carbono relacionadas à energia em valores de referência para custos de carbono (60 euros), as pontuações de precificação de carbono dos países variaram de 1% a 69% em 2018, sendo apenas 19% do CPS atingido para os 44 países parceiros da OCDE em 2018¹.

No cenário europeu, a Lei Europeia do Clima propõe reduzir as emissões líquidas de gases de efeito estufa em 55% até 2030 e alcançar a neutralidade climática em 2050. Assim, uma das políticas de redução da compra de itens baseados em energias não renováveis e com emissão de carbono é o Mecanismo de Ajuste de Fronteira do Carbono (CBAM). Com a imposição de um tributo sobre a importação, as mercadorias importadas vendidas nos mercados da UE serão tributadas com base em seu teor de carbono, proporcionalmente as emissões necessárias para sua produção².

O CBAM permite que o importador da UE demonstre que um produtor não comunitário possa comprovar que já pagou um preço pelo carbono

1 Países com pontuação alta tendem a emitir menos emissões do que países que dificilmente precificam emissões. Os países com pontuação alta também emitem menos CO₂ por unidade de PIB e estão mais bem preparados para a economia de baixo carbono.

2 Cf. ORDEM DOS ECONOMISTAS. **Mecanismo de ajuste de fronteira do carbono: perguntas e respostas**. Disponível em: <https://www.ordemeconomistas.pt/xportalv3/publicacoes/dossier.xvw?mecanismo-de-ajuste-de-fronteira-do-carbono:perguntas-e-respostas&p=65893780>. Acesso: 30. out. 2022.

utilizado na produção das mercadorias importadas num país terceiro, permitindo que o custo correspondente possa ser totalmente deduzido para o importador da EU, evitando-se pagar o valor integral de CBAM na importação³. Por outro lado, o importador da EU poderá comprar certificados de carbono correspondentes ao preço do carbono que teria sido pago, se os bens tivessem sido produzidos sob regras de precificação de carbono da UE⁴.

Assim, o CBAM busca abordar a chamada fuga de carbono, especialmente ao se verificar que empresas da UE transferem a produção para países terceiros com regras de emissões menos rigorosas. Assim, em que pese o debate sobre potenciais violações das regras multilaterais do comércio, especialmente sobre a imposição de barreiras potencialmente protecionistas em desacordo com as normas da Organização Mundial do Comércio (OMC), os países em desenvolvimento (PED) buscarão traduzir a carga exigida pelo CBAM em novos tributos sobre o consumo para não perder a sua competitividade, tributando-se o carbono para fazer frente aos requisitos exigidos pelo CBAM⁵.

Neste particular, voltando-se os olhos para o papel da tributação doméstica, importante notar que sua função é a arrecadação para fazer frente à execução de serviços essenciais ao exercício pleno da cidadania, especialmente ao se concretizar políticas ambientais para conter as mudanças climáticas e apontar meios para precificação do carbono como forma eficaz de mudar o padrão de consumo para opções de produção baseadas em energias de baixo e zero carbono.

As opções legislativas de imposição tributária podem ser sobre determinadas manifestações de riqueza, como, por exemplo, a renda, consumo e salários. A tributação sobre o consumo pode ser considerada regressiva no caso de a proporção da carga fiscal crescer na relação inversa a renda e a riqueza dos indivíduos, ou seja, suporta mais carga fiscal (em termos relativos) quem ganha menos. Por outro lado, a tributação sobre o consumo poderá tributar de forma mais severa os bens considerados de “luxo” (seletividade) e promover uma tributação reduzida ou nenhuma para bens essenciais, como itens da cesta básica, a fim de neutralizar a carga para o consumo popular.

No esqueque da desigualdade na carga fiscal de PED, é importante notar que a tributação sobre rendimentos e ganhos de capital enfrenta diversos

3 O imposto da UE será implementado gradualmente nos próximos quatro anos. Até 2023, os importadores serão obrigados a relatar as emissões incorporadas nos bens que importam, embora o imposto sobre essas emissões não seja imposto até 2026.

4 Cf. DURANTEZ, Miriam González. OBERN, Calli. **The EU's Carbon Border Tax Could Hurt Developing Countries**. Disponível em: <https://www.project-syndicate.org/commentary/eu-carbon-border-tax-could-hurt-developing-countries-by-miriam-gonzalez-durantez-and-calli-obern-2022-06>. Acesso: 30.out.2022.

5 Embora ainda não aprovado, o imposto proposto já está influenciando as decisões dos formuladores de políticas e empresas nos parceiros comerciais da EU, imporá que empresas multinacionais reorganizem suas operações de fabricação antes da introdução do CBAM, a fim de evitarem potencial complexidade, burocracia e imprevisibilidade da exação do novo tributo.

desafios de operacionalização no mundo contemporâneo. Assim, os PED optam por concentrar grande parte da tributação no consumo de bens e serviços, sabidamente mais regressiva e incrementadora do indesejável desequilíbrio da carga suportada pelos mais pobres, como é o caso do Brasil⁶.

O Banco Mundial apresenta dados de que apenas 5% da população dos países de baixa renda está registrada no imposto de renda de pessoa física (contra 50% nos países de alta renda), cobrindo apenas 15% de rendimentos produzidos nesses países. Assim, a concentração da carga fiscal sobre o consumo demonstra que a regressividade causa um impacto efetivo sobre o nível de pobreza nos PED, sendo essa parcela da população mais sensível à imposição da tributação em questão⁷. Na perspectiva de um PED, grande parte da população tem desconfiança no funcionamento de seus sistemas tributários, baseada, especialmente, na noção de cargas tributárias desiguais e na ineficiência estratégica de converter receitas fiscais em serviços públicos essenciais.

Assim, o presente texto enfrenta a problematização do cenário de imposição de uma carga fiscal adicional sobre energias não renováveis e emissão de carbono, enfrentando uma adoção de uma solução cooperativas multilateral pelos diversos atores envolvidos pelas mudanças climáticas.

A tributação regressiva sobre o consumo

O ideal estabelecido no âmbito internacional como aquele “quem contamina paga” (princípio da responsabilidade do usuário) busca internalizar nas empresas os custos externos da geração de poluição, em especial, mas sem se limitar, a remediação do dano ambiental causado pelo carbono produzido e o consumo de energias não renováveis. Como defendido pela OCDE, os sistemas tributários fundados na exação indireta de tributos ambientais sobre produtos e sobre o consumo fornecem uma carga adicional de forma distinta aos diferentes agentes e permite uma mudança de comportamento individual de cada negócio, seja, por exemplo, para mudança da energia aplicada sobre o produto, seja na utilização de outros meios alternativos de fabricação.

Com a contabilização do custo da poluição por produto, a carga fiscal direciona uma remediação relacionada diretamente com as emissões que não se reduziram após a exação aplicada, assim como se monitora uma forma clara de custo por produto sobre a emissão de carbono e, indiretamente, um controle financeiro sobre o custo/benefício para inovações tecnológicas lim-

6 Cf. PINTO, Rodrigo Alexandre Lazaro. **O papel da Transparência Fiscal Internacional na concretização de Direitos Humanos**. In Anais - IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional, São Paulo:IBDT. 2022.

7 Cf. IBARRA, Gabriel Lara. RUBIÃO, Rafael Macedo. FLEURY, Eduardo. **Indirect Tax Incidence in Brazil Assessing the Distributional Effects of Potential Tax Reforms**. Banco Mundial. Washington:2021. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/36783/Indirect-Tax-Incidence-in-Brazil-Assessing-the-Distributional-Effects-of-Potential-Tax-Reforms.pdf?sequence=1&i-Allowed=y>. Acesso: 24.abr.2022.

pas que permitem reduzir as emissões a um custo menor.

Caso a referibilidade tributária entre a arrecadação e aplicação do tributo ambiental não seja a desejável e esperada para se atingir a preservação ambiental, a incorporação de uma carga fiscal adicional aos cofres públicos permitirá reduzir outros tributos menos móveis, especialmente incidentes sobre o trabalho e as contribuições para a seguridade social⁸.

Edson Luciani de Oliveira identifica, como obstáculos à implantação dos tributos ambientais, os efeitos distributivos pouco equitativos em razão da natureza de impostos indiretos, porquanto “é de se esperar que a distribuição da carga dos impostos ambientais seja na maioria dos casos regressiva, suportando mais o imposto das rendas mais baixas”.

Assim, o repasse do custo de uma nova exação sobre o consumo será custeada por toda a população, sendo repassada no preço de mercadorias e serviços baseados em itens potencialmente poluidores. De outro lado, há descrença da população em relação ao esforço na aplicação coerente dos recursos nos gastos públicos, revertendo o desequilíbrio da carga fiscal face a base da população mais carente e sem concretizar a desejável justiça fiscal.

A extrafiscalidade possui um papel relevante ao se reduzir a carga fiscal sobre produtos e serviços alinhados com as disciplinas multilaterais de proteção ao meio ambiente, assim como impor uma exação mais gravosa para atividades potencialmente poluidoras. Ao colocar um “preço” na poluição, os tributos incentivam a redução das emissões desalinhadas com as políticas multilaterais de proteção ambiental pela transferência do custo do dano ambiental potencial ou efetivo ao empreendedor.

Assim, a política de incentivar energias limpas e tecnologias verdes por meio da extrafiscalidade redundante em uma medida menos impactante no cenário fiscal da regressividade fiscal sobre o consumo. Deveras, a exoneração fiscal que incentive o emprego de tecnologias menos contaminadoras se alinha à melhor prática fiscal internacional⁹.

Por outro lado, Edson Luciani de Oliveira propõe, como solução ao impacto sobre o consumo ao caso brasileiro, a criação de um imposto ecológico de competência residual da União, desde que atendidas as condições de mínimo existencial, não confisco e a inserção de elementos extrafiscais nos tributos já existentes, como a exação mais gravosa do Imposto de Renda das empresas ou sobre os dividendos distribuídos aos seus sócios ou acionistas,

8 Cf. OLIVEIRA, Edson Luciani de. **A energia no Brasil: Possibilidade de um novo quadro tributário pela extrafiscalidade ambiental à luz do Princípio da Solidariedade e das Experiências Internacionais**. Tese de Doutorado apresentada para Pontifícia Universidade Católica do Paraná, sob orientação do Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet. 2014.

9 Faz-se um recorte metodológico para se avaliar a constitucionalidade de um adicional ao imposto de renda ou se a medida pode ser implementada por uma contribuição social, suas aproximações e distanciamentos das disciplinas constitucionais brasileiras, sendo essa questão de alta indagação afeta a um futuro e potencial artigo específico.

tendo-se em conta as atividades e preocupações ambientais das empresas¹⁰. Nesse sentido, o citado autor propõe que a função fiscal da arrecadação deve atender uma justa expectativa de se tributar aquele que efetivamente causa a poluição:

“Naturalmente que, para fins de uma reforma tributária, deve existir o exame de todo o quadro jurídico tributário. Mas não se propõe aqui, repita-se, o mero aumento de arrecadação pela tributação ambiental na seara da energia. Há que existir um exame dos encargos na área de energia, cobranças parafiscais, contribuições sociais e trabalhistas para que se possa neutralizar um eventual aumento de arrecadação pela tributação ambiental. Mas, ao lado de tal reforma no âmbito ambiental, também devem ser vistos os tributos ligados ao patrimônio e renda daqueles que mais poderiam contribuir para que se percebesse no Brasil a implantação de justa distribuição da carga tributária.

O que se defendeu, porém, neste trabalho foi uma nova visão tributária não apenas vinculada à arrecadação. Advogou-se por uma visão extrafiscal ambiental no quadro constitucional e infraconstitucional, contestando-se, em alguns pontos, a tradicional doutrina tributária brasileira.

Conclusivamente se afirma: é possível se pensar em um novo quadro tributário brasileiro pela extrafiscalidade ambiental sob a luz do princípio da solidariedade e das experiências internacionais. A tributação da energia, em decorrência desta afirmação, deve ser observada de maneira obrigatória.”

Embora o autor direcione a questão para criação de uma exação indireta, a tributação adicional sobre o lucro de uma entidade ou seus titulares com atividades potencialmente poluidora poderia ser menos regressiva do que impactar diretamente no preço sobre o consumo e estará mais alinhada a um menor repasse direto do novo tributo sobre as classes econômicas mais vulneráveis.

Caso a exação indireta seja a opção legislativa adotada pelo PED, como defendida pelo citado autor, a existência de uma política de neutralização da carga fiscal adicional poderá ser uma tradução desejável do princípio da capacidade contributiva. Assim, como no caso do governo brasileiro, há cadastros de pessoas vulneráveis e no limiar da pobreza extrema que fazem uso de programas de assistência social, possibilitando que sejam devolvidos os tributos

10 Edson Luciani de Oliveira enfrenta a questão da exação ambiental de forma ampla e avalia quatro hipóteses, sendo (i) um tributo ecológico/extrafiscal ou mesmo um tributo ordinário (já existente no rol da Constituição Brasileira) mas com fortes elementos extrafiscais; (ii) a demarcação de nova hipótese de incidência tributária não prevista expressamente na Constituição Brasileira para um novo imposto ecológico, (iii) a tributação ambiental não deve ser utilizada como sanção de ato ilícito e (iv) a tributação ambiental deve respeitar a liberdade e a propriedade. Cf. OLIVEIRA, Edson Luciani de. **A energia no Brasil: Possibilidade de um novo quadro tributário pela extrafiscalidade ambiental à luz do Princípio da Solidariedade e das Experiências Internacionais**. Tese de Doutorado apresentada para Pontifícia Universidade Católica do Paraná, sob orientação do Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet. 2014.

suportados pelo consumo de bens e serviços baseados em emissão gravosa de carbono e energias não renováveis.

Por outro lado, a neutralização fiscal do adicional tributário do custo de carbono deve ser regulada no cenário multilateral. A imposição de créditos de carbono para compensação de tributos adicionais nos países de destino de bens e serviços baseados em emissão gravosa de carbono e energias não renováveis, como é o caso do CBAM, deve ser conjugada com o compromisso dos países exportadores de não transferirem o custo exacional para pessoas vulneráveis ou neutralizá-los de uma forma a assistir sua situação de vulnerabilidade econômica.

Em paralelo, é desejável que países desenvolvidos criem medidas de apoio aos PED, como, por exemplo, fornecer recursos e tecnologia para expansão de projetos de energia renovável e substituição do consumo de bens e serviços baseados na emissão gravosa de carbono.

Conclusão

As atuais medidas exacionais multilaterais para mudança do padrão de consumo para opções de produção baseadas em energias de baixo e zero carbono se alinham com a política global de desestímulo aos recursos impactantes ao meio ambiente.

A imposição de meios de aplicação de uma carga fiscal adicional sobre bens e serviços gerados com base em energia não renováveis e a emissão de carbono de origem estrangeira se alinha com as atuais políticas multilaterais ambientais, como é o caso do Mecanismo de Ajuste de Fronteira do Carbono (CBAM). Decerto que as jurisdições exportadoras de bens e serviços criarão medidas para responder a exigência de uma tributação sobre o carbono para fazer frente à competitividade no comércio internacional.

Neste particular, a demonstração de uma carga fiscal adicional sobre o consumo de bens e serviços baseados no consumo de energias não renováveis e a precificação do carbono poderá agravar uma externalidade sensível aos países em desenvolvimento: a regressividade tributária sobre o consumo, em especial, sobre a parcela mais vulnerável e de baixa renda.

O presente texto propõe a adoção conjunto de uma política de neutralização da carga fiscal adicional de pessoas vulneráveis e no limiar da pobreza extrema, possibilitando que sejam devolvidos os tributos suportados pelo consumo de bens e serviços baseados em emissão gravosa de carbono e energias não renováveis. Por outro lado, a desejável neutralização fiscal deve ser conjugada com o compromisso dos países exportadores de não transferirem o custo exacional para pessoas vulneráveis ou neutralizá-los de uma forma a assistir sua situação de vulnerabilidade econômica, a fim de serem aceitos seus créditos de carbono como forma de compensação fiscal, como, por exemplo, no caso do CBAM.

Por fim, não apenas supervisionar o repasse do custo do carbono, mas

poderá ser papel dos países desenvolvidos a criação de medidas de apoio aos PED para implementar medidas para expansão de projetos de energia renovável e substituição do consumo de bens e serviços baseados na emissão gravosa de carbono, atingindo-se as metas propostas pelas agendas ambientais multilaterais.

Referências

DURÁNTEZ, Miriam González. OBERN, Calli. **The EU's Carbon Border Tax Could Hurt Developing Countries**. Disponível em: <https://www.project-syndicate.org/commentary/eu-carbon-border-tax-could-hurt-developing-countries-by-miriam-gonzalez-durantez-and-calli-obern-2022-06>. Acesso: 30.out.2022.

IBARRA, Gabriel Lara. RUBIÃO, Rafael Macedo. FLEURY, Eduardo. **Indirect Tax Incidence in Brazil Assessing the Distributional Effects of Potential Tax Reforms**. Banco Mundial. Washington:2021. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/36783/Indirect-Tax-Incidence-in-Brazil-Assessing-the-Distributional-Effects-of-Potential-Tax-Reforms.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso: 24.out.2022.

OCDE. **Taxing Energy Use (TEU) 2019**. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/taxing-energy-use-efde7a25-en.htm>. Acesso: 30.out.2022.

OCDE. **Effective Carbon Rates 2021**. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/effective-carbon-rates-2021-0e8e24f5-en.htm>. Acesso: 30.out.2022.

OCDE. **Tax and the environment**. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/tax-and-environment.htm>. Acesso: 30.out.2022.

OLIVEIRA, Edson Luciani de. **A energia no Brasil: Possibilidade de um novo quadro tributário pela extrafiscalidade ambiental à luz do Princípio da Solidariedade e das Experiências Internacionais**. Tese de Doutorado apresentada para Pontifícia Universidade Católica do Paraná, sob orientação do Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet. 2014.

Cf. ORDEM DOS ECONOMISTAS. **Mecanismo de ajuste de fronteira do carbono: perguntas e respostas**. Disponível em: <https://www.ordemeconomistas.pt/xportalv3/publicacoes/dossier.r.xvw?mecanismo-de-ajuste-de-fronteira-do-carbono:-perguntas-e-respostas&p=65893780>. Acesso: 30.out.2022.

PINTO, Rodrigo Alexandre Lazaro. **O papel da Transparência Fiscal Internacional na concretização de Direitos Humanos**. In Anais - IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional, São Paulo:IBDT. 2022.

TAXAS AMBIENTAIS E EXTRAFISCALIDADE: O CASO DA TFRM DE MINAS GERAIS

Carlos Victor Muzzi Filho

Mestre e Doutor em Direito Tributário (Universidade Federal de Minas Gerais).
Professor - Mestrado e Graduação (Universidade Fundação Mineira de Educação e Cultura). Procurador do Estado de Minas Gerais - Advogado

Resumo:

Afirma-se, neste artigo, a possibilidade, no sistema tributário brasileiro, do uso de taxas de fiscalização como instrumento do assim chamado direito tributário ambiental, a partir de exemplo específico, qual seja, a Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários, instituída pela Lei Estadual nº 19.976, de 2011, do Estado de Minas Gerais. Por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, reconhece-se que as taxas se apresentam como instrumento tributário mais factível para que, no Brasil, Estados e Municípios possam atuar na proteção do meio ambiente, desestimulando atividades mais poluentes ou danosas ou estimulando práticas mais sustentáveis. São discutidas, inicialmente, as funções extrafiscais ou regulatória das taxas, examinando-se também a importância desta espécie tributária no sistema constitucional brasileiro de repartição de competência tributária, que se apresenta bem rígido em relação à instituição de impostos por Estados e Municípios. Na parte final, são discutidas questões relacionadas com os limites constitucionais aplicáveis à criação de taxas, notadamente a suposta vinculação do valor da taxa aos custos das atividades estatais e à configuração de efeito confiscatório nesta espécie tributária.

Palavras-chave: Direito tributário ambiental; Taxas; Função extrafiscal e limites quantitativos.

Apresentação

O presente artigo insere-se na linha da chamada *tributação ambiental* ou *direito tributário ambiental*, expressões que, na lição de José Casalta Nabais, apontam para a “introdução no direito tributário da preocupação ambiental, ou seja, da preocupação com a proteção ou tutela do meio ambiente” (NABAIS, 2010, p. 174). Casalta Nabais ressalta que as preocupações do direito com o

meio-ambiente “levou, um pouco por toda a parte, a falar de um novo ramo do direito - o direito do ambiente ou direito ambiental” (NABAIS, 2010, loc. cit.), que envolve a mobilização de “todos os ramos do direito”, incluindo, obviamente o direito tributário, porque “hoje é mais ou menos consensual a aceitação do importante papel que o direito tributário pode ter em sede de tutela do ambiente como meio ou instrumento desta tutela (NABAIS, 2010, p. 177, “*passim*”).

Não é objetivo deste trabalho, convém pontuar, aprofundar a discussão epistemológica, por assim dizer, sobre o *direito ambiental* ou do *direito tributário ambiental*, bastando pontuar que se emprega, aqui, a expresso *direito tributário ambiental* na linha preconizada, no Brasil, por Regina Helena Costa para se referir ao uso de instrumentos tributários para proteção do meio ambiente (COSTA, 2005, p. 312). E, sob esta ótica, é evidente a natureza extrafiscal da *tributação ambiental*, aspecto também ressaltado por Casalta Nabais, pois, em se tratando de “utilizar o instrumento tributário com a finalidade de obter resultados em sede da protecção do meio ambiente, ou seja, *performances* ambientais, então estamos caídos no domínio da *extrafiscalidade*” (NABAIS, 2010, p. 181).

O objetivo, portanto, mais restrito, do presente artigo, é afirmar a possibilidade de Estados e Municípios, no sistema tributário brasileiro, se utilizarem de taxas “ambientais” (notadamente taxas pelo exercício do poder de polícia) como instrumento tributário para induzir a maior proteção ao meio ambiente ou coibir condutas ambientalmente não sustentáveis. Isso porque, no sistema constitucional tributário brasileiro, a competência tributária de Estados e Municípios para instituir impostos é bastante limitada, estando resumidas aos campos de incidência delimitados, para os Estados e o Distrito Federal, no artigo 155 da Constituição da República (CR/1988), e, para os Municípios (e também para o Distrito Federal), no artigo 156 da mesma CR/1988. Apenas à União se reconhece a possibilidade de criação de novos impostos (“impostos residuais”), conforme artigo 154, I, da CR/1988, de modo que o ente federal é que, teoricamente, pode criar novos impostos verdadeiramente ambientais¹. Em razão, pois, das limitações constitucionais impostas à competência tributária dos Estados e dos Municípios, as taxas se revelam como o instrumento possível para que aqueles entes federados instituíam tributos ambientais, é dizer, tributos que tenham evidente uso extrafiscal em prol da proteção do meio-ambiente².

1 Utilizo a distinção feita por José Casalta Nabais, quando define como “verdadeiros tributos ambientais” aqueles que tomam “por base ou critério de medida o princípio do poluidor-pagador” (NABAIS, 2010, p. 193).

2 Poder-se-ia cogitar do uso da contribuição de melhoria, outra espécie tributária prevista na CR/1988 (artigo 145, inciso III). Mas a cogitação seria despropositada, porque a contribuição de melhoria se assenta na valorização de imóveis em decorrência de obras públicas, não havendo possibilidade de vinculá-la a eventual objetivo de proteção do meio ambiente. De igual modo, as chamadas contribuições especiais (artigo 149 da CR/1988), porque de competência da União Federal, não podem ser utilizadas por Estados e Muni-

Assentada tal premissa - o uso das taxas como tributos ambientais - do artigo, o passo seguinte se dirige à discussão sobre eventuais dificuldades tributárias que possam existir no uso extrafiscal das taxas, dificuldades que decorrem, não de limitações do ordenamento jurídico brasileiro, mas de equivocadas concepções teóricas em torno dos limites quantitativos das taxas, no direito brasileiro. O norte será a TFRM - Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários, instituída pela Lei Estadual nº 19.976, de 27 de dezembro de 2011, do Estado de Minas Gerais, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI - nº 4.875/MG, Plenário do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Édson Fachin, DJe, 14.out.2022).

Ao final, como já antecipado, se pretende afirmar a legitimidade constitucional das taxas ambientais criadas por diversos Estados brasileiros, cuja correta compreensão permitirá dotar os entes federados de importante instrumento tributário para melhor cuidar da proteção do meio ambiente.

Taxas e a competência para fiscalizar o meio-ambiente

Na linha do chamado federalismo cooperativo, a CR/1988 estabelece uma série de competências administrativas comuns dos entes federados (Municípios, Estados, Distrito Federal e União), destacando-se na lista do artigo 23, para fins deste artigo, a competência destes entes federados “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” (art. 23, inciso VI). No plano ambiental, a competência comum dos entes federados também se manifesta na ação administrativa para “preservar as florestas, a fauna e a flora” (art. 23, inciso VII, da CR/1988) e “registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direito de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios (art. 23, inciso XI, também da CR/1988).

A proteção do meio ambiente, então, exige, como pontuado por José Casalta Nabais, uma “diversidade de actuações” na esfera administrativa, diversidade que abrange “quer actos de controlo ou fiscalização preventivo, como são as autorizações em sentido amplo, [...] quer declarações de presença e afirmação de um particular interesse público a desencadear a aplicação de um específico regime jurídico” (NABAIS, 2010, p. 178, *“passim”*). Todos estes atos se enquadram, a princípio, no conceito de poder de polícia, contido no artigo 78 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 26 de outubro de 1966), segundo o qual se considera poder de polícia a “atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente [...] ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público [...]”.

cípios, que apenas podem instituir contribuições para o custeio dos regimes previdenciários de seus servidores (artigo 149, § 1º, também da CR/1988).

Neste cenário, Estados e Municípios têm atribuição constitucional de proteger o meio ambiente e controlar a poluição, atribuição que envolve o exercício do poder de polícia, exercício este que se mostra bem amplo, em razão do dever (ou poder-dever) de Estados e Municípios, especialmente, oferecerem a adequada proteção ao meio ambiente. Daí porque, à evidência, taxas pelo exercício regular do poder de polícia surgem como óbvio instrumento tributário para auxiliar na proteção do meio-ambiente.

Este o entendimento adotado também por Roberto Ferraz, quando afirma que as taxas “se prestam perfeitamente à tarefa de proteção ambiental, podendo ser exigidas em função da atividade de fiscalização ambiental” (FERRAZ, 2005, p. 348). Entendimento análogo se colhe na observação de Heleno Taveira Torres, segundo a qual as taxas são “instrumento fiscal” que se revela “suficientemente apto à realização do objetivo de proteção ao meio ambiente” (TORRES, 2005, p. 103, *“passim”*), corroborada pela afirmação peremptória de Paulo Henrique do Amaral a respeito do “[...] excelente papel na proteção ambiental” que as taxas podem cumprir (AMARAL, 2007, p. 72).

No âmbito do Estado de Minas Gerais, no qual a exploração mineral é tradicional (e está estampada no próprio nome do Estado: minas gerais), a instituição de taxas pelo exercício do poder de polícia é a opção tributária mais óbvia para se buscar, por meio do uso extrafiscal desta espécie tributária, incrementar a proteção do meio-ambiente³. Não por outra razão, a legislação mineira prevê a “Taxa Florestal”, instituída pela Lei Estadual nº 4.747, de 09 de maio de 1968, a “TFAMG - Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental do Estado de Minas Gerais”, instituída pela Lei Estadual nº 14.940, de 29 de dezembro de 2003, e a já citada TFRM, aprovada pela Lei Estadual nº 19.976, de 2011.

Taxas e extrafiscalidade

A utilização extrafiscal das taxas não é nenhuma novidade no direito tributário, malgrado a extrafiscalidade, em si, seja objeto de *questões eternas*. José Casalta Nabais, por exemplo, oferece novas perspectivas de debates ao distinguir o “direito tributário *tout court* ou direito tributário clássico e o direito econômico tributário” (NABAIS, 2010, p. 181). Neste outro ramo, Casalta Nabais se propõe a estudar a “utilização de instrumento tributários, isto é, dos tributos e dos benefícios fiscais, com o principal objectivo de oferecer resultados extrafiscais” (NABAIS, 2010, p. 181/182). Dados os propósitos e a extensão deste artigo, não há como se enveredar por esta aprofundada trilha, de modo que a abordagem, aqui, se limite a afirmar que a tributação ambien-

3 Regina Helena Costa faz análise mais detida de impostos estaduais e municipais que poderiam ser empregados como “tributos ambientais”, e esta análise confirma os limites estreitos desses impostos, em decorrência dos próprios limites de incidência dos impostos estaduais e municipais (COSTA, 2005, p. 324/327, *“passim”*). Já as taxas, como sustentado nos tópicos seguintes, mostram-se bem adequadas como instrumentos do direito tributário ambiental.

tal se revela como inequívoca manifestação da extrafiscalidade tributária, por implicar a utilização de instrumentos tributários aptos a atuar na proteção do meio ambiente, seja para inibir comportamentos perniciosos (ou poluentes), seja para induzir comportamentos sustentáveis.

Averbe-se, outrossim, que a extrafiscalidade, por sua natureza, não deixa de ser forma de restrição da capacidade contributiva, observando Klaus Tipke e Douglas Yamashita que a “exclusão” da capacidade contributiva se legitima seja “pelo princípio da praticabilidade”, seja “por normas extrafiscais” (TIPKE, YAMASHITA, 2002, p. 38/42). Ora, as taxas, por via de regra, distinguem-se dos impostos porque não estão necessariamente vinculadas à capacidade contributiva (NABAIS, 2003, p. 20), de modo que o uso extrafiscal delas, por maior razão, não há de esbarrar em nenhuma restrição de natureza ontológica.

Limites quantitativos das taxas

Noutro passo, embora seja recorrente a afirmação de que as taxas se relacionem com o “princípio da proporcionalidade” entre o seu valor e os “custos específicos causados à comunidade” (NABAIS, 2003, p. 20), afirma-se neste trabalho que a CR/1988, no Brasil, não fez esta opção pela “proporcionalidade”. Optou o texto constitucional por fórmula negativa, apenas dispondo que as taxas não podem ter base de cálculo própria de imposto (art. 145, § 2º, da CR/1988). Poderia, por certo, ter optado por fórmula positiva, dispondo que as taxas deveriam ter como base de cálculo o custo da atividade estatal, mas não foi a opção, repita-se, da CR/1988. Daí porque o Supremo Tribunal Federal, na Súmula Vinculante nº 29, reconheceu que as taxas não necessitam ter, como base de cálculo, o custo da atividade estatal. Em trabalho específico sobre o critério quantitativos das taxas, afirmei:

Há, então, certa linha de continuidade entre as Súmulas nº 595 e nº 665 e a mais recente Súmula Vinculante nº 29/STF, aprovada em 03 fev. 2010, com a seguinte redação: “É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra”. Consolidou-se, assim, o entendimento de que a base de cálculo da taxa não pode guardar “integral identidade” com “base de cálculo própria de determinado imposto”, nada impedindo, porém, a adoção de elementos que digam respeito ao contribuinte.

Nesse contexto, à luz da Súmula Vinculante nº 29/STF, não se pode sustentar a afirmação de que as bases de cálculo da taxa, necessariamente, devem medir o custo da atividade estatal, eis que elas podem adotar “um ou mais elementos da base de cálculo própria de imposto”, não sendo permitido, apenas, que haja “integral identidade” entre a base de cálculo da taxa e a do imposto (MUZZI FILHO, 2020, p. 335).

Eventualmente, as taxas podem traduzir, em sua base de cálculo, o custo da atividade estatal que é seu fato gerador. Daí não se pode afirmar que esta possibilidade significa obrigatoriedade. Longe disso, pois, se base de cálculo corresponder ao custo da atividade estatal, “este reflexo será opção do legislador, não proibida pelo texto constitucional, mas que também não é obrigatória pelo mesmo texto constitucional” (MUZZI FILHO, 2020, p. 336, *“passim”*).

Daí porque o legislador tributário possa instituir taxas que superem o custo da atividade estatal, se o objetivo deste “encarecimento” for extrafiscal, visando a melhor proteção do meio-ambiente. Haverá, claro, sempre um limite, porque a CR/1988 não admite que o tributo tenha efeito confiscatório (art. 150, inciso IV), mas tributo confiscatório não se confunde com tributo “caro” ou “mais oneroso”. Como acentua Klaus Tipke, tratando-se de regras extrafiscais, não é de se estranhar que elas ignorem o “princípio da capacidade contributiva, especialmente por motivos de política econômica, cultural sanitária, ambiental” (TIPKE, YAMASHITA, 2002, p. 39). Dessa maneira, a fim de induzir ou coibir comportamentos na esfera ambiental, taxas ambientais podem se tornar mais caras (ou onerosas), sem que, por isso, se tenha vício na regra tributária⁴.

Mostra-se, assim, equivocada, a tentativa de vincular o valor da taxa necessariamente ao custo da atividade estatal, porque não há esta vinculação no ordenamento jurídico brasileiro, admitindo-se, à luz da CR/1988, que as taxas desbordem este custo.

O caso da TFRM

Em 2022, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.785/MG, julgou constitucional a mencionada TFRM, rejeitando a tese de que sua base de cálculo seria inconstitucional. Na ementa de seu voto, o Relator, Ministro Édson Fachin, pontuou que a TFRM “não implica confisco às sociedades empresárias dedicadas à exploração do setor minerário na territorialidade do Estado-membro”, não sendo “desproporcional a base de cálculo referente à TFRM imposta pela lei impugnada, uma vez que traduz liame razoável entre a quantidade de minério extraído e o dispêndio de recursos públicos com a fiscalização dos contribuintes”.

Sublinhe-se que a legislação alusiva à TFRM estabelece a a concessão de descontos para o “contribuinte que utilizar tecnologia alternativa à disposição

4 Exemplo desse uso extrafiscal das taxas apontei no trabalho já citado, referindo-me à “taxa para expedição do porte de arma e taxa para expedição de passaporte. A primeira foi estipulada em R\$1.000,00 (mil reais), com renovação anual, ao passo que a emissão de passaporte custa R\$257,25, com renovação decenal. A discrepância entre os valores (e os prazos de validades dos documentos) permite afirmar, sem muito esforço, que a taxa para expedição do porte de arma teve seu valor exacerbado, porque a política governamental não privilegia o uso de armas pela população, usando a taxa como estratégia para se desestimular esse uso de armas” (MUZZI FILHO, 2020, p. 340).

em barragem para a destinação ou para o aproveitamento econômico dos rejeitos ou resíduos de mineração” (conforme parágrafo único do art. 8-A da Lei acrescentado pelo art. 59 da Lei Estadual/MG nº 22.796, de 2017). Inegável a natureza extrafiscal desta previsão, porque induz o emprego de tecnologias alternativas para a “disposição em barragem” dos rejeitos ou resíduos da mineração (a disposição em barragem era a técnica empregada nas barragens que se romperam nas conhecidas tragédias de Mariana e Brumadinho, em Minas Gerais). O valor da TFRM, então, é sensivelmente reduzido quando o contribuinte opta por técnicas mais protetivas do meio ambiente, sendo claro exemplo do uso extrafiscal de taxa ambiental.

Destaque-se, finalmente, voto do Ministro Luiz Fux, acompanhando a tese vencedora e realçando a natureza extrafiscal da TFRM, ADI nº 4.785/MG:

Hodiernamente, doutrina e jurisprudência albergam sob a denominação de “extrafiscalidade” as exigências financeiras que induzem ou desincentivam comportamento dos cidadãos, antes reconhecidas como uma tradução econômica do poder de polícia. Mostra-se aceitável que um tributo dotado de extrafiscalidade exorbite algumas restrições constitucionais ao poder de tributar, desde que justificada a política administrativa adotada (inclusive exercida por meio do poder de polícia).

Conclusão

No cenário brasileiro, taxas são instrumentos adequados da tributação ambiental, em razão dos limites constitucionais à criação de impostos estaduais e municipais, podendo essas taxas ambientais cumprir função extrafiscal. Por isso, seu valor não se vincula necessariamente aos custos da atividade estatal, podendo ser estipulado para desestimular (ou estimular) condutas desfavoráveis (ou favoráveis) ao meio ambiente, seja para desestimular outras condutas reputadas prejudiciais ao meio ambiente. Portanto, o valor da taxa não fica limitado ao custo da atividade estatal, podendo exceder este custo, uma vez que o objetivo da norma tributária será induzir ou coibir atitudes e comportamentos dos contribuintes.

Sendo adequadamente entendidas, as taxas ambientais se revelam como importante mecanismo tributário de proteção do meio ambiente, devendo ser empregadas de modo extrafiscal, o que vem de ser reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, como se viu no paradigmático julgamento da ADI nº 4.785/MG, cujo objeto foi a TFRM.

Referências

AMARAL, Paulo Henrique do. **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a tributação ambiental no Brasil. *In*:

Direito tributário ambiental. TORRES, Heleno Taveira - organizador. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 312/332.

FERRAZ, Roberto. Tributação ambientalmente orientada e as espécies tributárias no Brasil. *In: Direito tributário ambiental.* TORRES, Heleno Taveira - organizador. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 333/353.

MUZZI FILHO, Carlos Victor. A base de cálculo das taxas: considerações em torno da Súmula Vinculante nº 29 e o “custo da atividade estatal”. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 329-344, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.xxxx>

NABAIS, José Casalta. **Por um Estado Fiscal suportável: Estudos de Direito Fiscal.** Coimbra: Almedina, 2010, vol. III.

_____. **Direito fiscal.** 2 ed. 3 Reimpressão. Coimbra: Almedina, 20003.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito tributário e meio ambiente: Proporcionalidade, tipicidade aberta afetação da receita.** Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípios da capacidade contributiva.** São Paulo: Malheiros 2002.

TORRES, Heleno Taveira. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental - Os limites dos chamados “tributos ambientais”. *In: Direito tributário ambiental.* TORRES, Heleno Taveira - organizador. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 96/156.

ANÁLISIS DE PROPUESTAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE. ¿DERECHO AL MEDIO AMBIENTE O DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE? EL MODELO EUROPEO

Ana María Aldaz Casanova

Facultad de Derecho. Universidad de Murcia. Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Murcia y abogada. Premio Gil Carlos Rodríguez Iglesias de Tesis doctorales sobre Derecho de la Unión Europea (AEDEUR)

Resumen:

La constatación a día de hoy incuestionable del carácter finito de la naturaleza y de la fuerte dependencia de la especie humana respecto de la misma y de los seres vivos que en ella habitan imponen una reflexión profunda sobre nuestro modelo social y económico de desarrollo, así como del marco jurídico que le da cobertura. La realidad que a día de hoy vivimos convierte en imperiosa la búsqueda de soluciones al progresivo deterioro medioambiental cuya causa directa es el ser humano, pero cualquier propuesta solo será eficaz si se opera a nivel global, haciendo ejercicio de un compromiso unánime. Si bien en el ámbito del derecho medioambiental internacional la consecución de acuerdos vinculantes se convierte en la mayor parte de las ocasiones en quimera, es en el ámbito europeo donde bullen y cristalizan en forma de normas vinculantes las inquietudes más determinadas hacia una protección ambiental eficaz. El modelo de los dos sistemas regionales europeos y su deriva nos ofrece una perspectiva de comienzo para profundizar en eventuales propuestas de mejora para el ámbito internacional global.

Palabras clave: Derecho al medio ambiente, Derechos Humanos, Protección medioambiental.

Protección del medio ambiente a nivel internacional

El buen estado del medio ambiente y su protección constituyen un exigible irrenunciable para la supervivencia del ser humano como especie. Es generalizada la conciencia sobre el impacto del ambiente en la esfera vital del

individuo y resulta notorio que el interés por los temas medioambientales y la conservación del entorno han crecido exponencialmente en los últimos años, ocupando un lugar preponderante en la agenda política mundial.

Sin embargo aún cuando la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972¹ incorpora como primer principio que el hombre tiene el derecho a la libertad, igualdad y «el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita una vida digna y de bienestar»², a día de hoy no existe un catálogo de derechos humanos que incorpore en su repertorio y como uno más este derecho específico de forma explícita e independiente, a la altura de otros derechos como el derecho a la vida, el derecho a la salud o el derecho a la propiedad³; si bien es cierto que, desde que esta se acordara, la consideración del derecho del ser humano al medio ambiente adecuado o sano sí que se ha ido incorporando de diversas formas en los ordenamientos jurídicos internos de la gran mayoría de países⁴ y de forma aislada en multitud de declaraciones internacionales de índole medioambiental⁵.

1 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N73/039/07/PDF/N7303907.pdf?OpenElement>

2 Se contempla este principio con posterioridad a una proclamación que incorpora en su primer ordinal una alusión explícita a la condición del hombre como «obra y artífice del medio que le rodea». De dicho principio se deduce también la obligación correlativa de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras.

3 En este contexto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, París, 10 diciembre de 1948. Resolución 217 A, no incorpora dentro de su catálogo un eventual derecho al medio ambiente. (III). Por su parte, la declaración de Viena adoptada el 25 de junio de 1993 en el seno de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, hace alusión al medio ambiente como un condicionante del derecho al desarrollo, de tal forma que se debe satisfacer de forma equitativa las necesidades en materia de desarrollo y medio ambiente de las generaciones actuales y futuras (parr. 11).

4 En conjunto, más del 80 % de los Estados Miembros de las Naciones Unidas (156 de 193) reconocen jurídicamente el derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. El informe del Relator Especial de Derechos Humanos David Boyd sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, A/HRC/43/53/Anex III, presentado al Consejo de Derechos humanos el 30 de diciembre de 2019, recopila los textos de las disposiciones constitucionales y legislativas que reconocen este derecho. Véase <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/355/17/PDF/G1935517.pdf?OpenElement>

5 La Declaración de Río de Janeiro sobre el medio ambiente y el desarrollo, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo el 14 de junio de 1992, reconoce en su principio primero que todo ser humano tiene derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. Por su parte, la resolución A/HRC/25/L.31, de fecha 24 de marzo de 2014, adoptada en el Consejo de Derechos Humanos en el seno del 25º periodo de sesiones en relación con el tema 3º de la agenda: «Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo», señala que los seres humanos se encuentran en el centro de las preocupaciones por el desarrollo sostenible, que el derecho al desarrollo ha de hacerse efectivo para satisfacer equitativamente las necesidades en materia de desarrollo y de medio ambiente de la generación actual y de las generaciones futuras y que la persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo.

Pese a todo, la realidad es que al no encontrarse incorporado el derecho al medio ambiente sano en un convenio vinculante ni existir normas internacionales de protección medioambiental que provean de instituciones, procedimientos y garantías jurídicas para su defensa, a día de hoy la defensa y protección del medio ambiente en Derecho Internacional encuentra serios obstáculos de eficacia⁶.

Por su parte, la cristalización de las inquietudes medioambientales a nivel supranacional ha encontrado su mayor exponente en el derecho regional europeo, manifestándose esta filosofía de forma dispar en los dos sistemas jurídicos coetáneos. La diversidad y disparidad de atribuciones y funciones para las que se configura cada sistema jurídico así como la virtualidad que los derechos humanos despliegan en uno u otro operan una protección sobre el medio ambiente desde una proyección diferente pero que acogen el mismo espíritu y persiguen el mismo propósito.

El presente trabajo se detendrá en el modelo europeo con miras a su posible traslación al ámbito de la protección ambiental internacional. En el ámbito regional europeo la protección del medio ambiente se puede operar desde una doble proyección, por un lado la protección desde los derechos humanos, partiendo de su condición de pre-requisito para su disfrute pleno y efectivo; por otro lado desde la perspectiva de la estricta protección del medio ambiente, desde la constatación de su utilidad para los intereses humanos.

La protección del medio ambiente desde el convenio de Derechos Humanos

Pese a la carencia de una proclamación que incorpore un eventual derecho humano al medio ambiente sano, saludable, limpio y sostenible dentro de los catálogos de derechos humanos, ello no ha impedido que en diversos sistemas jurídicos se haya optado por abordar los problemas relacionados con la protección medioambiental a través de los mecanismos de protección preexistentes de los derechos humanos sí reconocidos, desde la consideración de que el medio ambiente sano, saludable, limpio y sostenible constituye una aspiración de la humanidad⁷ y es condición de su existencia.

6 Véase McNEILL, J.R., *Du nouveau sous le soleil. Une histoire de l'environnement mondial aux XXe siècle*, Seyssel, Champ Vallon, 2010. Sobre las dificultades sobre definición, contenido y efectos de la soft law, véase FAJARDO DEL CASTILLO, T., «Soft Law», *Oxford Bibliographies*, 2014, pp. 1-40. En este sentido, FERNÁNDEZ EGEA, R.M., «La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: últimos avances jurisprudenciales», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Vol. 31, 2015, p. 165, subraya el inconveniente de que buena parte de los instrumentos de Derecho ambiental internacionales no recogen obligaciones jurídicas precisas y vinculantes que puedan ser invocadas con éxito ante los atropellos ambientales que se producen.

7 FERRETE SARRIÁ, C. «El derecho humano a un medio ambiente sano en el Tratado de la Constitución para Europa», *Revista de pensament i anàlisi*, Vol. 6, 2006, p. 149. La autora abunda en esta consideración para referirse al medio ambiente sano como un compromiso con las generaciones futuras y un horizonte utópico que dibuja el camino a seguir, analizando los atributos de dignidad, universalidad e incondicionalidad para determinar

De este modo, partiendo de la premisa de la estrecha interrelación entre un entorno adecuado y el pleno disfrute de los derechos humanos reconocidos, se ofrece una protección indirecta o refleja del medio ambiente cuando estos se ven gravemente afectados. La filosofía que subyace en esta propuesta defiende que el contenido de los derechos humanos se ha ido ensanchando a lo largo del tiempo para dar respuesta a las nuevas demandas sociales⁸, lo que ha llevado a considerar que los derechos humanos constituyen una categoría fluctuante, de tal forma que su interpretación va variando en virtud de la perspectiva contemporánea propia del momento histórico de su apreciación⁹. En este contexto, a día de hoy es mayoritaria la consideración de que las exigencias relativas a un medio ambiente sano pueden concretarse en forma de derecho humano, pues la necesidad de crear condiciones adecuadas de vida constituye una exigencia legítima de nuestra sociedad¹⁰.

El Convenio de derechos humanos y libertades fundamentales del Consejo de Europa (CEDH), redactado en el contexto de postguerra, no contempla en su redacción un derecho explícito al medio ambiente, limitándose a un listado de derechos de primera generación más alineado con las demandas de

el contenido de las características jurídicas que perfilan el horizonte de lo que la exigencia humana debe poseer para que pueda concretarse en forma de derecho humano.

- 8 MERRILLS, J.G., “Environmental Rights”, en BONDANSKY, D., et al., *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007. p. 666, señala que los derechos humanos surgieron originariamente para reconocer el valor único de cada individuo si bien posteriormente se han extendido hacia reconocimientos de derechos de la colectividad. En este sentido, MARSHALL y BOTTOMORE consideran que los derechos civiles y políticos constituyen condiciones de sentido, es decir, son el sentido de los derechos sociales, económicos y culturales y estos, a su vez, se justifican porque se trata de condiciones de posibilidad de los primeros, «porque sin una serie de condiciones materiales, como por ejemplo de educación, no se pueden garantizar iguales capacidades de participación. De este modo, los derechos políticos dan sentido a las demandas de justicia social, mientras que la búsqueda de justicia social y de igualdad son condiciones de posibilidad para la realización de los derechos políticos. MARSHALL, T.H., y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998.
- 9 HABERMAS, J., *La reconstrucción del materialismo histórico*, Taurus, Madrid, 1981. Lejos de tratarse de una evolución caprichosa o arbitraria, lo que varía es la interpretación del derecho en virtud del momento histórico en el que esta se practique y de las necesidades esenciales específicas de la sociedad, y en todo caso cualquier interpretación queda abierta a revisión en el futuro en función de circunstancias cambiantes sin que sean aceptables retrocesos en la delineación del perímetro de los derechos reconocidos. En este contexto los derechos humanos cristalizan como la expresión de lo que «la humanidad considera incondicional por insuperable». En definitiva, los derechos humanos en ningún caso pierden su esencia intrínseca que es perpetua, incondicional e inmodificable; por lo que su ámbito de influencia podrá ser siempre ampliado pero nunca reducido ni eliminado. HABERMAS, J., *Aclaraciones a la ética del discurso*, Trotta, Madrid, 2000, p.28.
- 10 Véase FERRETE SARRIÁ, C., “El derecho humano a un medio ambiente sano en el Tratado de la Constitución para Europa”, ob. cit., p. 146, y Recomendación 1614 (2003) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en cuya consideración 3 hace notar la evolución tanto del derecho internacional del medioambiente y de los derechos humanos, como de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Estrasburgo, para terminar haciendo notar que ha llegado el momento de examinar los modelos jurídicos en los que el sistema de protección de los derechos humanos contribuya a la protección del medio ambiente.

la sociedad contemporánea en la que se firmó. Sin embargo, posteriormente, ante la evolución de las necesidades sociales, la necesidad de adaptarse a los nuevos tiempos y las dificultades de encontrar el consenso necesario para la modificación de su articulado¹¹, los órganos tuitivos del convenio han optado por recurrir a una interpretación extensiva y amplia de la literalidad del convenio, haciendo una lectura de su articulado con una mirada transversal desde una perspectiva ecológica, partiendo de la constatación de la interrelación directa entre derechos humanos y entorno sano.

De este modo, la doctrina desplegada por el alto tribunal de Estrasburgo considera que el entorno natural adecuado y salubre constituye una exigencia para el pleno disfrute de los derechos civiles y políticos, especialmente el derecho a la vida privada y familiar, deduciendo de ello obligaciones para los Estados en el ejercicio de su función de control¹². Se ofrece así desde esta jurisprudencia una interpretación dinámica del Convenio de Roma con una lectura en clave ecológica, complementando y extendiendo el contenido de los derechos clásicos para adaptarlos a las demandas sociales al compás de los nuevos tiempos.

En este sentido, aun constatando el alto tribunal que «ninguno de los artículos del Convenio están diseñados específicamente para proveer protección general para el medio ambiente en sí mismo» y que la degradación ambiental no implica *per se* una vulneración de los derechos convencionales, es posible obtener un pronunciamiento favorable en aquellos casos en los que se ven afectados de manera directa y grave ciertos derechos individuales específicamente reconocidos¹³.

En este marco, el TEDH extrae principalmente del derecho a la vida privada y familiar obligaciones directas para los Estados tanto de orden negativo como positivo, sin embargo, es cierto que en su jurisprudencia el TEDH se ha autocensurado para intervenir únicamente cuando la agresión es especialmente grave, aceptando en ocasiones que en cuestiones específicas en las

11 Desde entonces la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa lleva más de una década proponiendo la adopción de un protocolo que especifique la existencia un derecho a un medio ambiente sano en el ámbito de protección de este organismo, si bien en cada ocasión el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha rechazado esta propuesta. Ver Eur. Parl. Ass. «Drafting an Additional Protocol to the European Convention on Human Rights Concerning the Right to a Healthy Environment», Doc No. 12003 (2009) y «European Parliament Assembly Reply from the Committee of Ministers», 27th Session, Doc. No. 12298 (2010). En esta línea, ver KRAVCHENKO, S Y BONINE, J.E. «Interpretation of Human Rights for the protection of the environment in the European Court of Human Rights.» *Mc. George Global Bus&Dev. L.J.* Vol 25, p. 247, Un resumen de las iniciativas de la Asamblea Parlamentaria se encuentra en BORRÀS PENTINAT, «Perspectiva del Derecho Internacional del Medio Ambiente», *Revista Catalana de Dret Ambiental*. 2014, vol. 5.2., pp. 659-660.

12 Véase JORDÀ CAPITÁN, E., *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Aranzadi, Pamplona, 2001; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *Daños medioambientales y derecho al silencio*, Colección Jurídica General, Monografías, Editorial Reus, Madrid, 2015.

13 STEDH Hatton y Otros c. Reino Unido, no 41666/98, sentencia de 22 de mayo de 2003, ECHR 2003-VI (extractos), parr. 96.

que se contraponen grandes intereses macroeconómicos con la protección medioambiental la decisión última le corresponde a las autoridades elegidas democráticamente que a la postre son las que tienen la legitimidad para ponderar qué decisión satisface el Interés general, especialmente cuando existe una contraposición frontal de intereses, como sucede en muchos casos en los que se enfrentan decisiones macroeconómicas que favorecen el desarrollo económico de un país pero que implican severas repercusiones medioambientales.

Las grandes ventajas que ofrece este sistema para la protección ambiental desde los derechos humanos se resumen en la nada desdeñable superación de la soberanía estatal en la esfera internacional para posibilitar la condena al Estado ante el flagrante incumplimiento de sus obligaciones de salvaguardia y control¹⁴; favoreciendo el uso de herramientas jurídicas existentes para ofrecer protección oblicua y colateral a la naturaleza como condición de existencia para el ser humano y reconocer una dimensión «verde» más amigable con el entorno y más adaptada a las nuevas demandas sociales en un movimiento que se ha convenido en denominar «ecologización de las libertades»¹⁵.

Sin embargo, es cierto que la protección medioambiental que puede brindar el Consejo de Europa a través del Tribunal de Estrasburgo aporta una visión exclusivamente antropocéntrica constreñida a cuestiones individualizadas y que a pesar de la proyección ejemplarizante que pueda caracterizar a esta jurisprudencia, la realidad es que en ningún caso abarca ni puede abordar toda la envergadura de la protección ambiental con sus múltiples matices y consecuencias que en la mayor parte de las ocasiones inciden más allá de la esfera del individuo, y potencialmente sobrepasan fronteras¹⁶. No se puede ignorar

14 Sobre las obligaciones que se derivan para el Estado del derecho a la vida privada y familiar, véase FERNÁNDEZ CASADEVANTE ROMANÍ, C. *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la protección del medio ambiente*, Iustel publicaciones, Madrid, 2018. p. 22-24 concreta entre estas «medidas razonables y adecuadas capaces de proteger los derechos de los interesados al respeto de su vida privada y de modo general al disfrute del medio ambiente sano y protegido» en la obligación de reglamentar adecuadamente la actividad contaminante y la realización de estudios de impacto ambiental.

15 Por oposición al concepto de «contaminación de las libertades» utilizado POR PÉREZ LUÑO, A. E., «Estado constitucional y derechos de la tercera generación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XIV, 1997, p. 564.

16 Todas estas cuestiones las ha sabido ver la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que en su resolución 2396 (2021), **recogiendo el testigo del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (Resolución 48/13)**, inicia una nueva tentativa de anclar el derecho a un ambiente seguro, sano, limpio y sostenible a la ley, la política, la práctica y la conciencia pública reclama del Consejo la adaptación del marco legal de los derechos humanos de forma coherente con su propia evolución. Dando cumplimiento a esta resolución, la Recomendación 2211 (2021) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, con 88 votos a favor, 1 en contra (Netherlands) y 0 abstenciones, incorpora en su apéndice una propuesta de protocolo adicional a la Convención de los derechos humanos de 11 artículos que desgranan el derecho a un ambiente, sano, limpio, saludable y sostenible, que queda definido como el derecho de las generaciones presentes y futuras a vivir en un medio no degradado, viable y decente que permita su salud, desarrollo y bienestar.

igualmente que la protección que se ofrece desde aquí es de índole correctivo, no preventivo, lo que difícilmente casa con la esencia connatural de una protección ambiental efectiva y eficaz.

Derecho y medioambiente en la Unión Europea

La Unión Europea, constituye un sistema de integración único, cimentado sólidamente en los principios de atribución de competencias, subsidiariedad y responsabilidad compartida.

En este contexto, el Derecho de la Unión incorpora una triple dimensión de los derechos humanos¹⁷, cuya virtualidad se despliega en el perímetro de las relaciones comunitarias como impulsores, inspiradores y catalizadores, pero no constituyen títulos competenciales específicos.

Por su parte, la Carta de los Derechos fundamentales dada su relativamente reciente fecha de redacción, incorpora inquietudes más acordes con las actuales demandas sociales y entre ellas las relacionadas con la protección medioambiental, a la que se dedica en el artículo 37, efectuando una referencia explícita que si bien no le reconoce una sustantividad propia como derecho fundamental, le otorga un peso específico en el ámbito de la inspiración de políticas y toma de decisiones en el entorno de la Unión.

Por su parte, tras la última gran modificación operada con el Tratado de Lisboa, el derecho constitutivo opera un dibujo de la protección ambiental que parte de la premisa previa recogida en el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea, introduciendo el desarrollo sostenible como objetivo primordial de la Unión y cimentándolo sobre la base de cuatro pilares básicos que conforman su sustento: un crecimiento económico equilibrado, la estabilidad de los precios, una economía social de mercado altamente competitiva y tendente al pleno empleo y al progreso social y un nivel elevado de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente¹⁸.

A su vez el artículo 4 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) menciona, entre las competencias compartidas que se citan a título ilustrativo, el medio ambiente y los asuntos de seguridad en materia de salud pública y su Título XX, que se refiere de forma específica y en exclusiva al Medio Ambiente, recoge mandatos directos relacionados con el diseño de políticas por parte de la Unión¹⁹. Así en el artículo 191 TFUE se contemplan los aspectos

17 Véase artículo 6 del Tratado de la Unión Europea que contempla la protección los derechos humanos desde una triple vertiente, como principios generales del Derecho, por su incorporación de la Carta de los Derechos Humanos con el mismo valor jurídico que los tratados y por la protección que se pueda derivar de una eventual adhesión al Convenio Europeo de los Derechos Humanos, a día de hoy aún no verificada.

18 Según BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Derecho ambiental*, La Ley, Madrid, 2014, p. 439, el artículo 3 del TUE constituye un mundo finalista sobre el que se asienta la Unión, en la medida en que la propia existencia de la Unión se legitima por la materialización de los objetivos formulados. Es decir, la Unión existe para y por los objetivos del art. 3.

19 En este mismo sentido pero respecto del art. 130 R.1 del Acta Unica Europea, véase FERNÁNDEZ-BOLANOS VALENTÍN, A., *Economía y política medioambiental: situación actual y pers-*

que se consideran incluidos en la protección del medio ambiente, no limitando las competencias atribuidas en este ámbito y abarcando todo tipo de medidas de protección en un sentido amplio²⁰. Por su parte, el artículo 193 TFUE materializa el objetivo de alcanzar un nivel elevado de protección, al instituir en el ámbito de la protección medioambiental que la reglamentación operada desde la Unión constituye un estándar mínimo susceptible de ser mejorado por los Estados²¹.

En definitiva, si bien ni los tratados ni la Carta contienen en su seno una atribución específica de competencias a la Unión Europea para reglamentar sobre la materia de los derechos humanos, los tratados perfilan como «diseño general del sistema»²² la consecución de un desarrollo económico y social condicionado por el principio de sostenibilidad, en el que el elevado nivel de protección del medio ambiente y la salud adquiere peso específico.

Así, constituyendo el sistema de la Unión Europea un sistema eminentemente funcional, orientado a la consecución de objetivos materiales mediante el ejercicio de las competencias atribuidas, el derecho de la Unión provee de atribuciones y mandatos específicos para la protección medioambiental, la cual no solo debe presidir la toma de decisiones de toda índole que se adopten en el seno de la Unión Europea, sino que se perfila como un condicionante en el ejercicio y la consecución del desarrollo económico, que por su parte sigue constituyendo el eje fundacional de la organización pero que ahora que-

pectivas en la Unión Europea, Ediciones Pirámide, Madrid, 2002, pp. 19-22.

- 20 Véase LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 175. ESPÓSITO MASSICCI, C. y FERNÁNDEZ ÉGEA, R.M., «La protección del medio ambiente a través de los derechos exclusivos y el derecho de la competencia. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de mayo de 2000», ob. cit., p. 55, inciden en que la política medioambiental se caracteriza por su «horizontalidad», en la medida que la protección medioambiental no se debe alcanzar de forma aislada sino que debe integrarse en la realización de las demás políticas comunitarias dada la inherente interrelación entre una y otras.
- 21 Sobre el carácter concurrente de la competencia sobre medio ambiente. FAJARDO DEL CASTILLO, T., «Avances y retrocesos en materia de acuerdos mixtos y de acceso a la justicia para la protección del medio ambiente a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2011 en el asunto Oso Pardo», *Revista General de Derecho Europeo*, vo. 29, 2013, pp. 8-9.
- 22 En este sentido han de interpretarse las palabras del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer en sus conclusiones al asunto Comisión/Consejo sentencia 13 septiembre de 2005, en las que partiendo de las premisas de que la tutela del entorno natural en la Unión Europea reside en el corazón de la actividad comunitaria y requiere una acción concertada y que además el medio ambiente es un bien jurídico cuya defensa inspira las demás políticas, termina afirmando taxativamente que su protección constituye un «diseño esencial del sistema comunitario» y concluye una interrelación directa entre el «derecho a un medio ambiente adecuado» y «la responsabilidad pública en su preservación. Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, de 26 de mayo de 2005, en el asunto Comisión/Consejo, C-176/03, EU:C:2005:311, apdos. 4 y 8, afirmando que en lo referente a la protección del medio ambiente en la Unión Europea existe una «dimensión subjetiva que no puede preterirse. En este mismo sentido, véase BENZO SAINZ, F., «El título VI del Tratado UE: instrumentos, instancias decisorias e instituciones comunitarias en el tercer pilar», en *El tercer pilar de la Unión Europea. La cooperación en asuntos de justicia e interior*, Ministerio del Interior, Madrid, 1997, p. 24.

da condicionado por el atributo de la sostenibilidad.

A su vez, si bien no existen atribuciones para la protección de los derechos humanos o un reconocimiento específico de un eventual derecho Humano al medio ambiente, el mandato del artículo 37 de la Carta opera como principio inspirador de las políticas y para la interpretación del derecho desplegado, ofreciendo una virtualidad preventiva nada desdeñable que despliega toda su fuerza en un momento previo, a la hora del diseño de las políticas con una perspectiva *pro homine* que según la redacción de la carta no solo debe aspirar a la protección del entorno sino que debe ir más allá incluso hasta su mejora.

En este contexto, la Unión Europea, en el ejercicio de sus competencias, ha desplegado un cuerpo normativo que con mayor o menor ambición da cumplimiento al mandato de protección ambiental ofreciendo una reglamentación de un fuerte calado preventivo. Sin embargo la realidad es que la proyección que el sistema de la Unión puede ofrecer queda delimitada y constreñida por los principios de atribución de competencias y subsidiariedad, por lo que cuando la Unión carece de competencias, la soberanía de los Estados se impone. En consecuencia, la protección medioambiental y todos los ingredientes y principios que la informan solo opera y despliega su potencial en el ejercicio de las competencias atribuidas, cuando se trata de diseñar las normas, aplicarlas una vez aprobadas y a la hora de su interpretación, careciendo de influencia en aquellos ámbitos en los que impera el margen de apreciación estatal²³. Por su parte, la esencia y razón de ser eminentemente funcional de la Unión Europea, y el sustrato esencialmente antropocéntrico de gran parte de sus decisiones consolidan el efecto determinante que el interés económico ejerce a la hora de su diseño, redacción y de su correlativa interpretación, desplegando un fuerte poder de atracción los intereses macroeconómicos cuando se oponen a la protección de la naturaleza, sin que a día de hoy exista una norma explícita que destaque la importancia de la naturaleza e imponga la prevalencia de una protección medioambiental que condiciona cada vez más la existencia y pervivencia en nuestro planeta.

Conclusiones

Los sistemas regionales europeos, haciendo gala de una especial sensibilidad hacia la protección de los derechos humanos en toda su extensión y hacia la protección medio ambiental, ofrecen respuesta a los nuevos retos que plantea la sociedad poniendo a su servicio los instrumentos y herramientas preexistentes, logrando de esta forma superar los óbices que para el derecho internacional supone negociar la limitación de la soberanía.

23 En este hilo véase JORDANO FRAGA, J., El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansiva. *Medio ambiente y Derecho*, vol 0, disponible en https://huespedes.cica.es/gimadus/00/MEDIO_AMBIENTE_ADECUADO.htm, sobre la virtualidad protectora del art. 45 de la Constitución Española y la necesidad de una delimitación normativa real del derecho a un medio ambiente adecuado.

Así, por un lado el Convenio de Roma ofrece protección de la naturaleza desde el cumplimiento de los derechos contemplados en el Convenio de Roma, partiendo de la consideración de esta como condición de existencia del ser humano. Por otro lado, la Unión Europea provee de reglamentación específica para la protección de la naturaleza *per se* y que en la mayor parte de las ocasiones se justifica en el valor y la utilidad que provee para nuestra especie, ofreciendo una vertiente preventiva del derecho ambiental encomiable.

A su vez, la intervención contributiva de ambos sistemas favorece el fin último compartido de la protección ambiental, que se aborda desde diferentes flancos otorgando un grado de protección sumado que ha terminado siendo reconocido unánimemente como modelo a nivel mundial.

Sin embargo, la perspectiva esencialmente antropocéntrica y en ocasiones utilitarista sobre la que trabajan ambos sistemas y las limitaciones que conlleva el principio de subsidiariedad limitan el alcance de la protección careciendo el sistema de herramientas suficientes para detener o al menos poner freno con la inmediatez precisa a contaminación generada desde Europa y a la escandalosa degradación progresiva y en barrena de la que somos cómplices conscientes. A día de hoy es ferviente la necesidad de encontrar nuevas alternativas que abran el foco para reconocer las fallas del sistema y avanzar hacia un futuro de convivencia con la naturaleza en la que la cultura de extracción sin reservas no tiene cabida. La Naturaleza es condición de vida y aunque la naturaleza ha existido durante siglos sin el ser humano, la realidad es que el ser humano depende de la naturaleza para subsistir. Pese a ello, la pervivencia y continuidad de la naturaleza se encuentra amenazada precisamente por la acción del hombre. Resulta imperioso poner en su sitio la relevancia del interés medioambiental en el orden de prioridades de la toma de decisiones y con ello reconocer la importancia y preponderancia de la naturaleza y sus elementos esenciales por encima los intereses económicos y particulares de una sola especie.

Del reconocimiento de esta realidad depende nuestro futuro. Es necesario avanzar hacia nuevos enfoques del Derecho Internacional que ofrezcan una perspectiva de protección medioambiental no conseguida hasta la fecha, la reflexión sobre un nuevo orden de prioridades debe ser el punto de partida así como la constatación de que el derecho del ser humano al medio ambiente resulta incuestionable pero no puede lograrse en toda su extensión sin el reconocimiento previo del derecho de la naturaleza a existir y ser digna *per se* de consideración y protección.

Referencias

BETANCOR RODRÍGUEZ, A., **Derecho ambiental**, La Ley, Madrid, 2014

BORRÀS PENTINAT, «Perspectiva del Derecho Internacional del Medio Ambiente», **Revista Catalana de Dret Ambiental**. 2014, vol. 5.2., pp. 659-660

FAJARDO DEL CASTILLO, T., Avances y retrocesos en materia de acuerdos mi-

xtos y de acceso a la justicia para la protección del medio ambiente a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2011 en el asunto Oso Pardo, **Revista General de Derecho Europeo**, vol. 29, 2013, pp. 1-27

FAJARDO DEL CASTILLO, T. *Soft Law*. **Oxford Bibliographies**, 2014.

FERNÁNDEZ-BOLAÑOS VALENTÍN, A., **Economía y política medioambiental: situación actual y perspectivas en la Unión Europea**, Ediciones Pirámide, Madrid, 2002

FERNÁNDEZ CASADEVANTE ROMANÍ, C. **La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la protección del medio ambiente**, Iustel publicaciones, Madrid, 2018.

FERNÁNDEZ EGEA, R. M. La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: últimos avances jurisprudenciales, **Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid**, Vol. 31, 2015, pp. 163-204.

FERRETE SARRIÁ, C. El derecho humano a un medio ambiente sano en el Tratado de la Constitución para Europa, **Revista de pensament i analisi**, Vol. 6, 2006, p. 141-156.

JORDANO FRAGA, J. El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansiva. **Medio ambiente y Derecho.**, vol 0. Disponible en: https://huespedes.cica.es/gimadus/00/MEDIO_AMBIENTE_ADECUADO.htm.

KRAVCHENKO, S. Y.; BONINE, J. E. Interpretation of Human Rights for the protection of the environment in the European Court of Human Rights. **Mc. George Global Bus&Dev. L.J.** Vol 25

HABERMAS, J., **La reconstrucción del materialismo histórico**, Taurus, Madrid, 1981

_____. **Aclaraciones a la ética del discurso**, Trotta, Madrid, 2000

MARSHALL, T.H., y BOTTOMORE, T., **Ciudadanía y clase social**, Alianza, Madrid, 1998.

MCNEILL, J. R., **Du nouveau sous le soleil. Une histoire de l'environnement mondial aux XXe siècle**, Seyssel, Champ Vallon, 2010

MERRILLS, J. G., "Environmental Rights", en BONDANSKY, D., et al., **The Oxford Handbook of International Environmental Law**, Oxford University Press, Oxford, 2007

PÉREZ LUÑO, A. E., Estado constitucional y derechos de la tercera generación, **Anuario de Filosofía del Derecho**, vol. XIV, 1997.

WITH OR WITHOUT YOU: LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y LAS PERSONAS Y GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Anna Buchardó Parra¹

Investigadora postdoctoral en Derecho Internacional Público. Universitat Jaume I de Castelló

Resumen:

La evolución de la sociedad ha obligado a tomar en consideración aspectos que antes pasaban desapercibidos o bien que no existían. Por ejemplo, las nuevas tecnologías y una inequívoca vida en el entorno digital han obligado desde hace un tiempo a situar el foco de atención en este campo para preservar los derechos de las personas. No obstante, cada día es más evidente que también es imprescindible atender cuestiones- no tan nuevas- que ocurren en el espacio físico, en el contacto directo de las personas y en concreto, en el necesario entorno en el que se desarrolla la vida a todos los niveles. De esta manera, la protección y preservación del medio ambiente han pasado a estar en la primera línea cuando la Naturaleza ya hace ostensible su situación precaria y la necesidad de una reacción adecuada y a tiempo. No hace falta ir muy lejos para poder observar todos los sucesos relacionados con el medio ambiente y que a día de hoy acaban con la vida, la seguridad o la salud de toda especie. En esta empresa, y como en cualquier ámbito de los derechos de las personas, equiparar el trato podría provocar discriminaciones indirectas. Como en otros ámbitos, algunas personas y colectivos en situación de vulnerabilidad como las personas con discapacidad, los niños, niñas y adolescentes o las mujeres, requerirán de una atención específica. No para atribuirles nuevos derechos sino para asegurar que puedan ejercer los que toda persona posee y que lo hagan en igualdad de condiciones.

Palabras clave: Medio ambiente; Diversidad; Naciones Unidas; Obligaciones de Derechos Humanos; Estado.

Introducción

El Derecho Internacional es un ordenamiento histórico. Esto supone

¹ Anna Buchardó has been funded by the postdoctoral programme POSDOC-2021-Universitat Jaume I (POSDOC/2021/15)

que está en constante evolución adaptándose a las demandas de un escenario complejo y fragmentado. Escenario que precisamente le da sentido y que en ocasiones exige la interpretación de las cláusulas de los tratados que constituyen una de sus fuentes formales en el art.38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

De esta manera y como ocurre en cualquier sistema normativo que pretenda ser eficaz, a través del trabajo de los órganos creados para velar por los considerados tratados fundamentales de derechos humanos, el ordenamiento internacional trata de evitar quedar convertido en una mera especulación formal desligada de la realidad que regula y que le da sentido.

Los cambios a que cada día hace frente, exigen tomar en consideración algunas realidades que son nuevas, pero al mismo tiempo exige no olvidar las ya existentes. En ambos casos precisamente para no perder la conexión necesaria entre la norma y la realidad que regula y le da existencia. En el primer caso, la vida humana parece haberse trasladado de escenario y ocupar ahora una realidad dominada por las nuevas tecnologías y sin duda ésta es una cuestión que el Derecho debe atender. En el segundo caso, y a pesar de esta vida digitalizada, los seres humanos y en general cualquier ser vivo necesitamos preservar el espacio físico en el que vivimos, nuestro lugar de encuentro más inmediato, el medio ambiente.

En la actualidad, proteger el medio ambiente ha pasado a estar en el listado de políticas prioritarias de los Estados. Máxime cuando se ha constatado que ya hace un tiempo que la Naturaleza ha dicho basta y que exige una reacción apropiada y temporánea a las consecuencias catastróficas que de la actividad humana han derivado. Unas consecuencias que sin embargo han pasado a segundo plano cuando hablamos de los derechos de las personas, al menos desde un punto de vista jurídico.

En este sentido, la investigación que se presenta pretende no sólo hacer patente que toda crisis relacionada con el ambiente es una crisis también de derechos humanos; sino que la manera en la que pretendemos preservar los derechos en esta nueva tesitura histórica, de aprovecharse adecuadamente podría ser una oportunidad para preservar también los derechos de la Naturaleza. Porque el ejercicio de los derechos humanos puede contribuir a proteger el ambiente y promover un verdadero desarrollo sostenible.

No obstante, esta estrategia no podrá ser abordada sin tener debidamente en cuenta las diferentes realidades que enfrentan los seres humanos. Pues para ser eficaz deberá ser inclusiva y distinguir lo que es distinto puesto que las medidas adoptadas no tienen los mismos efectos para una persona con discapacidad, un niño o una niña o para una mujer, que, para el resto de la sociedad, por ejemplo.

En este trabajo, y atendida la labor de intérprete autorizado y guía que desarrollan los órganos de tratados de las Naciones Unidas, se procederá a revisar lo que, para el Comité de los Derechos del Niño, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Comité para la Eliminación

de la Discriminación contra la Mujer, entre otros, conllevaría atender esta diferencia. Medidas y consideraciones que son el reflejo de obligaciones internacionales vinculantes para todo Estado que sea parte en dichos tratados.

Consideraciones en el trabajo de las Naciones Unidas acerca de las obligaciones internacionales de los Estados en la materia

Resulta trágica la enorme disparidad de esfuerzos y la falta de compromiso por parte de los Estados que históricamente han sido los que más han contribuido al cambio climático y por tanto también a la vulneración de los derechos humanos que éste ha provocado. Con esta afirmación, en julio de este año en curso, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto del cambio climático daba un nuevo toque de atención a la comunidad internacional.

Es evidente que las estrategias que se han adoptado han resultado insuficientes y que ello está teniendo, tiene y tendrá consecuencias catastróficas también para los derechos humanos². Corolario que además afecta de manera desproporcionada a personas y comunidades que ya se encontraban en desventaja respecto al resto de la sociedad y que lleva a una agravación de las desigualdades existentes, marginación y exclusión e incluso a nuevas situaciones de vulnerabilidad³.

La actualidad da muestra desde hace tiempo, de la crisis mundial derivada del cambio climático. Una crisis que cada día niega sus derechos a las personas, pero no tan sólo su derecho al agua, el saneamiento o la vivienda adecuada, sino también a la vida, la salud, la alimentación, el desarrollo o a vivir una vida sin violencia, explotación sexual, trata o esclavitud. En este sentido, el cambio climático constituye a día de hoy la amenaza más general y grave que nunca ha enfrentado el medio ambiente y la Humanidad⁴.

Con todo, circunstancias que el propio Relator califica como pérdidas no económicas que pueden atribuirse al cambio climático: vidas, salud, desplazamientos humanos no deseados, patrimonio cultural destruido etc.⁵ Pérdidas que, aunque en su raíz quizás no poseen un cálculo sencillo en términos económicos, llevan aparejado un coste económico importante. Por poner un ejemplo, se calcula que hasta 2050, aproximadamente 216 millones de personas podrían verse obligadas a emigrar por causas relacionadas con el cambio climático. Un desplazamiento que es también la causa de problemas de salud mental y de la conocida como eco-ansiedad que derivaría de haber perdido un hogar y nuestros medios de vida, entre otras cosas. A ello debemos añadir

2 Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos en el contexto del cambio climático, “Promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de la mitigación del cambio climático, las pérdidas y los daños y la participación”, 26 de julio de 2022, A/77/226. Párr. 7-8.

3 Ibid. Párr.8 y ss.

4 Ibid. Párr.88.

5 Ibid. Párr.59 y ss.

la probabilidad más o menos elevada dependiendo de las circunstancias de la persona, de quedar excluida socialmente y expuesta a vulnerabilidad económica, así como en algunos casos incluso a la pérdida de nuestra identidad cultural con la reubicación e incluso de nuestra nacionalidad de origen en algunos supuestos⁶. La situación a que quedan expuestas estas personas puede incluso llevar a la condición de apátrida cuando no conservan sus documentos de identidad y no pueden demostrar su nacionalidad o cuando su estadía prolongada fuera de su país provoca la pérdida pasiva de su ciudadanía, con lo que ello supone en términos de acceso a los servicios públicos o ayudas estatales⁷.

En un contexto como el descrito, puede resultar curioso observar como precisamente aquellas personas que padecen de manera más grave y particular los efectos del cambio climático son los que menos participan en la articulación, implementación y el control de las estrategias adoptadas para hacerle frente. Es por ello que el propio Relator considera que, entre otros, las personas con discapacidad y los niños deben participar en mayor medida para que también las pérdidas y daños que padecen se conozcan y se rinda cuentas por ello⁸.

No brindar una respuesta al clima que se centre en los derechos humanos podría suponer perder décadas de progreso en su reconocimiento y protección, en definitiva, regresividad. Y en esta respuesta, las personas que viven en una situación de mayor vulnerabilidad, expuestas en mayor medida a las consecuencias del cambio climático, no pueden ser apartadas de las decisiones que les tienen por objetivo, no pueden quedar excluidas de la respuesta al clima⁹.

Nadie podría negar, en palabras del Relator especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, que el cambio climático ha formado parte de la agenda de los Estados desde hace tiempo. Pero pese al poco margen que se posee para evitar mayores catástrofes también relacionadas con los derechos humanos, la mayor parte de las organizaciones encargadas de la protección de los derechos humanos¹⁰ parecen no haber comprendido todavía que para hacerle frente necesitamos también una transformación social y económica. Esta maniobra exige ser creativos y atrevidos dado que los medios de siempre no van a ser suficientes. Tampoco caer en el fetichismo jurídico sería conveniente, pues difícilmente la ciencia jurídica en soledad podrá dar una solución al problema¹¹.

La primera medida contra la inercia con la que se han adoptado las estrategias sería reconocer que los derechos humanos son parte de la solución. Y que el cambio climático no es una cuestión técnica o política, pues al articu-

6 Ibid. Párr.64.

7 Ibid. Párr.65.

8 Ibid. Párr.75.

9 Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, “El cambio climático y la pobreza”, 17 de julio de 2019. A/HRC/41/39. Párr.80.

10 Ibid. Párr.9-16.

11 Ibid. Párr.62.

lar sus estrategias los Estados también deben atender sus obligaciones internacionales de derechos humanos, entre otras¹².

En su informe, critica que se pretenda atender específicamente a determinados sectores de la población cuando es toda ella la que se ve afectada por el cambio climático. Sin embargo, esta investigación precisamente persigue hacer patente que no puede caerse en el relativismo absurdo de que ciertas situaciones de mayor vulnerabilidad en sociedad no tienen consecuencias y que deben atenderse de manera específica también en las medidas frente al cambio climático o de adaptación a éste. Atenderlas, además, redundaría en el beneficio de toda la sociedad y no hacerlo, supondría una discriminación indirecta hacia dichos colectivos. No sin, por supuesto, atender a toda la población, aspecto que no se contempla en este trabajo.

En sus últimas consideraciones, el Relator deja un encargo a los órganos creados en virtud de tratados, especialmente a aquellos relacionados con los derechos humanos. Les pide que se planteen si su trabajo hasta la fecha en forma por ejemplo de observaciones finales resulta suficiente dada la magnitud de la situación que enfrentamos y por ende pide darles vida en esta estrategia¹³.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

En el año 2018, se elabora la Recomendación general núm. 37 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Documento que trata las dimensiones de género en la reducción del riesgo de desastres derivados del cambio climático¹⁴ enfocando sus consideraciones en los principios de igualdad sustantiva, la no discriminación, el empoderamiento o la rendición de cuentas, entre otros. Así como en su preocupación entorno al derecho a la ausencia de violencia, la educación, la información o protección social, la salud, un nivel de vida adecuado o la libertad de circulación. Al mismo tiempo que hace patente que cualquier medida para mitigar el cambio climático o adaptarse a él debe precisamente adoptarse ciñéndose a estos principios y paliar sus preocupaciones¹⁵.

En palabras del Comité, resulta necesario atender la diferencia que representa la mujer en estas circunstancias, en la prevención, mitigación, respuesta, recuperación y adaptación. Sus niveles de mortalidad, morbilidad, la probabilidad de caer en la pobreza, así como de ser sometidas a explotación sexual y de no poder acceder a servicios seguros y accesibles, son mayores que para los hombres¹⁶. La posibilidad de adoptar medidas que sean equi-

12 Ibid. Párr.63-77.

13 Ibid. Párr.81-85.

14 Recomendación general núm. 37 sobre las dimensiones de género de la reducción del riesgo de desastres en el contexto del cambio climático. 13 de marzo de 2018. CE-DAW/C/GC/37.

15 Ibid. Párr. 14.

16 Ibid. Párr.4-8.

tativas requerirá además la participación y empoderamiento de las mujeres, en ocasiones incluyendo medidas presupuestarias que doten de recursos económicos dichos procesos de formulación, aplicación y supervisión¹⁷. Y para dotar de eficacia a toda la cadena de decisiones resulta esencial llevar a cabo una evaluación de las consecuencias asociadas a este contexto en función del género tanto en el diseño y la ejecución de las políticas y planes como en su constante supervisión¹⁸.

Precisamente para su eficacia en la práctica, será también necesario desarrollar las capacidades de las mujeres en relación con la tecnología y empoderarlas en relación con el cambio climático. Desarrollar sus capacidades en primer lugar, velando porque la información que se suministra en forma de alertas se proporcione de la manera que sea accesible, culturalmente apropiada e inclusiva, atendidas las necesidades de los distintos colectivos de mujeres. Hablamos, por ejemplo, de promover activamente que se amplíe la cobertura de Internet o la telefonía móvil, así como la radio y que puedan tener acceso¹⁹.

Con estas anteriores consideraciones, el Comité parece hacerse eco de cuestiones que han pasado más desapercibidas a la hora de garantizar derechos. Sin embargo, le siguen preocupando cuestiones que no son nada nuevas relacionadas por ejemplo con el derecho a vivir una vida sin violencia. Y es que, las situaciones de desastre y la degradación o destrucción de los recursos naturales agrava y facilita en cierta medida la violencia por razón de género. Por ello resulta necesario elaborar un sistema de vigilancia y evaluación periódica destinada a prevenirla y darle una respuesta adecuada²⁰. Al mismo tiempo, es necesaria la capacitación, sensibilización y concienciación de autoridades y trabajadores de los servicios de emergencia garantizando además el equilibrio de género en el personal militar, la policía de fronteras²¹ etc. Y por supuesto, adoptar estrategias a largo plazo que mitiguen sus causas en todas las esferas de la vida social.

Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad

El Comité afirma disponer de pruebas sólidas para demostrar, por ejemplo, que una mujer o una niña con discapacidad afronta obstáculos en prácticamente cualquier esfera de su vida. Su situación se ve agravada por discriminaciones múltiples e interseccionales por ejemplo si se trata de una mujer o una niña y en segundo lugar tiene una discapacidad y hacer frente a estas realidades exige recopilar datos desglosados, celebrar consultas, adoptar políticas adecuadas incluyendo la no discriminación y proveer recursos²².

17 Ibid. Párr. 25-27.

18 Ibid. Párr.42 y ss.

19 Ibid. Párr. 54.

20 Ibid. Párr.55-57.

21 Ibid. Párr.78.

22 Observación General No. 3 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre las mujeres y niñas con discapacidad, 25 de noviembre de 2016. CRC/C/

En situaciones de desastre natural o emergencias humanitarias, los derechos de una persona con discapacidad todavía se encuentran más expuestos y poseen menos probabilidades de tener acceso a servicios de recuperación o a la justicia²³. Sus probabilidades se reducen a la mínima expresión porque en un estadio previo la información que se suministra a la población y que da noticia de las alertas, vías de evacuación, acceso a la ayuda humanitaria o de cualquier proyecto de socorro, no está disponible en formato accesible ni son en sí procesos accesibles. Si consiguen acceder físicamente a los puntos de ayuda, quizás no puedan comunicarse con el personal, y si son víctimas de violencia o abuso, es posible que tampoco las líneas de ayuda sean accesibles²⁴. Si necesitan solicitar el refugio, tampoco en este caso encontrarán un mecanismo de protección internacional que sea específico y esté adaptado.

Recordemos en este contexto también que la accesibilidad es un requisito previo de toda estructura, sin que importe si la persona con discapacidad posee una necesidad concreta de acceder a una instalación o hacer uso de un servicio en igualdad de condiciones con los demás. Es, por tanto, una condición ex ante que además debe suponer la adopción de las medidas pertinentes en consulta con el colectivo. La adopción de ajustes razonables²⁵, en segundo lugar, constituye una medida jurídica de reacción individualizada que se pone en marcha cuando es necesaria y que además tiene carácter obligatorio. Lo que supone el deber jurídico de eliminar obstáculos y realizar ajustes que en el caso de no adoptarse requiere una justificación objetiva. En ambas situaciones, la imposibilidad de ejercer sus derechos de manera efectiva por una persona con discapacidad, constituye la violación de las obligaciones internacionales que el Estado parte posee en relación con sus derechos.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, realizó un informe en el año 2020 al observar en la práctica que los efectos del cambio climático estaban afectando de manera diferente y más intensa a las personas con discapacidad. Es evidente que los efectos adversos de todo tipo que conlleva el cambio climático y cualquier desastre natural agravan las barreras ambientales, actitudinales e institucionales y por tanto obstaculiza incluso más el disfrute de sus derechos a las personas con discapacidad²⁶.

Por este motivo, resulta necesario incluirles en la acción climática atendiendo a sus preocupaciones específicas aprovechando el elemento vivencial

GC/3. Párr.2-16.

23 Ibid. Párr.49.

24 Ibid. Párr.50.

25 Observación General No.6 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre la igualdad y la no discriminación, 26 de abril de 2018. CRC/C/GC/6. Párr.23-27.

26 Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “Estudio analítico sobre la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad en el contexto del cambio climático”, 22 de abril de 2020. A/HRC/44/30. Párr.5-9.

que representan y empoderarles como agentes de cambio puesto que ellas y ellos podrían ser vitales en la aplicación misma de las medidas adoptadas. En cualquier caso, esta atención diferenciada exige tener en cuenta que son un colectivo heterogéneo que necesita cosas distintas que deben conocerse de antemano y que estas prácticas inclusivas redundan en beneficio de toda la población evitando algunos de los peores efectos del cambio climático²⁷.

Atención diferenciada que además exige tener en cuenta las ayudas técnicas que algunas personas con discapacidad requieren para ejercer sus derechos, por ejemplo, aquellas que les permiten oír, ver mejor o moverse. Es evidente que se dañan o pueden perderse en estos contextos y normalmente el material de socorro no ofrece una alternativa equivalente. Al mismo tiempo, exige proveerlos de los apoyos necesarios ya que, en algunos casos, en un contexto de desplazamiento, corren el riesgo de quedar atrás y sin los miembros de su familia o comunidad que se desplaza, y enfrentan políticas de inmigración discriminatorias por parte de algunos países de acogida²⁸.

En definitiva, resulta necesario crear conciencia y aumentar lo que la sociedad conoce de las personas con discapacidad para combatir los prejuicios. Dotar de accesibilidad y convertir en accesibles la información, educación, infraestructuras y servicios relacionados con una emergencia constituye un imperativo jurídico²⁹. Cuando hablamos de medidas para hacer frente o para adaptarnos a la transformación de nuestra sociedad que está provocando el cambio climático, debemos pensar en reconstruir mejor y ello conlleva la idea de llevarlo a cabo de manera inclusiva, para que todas las personas puedan ejercer sus derechos e incluso en un futuro próximo, lo puedan hacer sin necesidad de adaptación³⁰.

Comité de los Derechos del Niño

Resulta un lugar común, afirmar que el cambio climático tiene consecuencias para los niños y las niñas pues su vida se ve alterada por cualquier circunstancia en su entorno, así como en las personas que les rodean. Parece, sin embargo, que algunos derechos como la salud, la vivienda o la higiene padecen de manera más evidente los efectos.

Vivir en una vivienda con ventilación apropiada, libre de moho y otras sustancias tóxicas o una gestión eficaz de los desechos³¹ formarían parte de los requerimientos básicos para que su vida tomara la forma adecuada en cualquier contexto. Sin embargo, cualquiera de sus derechos se va a ver afectado. Y una verdadera solidaridad intergeneracional debe pensar en ellos y el-

27 Ibid. Párr.9-12.

28 Ibid. Párr.21-23.

29 Ibid. Párr.43-44.

30 Ibid. Párr.47.

31 Observación General No.15 del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño al disfrute del más alto posible nivel de salud (art.24), 17 de abril de 2013. CRC/C/GC/15. Párr.49-50.

las también en su presente y no tan sólo como el futuro de la humanidad. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño, hace hincapié en la importancia crucial que posee el medio ambiente para un niño o una niña y en la necesidad de atender su realidad y sus derechos, así como sus diferencias, en las políticas emprendidas en el contexto del cambio climático³².

En la actualidad, y como consecuencia de su preocupación en la materia, el Comité trabaja en una nueva Observación General, la No.26 que verá la luz a finales de este año o durante el año próximo, centrada en los derechos del niño y el medio ambiente, especialmente relacionada con el cambio climático³³. Este documento, da respuesta a las incógnitas planteadas por los Estados parte entorno a la cuestión de cómo seguir cumplimiento con la Convención de los Derechos del Niño y por tanto protegiendo y dando efectividad a los derechos de este colectivo en este nuevo contexto climático y social.

En el borrador de la misma, que está siendo objeto de estudio todavía, se afirma que el daño medioambiental posee unas consecuencias mucho más acusadas para la infancia. La pérdida de biodiversidad o la contaminación, por ejemplo, se relacionan además con un ambiente político y económico que tiende a ser inestable y conlleva una desigualdad creciente, falta de alimento o agua, lo cual amenaza la salud y nuestro modo de vida.

Afecta al derecho a la salud, la higiene y el agua, la educación, la cultura, la vida, vivienda y el desarrollo entre otros. El cambio climático causará 60.000 muertes por malaria y 48.000 por diarrea adicionales para niños menores de 15 en 2030. 95000 muertes adicionales de niños de menos de 5 años por desnutrición en 2030 y 24 millones adicionales de niños fallecidos por esta causa en 2050.

Reflexiones finales

Primera. - El cambio climático constituye hoy en día una realidad inevitable que afecta a toda persona. Para hacerle frente, los Estados han emprendido campañas de reacción que se han mostrado insuficientes al no contar entre sus batallas a combatir -entre otras cosas- con la necesaria protección de los derechos humanos que cada día son negados a las personas también como consecuencia del cambio climático. Medidas que al no tomarlos en cuenta están perpetuando y consintiendo la regresividad en los derechos humanos.

Segunda. - Tomar en cuenta y articular políticas centradas en los derechos humanos cuando hablamos del cambio climático, conlleva una exigencia adicional puesto que las personas no somos idénticas ni nuestra situación tampoco. En este sentido, la realidad demuestra que algunos colectivos sienten de manera más fuerte y grave los efectos del cambio climático y que no

32 Ibid. Párr.50.

33 Committee on the Rights of the Child. Concept note: General Comment on children's rights and the environment with a special focus on climate change. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crc/concept-note-general-comment-childrens-rights-and-environment-special-focus-climate-change> (u.v. 11/11/22)

sólo requieren ser tenidos en cuenta y poder participar a la hora de programar, implementar o supervisar las estrategias sino además contar con una atención diferenciada que evita discriminaciones no justificadas. Máxime cuando la *UN Climate Change Conference* que se está celebrando en noviembre de 2022, pide una reacción específica para las personas que se ven afectadas desproporcionadamente por el cambio climático, esto es: mujeres, niños y niñas o personas con discapacidad, entre otros. Su falta de participación alimenta asimismo esta situación.

Tercera. - La mujer, en primer lugar, constituye uno de los colectivos que sufre más acusadamente las consecuencias del cambio climático. Su situación de partida ya desaventajada la coloca en un contexto más complejo que el de otras personas. Es así como la igualdad sustantiva, el empoderamiento y una vida ausente de toda forma de violencia o la posibilidad de contar con información adecuada, salud, educación etc., son variables a asegurar antes, durante y después de una emergencia causada por el cambio climático. Dotar de una perspectiva de género la planificación, implementación y control de las políticas adoptadas, se hace imprescindible. Atendiendo realidades tan nuevas como la accesibilidad tecnológica y otras tan antiguas por desgracia como la violencia contra la mujer, ambas exigiendo una intervención inmediata.

Cuarta. - Las personas con discapacidad, en segundo lugar, enfrentan obstáculos en la práctica totalidad de las esferas de su existencia. Los protocolos, programas y el personal que actúa antes, durante y después de una emergencia, no provee de recursos accesibles al colectivo, así como tampoco tiene en cuenta sus diferencias al atenderlos. Nótese, no obstante, que la accesibilidad es un requisito previo de todo servicio, producto etc. Y que a priori, debería estar garantizada. No adoptar los ajustes razonables necesarios en cada caso, sin dar una justificación adecuada, también supone violar sus derechos. Es necesario, en ese sentido, articular estrategias inclusivas que permitan reconstruir mejor nuestras sociedades y que cuenten con su participación.

Quinta. - Las niñas, niños y adolescentes, se ven afectados cada día en sus derechos a consecuencia del cambio climático. Seres humanos que no sólo deben ser atendidos en su futuro sino sobretodo, ahora mismo, en su presente. Se trata de seres humanos en formación que como tales se ven perturbados por cualquier circunstancia que altere su modo de vida: su casa, la posibilidad de ser atendidos por un o una médico, ir a la escuela, ver a sus amigos etc. Colectivo cuyos derechos deben ser garantizados en cualquier circunstancia y a los que se les debe dar voz también en materia de cambio climático.

Sexta. - En definitiva, resulta impensable considerar que las cosas pueden seguir haciéndose como hasta ahora en cuanto a nuestra estrategia en el contexto del cambio climático. Toda maniobra que pretenda resultar efectiva deberá contar también con los derechos humanos. Pero, una vez más, no podrá tratar de atenderlos como colectivo homogéneo, sino que deberá tomar en serio que las personas somos distintas, que algunas de esas diferencias arbitrarias sitúan a algunos seres humanos en una situación de mayor vulnerabili-

dad y que no atenderlas adecuadamente y a tiempo, supondrá dar respuesta a la premisa que da título a este trabajo: *with or without them*. Y al mismo tiempo, constituye el incumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que los Estados parte han asumido.

Referencias

Comité de los Derechos del Niño. **Observación General No.15 relativa al disfrute del más alto posible nivel de salud (art.24)**, 17 de abril de 2013. CRC/C/GC/15.

Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad **Observación General No. 3 sobre las mujeres y niñas con discapacidad**, 25 de noviembre de 2016. CRC/C/GC/3.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. **Recomendación general No. 37 sobre las dimensiones de género de la reducción del riesgo de desastres en el contexto del cambio climático**. 13 de marzo de 2018. CEDAW/C/GC/37.

Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. **Observación General No.6 sobre la igualdad y la no discriminación**, 26 de abril de 2018. CRC/C/GC/6.

Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos. **Informe sobre el cambio climático y la pobreza**, 17 de julio de 2019. A/HRC/41/39.

Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. **Estudio analítico sobre la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad en el contexto del cambio climático**, 22 de abril de 2020. A/HRC/44/30.

Committee on the Rights of the Child. **Concept note: General Comment on children's rights and the environment with a special focus on climate change**. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crc/concept-note-general-comment-childrens-rights-and-environment-special-focus-climate-change> (u.v. 11/11/22)

Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos en el contexto del cambio climático. **Informe sobre la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de la mitigación del cambio climático, las pérdidas y los daños y la participación**, 26 de julio de 2022, A/77/226.

A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DA DIMENSÃO SOCIAL, AMBIENTAL E ECONÔMICA SOBRE A ECONOMIA CIRCULAR

Miguel Antonio Paes de Barros Filho

Bacharel em Direito (UNIR), Pós-Graduado em Direito do Consumidor (IBMEC), Direito Processual Civil (IBMEC), Direito Civil e Empresarial (IBMEC), Direito Previdenciário (IBMEC), Direito de Família e Sucessões (IBMEC), Direito para Magistratura (EMERON) e Mestre em Direitos Humanos (UNIJUÍ)

Resumo:

A pesquisa analisa impactos sociais, ambientais e econômicos decorrentes da obsolescência programada no contexto das relações de consumos, utilizando-a como instrumento para entender a lógica do mercado e os danos causados em todo meio-ambiente. Considera-se a obsolescência programada como um tipo específico de falha de mercado, ao analisar-se as condições econômicas do lado da demanda, do lado da oferta e do lado ambiental quanto aos seus impactos gerados. As atuais medidas nestes domínios não são suficientes para lidar com a questão da obsolescência programada e há, portanto, uma necessidade urgente de medidas, ações e reflexões que promovam a economia circular. A questão da obsolescência programada pode ser caracterizada como uma consequência natural e externalidade negativa do capitalismo, que eleva substancialmente o número de transações comerciais, levando ao aumento do consumo e, inevitavelmente, ao desperdício. As empresas devem ser estimuladas e, caso contrário, existir mecanismos para controle do mercado visando a construção de produtos mais duráveis que possam ser facilmente atualizados ou reparados. Baseando-se no conceito de Economia Circular, a pesquisa adotou uma abordagem ambiental com o apoio da noção utilitarista de responsabilidade pela sustentabilidade das gerações futuras para atender às suas necessidades. A obsolescência programada deveria ser melhor regulamentada por uma legislação ampla e global, para salvaguardar um campo de jogo justo e obter consistência em todos os países para garantir que as estratégias de negócios estão em conformidade com a Economia Circular.

Palavras-chave: Obsolescência programada, Meio-Ambiente, Logística reversa, Economia circular, Justiça intergeracional.

Considerações iniciais

A obsolescência é um conceito recente e tem seu marco inicial no início do século passado. Ela surgiu como uma solução macroeconômica e como forma benéfica para a sociedade pois tinha como objetivo de evitar crises econômicas como aquela que assolou os Estados Unidos da América em 1929, e, com o passar do tempo, a obsolescência passou do contexto econômico para ser utilizado como estratégia de negócio das empresas buscando o aumento de venda pela realização do consumo repetitivo.

O conceito de obsolescência presente no mercado de consumo é mais amplo e tem como objetivo induzir o consumidor a realizar compras repetitivas de produtos, independente deles estarem em funcionamento ou não, podendo ficar caracterizada quando o fornecedor lança uma nova versão do produto com uma nova funcionalidade, quando cria fatores mercadológicos, psicológicos ou, ainda, quando lança mão de métodos de persuasão para influenciar o consumidor a considerar o produto que já possui menos atrativo e então realizar a compra de um novo para substituir o anterior.

Vale observar que em certas situações, o fornecedor deliberadamente usa a sua engenharia para introduzir no produto mecanismos que concorram para a redução da sua vida útil, que pode resultar na impossibilidade de manutenção ou uso de partes e peças de menor qualidade, ou mesmo fazer com que o produto, a partir de determinado tempo de uso, torne-se incompatível com o padrão daqueles mais novos colocados no mercado. Essas estratégias e técnicas utilizadas por muitos fornecedores para inflar suas vendas é a conceitualização básica da obsolescência.

Uma economia circular é a principal estratégia para substituir os modelos lineares de pegar-usar-descartar por modelos mais circulares, onde os recursos são usados e mantidos por mais tempo para reduzir e evitar o desperdício, tanto quanto possível, assim, em 2015, a Comissão Europeia adotou o seu primeiro ambicioso Plano de Ação para a Economia Circular, incluindo medidas para estimular a transição da região para uma Economia Circular, contemplando medidas que abrangem todo o ciclo, desde a produção, o consumo, à gestão de resíduos e o mercado de matérias-primas secundárias, portanto contribuindo para fechar o ciclo das etapas de vida dos produtos por meio de maior reciclagem e reutilização visando trazer benefícios para o meio ambiente e para a economia e, embora a vida útil de um produto dependa de uma rede de partes interessadas interdependentes, fabricantes, fornecedores, distribuidores e consumidores, podendo ser ditada por fatores não controlados, como o desgaste dos materiais, muitas vezes é o resultado de uma iniciativa de escolhas empresariais.

As empresas podem tirar proveito dos rápidos desenvolvimentos tecnológicos e científicos na fabricação de produtos para aumentar suas vendas e lucros usando várias estratégias, incluindo a chamada obsolescência programada ou obsolescência programada, sendo que a intenção de a aplicar

é projetar produtos com uma vida útil curta e encorajar os consumidores a comprar um substituto mais rapidamente do que de outra forma. Portanto, o desenho do produto desempenha um papel crucial em termos de vida útil do produto, o que é reforçado pela publicidade, incompatibilidade e serviços de pós-venda deficientes.

A questão da obsolescência programada é uma consequência natural e uma externalidade negativa do capitalismo, que desencadeia o número de transações comerciais, levando ao aumento do consumo e, inevitavelmente, ao desperdício. Afeta todos os segmentos da sociedade, uma vez que o escopo da obsolescência programada já foi estendido por diversos setores, como têxtil, eletrônico, automobilístico, agrícola, gráfico e software.

Da obsolescência programada

A obsolescência planejada pode ser definida como o ato de desenvolver e comercializar um produto fixando antecipadamente o tempo de expiração; o objetivo deste método é limitar a vida útil do objeto e promover a compra de um novo substituto, sendo que a vida útil aqui se refere à capacidade de um produto para funcionar no nível de desempenho previsto durante um determinado período, ou seja, o número de ciclos; horas de uso, sob as condições de uso esperadas e de acordo com as ações previsíveis.¹

Terminologia diferente tem sido usada na literatura para definir a noção multifacetada de obsolescência, incluindo obsolescência prematura, planejada ou proposital e obsolescência embutida, com configurações adicionais de obsolescência física, obsolescência tecnológica, obsolescência de estilo e obsolescência psicológica. Os dois grupos principais são: obsolescência tecnológica, que também inclui a obsolescência física, e obsolescência de estilo ou psicológica.

Na primeira categoria, os produtores projetam deliberadamente produtos com uma vida física mais curta do que a indústria é capaz de produzir nas condições tecnológicas e de custo existentes. Isso incluiria um processo pelo qual os produtores limitam artificialmente a durabilidade de um produto a fim de estimular o consumo repetitivo, ou projetá-lo de tal forma que funcione apenas para um número limitado de operações.²

Esta categoria também abrange projetos para reparo limitado: pode ser porque o componente necessário para o reparo não pode ser obtido ou simplesmente não é prático ou não vale a pena financeiramente reparar o produto. Além disso, há também obsolescência de incompatibilidade, conhecida como obsolescência tecnológica, onde a invenção de um produto tecnicamente avançado torna obsoletos os modelos anteriores, por exemplo, ao introduzir atualizações de software não compatíveis ou atualizações volumosas

1 BOULOS, Stephanie. A durabilidade dos produtos: relatório final. (Comissão Europeia Direcção-Geral do Ambiente-AEA/R/ED59246, 17 de agosto de 2015).

2 GREGORY, Paul. Uma teoria da obsolescência proposital (1947) 14 Southern Economic Journal 24.

que exigem que os consumidores comprem a versão mais recente do produto. Neste contexto, é relevante se a redução do tempo de vida do produto ocorreu antes de os produtos serem colocados no mercado ou posteriormente.³

Este último está intimamente ligado não apenas à obsolescência por incompatibilidade, mas também à segunda categoria de obsolescência de estilo, que define cenários onde os fabricantes ou vendedores induzem os consumidores a substituir os bens, embora ainda retenham uma utilidade física substancial.⁴

Isso está relacionado a campanhas de marketing e é baseado na percepção do consumidor, e não no produto em si. Isso ocorre principalmente por causa da moda diferente, cores diferentes, estilos alterados ou a adição de uma função extra a um modelo, o que torna a aparência de modelos anteriores antigos e indesejáveis.

A obsolescência tecnológica pode se sobrepor à obsolescência psicológica: os produtores que lançam produtos tecnicamente atualizados podem persuadir os consumidores que são vulneráveis ao “status” a comprar o produto tecnicamente mais novo ou melhor, enquanto o produto “antigo” ainda funciona corretamente. Essa estratégia de obsolescência psicológica foi usada, por exemplo, pela General Motors já na década de 1920, quando impulsionou suas vendas exclusivamente no desenho aprimorado de seus carros.

Embora haja algum entendimento sobre o que implica a obsolescência programada, ainda se observa a ausência de uma definição legal. Isso cria incerteza jurídica, pois não está claro se todas essas diferentes nuances de obsolescência programada e de estilo devem ser tratadas e de qual forma, se tratadas igualmente, ou se o legislador requer abordagens diferentes.

Também há incertezas sobre se as características específicas de diferentes grupos de produtos, ou seja, dispositivos eletrônicos e elétricos, brinquedos, roupas, também devem ser considerados e se regulamentos mais personalizados devem ser aplicados.

Estratégia para a economia circular

Em 2015, a Comissão Europeia adotou um Plano de Ação para a Economia Circular, com o objetivo de garantir que nada seja desperdiçado, onde incluía medidas para encorajar a transição da Europa para uma Economia Circular visando impulsionar a competitividade global, para promover o crescimento económico sustentável e gerar novos empregos.

A ideia é fechar o ciclo das etapas de vida dos produtos, que consistem na extração de materiais e recursos, concepção e fabricação dos produtos, sua distribuição e aproveitamento até o que é considerado resíduo, com posterior reciclagem e reaproveitamento para trazer o produto de volta ao mercado, be-

3 SLADE, Giles. *Made to Break: Technology and Obsolescence in America* (Harvard UP 2007).

4 GREGORY, Paul. *Ibidem*.

neficiando o meio ambiente e a economia. Em 2020, um novo Plano de Ação da Economia Circular foi emitido, o que exige mais circularidade para separar o crescimento econômico do uso de recursos.⁵

A obsolescência programada contradiz diretamente esta estratégia devido ao encurtamento deliberado da vida física de um produto ou convencer os consumidores de que seus produtos são obsoletos antes o fim de sua vida física. Portanto, os objetivos da Economia Circular não podem ser alcançados sem a regulamentação da obsolescência programada.

Uma vez que a sustentabilidade é um dos principais objetivos da Economia Circular, as percepções sobre uma noção utilitária de responsabilidade pela sustentabilidade são benéficas. O utilitarismo constitui a base filosófica deste estudo porque, teoricamente, desempenha um papel vinculante entre o direito, a economia e o meio ambiente.⁶

Embora sem críticas, a teoria do utilitarismo, sistematizada por Bentham⁷, baseia-se na aversão à dor e na maximização do prazer. De modo geral, segundo a teoria, a lei deveria proporcionar um efeito geral para a maior felicidade do maior número, já que o utilitarismo se preocupa não apenas com o bem-estar das pessoas mas, mais importante, com uma organização justa dos sociedade, que maximiza o bem-estar agregado de seus membros, sendo que a abordagem do utilitarismo de regras argumenta que os atos devem fornecer a maior utilidade para o maior número de pessoas, e essas utilidades devem ser benéficas para a sociedade no longo prazo.

Com base nessa abordagem, esse conceito pontua o utilitarismo em dois cenários diferentes. Em primeiro lugar, se as pessoas desejam comprar novos produtos constantemente, mesmo que seus produtos antigos funcionem perfeitamente, elas precisam ter mais renda e, portanto, precisam trabalhar mais e de forma mais árdua.⁸

A vida tornar-se-ia dominada pelo trabalho e nesta espiral, corrida desenfreada, a satisfação com a vida ou felicidade, medida pelos utilitaristas, não está mais aumentando, embora a renda aumente e, assim, a obsolescência programada e a rápida substituição de produtos não seriam justificáveis sob essa abordagem utilitarista.

Em segundo lugar e mais importante, uma vez que a existência dos humanos depende de um ambiente sustentável, a proteção ambiental seria considerada intrinsecamente e instrumentalmente correta. No contexto da sustentabilidade, um requisito de justiça intergeracional, que é fortemente apoia-

5 COMMISSION, 'A New Circular Economy Action Plan: For a Cleaner and More Competitive Europe' (Communication) COM (2020) 98 final.

6 RILEY, Jonathan. 'Utilitarianism and Economic Theory' in Steven Durlauf and Lawrence Blume (eds), *The New Palgrave Dictionary of Economics* (Springer 2008) 6923-33.

7 BENTHAM, Jeremy. *Introdução aos Princípios de Moral e Legislação*. Ed. Doubleday, 1961, p. 273.

8 HARSANYI, John. 'Rule Utilitarianism and Decision Theory' in Hans Gottinger and Werner Leinfellner (eds), *Decision Theory and Social Ethics: Issues in Social Choice* (D Reidel Publishing 1976) 3-33.

do pelos pesquisadores, constitui um de seus componentes principais.⁹

É geralmente aceito que as sociedades são, em última análise, responsáveis pelo bem-estar das próximas gerações, garantindo o equilíbrio ecológico e o sustento básico para o progresso da humanidade. Segundo os utilitaristas, a poupança, em termos geracionais, é não apenas autorizada, mas necessária, uma vez que o objetivo é maximizar o tamanho da pizza intergeracional.

Singer (1972, p. 231) conclui que a noção utilitarista de responsabilidade pela sustentabilidade implica que é responsabilidade de todos usar seu poder para atender às necessidades da geração presente, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atender às suas necessidades, desde que a geração atual não seja privada de suas necessidades básicas.

Toda produção tem um custo, uma dor, para o meio ambiente porque acarreta o consumo de ativos ambientais e é por isso que produtos descartáveis, não recicláveis, irreparáveis e facilmente perecíveis em decorrência de estratégias de obsolescência programada, prejudicarão o meio ambiente, o que, por sua vez, privará inevitavelmente as futuras gerações da capacidade de atender às suas necessidades.¹⁰

Nesse sentido, podemos citar o utilitarismo que pode ser entendido como uma teoria da moralidade pessoal e, por outro, como uma teoria da escolha pública ou do critério de aplicação de uma política pública, defendendo a ideia de que as regras de cooperação social presentes na cultura pública de uma sociedade democrática são como que os motivos para a ação moralmente correta, muito embora essas regras de cooperação social possam ser frutos dos mais variados móveis, desde o desejo de justificar minha conduta perante os outros indivíduos, até o projeto de garantir o mínimo de condições de vida (bens primários) para si mesmo para buscar realizar sua concepção particular de vida boa.¹¹

John Rawls (2000, p. 106) traz a a noção chave de dever aqui como sendo a de dever incondicionado e imparcial, na qual os contratantes, a partir de seus juízos ponderados e de um raciocínio moral que os levam a encontrar critérios acerca da ação moralmente correta, devem abster-se de defender suas concepções particulares de bem ou de vida boa, isto é, devem estar livres de posições sociais, vantagens naturais ou contingências históricas para escolher tais critérios, visando sempre a melhor escolha na hora de adquirir os bens que precise para sua subsistência e a vida em sociedade.

Análises recentes da obsolescência programada

A obsolescência programada não foi totalmente ignorada pelas institui-

9 GOSSERIES, Axel. Theories of Intergenerational Justice: A Synopsis. Ed. Sapiens, v. 1, 2008, p. 61.

10 VALANT, Jana. Obsolescência programada: explorando o problema. Ed. European Parliament Think Tank, 2016.

11 RAWLS, John. Justiça e Democracia. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 105.

ções. O Comitê Económico e Social Europeu (CESE) e a Associação Europeia de Consumidores colocaram a questão da obsolescência programada nas suas agendas e apoiam ativamente medidas juridicamente vinculativas para proibir a obsolescência incorporada.

O CESE foi a primeira instituição da União Europeia a levantar a necessidade de proibir a obsolescência programada, uma vez que seria benéfica para o ambiente, os consumidores e, no sentido mais amplo, a economia europeia salienta a multidimensionalidade do problema de conceber produtos que tornar-se-iam obsoleto ou esgotar-se prematuramente é um grande problema social, económico e ambiental.¹²

O CESE sugeriu novos modelos económicos no âmbito do sistema Economia Circular, que apoiam o arrendamento ou a assinatura em vez da posse e, nesse sentido, realizou um estudo com o objetivo de descobrir a forma mais eficiente de usar um produto.

Por exemplo, os consumidores podem ter a chance de usar um produto quando necessário, sem a necessidade de possuí-lo. Isso, por sua vez, incentivaria os fabricantes a produzir bens duráveis, uma vez que utilizam os produtos por meio de locações.¹³

O CESE apontou ainda as implicações nas oportunidades de emprego, no próprio setor de reutilização e reparo, o potencial de criação de empregos é estimado em 296 empregos para o equivalente a 10.000 toneladas de bens usados.

Dado que um terço dos bens recolhidos em centros de reciclagem de resíduos podem ser reutilizados, isto equivale a mais de 200.000 empregos locais que poderiam ser criados se apenas 1% dos resíduos urbanos na Europa fossem preparados para reutilização.¹⁴

Além disso, o Parlamento Europeu, numa resolução sobre produtos com uma vida útil mais longa, que foi adotado em julho de 2017, também instou a Comissão Europeia a agir para combater a obsolescência programada¹⁵, especificamente sobre a necessidade de uma definição de obsolescência programada para bens tangíveis e software, de examinar a possibilidade de estabelecer um sistema independente que possa testar e detectar a obsolescência embutida nos produtos, em cooperação com as autoridades de fiscalização do mercado, bem como fornecer melhor proteção legal para denunciantes e aplicar medidas dissuasivas adequadas contra os produtores, visando diminuir os danos ambientais e beneficiar economicamente os consumidores, o Parlamento Europeu recomenda vivamente a concepção de produtos atualizáveis.¹⁶

12 European Economic and Social Committee, 'Tackling Premature Obsolescence in Europe' (n 147).

13 LEDOYEN, Jean-Baptiste. Conceptualising the Functional Service Economy. Master's thesis, Aalto University 2015) 42-5.

14 LEN, Michal. 'Briefing on Job Creation Potential in the Re-use Sector' (2015).

15 European Parliament, 'Making Durable, Repairable Goods for Consumers and Tackling Planned Obsolescence (Press Release, 30 May 2017)

16 European Parliament Resolution n. 143 (2017).

A resolução indicada propõe vários desenvolvimentos no contexto da obsolescência programada. Em primeiro lugar, dada a natureza complexa da obsolescência programada, o Parlamento apela, com toda a razão, a uma definição a nível da União Europeia relativa à obsolescência programada de bens tangíveis e software.

Em segundo lugar, também é necessário criar um mecanismo independente para testar e detectar a obsolescência programada embutida nos produtos e, por último, deve ser criado simultaneamente um mecanismo de comunicação de práticas de obsolescência programada para proporcionar uma melhor proteção jurídica aos denunciantes.

Na mesma resolução, o Parlamento dedicou especial atenção ao caso de obsolescência programada causada por atualizações de software, exigindo maior transparência em relação a atualização, atualizações de segurança e durabilidade, definição de um período razoável de uso, informações claras sobre a compatibilidade de atualizações e upgrades com sistemas operacionais incorporados fornecidos aos consumidores.

Ainda, que as indispensáveis atualizações de software sejam reversíveis e acompanhadas de informações sobre as consequências no funcionamento do dispositivo e que o novo software essencial seja compatível com o software da geração anterior e a modularidade dos componentes, incluindo o processador, por meio de um exercício de padronização, de modo a garantir que o ativo esteja sempre atualizado.

Essa resolução enfatiza a necessidade de projetar produtos robustos, duráveis e de alta qualidade, para fabricar produtos duradouros, reparáveis, atualizáveis e recicláveis com componentes intercambiáveis e para impulsionar o mercado de trabalho europeu esclarecendo os consumidores sobre a durabilidade do produto.

Essas medidas são essenciais para atender aos objetivos da Economia Circular, dado o conceito complexo e multifacetado de obsolescência programada, sendo necessária mais clareza, no caso um mecanismo independente para testar e detectar a obsolescência programada forneceria segurança jurídica se linhas de pensamento objetivas ou subjetivas seriam seguidas.

O teste atual de redução deliberada da vida útil do produto, atualmente empregado pela lei francesa, foi fortemente criticado por associações de consumidores e ambientais, já que os produtores podem argumentar com sucesso que não houve escolha intencional de desenho.

Mais recentemente, a Comissão Europeia deu alguns passos em frente no seu novo Plano de Ação para a Economia Circular¹⁷, emitido em 2020, que faz parte dos principais blocos do Acordo Verde Europeu¹⁸, a nova agenda da Europa para o crescimento sustentável.

Entre outras coisas, o Plano de Ação da Economia Circular proporá

17 Commission, “A New Circular Economy Action Plan” (n 75).

18 Commission, “A European Green Deal: Striving to Be the First Climate-Neutral Continent” (2019).

uma iniciativa legislativa de política de produtos sustentáveis, que tem como objetivo principal ampliar a Diretiva de Ecodesign para além dos produtos relacionados à energia, para a mais ampla gama de produtos possível, restringindo o uso único e combatendo a obsolescência prematura.

Infelizmente, a obsolescência prematura é mencionada e, sem mais explicações, apenas três vezes ao longo do documento, no entanto, a Comissão pretende apresentar uma Iniciativa Eletrônica Circular mobilizando instrumentos existentes e novos, promovendo uma vida útil mais longa dos produtos e adotando, entre outras, as seguintes ações: imposição de medidas regulatórias para a eletrônica e as tecnologias da informação e comunicação (TIC), como os telefones celulares, tablets e laptops, de acordo com a Diretiva de Ecodesign, para que os dispositivos sejam projetados para eficiência energética e durabilidade¹⁹, reparabilidade, capacidade de atualização, manutenção, reutilização e reciclagem; e colocar mais foco na eletrônica e nas TIC como um setor prioritário para a implementação do direito de reparo, incluindo o direito de atualizar software obsoleto.

A Comissão reconhece que o equipamento elétrico e eletrônico continua a ser um dos fluxos de resíduos de crescimento mais rápido na União Europeia, com menos de 40% a ser reciclado, devendo ser considerado, portanto, o fortalecimento da proteção do consumidor, estabelecendo requisitos mínimos para rótulos, logotipos de sustentabilidade e ferramentas de informação, sendo lógico direcionar suas medidas ao lado ambiental, sobrepondo-se ao pensamento utilitarista em seu foco na sustentabilidade.²⁰

Pode, também, ajudar a compensar as deficiências das abordagens do lado da oferta e da demanda para evitar práticas de obsolescência programada contudo, é duvidoso que as bolsas de proteção sejam suficientes para lidar com a obsolescência programada, mesmo com o plano de alargar o âmbito da Diretiva Conceção Ecológica.²¹

Em termos de tornar os consumidores mais informados para lidar com a assimetria de informação e, portanto, a falha de mercado, ainda há incerteza na racionalidade das escolhas de tomada de decisão. Por um lado, sob a teoria da escolha racional, que se baseia no pressuposto de que tanto os consumidores quanto os produtores possuem informações adequadas para considerar todas as consequências, inclusive as questões ambientais, em sua tomada de decisão, quando seus benefícios superam as questões ambientais, isso não oferece uma solução para a obsolescência programada porque eles podem estar convencidos de que a obsolescência programada é útil para eles.

Por outro lado, na doutrina da economia comportamental, os consumidores são irracionais ao tomar decisões; portanto, informá-los não seria uma

19 European Commission, 'A New Circular Economy Action Plan' (n 75) point 3.2

20 MAK, Vanessa; TERRY, Evelyne. Economia circular e proteção ao consumidor: o consumidor como cidadão e os limites do empoderamento por meio do direito do consumidor (2020) 43 Revista de Política do Consumidor.

21 KINGSTON, Suzanne. Greening EU Competition Law and Policy (CUP 2011).

solução. Embora essas teorias possam esclarecer as ideias por trás das perspectivas do lado da oferta e da demanda, elas não abrangem as questões ambientais.²²

Embora haja um número crescente de discussões em direito do consumidor e direito da concorrência sobre a consideração de aspectos ambientais, o modelo de direito da concorrência lida predominantemente com objetivos econômicos e, além disso, nem a defesa do consumidor e a concorrência desleal, nem a lei da concorrência abordam adequadamente o argumento intergeracional, uma vez que a ênfase está nos consumidores atuais e não nos futuros.

Considerações finais

A obsolescência programada é uma prática de mercado que vem sendo intensificada nos últimos tempos por diversos motivos, mas que, no fundo, gera danos imensuráveis. Do ponto de vista ambiental, o descarte contínuo e antecipado dos bens aumenta o lixo comum e eletrônico, que desencadeia em poluição de rios e mares, bem como a produção acelerada lança cada vez mais gases poluentes na atmosfera, ocasionando nos problemas relacionados ao efeito estufa, aumentando o buraco na camada de ozônio, contribuindo no aumento da temperatura global, num derretimento mais rápido das geleiras e, por consequência, no aumento do nível dos oceanos. Há, portanto, uma reação em cadeia que, caso não seja controlada, pode levar à extinção da vida no planeta. São os riscos da atual sociedade global, cada vez mais presentes e mais próximos. E, por consequência óbvia, os danos ambientais afetam toda a coletividade, toda a sociedade.

Diferentes abordagens estão sendo realizadas atualmente para lidar com a obsolescência programada em várias medidas legislativas, como concorrência desleal e proteção ao consumidor, desenho ecológico e lixo eletrônico e, potencialmente, legislação de concorrência.

Este trabalho identificou que essas diferentes medidas não são ilimitadas, ao revés, são limitadas por várias condições, pois na maioria dos casos, as disposições exigem que as empresas sejam transparentes na comunicação da expectativa de vida de seus produtos, em vez de forçar as empresas a construir produtos mais duráveis que possam ser facilmente atualizados ou reparados, e fornecer aos consumidores mais informações técnicas pode levar a uma forma de evitar que empresas que se mantenham à tona ao enganar intencionalmente seus clientes, impedindo-os de tomar decisões totalmente desinformadas e, além disso, também há incerteza na racionalidade das escolhas de tomada de decisão dos consumidores.

Lidar com a obsolescência programada tanto do lado da demanda quanto do lado da oferta não é suficiente, uma vez que as atuais disposições sobre

22 HOLMES, Simon. *Climate Change, Sustainability, and Competition Law* (2020) 8 *Journal of Antitrust Enforcement* 354.

concorrência desleal e proteção do consumidor e a legislação da concorrência não estão adequadamente equipadas para lidar com isso. Prolongar a vida útil dos produtos não significa apenas contribuir para o desenvolvimento de um modelo econômico baseado no equilíbrio das necessidades entre consumidores e empresas, mas também aos imperativos ambientais, com a devida consideração dada à justiça intergeracional.

Baseando-se no conceito de Economia Circular, a pesquisa adotou uma abordagem ambiental com o apoio da noção utilitarista de responsabilidade pela sustentabilidade das gerações futuras para atender às suas necessidades. A obsolescência programada deveria ser melhor regulamentada por uma legislação ampla e global, para salvaguardar um campo de jogo justo e obter consistência em todos os países para garantir que as estratégias de negócios estão em conformidade com a Economia Circular.

No Brasil, inexistente qualquer legislação específica para coibir a obsolescência. O Código de Defesa do Consumidor, atualmente, é a legislação que tenta fazer a guarida dos consumidores frente a tal prática, mas dada a complexidade do mecanismo da obsolescência alguns projetos de lei buscam melhorar a posição da sociedade frente aos fornecedores que fazem uso do artifício da obsolescência, sendo que a Europa começa a regulamentar o assunto, inicialmente podemos destacar a resolução Belga 5-1251/1,60 que é a primeira regulamentação sobre questão da obsolescência de produtos. A resolução ainda destacou que todos os produtos colocados no mercado de consumo belga têm um tempo de vida muito limitado, como roupas, móveis, equipamentos elétricos e eletrônicos, entre outros, sendo que a preocupação do legislador não deve ser apenas no mercado de consumo, mas também os danos de natureza ambiental e social.

Um projeto de lei poderia destacar que o aumento da vida útil dos produtos pode ser uma vantagem competitiva para as empresas e a possibilidade de reparação é capaz de fomentar a criação de postos de trabalho no campo da assistência técnica, por exemplo. Aborda ainda a finitude dos recursos naturais e os desafios energéticos que obrigam todos a repensar o modelo de negócio e os padrões de consumo atuais, com uma série de benefícios fiscais para os serviços de reparo que podem ser utilizados em todos os segmentos, o objetivo é evitar que produtos antigos quebrados sejam descartados.

A proposta geraria uma redução do custo de reparo e assim tornar um comportamento mais racional em reparar os produtos, reduzindo o descarte e ainda desenvolvendo o setor de serviços de reparação gerando novos empregos e isso deveria ser feito independentemente de as empresas usarem práticas específicas para reduzir deliberadamente a vida útil do produto, obsolescência tecnológica, ou tentar induzir o público a substituir bens que ainda mantêm uma utilidade física substancial, obsolescência de estilo.

Além disso, a durabilidade deve estar no nascimento do desenho do produto, com mudanças adicionais para eliminar a cultura de pegar, fazer e jogar fora, colocando ênfase na capacidade de reparo e reutilização e, portanto,

utilizar uma abordagem de três camadas com opções inspiradas na hierarquia de resíduos poderia ser introduzida, em que a opção mais preferida seria a prevenção, devido a produtos duráveis, seguida pelo aumento da reparabilidade e capacidade de atualização, com uma sugestão adicional para promover opções de troca para influenciar a reciclagem.

Por todos os motivos expostos, a prática da obsolescência programada deve ser combatida por toda a sociedade, seja pelo consumidor individual ao buscar a reparação do vício em um produto, mas principalmente por toda a sociedade, de maneira coletiva. Para que isso aconteça, são necessárias políticas públicas de educação, informação e conscientização para um consumo consciente, sustentável e com vistas à proteção dos valores socioambientais, com a adoção de um compromisso com o meio ambiente, a sociedade e as futuras gerações.

Referências

BENTHAM, Jeremy. **Introdução aos Princípios de Moral e Legislação**. Doubleday, 1961.

BOULOS, Stephanie. **A durabilidade dos produtos**: relatório final. Comissão Europeia Direcção-Geral do Ambiente-AEA/R/ED59246, 2015.

COMMISSION, **A New Circular Economy Action Plan**: For a Cleaner and More Competitive Europe’: Communication, 2020.

GOSSERIES, Axel. **Theories of Intergenerational Justice**: A Synopsis. Sapiens, 2008.

GREGORY, Paul. **Uma teoria da obsolescência proposital**. Southern Economic Journal, 1947.

HARSANYI, John. **‘Rule Utilitarianism and Decision Theory’** in Hans Gottinger and Werner Leinfellner (eds), *Decision Theory and Social Ethics: Issues in Social Choice*. D Reidel Publishing, 1976.

HOLMES, Simon. **Climate Change, Sustainability, and Competition Law**. Journal of Antitrust Enforcement, 2020.

KINGSTON, Suzanne. **Greening EU Competition Law and Policy**. CUP, 2011.

LEDOYEN, Jean-Baptiste. **Conceptualising the Functional Service Economy**. Master’s thesis, Aalto University, 2015.

LEN, Michael. **Briefing on Job Creation Potential in the Re-use Sector**, 2015.

MAK, Vanessa; TERRY, Evelyne. **Economia circular e proteção ao consumidor**: o consumidor como cidadão e os limites do empoderamento por meio do direito do consumidor. Revista de Política do Consumidor, 2020.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RILEY, Jonathan. **Utilitarianism and Economic Theory in Steven Durlauf and Lawrence Blume**, *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2008.

SINGER, Peter. **Famine, Affluence, and Morality**. Philosophy & Public Affairs, 1972.

SLADE, Giles. **Made to Break**: Technology and Obsolescence in America. Harvard: UP, 2007.

VALANT, Jana. **Obsolescência programada**: explorando o problema. European Parliament Think Tank, 2016.

BIG DATA E O SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

Ilan Leibel Swartzman

Pós-graduado pela Fundação Getúlio Vargas em Direito Empresarial; Vice-presidente da Comissão de Energia Elétrica do Instituto dos Advogados Brasileiros

Andreu Wilson Pereira Leandro

Doutorando e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Associado ao LCFC+ e Membro da Comissão de Energia Elétrica do Instituto dos Advogados Brasileiros

Introdução

Nos países desenvolvidos, o funcionamento e o planejamento operacional urbano estão se tornando cada vez mais inteligentes, responsivos e eficientes.

Essa evolução traz um cenário nunca imaginado pelos países que se encontram diante de uma crise ambiental e energética sem precedentes, ao mesmo tempo em que a tecnologia aponta para um único caminho: A evolução das cidades de modo que os escassos recursos energéticos disponíveis se tornem cada vez mais eficientes.

É evidente a necessidade de investimento em pesquisa e da utilização dos dados de modo que se possibilite a transformação das cidades em ambientes com maior qualidade de vida, e que atenda às aspirações da sociedade moderna que busca viver em uma cidade desenvolvida.

Para que isso seja possível, é necessário o desenvolvimento das tecnologias e a utilização dos dados disponíveis como insumo para a evolução das cidades modernas e o consequente desenvolvimento sustentável destas cidades.

Para a captação desses dados, surge a perspectiva de construção de modelos de cidades sustentáveis inteligentes funcionando em tempo real a partir de dados detectados rotineiramente.

Desse modo, este artigo irá analisar o potencial das soluções inteligentes orientadas por dados, de modo que seja possível identificar as melhorias voltadas para a sustentabilidade ambiental nas cidades inteligentes e sustentáveis, o que podemos classificar como “cidades sustentáveis inteligentes orientadas por dados ambientais”.

Os dados que resultam dos estudos já realizados em algumas cidades inteligentes como Barcelona e Estocolmo mostram que redes inteligentes, medidores inteligentes, edifícios inteligentes, monitoramento ambiental inteli-

gente e metabolismo urbano inteligente são as principais soluções inteligentes orientadas por dados aplicadas para melhorar e avançar a sustentabilidade ambiental em eco cidades e cidades inteligentes.¹

Neste sentido, deve-se pensar quanto aos benefícios da eficiência energética, a multiplicidade de usos para essa tecnologia e a sua aplicação econômica para toda a população, para todos os agentes do setor elétrico e para as empresas privadas que vão produzir objetos, máquinas e sistemas capazes de convergir todo esse conhecimento a favor da humanidade, sem deixar de lado a forma como todos os dados serão utilizados e protegidos pelas empresas e governos.

O papel dos dados na economia moderna

Inicialmente, é importante esclarecer como funcionam as cidades inteligentes, também conhecidas como “*smart cities*”, que tem trazido cada vez mais debate nas discussões acerca do desenvolvimento das cidades modernas.

Elas são cidades que utilizam diversas tecnologias para melhorar a eficiência operacional e fornecer uma melhor qualidade na prestação do serviço público.

Para se definir como uma “*smart city*”, a Cidade deve ter disponível para a população a tecnologia de informação e de comunicação (TIC) como a Internet das Coisas (IoT), WiFi, *Big Data*, *Cloud Computing* e *Mobile apps*, suportadas por infraestruturas de fibra ótica, redes Móveis 4G/5G, *data centers*, automação e controle dos edifícios públicos e privados, mobilidade urbana e transporte públicos sustentáveis, gestão inteligente de resíduos sólidos, preocupação com o entorno social etc.

Segundo dados da consultoria Frost & Sullivan (2019)², o tamanho do mercado global de cidades inteligentes alcançou US\$ 312,4 bilhões, em 2018, e atingirá aproximadamente US\$ 1,56 trilhões até o final do ano de 2025,

Já no Brasil, os números são expressivos. Segundo o BNDES (2018)³, no Plano Nacional de IoT, estima-se que para 2025, apenas no âmbito da IoT, pode ser adicionados à economia brasileira algo entre \$50 e \$200 bilhões de dólares, sendo que entre \$0,9 e \$1,7 bilhões de dólares são referentes apenas às cidades inteligentes.

Para que se possa compreender como toda essa circulação de recursos ocorrerá, devemos reconhecer que os dispositivos de IoT possibilitam a geração de identidades únicas para máquinas, veículos, objetos, pessoas ou ani-

1 Bibri¹, Simon Elias; Krogstie, John. Environmentally data-driven smart sustainable cities: applied innovative solutions for energy efficiency, pollution reduction, and urban metabolism. Disponível em: Bibri and Krogstie Energy Informatics (2020) 3:29; Disponível em: <https://doi.org/10.1186/s42162-020-00130-8> Acesso: 20 nov. 2022

2 Disponível em: <https://store.frost.com/the-future-of-regulation-2019-2030.html>

3 Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/pesquisadados/estudos/estudo-internet-das-coisas-iot/estudo-internet-das-coisas-um-plano-de-acao-para-o-brasil>

mais.

Com o uso de tecnologias baseadas em IoT, é possível que máquinas possam se comunicar e registrar em uma base de dados a temperatura, umidade, rostos, placas etc. Também é possível o processamento de dados em tempo real, de modo a possibilitar o gerenciamento de aspectos antes inimagináveis em cidades com realidades complexas.

Neste cenário, um poste de iluminação pública pode fornecer sinal de internet para a população, servir como fonte de wi-fi, anunciar alertas à população, monitorar o tráfego local de pessoas e veículos, identificar potenciais riscos de alagamento, ajudar no resgate de feridos em um acidente, assim como georreferenciar indícios sonoros de tiros, ajudando na segurança pública. Um proprietário de carro elétrico pode carregar seu carro de uma tomada em sua residência como também injetar energia na rede de Distribuição.

São inúmeras as utilidades e a forma como o uso múltiplo dos objetos e máquinas podem ser utilizados a favor das cidades e de sua população. É incrível como o uso dos dados pode ajudar no combate à criminalidade, criar cidades mais eficientes, seguras e ao mesmo tempo com que se permite o múltiplo uso dos equipamentos. Isso tudo ao se fazer uma gestão urbana baseada em dados, os quais podem ser recebidos e processados em tempo real (*data-driven management*).

A execução de uma política de incentivo real em um país de dimensões continentais como o Brasil deve considerar as diferenças econômicas e sociais, trazendo o desenvolvimento social sustentável.

É preciso que o desenvolvimento sustentável observe estas diferenças uma vez que certas soluções, eficientes para uns, não estejam disponíveis ou simplesmente não sejam adequadas para outros.

Precisamos de regulações contemporâneas e eficientes, o que requer, fundamentalmente, atualizar marcos legais envolvendo comunicações, CT&I, compras governamentais, biodiversidade, privacidade e segurança de rede, pesquisas e aplicações derivadas de técnicas de genômica avançada, além do “Marco Civil da Internet das Coisas”. (IEL, 2018, p. 23) ⁴

A despeito das dificuldades que a modernização da legislação pode mitigar, diversas iniciativas têm sido implementadas visando o desenvolvimento da economia e da forma como os dados podem ser utilizados e protegidos no Setor Elétrico Brasileiro.

O setor elétrico e a propriedade dos dados de consumo

Demonstrada a importância crucial dos dados para a economia contemporânea, passa-se ao desafio de se explicitar as formas como a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº13.709/2018 ⁵ou LGPD) disciplina o tratamento

4 Disponível em: https://www.ie.ufrj.br/images/IE/grupos/GIC/publica%C3%A7%C3%B5es/2019.%20IEL-NC%20et%20al.%20I2027_sintese_vol1-2.pdf

5 Lei nº 13.709/18 disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2015-2018/2018/lei/l13709.htm

dos dados de consumo elétrico.

Inicialmente, aponta-se que a definição da propriedade dos dados de consumo é questão antecedente e crucial à definição de que modelos de negócios são possíveis de criação de acordo com a legislação vigente.

Isto porque havendo dissenso se a propriedade dos dados seria da distribuidora de energia elétrica, que afinal colhe as informações, ou se seria do consumidor, a incerteza regulatória impediria que fossem desenvolvidas quaisquer soluções que demandassem acesso a uma ampla base de dados de consumo.

Dito de outro modo, a mera incerteza regulatória impediria que houvesse o desenvolvimento de tecnologias cruciais para o fomento à eficiência energética, programas muito mais amplos de resposta da demanda, bem como novos arranjos tarifários, dando-se finalmente clareza ao consumidor quanto aos momentos em que há escassez de energia ou seu custo se mostra mais alto.

No caso brasileiro, embora sejam incipientes os avanços quanto à utilização de dados de consumo para o desenvolvimento de novos modelos tarifários e/ou aplicações tecnológicas, o fato de a LGPD ser clara quanto à propriedade dos dados pessoais permite que, do ponto de vista legal e regulatório, haja poucos óbices para que os consumidores possam dispor dos seus dados pessoais referentes ao consumo de energia elétrica para que *energy techs* e outras companhias os acessem em troca de serviços que se mostrem vantajosos aos consumidores.

Aqui, importa salientar que o desafio tecnológico envolvido na captura, armazenamento e concessão de acesso seguro a uma miríade de agentes, havendo responsabilidade difusa de inúmeros agentes setoriais quanto à segurança e disponibilidade dos dados já foi enfrentada exitosamente pelo setor bancário por meio do denominado *open finance*, consistindo no compartilhamento de dados, produtos e serviços, bem como a abertura e integração de plataformas e infraestruturas.

Considerando-se os avanços e notável êxito obtido pelo Banco Central do Brasil (BCB), há um amplo acervo tanto técnico quanto regulatório para inspirar a regulamentação da ANEEL quanto aos critérios técnicos para o armazenamento, formato e critérios de acesso de terceiros aos dados colhidos pelas distribuidoras de energia.

Conclusivamente, o papel da ANEEL é crucial para a correta disciplina da matéria, sobretudo por ser esta agência reguladora a responsável por tornar obrigatório que as distribuidoras de energia tenham de armazenar os dados de consumo de energia elétrica de modo uniforme, por um período determinado e com critérios específicos para a permissão de acesso de terceiros de modo seguro.

Riscos e potencialidades na disponibilização dos dados de consumo

Embora a experiência internacional contribua significativamente para que haja otimismo em relação ao *Open Energy*, há uma série de desafios para a sua exitosa implementação no país.

Inicialmente, aponta-se que inexistente na regulamentação setorial a obrigatoriedade de disponibilização dos dados de consumo pelas distribuidoras de energia, sequer sendo estabelecido critério uniforme de armazenamento e formato dos referidos dados.

Deste modo, o funcionamento do modelo é dependente de uma uniformização proveniente da ANEEL, a qual precisará mensurar as pertinentes dúvidas das distribuidoras quanto a riscos cibernéticos, responsabilidade pelo acesso aos dados, bem como a responsabilidade civil pelo vazamento dos dados ou acesso indevido.

Tais preocupações são extremamente válidas, dado que o uso de dados de consumo em tempo real já foi considerado pela Suprema Corte Espanhola como um dado pessoal⁶, entendimento este coerente com a normativa europeia de proteção de dados.

Isto porque a miríade de dados medidos por *smart meters* permite a obtenção de mais de 1.000 parâmetros e métricas, sendo uma questão preocupante do ponto de vista da privacidade a capacidade de se inferir hábitos pessoais, criação de um perfil comportamental do consumidor de energia, inferir status socioeconômico, bem como o número de equipamentos eletrônicos e até mesmo indicar se os moradores estão presentes ou não na residência.

Obviamente, diante da vulnerabilidade a que todos somos expostos caso se faça mal uso das informações de consumo, principalmente quando obtidas em tempo real, necessário que ANEEL tenha uma postura favorável à tecnologia emergente, mas sem negligenciar a correta distribuição de custos para a implantação da solução tecnológica, bem como a responsabilidade entre os players setoriais pelo uso adequado e seguro da informação, que necessariamente deve ser autorizada pelo consumidor, tal como se verifica no *Open Banking*.

Diante do cenário ora narrado, considera-se possível que a ANEEL queira fazer um teste de pequena escala, provavelmente com poucas distribuidoras de energia, para compreender mais adequadamente quais as vantagens e dificuldades observadas na disponibilização a terceiros dos dados de consumo, idealmente em tempo real, para então abrir consulta pública para a edição de uma resolução normativa, documento por meio do qual a ANEEL fixa a obrigatoriedade aos agentes setoriais do seu entendimento.

Embora não seja possível estimar o prazo em que o *sandbox* será aprovado, caso seja exitoso, espera-se uma célere movimentação das *energy techs* e comercializadoras de energia para o estabelecimento de um cronograma crível

6 — Martinez, Ruiz, Puelles et al, 2020

de abertura dos dados, sendo fixada a obrigatoriedade de sua disponibilização pelas distribuidoras, gratuitamente ou a preços módicos.

Uma perspectiva brasileira no uso de dados de consumo: o caso Lemon

Em 28/06/2022 a Lemon LVM Energias Renováveis Ltda., umas das *energy techs* líderes na expansão e popularização da Geração Distribuída (GD) no país, fez um requerimento à diretoria da ANEEL que pode ter consequências extraordinárias sobre o funcionamento do setor elétrico.

Baseando-se no conceito de *Open Energy*, ou seja, promoção da inovação tecnológica por meio da utilização dos dados de consumo de energia pertencentes aos consumidores, com obrigação regulatória de que as distribuidoras deem acesso a terceiros devidamente autorizados, permitindo-se que haja uma verdadeira explosão de novos modelos de negócios baseados na análise de referidos dados.

Neste sentido, importa ressaltar que, atualmente, a forma de obtenção desses dados de consumo é extremamente cara e morosa, visto que envolve a instalação de um medidor inteligente na casa ou comércio de cada contratante de uma solução tecnológica de análise de consumo de energia.

Tal limitação à disponibilidade de dados de consumo cria uma barreira econômica e técnica para a expansão de serviços de *smart metering* e serviços associados, limitados pelo custo dos equipamentos de medição e capacidade de manter o equipamento em boas condições de uso, mesmo que distante da sede da empresa.

Como resultado óbvio, atualmente o modelo de medição inteligente se limita a clientes cujo consumo e, consequentemente, o potencial de economia de energia justifique o investimento necessário para a aquisição dos equipamentos.

No entanto, e isso foi percebido por importantes associações setoriais como a Abraceel (Associação Brasileira das Comercializadoras de Energia), a realização de um de *sandbox* regulatório focado em *Open Energy* seria capaz de mitigar ou até mesmo eliminar essa grande barreira para a disseminação de negócios focados em eficiência energética quanto facilitar e dar assertividade ao trabalho de empresas como as comercializadoras de energia elétrica e empresas atuantes no mercado de GD.

O principal foco de interesse da Lemon e outras é o ganho em eficiência operacional, sobretudo com a digitalização de processos que hoje se mostram morosos, criando fricção entre consumidor e empresa com esses sendo obrigados a periodicamente enviar informações à Lemon e outras empresas congêneres.

O estabelecimento de um mecanismo no setor elétrico similar ao *Open Banking* permitiria que toda uma série de procedimentos hoje feitos manualmente fossem automatizados, bem como que novos serviços fossem agrega-

dos à oferta feita aos consumidores com base numa análise criteriosa dos seus hábitos de consumo.

Como consequência, o setor elétrico brasileiro, sobretudo *energy techs* e distribuidoras, acompanham com interesse o tratamento que a ANEEL dará a este primeiro pedido de *sandbox* regulatório.

Arcabouço legal e regulatório sobre o uso de dados de consumo de energia: a política da ANEEL de *sandbox* regulatórios

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), ciente da necessidade de permitir a inovação disruptiva no setor elétrico, estabeleceu a possibilidade de que os agentes setoriais fizessem uso de *Sandboxes* Tarifários, que são projetos para experimentação de novas modalidades tarifárias ou formas de faturamento, frente à necessidade atual de modernização das tarifas para os consumidores de Baixa Tensão. Eles ocorrem em um ambiente controlado, que permitem o adequado acompanhamento e aproveitamento dos resultados⁷

Dando efetividade a tal possibilidade, a ANEEL fez o primeiro chamamento público, o qual teve intensa participação de distribuidoras de energia, com 33 empresas apresentando propostas relativas a 22 temas.

O regramento regulatório que propiciou esta inovação é a Resolução Normativa nº 966/2021⁸, a disciplinar as condições para o desenvolvimento e aplicação de projetos-pilotos que envolvam faturamento diferenciado de seu mercado por concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica.

Embora ainda não seja possível aferir adequadamente os resultados advindos da 1ª Chamada Pública, a abertura do ente regulador a novas formas tarifárias, permite pressupor a confirmação da tendência ao incremento na geração e consumo de dados no setor elétrico, com projetos prevendo desde a tokenização de créditos de geração distribuída até a implementação de tarifa diferenciada para unidade consumidora com micro e minigeração distribuída para constituição de microrrede.

A pluralidade e diversidade dos projetos sob análise pela ANEEL mostra nitidamente que há uma grande disposição das autoridades do setor elétrico com a promoção de um ambiente fomentador da inovação e capaz de testar possíveis soluções num ambiente controlado, com acompanhamento dos resultados e, caso tais resultados sejam exitosos, permitindo a sua ampla utilização pela generalidade das distribuidoras de energia elétrica do país.

Como consequência do quadro ora narrado, espera-se que o Brasil esteja entre os países líderes da inovação no setor de distribuição de energia elétrica, não obstante atualmente seja conhecido o atraso na liberalização do

7 ANEEL. *Sandboxes Tarifários*. Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/em-preendedores/sandboxes-tarifarios> Acesso: 20 nov. 2022

8 ANEEL. REN ANEEL Nº 996/2021. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2021966.html> Acesso: 20 nov. 2022

mercado nacional, o que tem se caracterizado como um ponto de diferença entre o setor de distribuição de energia no país em relação a seus pares internacionais.

Considerações finais

Como demonstrado neste artigo, a disseminação de redes inteligentes, medidores inteligentes, edifícios inteligentes, monitoramento ambiental inteligente e metabolismo urbano inteligente são as principais soluções inteligentes orientadas por dados aplicadas para melhorar e avançar a sustentabilidade ambiental das metrópoles, contribuindo para um uso racional da energia, bem como viabilizando uma série de novos modelos de negócios, os quais, idealmente, serão capazes de administrar a demanda de energia de modo mais eficiente por meio da correta precificação e comunicação da escassez de energia no horário de pico.

Com efeito, num cenário em que amplamente conhecido o ônus econômico da utilização de energia elétrica em um quadro de escassez, será possível readequar e distribuir o consumo de energia de forma mais uniforme ao longo do dia, sobremodo diante da perspectiva de implantação de uma robusta infraestrutura de IoT, permitindo a automatização de uma série de atividades cotidianas, propiciando que consumidores residenciais, comerciais e industriais transfiram parte de seu consumo para os momentos em que houver menor demanda no sistema elétrico.

Para a materialização deste cenário, no qual a necessidade de expansão da oferta de geração de energia e necessidade de fontes firmes (como as térmicas a gás) para assegurar a continuidade do suprimento de energia, imprescindível que uma série de novas tecnologias que fazem uso intensivo em dados de consumo sejam disponibilizadas a largas parcelas dos consumidores brasileiros.

Tal necessidade representa um desafio do ponto de vista da privacidade e proteção de dados, tendo em vista que o consumo de eletricidade pode ser tecnicamente classificado como um dado pessoal, o que implica o estabelecimento de um padrão confiável para o armazenamento dos dados de consumo e o estabelecimento de critérios de acesso pelas energy techs que assegurem a existência de prévia autorização do consumidor, mas sem limitar a inovação no uso dos dados compilados.

Buscando a realização de um *sandbox* regulatório que permitisse a Lemon Energy, baseando-se no conceito de Open Energy, fazer uso intensivo de dados para os estabelecimentos de novas formas de cobrança, buscou autorização da ANEEL para obter autorização.

Embora ainda não haja a aprovação da ANEEL, o amplo apoio à iniciativa entre os agentes setoriais permite estimar o interesse nacional na adoção de tecnologias disruptivas no setor elétrico, efetivamente preparando-o para os desafios que a emergência climática impõe ao país.

São incontáveis os obstáculos que se apresentam e é evidente o amadurecimento deste complexo modelo institucional que ao mesmo tempo em que supera grandes desafios, também é capaz de se modernizar e garantir o suprimento de energia em todo o território nacional.

Referências

ANEEL. **Sandboxes Tarifários**. Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/empreendedores/sandboxes-tarifarios> Acesso: 20 nov. 2022

ANEEL. **REN ANEEL** N° 996/2021. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2021966.html> Acesso: 20 nov. 2022.

BIBRI, Simon Elias; Krogstie, John. **Environmentally data-driven smart sustainable cities**: applied innovative solutions for energy efficiency, pollution reduction, and urban metabolism. Disponível em: Bibri and Krogstie Energy Informatics (2020) 3:29; Disponível em: <https://doi.org/10.1186/s42162-020-00130-8> Acesso: 20 nov. 2022.

MARTINEZ, Ruiz. Puelles et al., 2020.

GÁS NATURAL BRASILEIRO: ARTIGO 25, PARÁGRAFO 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Luis Fernando Priolli

Vice Presidente da Comissão de Energia, Petróleo e Gás do Instituto dos Advogados Brasileiros. Autor do livro *Gás Natural Brasileiro - Questão Constitucional* e de diversos artigos em diferentes publicações especializadas

Resumo:

Quando o Ministério de Minas e Energia do Brasil tomou a iniciativa de criar grupo de trabalho, em 2016, para avaliar o arcabouço jurídico que tratavam do gás e potencialidades desta fonte, denominando-o de “Iniciativa Gás Para Crescer”, da qual tive a oportunidade e honra de participar, percebi que a emenda constitucional número 05, de 1995, alterava de forma substancial o artigo 25, § 2º, da Constituição Federal de 1988, e não estava sendo, já naquela época, mesmo tendo passado mais de 11 anos de sua publicação, corretamente interpretada pelos diversos agentes envolvidos, direta ou indiretamente, na cadeia produtiva do gás. A Emenda Constitucional que alterou em 1995 o preceito constitucional que trata do gás foi parcialmente compreendida pois, até hoje, acredita-se que ela teve como única motivação permitir que empresas de distribuição estatais de gás canalizado fossem privatizadas, porém as alterações legislativas foram muito mais agudas e profundas, não obstante a maioria dos agentes se referirem a ela como aquela-emenda-que-permitiu-as -privatizações. Esse artigo tem como objetivo não esgotar o debate acerca dos impactos que essa emenda constitucional causou, mas sim apenas, e tão somente, levantar a dúvida acerca do real alcance de tais modificações, para que o próprio leitor ao final tenha condições de buscar seus entendimentos e conclusões acerca da matéria, enriquecendo assim a todos. Não deixa de chamar atenção o pouco material doutrinário e jurisprudencial acerca desta emenda, o que apenas corrobora com a impressão de pouca atenção dada a emenda 05, durante esses anos de sua existência.

Palavras-chave: Constituição; Gás natural; Emenda Constitucional.

Introdução

O gás natural é um exemplo de indústria de rede, e em função disso ati-

vidades concorrenciais são separadas por infraestruturas tipicamente de monopólio natural, estando a concorrência nos mercados é fortemente impactada pelo acesso a essa infraestrutura.

Nesse sentido o domínio do mercado por empresas verticalmente integradas não traz incentivos corretos ao compartilhamento com terceiros, o que se torna um obstáculo relevante para o crescimento do setor, com consequente limitação de investimentos.

Logo, o que se busca através desse parecer é suscitar o debate sobre o preceito constitucional que rege o setor de gás no Brasil, visando através de uma avaliação criteriosa deste e amplo debate possibilitar a transição deste setor para um mercado com diversidade de agentes, liquidez, maior dinamismo, atração de investimentos e competitividade, contribuindo assim para o crescimento brasileiro.

Para se buscar soluções legais, regulatórias e tributárias a premissa necessária para subsidiar o desenho de visão de futuro ideal é imprescindível enfrentar o artigo 25, §2º da Constituição Federal, pois foi a partir dele que o setor se desenvolveu até os dias atuais.

Várias tentativas legislativas ocorreram, desde 1988 até 2021, e precisam ser bem entendidas e debatidas para que se alcance eficácia plena do que o constituinte (seja originário, seja derivado) desejou legislar acerca do gás natural brasileiro.

Esta fonte energética até os presentes dias tem uma participação ainda tímida na matriz energética brasileira, muito aquém das possibilidades que pode e deve ter, podendo propiciar crescimento econômico sustentável e duradouro, contribuindo para a redução das desigualdades econômicas regionais atuais e ainda junto ao meio ambiente, reduzindo as emissões de CO2 na atmosfera.

O gás tem enorme potencial de crescimento, nos próximos 10 anos, na esteira, principalmente, dos investimentos que estão sendo previstos oriundos das reservas de petróleo e gás descobertas no pré-sal brasileiro.

Apenas a título de ilustração dos potenciais impactos do setor de petróleo e gás na economia brasileira nos próximos anos, o Sr. Aurélio Amaral, Diretor da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, em 16 de novembro de 2018, no seminário “*Energia: Petróleo e Gás - Aspectos Jurídicos, Econômicos e Ambientais*”, em Santiago, Chile, apresentou o “Cenário Atual e Oportunidades do Mercado de Óleo e Gás”, quando detalhou a expectativa de arrecadação potencial até 2054, com pico no período compreendido entre 2025 e 2035, de R\$ 6 trilhões de reais, ou seja média de R\$ 167 bilhões por ano, com maiores volumes no período acima indicado, e Investimentos na cadeia produtiva de R\$ 1,8 trilhões de reais até aproximadamente 2030, ou seja, algo em torno de R\$ 180 Bilhões por ano. Tais valores foram calculados com o Brent a US\$ 70/bbl e o câmbio de R\$ 4,0 / US\$ 1,0 (https://www.gov.br/anp/pt-br/canais_atendimento/imprensa/noticias-comunicados/anp-participa-de-seminario-sobre-petroleo-e-gas-no-chile)

Apesar da crescente importância do gás na matriz energética brasileira, por ser uma opção para a transição para economia de baixo carbono, a infraestrutura de gás natural no Brasil atual apresenta apenas 9.409 Km de gasodutos de transporte, com 167 pontos de entregas (citygates), 33 estações de compreensão, 16 plantas de processamento (capacidade de 96 milhões de metros cúbicos por dia), 4 terminais de regaseificação de GNL (com 68 milhões de metros cúbicos por dia de capacidade), conforme apresentação do Superintendente Adjunto de Petróleo e Gás Natural da EPE, Sr. Marcelo Alfradique, no Rio de Janeiro-RJ, em 30 de novembro de 2020. (https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-531/PIG_2020_Final_30nov20.pdf).

Apenas a título de comparação a Argentina tem 30.000 Km de gasodutos e os Estados Unidos tem 495.000 km de gasodutos, o que leva forçosamente a conclusão que a malha brasileira tem perspectiva de forte crescimento considerando o tamanho continental do país. (<http://brazilmodal.com.br/2015/oilgas/epe-ve-potencial-para-investimentos-de-r17-bi-em-11-gasodutos-terrestres/>)

Evolução do arcabouço legislativo do gás natural brasileiro

Na Constituição Federal, promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte, assim constava o preceito constitucional em tela:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem observados os princípios desta Constituição.

.....

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado.

Da simples leitura deste artigo percebe-se a plena eficácia jurídica e social desta norma constitucional.

Não resta dúvida que se pretendia conferir ao Estados explorar através de empresas estaduais estatais, de forma exclusiva, os serviços locais de gás canalizado.

Em cima desta norma a sociedade brasileira se organizou, ou seja, os estados se estruturaram para explorar tal atividade econômica.

Porém, não obstante tal preceito ter eficácia plena e, portanto, ser autoaplicável, ainda assim não foi plenamente entendido por todos os entes de forma unânime.

A própria Petrobras já em 1989, ou seja, no ano seguinte a promulgação da Constituição Federal, através de Ofício, assinado pelo seu presidente, endereçado ao Governo do Estado do Rio de Janeiro, abriu divergência em relação a interpretação desta norma, conforme nos ensina o ilustre Dr. Antonio Gerson Ferreira Coelho:

Mesmo com os artigos das constituições Federal e do estado do Rio de Janeiro em vigor, a Petrobrás não abriu mão do fornecimento direto aos grandes consumidores industriais que já atendia no território fluminense. Procurando justificar esta decisão, em ofício enviado pelo seu presidente ao Governo do Estado, a Petrobras informou ser o entendimento da empresa (completamente diverso daquele manifestado na correspondência anterior de 1986 já mencionada), que **“(...) nos serviços locais de distribuição de gás canalizado que a Constituição defere aos Estados não se inclui o fornecimento às indústrias, as quais têm caráter estritamente comercial, não se constatando o interesse público a justificar a sua prestação com a natureza de serviço público.** (Antonio Gerson Ferreira Carvalho, Gás Natural no Brasil – Uma História de Muitos Erros e Poucos Acertos, Senge RJ, 1º Edição, Rio de Janeiro, 2016, página 31).

É importante ressaltar que a questão suscitada pela Petrobras em 1989 acerca da diferença do que pretendia o constituinte conceder aos Estados é igualmente identificado, décadas após, como um dos entraves de desenvolvimento do setor de gás do País:

Seção III – Distorções nos mercados de Distribuição e Comercialização

O mercado de distribuição de gás canalizado é permanente por algumas distorções que suplicam imediata correção, sob pena de um grave retrocesso na infraestrutura energética nacional.

.....

O Monopólio dos Estados na comercialização de gás natural local, a seu turno, compromete o intento de fomento concorrencial já que, diferentemente da atividade de gás natural - que tem característica de “monopólio natural” - a atividade de comercialização é inerentemente concorrencial.”

(1º Relatório do Subcomitê SC3 - Distribuição do Comitê Técnico para Desenvolvimento da Indústria do Gás Natural - CT-GN, Gás para Crescer, 2017) (https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/secretarias/secretaria-executiva/gas-para-crescer/subcomites-do-ct-gn/arquivos/sc3_relatorio_distribuicao_vfinal.pdf)

E justamente essa questão de falta de um entendimento uniforme acerca desta norma constitucional, que surgiu logo em seguida a promulgação do texto constitucional, anos mais tarde levará o Congresso Nacional, na qualidade de constituinte derivado, voltar a este preceito constitucional e emendá-lo, objetivando assim propiciar o desenvolvimento deste importante setor.

O próprio Constituinte percebeu a falta de um arcabouço jurídico federal, disciplinando todas as etapas econômicas do setor de gás, tanto que em 1995 promulgou emenda constitucional.

A Emenda Constitucional nº 5 que alterou em 1995 o preceito constitucional que trata do gás foi parcialmente compreendida pois, até hoje, acredita-se que ela teve como única motivação permitir que empresas de distribuição estatais de gás canalizado fossem privatizadas, porém as alterações legislativas

foram muito mais agudas e profundas, não obstante a maioria dos agentes se referirem a ela como “*aquela-emenda-que-permitiu-as-privatizações*”.

Porém o legislador constituinte derivado não só suprimiu como acrescentou textos ao preceito constitucional em tela, por isso torna-se relevante analisar de forma separada cada modificação feita para pleno entendimento do que se pretendeu.

O Legislador suprimiu do texto constitucional os seguintes apostos:

1) “*a empresa estatal*”;

Esta alteração propiciava que tal atividade pudesse ser explorada pela iniciativa privada, tendo em vista a necessidade de vultosos investimentos no setor de gás brasileiro;

2) “*com exclusividade de distribuição*”

Com a retirada da exclusividade se abria a possibilidade de haver competição no setor e não mais monopólio da atividade de distribuição de gás canalizado.

É importante ressaltar que estas modificações já são extremamente relevantes, e já alcançava a finalidade que pretendia o legislador de possibilitar que fosse franqueado para a iniciativa privada a exploração deste setor econômico, porém o legislador constituinte derivado não parou por aí as alterações constitucionais neste parágrafo.

Todavia, foram incluídos textos e essas inclusões são ainda mais profundas e acarretam consequências a eficácia plena do artigo 25, parágrafo 2º da Constituição Federal.

Foram incluídos os seguintes textos:

3) “*na forma da lei*” e

4) “*vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação*”

O impacto destes acréscimos foi ainda maior daquele produzido pelo legislador ao suprimir a (i) necessidade de ser explorado por uma estatal e (ii) retirando a exclusividade na distribuição, permitindo assim que houvesse competição no setor.

Com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1995, o artigo 25, § 2º, da Constituição Federal passou a ter o seguinte texto:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

.....

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1995)

O termo “*na forma da lei*” aparece por volta de 80 vezes na Constituição Federal, e mais 35 vezes como “*nos termos da Lei*”, logo no total o legislador tendo incluído tal expressão 115 vezes no texto constitucional tinha plena consciência da consequência de sua inclusão.

Tal inclusão não foi feita por acaso, ou seja, tinha a intenção que produzisse o efeito jurídico pretendido.

Ou seja, ao incluir este texto “*na forma da lei*” o legislador tornou o dispositivo em norma de eficácia limitada não sendo mais autoaplicável.

Uma norma constitucional que possua em seu texto a expressão “*na forma da lei*”, até a promulgação e publicação dessa lei, é classificada quanto à sua aplicabilidade, como norma constitucional de eficácia contida.

Neste tocante, o poder constituinte (“originário”, através da Assembleia Nacional Constituinte e posteriormente “derivado”, pelo Congresso Nacional) resolveu por bem em não conferir eficácia plena ao referido preceito constitucional, ficando a sua regulação e, consequente, aplicabilidade condicionada a lei complementar, que até o momento não foi promulgada.

Porém, o Congresso Nacional nunca enfrentou a questão quanto a regulamentação desse artigo constitucional, tendo inclusive tido a preocupação de não regulamentá-lo, conforme se percebe no inciso VIII, do artigo 2º, da Lei 11.909 de 04 de março de 2009, bem como inciso I, do parágrafo 3º, do artigo 1º da Lei 14.134, de 08 de abril de 2021.

Existe previsão constitucional, introduzida por emenda constitucional, para que uma lei de abrangência nacional discipline toda a cadeia produtiva do setor de gás no Brasil, porém tal previsão está sendo ignorada por décadas pelos agentes que atuam nesta atividade.

O gás tem potencial para contribuir, e esta vocacionada a contribuir, de forma relevante no desenvolvimento do País, e esta regulamentação deste artigo constitucional contribuiria de forma mais célere e eficiente para que isso se torne realidade.

Conclusão

E, mesmo diante da clareza de propósitos acerca das inserções “*na forma da lei*” e da “*vedação de edição de medida provisória para regulamentação*” do artigo 25, § 2º, da CF/88, por parte dos constituintes derivados em 1995, tal matéria (quanto a necessidade de uma lei federal para dar eficácia plena a tal preceito constitucional) nunca restou pacificada, e por isso voltou a ser objeto de deliberação pelo Congresso Nacional quando da análise do Projeto de Lei do Senado nº 226, de 2005, de autoria do Senador Rodolpho Tourinho, que dispunha “*sobre a importação, exportação, processamento, transporte, armazenagem, liquefação, regaseificação, distribuição e comercialização de gás natural*”, que tramitou em conjunto com os Projetos de Lei nºs. 100 e 101, de 2004. (<https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pls-226-2005>).

É importante transcrever a análise que o Relator Senador Eduardo Azevedo fez no Parecer nº 02, de 2007, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania acerca do Projeto de Lei citado acima:

II – ANÁLISE

Nos termos do art. 101 do RISF, compete a essa Comissão opinar so-

bre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias sob análise. Ademais, é-lhe facultado corrigir vícios de inconstitucionalidade sanáveis.

Em observância ao art. 260, II, b, do RISF, na hipótese de tramitação conjunta, deve ter precedência a proposição mais antiga, entre as originárias da mesma Casa, salvo se alguma delas regule a matéria com maior amplitude. É nessa exceção que se enquadra o PLS nº 226, de 2005, razão pela qual o exame ora em curso tomará como referência essa Proposição, não obstante ser a mais recente das três.

O PLS nº 226, de 2005, atende os requisitos de juridicidade, porquanto inova o arcabouço legal e cuida de ajustar a Lei nº 9.478, de 1997, às alterações preconizadas. A Proposição também está aderente aos termos regimentais. Já em relação à constitucionalidade, discutiremos algumas questões com o intuito de sanar eventuais vícios e tornar o PLS apto à aprovação nesta Comissão.

A primeira observação que cabe fazer acerca do Projeto refere-se ao seu art. 4º segundo o qual as atividades econômicas associadas à indústria de gás natural serão reguladas e fiscalizadas pela União e, no caso de distribuição de gás canalizado, pelos Estados, podendo ser exercidas mediante autorização ou concessão, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País. O art. 25 da Constituição Federal determina que os serviços locais de gás canalizado sejam prestados diretamente pelos Estados ou por concessão, não prevendo autorização neste caso. Assim, a referência à autorização, neste dispositivo, deve ser interpretada como atinente às outras atividades relacionadas à indústria do gás natural, que não os serviços locais de gás canalizado.

.....

A questão de fundo cinge-se a interpretar se a edição de lei prevista no citado parágrafo da Constituição é de competência federal. Em, caso afirmativo, não há que se falar em inconstitucionalidade dos dispositivos. Caso contrário tais dispositivos devem ser excluídos do PLS.

A esse respeito, quer-nos parecer que intenção do constituinte derivado, ao promulgar a alteração do § 2º do art. 25, foi no sentido de considerar tal lei uma norma federal. O parecer que embasou a aprovação da EC nº 5 de 1995, na Câmara dos Deputados, ainda que incidentalmente, assim se referia ao tema:

“Acreditamos também que importância da matéria merecedora de inclusão em nossa Carta Magna pede dispositivo para evitar a tentativa de alterações posteriores aos instrumentos legais destinados a regulamentar o texto ora proposto por meio de recurso às chamadas Medidas Provisórias tão nocivas ao funcionamento do Poder Legislativo e hoje empregadas de maneira indiscriminada e abusiva sobretudo através de reedições continuadas de medidas que, muitas vezes, tratam de assuntos sem qualquer relevância, ou tentam impor ao Congresso (grifou-se) normas que vão de encontro aos anseios de nossa sociedade.”

Observa-se que não há referência a Assembléias legislativas, e sim, ao Congresso Nacional.

No Senado Federal, as discussões em torno da matéria também

deixaram clara a intenção do Legislador de considerar como federal a lei reclamada na EC nº 5, de 1995.

Há um fundamento econômico subjacente a essa interpretação do art. 25, § 2º, da Constituição. Em 1995, preparava-se o arcabouço jurídico para a abertura do setor de petróleo e de gás natural para a iniciativa privada. O decorrente aumento de número de agentes impunha a necessidade de regras gerais, comuns e homogêneas, para todo o País, sob pena de se criarem conflitos regulatórios numa cadeia cujas fronteiras não obedecem necessariamente às fronteiras entre Estados. **É, portanto, de alta relevância a edição de uma lei nacional que tenha por objeto regulamentar a indústria do gás natural como um todo, sob a tutela da União, ressalvados os serviços locais de gás canalizado, segmento sob a tutela dos Estados. Tal lei é necessária para estabelecer critérios gerais que regerão toda a cadeia e que preservarão a livre concorrência no setor.** Respeitada a competência dos Estados em legislar sobre gás canalizado em suas respectivas áreas de concessão, a União deve prescrever normas gerais que disciplinem as relações que ultrapassem as fronteiras dos Estados, como forma de regular a atividade econômica interestadual pertencente à indústria do gás natural.

Até a presente data, a lei preconizada na Constituição não foi editada. Em nosso entendimento, os Estados, na urgência de regular a concessão dos serviços no âmbito do processo de privatização que levavam a cabo, implementaram legislações próprias, dispares em muitos pontos e conceitos. Assim, o PLS nº 226, de 2005, propõe suprir essa lacuna, ao estabelecer definições e princípios para a atividade de distribuição de gás canalizado, inserindo-a na indústria do gás natural e reconhecendo a sua fundamental importância na implantação de um ambiente competitivo na comercialização do produto. A referida Proposição tem o cuidado de respeitar a competência dos Estados para regular e fiscalizar a prestação dos serviços locais de gás canalizado e o processo de concessão.

Entretanto, é certo que algumas das definições contidas no art. 5º do PLS sob análise devam ser reformuladas, de modo a dirimir quaisquer dúvidas quanto a competência da União e a dos Estados no tocante a indústria do gás natural. Tais dúvidas, que hoje são objeto de conflitos de interpretação, já demonstram claramente a sapiência do constituinte derivado em prever uma lei nacional que estabeleça parâmetros comuns em todo território nacional.” (os negritos e sublinhados não constam do original) (<https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pls-226-2005>).

Como se conclui do relato do relator do PLS nº 226, de 2005, Senador Eduardo Azeredo, os mesmos questionamentos que justificaram o ajuizamento da ação da SERGÁS em face da CELSE e da AGRESE em 2019, já eram motivo de embates em 1995, quando da alteração constitucional realizada. (<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/06/disputa-judicial-em-se-poe-em-xeque-monopolio-do-gas-no-pais.shtml>).

Já naquela época se fazia necessário uma lei nacional para disciplinar o setor de gás brasileiro tão relevante para o desenvolvimento nacional.

O embate judicial entre as empresas distribuidoras de Gás e de Eletricidade de Sergipe tem como origem os mesmos questionamentos que justificaram as alterações constitucionais ocorridas em 1995, ou seja, esclarecer que, nos termos da Constituição Federal, a União detém a competência para tratar de todas atividades relacionadas ao gás natural, exceto a atividade entendida como serviço local de gás canalizado.

As alterações constitucionais tem como objetivo, a luz das alterações introduzidas e conforme registros dos próprios constituintes, tanto do Senado como da Câmara que, (i) para que o preceito constitucional adquira eficácia plena é necessária a devida regulamentação por parte do Congresso Nacional e (ii) enquanto não existir tal lei os estados suprirão essa lacuna, o que acaba gerando questionamentos e dúvidas em todo setor de gás natural brasileiro dificultando que investimentos sejam feitos em prol do desenvolvimento de um setor econômico que tem tudo para crescer no país nos próximos anos, ajudando assim o desenvolvimento econômico e social brasileiro.

Referências

ANP Participa de Seminário Sobre Petróleo e Gás no Chile. Site: www.gov.br, Ano 2018, Disponível em https://www.gov.br/anp/pt-br/canal_atendimento/imprensa/noticias-comunicados/anp-participa-de-seminario-sobre-petroleo-e-gas-no-chile. Acesso em 17/06/2022.

ALFRADIQUE, Marcelo. **Plano Indicativo de Gasodutos de Transporte.** Site: www.epe.gov.br. Ano 2020. Disponível em https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-531/PIG_2020_Final_30nov20.pdf. Acessado em 17/06/2022.

CARVALHO, Antonio Gerson Ferreira. **Gás Natural no Brasil: uma história de muitos erros e poucos acertos.** Rio de Janeiro: Senge RJ, 2016, página 31.

Disputa judicial em SE põe em xeque monopólio natural do gás no país. Site: www1.folha.uol.com.br. Ano 2019. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/06/disputa-judicial-em-se-poe-em-xeque-monopolio-do-gas-no-pais.shtml>. Acessado em 17/06/2022.

EPE vê Potencial para Investimentos de R\$ 17bi em 11 gasodutos Terrestres. Site: www.brazilmodal.com.br. Ano 2019. Disponível em <http://brazilmodal.com.br/2015/oilgas/epe-ve-potencial-para-investimentos-de-r17-bi-em-11-gasodutos-terrestres/>. Acessado em 17/06/2020.

Projeto de Lei do Senado nº 226, de 2005. Site: www.congressonacional.leg.br. Ano 2005. Disponível em <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pls-226-2005>. Acessado em 17/06/2022

1º Relatório do Subcomitê SC3 – Distribuição do Comitê Técnico para Desenvolvimento da Indústria do Gás Natural – CT-GN, Gás para Crescer, 2017. Site: www.gov.br. Ano 2017. Disponível em https://www.gov.br/mme/pt-br/asuntos/secretarias/secretaria-executiva/gas-para-crescer/subcomites-do-ct-gn/arquivos/sc3_relatorio_distribuicao_vfinal.pdf. Acessado em 17/06/2022.

O REPOWEREU E A TRANSIÇÃO ENERGÉTICA: SUSTENTABILIDADE EM FOCO PARA UMA POLÍTICA ENERGÉTICA EQUILIBRADA E INDEPENDENTE

Mariana Medeiros Barbieri dos Santos

Pós-graduanda em Direito da União Europeia pela Universidade de Coimbra.
Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Resumo:

O presente artigo tem como seu objetivo analisar o REPowerEU e a sua capacidade de, através do foco na sustentabilidade, criar uma política energética equilibrada e independente para a União Europeia. Considerando a sua alta dependência energética das importações de combustíveis fósseis russos, a União encontra-se em crise após a instauração da guerra entre Rússia e Ucrânia no início de 2022. O conflito armado e o posicionamento da União em contrariedade à Rússia colocam em risco o abastecimento energético dos países europeus. Como consequência, é desenvolvido o REPowerEU, um plano que almeja tornar a União Europeia independente das importações de combustíveis fósseis russos até o ano de 2027. De tal modo, a presente pesquisa foi conduzida através da aplicação do método indutivo, assim como do estudo de textos legislativos, jornalísticos e doutrinários. Os resultados parciais obtidos permitem concluir que o texto do REPowerEU é orientado para a observância do trilema energético, o qual é composto pelos vetores da sustentabilidade, da segurança energética e da equidade energética. As propostas expostas pelo plano devem ser implementadas gradualmente, com medidas de curto, médio e longo prazos. Entretanto, o vetor da sustentabilidade é de pronunciada relevância, pois a independência energética deve ser garantida pelo emprego de energias renováveis. Embora o REPowerEU revele-se um plano complexo e audacioso, ele busca atender a uma necessidade premente dos países europeus e oferece benefícios inestimáveis para a segurança, autonomia e economia energéticas da União Europeia.

Palavras-chave: REPowerEU; União Europeia; Sustentabilidade; Energia.

Introdução

Os Estados-membros da União Europeia apresentam uma alta dependência de importações de combustíveis fósseis para garantirem o seu abaste-

cimento interno de energia. Esta é, portanto, uma realidade enfrentada pela União Europeia já há algum tempo, de maneira que a necessidade de uma maior independência energética não se caracteriza como fato novo. Não obstante, a situação foi consideravelmente agravada após a Rússia ter invadido a Ucrânia no início de 2022, desencadeando uma guerra entre as duas nações. A guerra na Ucrânia trouxe uma série de efeitos nefastos para os países europeus no que toca à energia, como o aumento dos preços de combustíveis fósseis no mercado, interrupções no fornecimento energético e a promessa de um inverno sobretudo rigoroso. Além disso, a União Europeia condenou a iniciativa militar russa e se posicionou em apoio à Ucrânia, impondo, inclusive, sanções econômicas ao país russo. No entanto, uma vez que a Rússia seria um dos principais fornecedores de energia da União Europeia, uma resposta frente às sanções poderia ocorrer na forma de cortes no fornecimento de energia. Em razão desse contexto de profunda crise, a independência energética da União Europeia, especialmente em relação aos combustíveis fósseis russos, tornou-se uma questão a ser abordada com a maior urgência.

Assim, a União viu-se obrigada a apresentar uma solução da forma mais imediata possível, fazendo tão logo cessar as suas importações de combustíveis fósseis provenientes da Rússia. A solução formulada pela União Europeia veio, portanto, consubstanciada no texto do REPowerEU. O REPowerEU consiste em um plano, apresentado pela Comissão Europeia no dia 18 de maio de 2022, cujo objetivo seria alcançar a independência energética da União Europeia até o ano de 2027.¹ Tal objetivo deve ser concretizado, principalmente, substituindo as importações de combustíveis fósseis pela produção própria de energias renováveis. Uma vez que o cenário de dependência energética não é propriamente uma novidade, o REPowerEU segue as diretrizes de outros planos que lhe antecederam, quais sejam, o Pacto Ecológico Europeu e o Objetivo 55. O Pacto Ecológico Europeu baseia-se nos compromissos assumidos pela União no Acordo internacional de Paris, e procura atingir a neutralidade climática até o ano de 2050,² enquanto o Objetivo 55 diz respeito a uma série de medidas legislativas que visam a concretizar as ideias traçadas pelo Pacto Ecológico Europeu.³

Destarte, o REPowerEU segue a mesma linha dos planos que lhe antecederam, mas busca acelerar a transição energética para o uso de energia limpa, dado o contexto de urgência que foi instaurado pela guerra na Ucrânia. A fim de que seja possível o estabelecimento de uma política energética plena,

1 CONTI, Ilaria; KNEEBONE, James. **A first look at REPowerEU: The European Commission's plan for energy independence from Russia**. Florence School of Regulation, Florença, 19 de mai. de 2022.

2 CONSELHO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Pacto Ecológico Europeu**. Consilium, 2022. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/green-deal/>. Acesso em: 29 de jun. de 2022.

3 CONSELHO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Objetivo 55**. Consilium, 2022. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/green-deal/fit-for-55-the-eu-plan-for-a-green-transition/>. Acesso em: 30 de jun. de 2022.

o REPowerEU deve observar as demandas dos diferentes vetores que compõem o trilema energético: sustentabilidade, segurança energética e equidade energética. O vetor da sustentabilidade, em particular, desempenha um papel fundamental para a execução do plano, visto o protagonismo que é conferido ao uso de fontes de energia renováveis para uma Europa mais independente no mercado de energia. Assim, o plano foi subdividido em medidas de curto, médio e longo prazos. Seguindo esse modelo, o REPowerEU pretende remediar assuntos inadiáveis, ao mesmo tempo que planeja soluções definitivas e duradouras. Logo, observa-se que este é um plano que exerce significativa influência no futuro da política energética europeia e, em consequência, nas questões energéticas a nível global. Devido aos motivos supramencionados, faz-se necessário o estudo e o acompanhamento pormenorizados do REPowerEU, assim como dos diversos efeitos a serem ocasionados em decorrência de sua implementação.

A política energética da União Europeia

Por mais que nem sempre tenha existido uma política energética comunitária, pode-se dizer que o tema da energia é de crucial importância para os países europeus desde o princípio de sua integração regional. No ano de 1951, foi instituída a primeira das comunidades europeias: a Comunidade do Carvão e do Aço.⁴ A principal justificativa para a criação de tal comunidade seria o desejo de reconciliar Alemanha e França através do compartilhamento de energia, bem como contribuir para uma maior unificação da Europa Ocidental, de modo a evitar futuros conflitos. Vale dizer que, na época, a demanda energética dos países que compunham a comunidade era atendida em quase 90% por fontes de energia endógenas. O carvão correspondia a cerca de 70% da demanda energética, as outras energias endógenas correspondiam a aproximadamente 20% e apenas em torno de 10% da demanda energética era atendida por importações de petróleo.⁵

Alguns anos mais tarde, em 1957, foi assinado o Tratado de Roma, que instituiu a segunda comunidade energética europeia: a Comunidade Europeia da Energia Atômica (EURATOM).⁶ Naquele momento, a percentagem de demanda energética que era atendida por importações de terceiros já havia subido para 23%. Assim, esperava-se que a EURATOM contribuísse para evitar o aumento da dependência europeia de importações de energia. De igual modo, um dos principais objetivos pretendidos pela comunidade consistia no

4 GILLINGHAM, John. The European Coal and Steel Community: an object lesson? *In*: EICHENGREEN, Barry (ed.). **Europe's post-war recovery**. Nova York: Cambridge University Press, 1995. p. 151.

5 GESAU von, Frans A. M. Alting. The European Communities and the Changing Energy Situation. *In*: GESAU von, Frans A. M. Alting (ed.). **Energy in the European Communities**. Leiden: A. W. Sijthoff, 1975. p. 3.

6 GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 48.

desenvolvimento conjunto de energias e tecnologias nucleares.

No entanto, com o passar dos anos, a dependência europeia de importações apenas aumentou. Foi reduzida a produção interna de carvão e a produção de energia nuclear ficou abaixo das expectativas traçadas em 1957. No ano de 1973, o abastecimento de energia europeu já dependia em 60% de importações de terceiros. Com a guerra no Oriente Médio, que ocorria durante aquele mesmo ano, os Estados-membros foram duramente afetados pela crise do petróleo, sem, contudo, possuírem uma política energética comunitária para contornar a situação.⁷ A partir disso, em 17 de setembro de 1974, o Conselho aprovou uma resolução relativa a uma nova política energética para a Comunidade. Dessa forma, o documento demarca o início da política energética europeia, e teve como seu propulsor um cenário de crise e dependência energéticas.⁸

Atualmente, após a formação da União Europeia, a política energética regional encontra-se muito mais desenvolvida e influente em comparação aos seus estágios iniciais. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), em seu art. 4º (1)⁹, determina que a energia e as redes transeuropeias são domínios de competências a serem partilhadas entre a União e os Estados-membros. Além disso, o tratado reserva um título que é especialmente voltado para a energia, qual seja, o seu título XXI. Nesse mesmo título, está contido o art. 194 (1)¹⁰, que prevê os objetivos da União no âmbito da sua política energética. Ainda vale mencionar a Lei Europeia em matéria de Clima,¹¹ de 30 de junho de 2021, a qual cria um regime para alcançar a neutralidade climática, nos moldes do Pacto Ecológico Europeu.

Não obstante os avanços relativos à sua política energética, a União Europeia ainda se mostra altamente dependente de importações para garantir o seu abastecimento interno de energia. No ano de 2020, a taxa de dependência energética da União Europeia foi de 58%, ou seja, a maior parte das suas demandas de energia foi atendida por importações de terceiros.¹² Dessas importações, quase dois terços são de petróleo, 27% de gás natural e 5% de combustíveis fósseis sólidos. Dentre os diferentes países que exportam energia para os europeus, a Rússia aparece como o principal fornecedor energéti-

7 GESAU von, Frans A. M. Alting. The European Communities and the Changing Energy Situation. In: GESAU von, Frans A. M. Alting (ed.). **Energy in the European Communities**. Leiden: A. W. Sijthoff, 1975. p. 3 e 4.

8 UNIÃO EUROPEIA. **Council Resolution of 17 September 1974 concerning a new energy policy strategy for the Community**. Official Journal of the European Communities, C 153, v. 18, p.1-2, 1975.

9 UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada)**. 2016. Artigo 4º (1).

10 UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada)**. 2016. Artigo 194º (1).

11 UNIÃO EUROPEIA. **European Climate Law**. Official Journal of the European Union, L. 243, 2021, p. 1-17.

12 EUROSTAT. **From where do we import energy?** Eurostat, 2022. Disponível em: <https://ec.europa.eu/eurostat/cache/infographs/energy/bloc-2a.html>. Acesso em: 20 de jun. de 2022.

co da União. Consultando dados que também são referentes ao ano de 2020, tem-se que vieram da Rússia 29% do petróleo bruto, 43% do gás natural e 54% dos combustíveis fósseis sólidos que foram importados pela União Europeia durante aquele ano.¹³

Considerando-se a significativa dependência energética em relação à Rússia, verifica-se que a guerra entre esta e a Ucrânia, iniciada nos primeiros meses de 2022, afeta profundamente o fornecimento de energia para a União Europeia. A guerra traz como consequências o aumento dos preços dos combustíveis no mercado de energia, interrupções nos trajetos de gasodutos e oleodutos e a instauração de um cenário de insegurança energética. Mas um dos maiores desafios a serem enfrentados pela União Europeia parece estar ligado ao seu posicionamento político quanto à guerra. A União coloca-se em uma posição de solidariedade para com a Ucrânia, reprovando as iniciativas militares russas. Nesse sentido, já impôs sanções econômicas à Rússia com o intuito de frustrar os investimentos russos na guerra. Entretanto, uma vez que os seus Estados-membros dependem dos combustíveis fósseis russos, a Rússia poderia facilmente retaliar as sanções por ela sofridas na forma de cortes no fornecimento de energia. Esse é um contexto que se tornaria bastante preocupante com a chegada do inverno europeu, havendo a necessidade de energia para o aquecimento de residências e estabelecimentos.¹⁴

A Polônia e a Bulgária são dois Estados-membros que já tiveram de enfrentar interrupções no seu fornecimento de energia por parte da Rússia. Com o bloqueio dos ativos russos em dólares americanos, a empresa Gazprom exigiu que os pagamentos em seu favor fossem realizados em rublos. Logo que Polônia e Bulgária se recusaram a efetuar os pagamentos na moeda russa, tiveram o seu fornecimento de gás suspenso.¹⁵ Em meio a esse cenário, a Rede Europeia dos Operadores das Redes de Transporte de Gás (REOR-TG) apresentou uma avaliação na qual conclui que, na hipótese de haver um corte no fornecimento de energia russa para a Europa, as regiões da Europa Central, da Europa Oriental e do Norte da Alemanha seriam as mais afetadas.¹⁶

Portanto, em razão da crise resultante da guerra, a União Europeia teve de formular soluções para contornar um contexto de ameaça ao seu abastecimento energético. De certo modo, a guerra na Ucrânia apenas deixou mais

13 *Ibidem*.

14 ZACHMANN, Georg et al. **Preparing for the first winter without Russian gas**. Bruegel Blog, 28 de fev. de 2022. Disponível em: <https://www.bruegel.org/2022/02/preparing-for-the-first-winter-without-russian-gas/>. Acesso em: 10 de jun. de 2022.

15 TSOLOVA, Tsvetelia; KOPER, Anna. **Europe decries ‘blackmail’ as Russia cuts gas to Poland, Bulgaria**. Reuters, Sofia, Varsóvia, 27 de abr. de 2022. Disponível em: <https://www.reuters.com/business/energy/gazprom-says-it-halts-gas-supplies-poland-bulgaria-payments-row-2022-04-27/>. Acesso em: 10 de jun. de 2022.

16 COMISSÃO EUROPEIA. COM (2022) 230. **Anexos da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Plano REPowerEU**. Bruxelas: Comissão Europeia, 2022. p. 15.

evidente e mais perigosa a dependência energética dos países europeus em relação ao seu principal fornecedor, isto é, a Rússia. Entretanto, o embate entre russos e ucranianos provoca um sentimento de urgência entre os europeus, que se veem obrigados a, mais uma vez, inovarem a sua política energética devido à sua dependência de importações e à uma guerra externa. Nesse sentido, a saída encontrada pela União Europeia foi a constituição de um novo plano, que promete livrar os europeus da sua dependência dos combustíveis fósseis russos em um futuro pouco distante: o REPowerEU.

O REPowerEU

No dia 18 de maio de 2022, a Comissão Europeia apresentou o REPowerEU, um plano que tem como seu principal objetivo alcançar a independência energética da União Europeia até o ano de 2027. Por intermédio do REPowerEU, a União deve ser capaz de abandonar as importações de combustíveis fósseis russos, garantindo o seu abastecimento energético, precipuamente, pela adoção de fontes de energia renováveis. Desse modo, o plano traz como proposta a aceleração da transição energética, ideia que já havia sido previamente abordada por outros planos. O REPowerEU alinha-se às metas do Pacto Ecológico Europeu e do Objetivo 55 de atingir a neutralidade climática até 2050 e de reduzir 55% das emissões líquidas dos gases do efeito estufa até 2030. No entanto, procura adiantar a transição para o emprego de energias renováveis, dado o cenário de crise iminente que foi originado pela guerra entre Rússia e Ucrânia.¹⁷

Além de planejar a independência energética europeia, o REPowerEU também propõe respostas mais imediatas no caso de haver uma interrupção no fornecimento de energia. A título de exemplo, o plano prevê que, na hipótese de a crise de abastecimento energético tornar-se extrema, os Estados-membros afetados poderão solicitar medidas de solidariedade aos Estados-membros vizinhos. Contudo, tais medidas devem ser adotadas somente como último recurso, a fim de que possam abastecer famílias, sistemas de aquecimento urbano e infraestruturas sociais de base.¹⁸

Nesse mesmo sentido, a atuação dos Estados-membros no seu âmbito doméstico será indispensável para garantir o sucesso do REPowerEU. Para que um plano complexo como o REPowerEU prospere, não bastam as ações a serem executadas no plano regional pela União - são igualmente importantes as ações a serem executadas pelos Estados-membros dentro das suas esferas nacionais. Por isso, é importante que sejam reforçados os planos nacionais

17 CONTI, Ilaria; KNEEBONE, James. **A first look at REPowerEU: The European Commission's plan for energy independence from Russia**. Florence School of Regulation, Florença, 19 de mai. de 2022.

18 COMISSÃO EUROPEIA. COM (2022) 230. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Plano REPowerEU**. Bruxelas: Comissão Europeia, 2022. p. 22.

em matéria de energia e clima (PNEC), de modo a trazer mais segurança para a realização de investimentos alinhados ao REPowerEU. De igual modo, a Comissão Europeia sugere que os Estados-membros adicionem um capítulo sobre a consecução das metas do REPowerEU em seus planos de recuperação e resiliência. No processo de criação do capítulo, devem ser consultadas autoridades locais, parceiros sociais e partes interessadas do setor agrícola, permitindo uma execução ampla e participativa dos novos objetivos energéticos.¹⁹

Ainda, a efetivação de um plano ambicioso como o REPowerEU deve exigir uma série de vultosos investimentos por parte da União Europeia. De acordo com estudo conduzido pela Comissão Europeia, além dos valores já previamente estipulados para a consecução do Objetivo 55, deve ser necessário que a União arque com um investimento adicional de 210 bilhões de euros até o ano de 2027. Todavia, estima-se que o investimento será futuramente compensado pelas economias nas importações. Até o ano de 2030, devem ser poupados, anualmente, 80 bilhões de euros em importações de gás, 12 bilhões de euros em importações de petróleo e 1,7 bilhão de euros em importações de carvão.²⁰

Destarte, para que o REPowerEU consiga cumprir com sua finalidade, ele foi subdividido em medidas de curto, médio e longo prazos. No curto prazo, o REPowerEU deve buscar a redução no consumo de energia. A redução da demanda energética caracteriza-se como a medida mais facilmente aplicável pelos Estados-membros. Consequentemente, também seria a medida mais econômica e que possibilitaria a obtenção de resultados mais imediatos.²¹ Portanto, no curto prazo, a Comissão Europeia propõe poupanças e ganhos de eficiência energética nos edifícios por meio da Diretiva Desempenho Energético dos Edifícios. De igual maneira, a Comissão lançou um plano em cooperação com a Agência Internacional de Energia intitulado “Playing my part”, que pretende reduzir em 5% a procura de gás e de petróleo. Ainda no âmbito da redução do consumo energético, recomenda-se que os Estados-membros estabeleçam taxas reduzidas de IVA e outras intervenções nos preços de energia, com o propósito de incentivar o uso de bombas de calor e de aparelhos mais eficientes.²² Há múltiplas intervenções que os Estados-membros podem conduzir para incentivar a poupança de energia. A título de exemplo, podem ser oferecidas isenções fiscais para a compra ou a utilização de veículos elétricos. Outrossim, a Comissão propõe a revisão da Diretiva Tributação da Energia, permitindo que sejam fixados sinais de preço para reduzir o consumo de combustíveis fósseis.²³

19 *Ibidem*, p. 4 e 18.

20 *Ibidem*, p. 14.

21 CONTI; KNEEBONE, *op. cit.*

22 COMISSÃO EUROPEIA. COM (2022) 230, *op. cit.*, p. 4.

23 COMISSÃO EUROPEIA. COM (2022) 230. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Plano REPowerEU**. Bruxelas: Comissão

As medidas de médio prazo, por sua vez, relacionam-se com a busca por uma maior diversidade de fornecedores de energia. Até que se faça possível uma transição definitiva para o emprego de fontes de energia renováveis, a União Europeia precisará assegurar o seu abastecimento energético importando de outros países que não a Rússia. Dentro desse contexto, a União prioriza o gás como fonte de energia, uma vez que ele pode ser obtido no mercado por preços reduzidos. Ademais, idealiza-se que, após a efetiva transição para o uso de energia limpa, os terminais de gás natural serão readaptados para o uso de hidrogênio renovável e de amônia. A União procura, de tal maneira, negociar com países terceiros que possam ser parceiros no longo prazo também. No médio prazo, a União importará combustíveis fósseis desses países. No longo prazo, entretanto, esses mesmos países devem contribuir para uma Europa mais sustentável. Com tal planejamento, os investimentos em infraestrutura e as parcerias negociais de médio prazo devem ser reaproveitadas futuramente pela União.²⁴

Por fim, as medidas de longo prazo previstas pelo REPowerEU dizem respeito à transição energética propriamente dita, que ocorrerá por meio da adoção de fontes de energia renováveis. Embora a transição energética consista em uma série de iniciativas a serem tomadas gradualmente, ela precisará ser concretizada com certa velocidade, em consideração ao prazo do ano de 2027 e à crise da guerra na Ucrânia. Sem embargo, como a dependência energética da União Europeia é uma realidade pré-existente em relação à guerra, também o é a intenção de transicionar para o uso de energia limpa. O REPowerEU irá tão somente acelerar a consecução de um objetivo que já estava no horizonte da União Europeia há certo tempo. Com isso, far-se-ão necessárias diferentes providências de longo prazo, as quais, para serem efetivas, terão de observar os vetores do trilema energético.

O trilema energético e o foco na sustentabilidade

Para que o REPowerEU seja bem sucedido na criação de uma política energética independente para a União Europeia, ele deve, necessariamente, criar uma política energética que também seja equilibrada. A ideia de equilíbrio no que concerne a uma política energética depende da sua orientação equânime pelos vetores do trilema energético. Assim, o trilema energético é composto por três diferentes vetores: sustentabilidade, segurança energética e equidade energética. O vetor da sustentabilidade relaciona-se com o atingimento de metas ecológicas e com a proteção ao meio ambiente. Embora o REPowerEU vá procurar atender às demandas dos três vetores, a sustentabilidade desempenha um papel fundamental para a concretização de seus objetivos. É no vetor da sustentabilidade que podem ser enquadradas medidas

Europeia, 2022. p. 21.

24 CONTI, Ilaria; KNEEBONE, James. **A first look at REPowerEU: The European Commission's plan for energy independence from Russia**. Florence School of Regulation, Florença, 19 de mai. de 2022.

como a adoção de fontes de energia renováveis e a redução do uso de combustíveis fósseis. Desse modo, o vetor da sustentabilidade está estritamente ligado às medidas de longo prazo e ao objetivo final do REPowerEU. O vetor da segurança energética, diferentemente, diz respeito ao abastecimento energético, ou seja, à garantia de um fornecimento de energia que ocorra de forma contínua e ininterrupta. Por fim, o vetor da equidade energética pode ser traduzido no acesso à energia por preços razoáveis. Ou seja, é um vetor preocupado em evitar a pobreza energética, ou em impedir que determinados grupos sociais sejam energeticamente marginalizados.²⁵

Como o uso de energias renováveis seria o caminho para a independência energética da União, pode-se dizer que o texto do REPowerEU é voltado para a promoção da sustentabilidade. Assim sendo, os vetores da segurança energética e da equidade energética passam a estar, mais do que nunca, intrinsecamente conectados ao vetor da sustentabilidade. Em momentos anteriores, foi dada prioridade para os outros vetores do trilema, especialmente ao vetor da segurança energética, cujas demandas eram atendidas ao custo de uma dependência de fornecedores externos. A sustentabilidade passou a ganhar maior atenção após a assinatura de acordos internacionais voltados para a descarbonização e para a transição energética, com a finalidade de combater as mudanças climáticas e o aquecimento global. Boa parte da população europeia também passou a posicionar-se em favor de uma transição energética para reverter a crise climática.²⁶ Verifica-se, assim, que a sustentabilidade conquistou mais espaço em tempos recentes. No entanto, foi a guerra na Ucrânia e a necessidade urgente de implementar o REPowerEU que realmente colocaram o vetor da sustentabilidade em foco. Por intermédio de iniciativas sustentáveis, em especial, do emprego de energia limpa, a União Europeia também estará atendendo aos vetores da equidade e da segurança energéticas, pois estará garantindo o seu abastecimento de energia e por preços razoáveis. Por conseguinte, ao colocar a sustentabilidade em foco, o REPowerEU interconecta os diferentes vetores do trilema energético e cria uma política equilibrada.

A partir disso, o REPowerEU propõe diferentes medidas, no longo prazo, para a utilização de energia limpa no território europeu. Dentre elas, menciona-se o aumento da meta prevista na Diretiva das Energias Renováveis, relativa à participação de fontes renováveis na demanda energética do bloco - de 40% para 45% até o ano de 2030. Também pode-se citar a European Solar Rooftop Initiative, que exigirá a instalação de tetos solares em estabelecimentos públicos e comerciais até 2025 e em residências até 2029.²⁷ Outra opção

25 WORLD ENERGY COUNCIL. **World Energy Trilemma Index 2021**. Londres: World Energy Council, 2021. p. 10.

26 HAFNER, Manfred; RAIMONDI, Pier Paolo. **Priorities and challenges of the EU energy transition: From the European Green Package to the new Green Deal**. Russian Journal of Economics 6, 4, p. 376 e seg., dez., 2020.

27 CONTI, Ilaria; KNEEBONE, James. **A first look at REPowerEU: The European Commission's plan for energy independence from Russia**. Florence School of Re-

interessante para a União Europeia seria o aproveitamento de energia eólica. A Europa já é a líder mundial na produção de energia eólica marítima, sendo estáveis os recursos necessários para a sua exploração.²⁸

Ademais, o hidrogénio renovável será fundamental na substituição do gás natural, do carvão e do petróleo em setores difíceis de serem descarbonizados. Está prevista pelo REPowerEU uma meta de 20 milhões de toneladas de hidrogénio renovável até 2030 - metade proveniente da produção interna e metade proveniente de importações. No que concerne às importações de hidrogénio, a Comissão Europeia apoia a criação de três grandes corredores de importação: um pelo Mediterrâneo, um pela zona do Mar do Norte e um em conexão com a Ucrânia. É ainda relevante a bioenergia, que representa 60% das energias renováveis adotadas pela União Europeia. Uma vez que a bioenergia configura-se como fonte de energia estável, estima-se a produção de 35 bilhões de metros cúbicos de biometano até o ano de 2030. Com isso, ambiciona-se que a produção interna de biometano seja capaz de reduzir as importações de gás natural da Rússia.²⁹

No entanto, apesar de revelar-se um plano promissor, o REPowerEU enfrenta múltiplos desafios para a sua devida execução. A maior parte de tais desafios está relacionada aos licenciamentos, à matéria-prima e à força de trabalho. Sobre os licenciamentos, tem-se que são consideravelmente morosos os processos para a sua obtenção. O licenciamento para a energia solar pode levar até dois anos para ser obtido, ao passo que os licenciamentos para parques eólicos podem levar até nove anos. Uma iniciativa que visa a acelerar a concessão de licenciamentos seria a já mencionada European Solar Rooftop Initiative.³⁰ Há também uma proposta de uma recomendação, apresentada pela Comissão Europeia, para simplificar os processos de licenciamentos no âmbito doméstico dos Estados-membros, clarear ambiguidades sobre a legislação europeia e estipular boas práticas.³¹ No que toca à matéria-prima, a União deve ganhar acesso a ela através de parcerias com fornecedores estrangeiros e de novas leis que regulem o assunto. Os desafios atinentes à escassez de força de trabalho, finalmente, serão abordados pela União por intermédio de programas que facilitam a qualificação profissional, como o Pact for Skills, o ERASMUS+ e o Joint Undertaking on Clean Hydrogen.³²

gulation, Florença, 19 de mai. de 2022.

28 COMISSÃO EUROPEIA. COM (2022) 230. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Plano REPowerEU**. Bruxelas: Comissão Europeia, 2022. p. 7.

29 *Ibidem*, p. 8 e seg.

30 CONTI; KNEEBONE, *op. cit.*

31 COMISSÃO EUROPEIA. COM (2022) 230. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Plano REPowerEU**. Bruxelas: Comissão Europeia, 2022. p. 13.

32 CONTI, Ilaria; KNEEBONE, James. **A first look at REPowerEU: The European Commission's plan for energy independence from Russia**. Florence School of Reg-

Não obstante, o REPowerEU não deixa de ser alvo de pontuais e contundentes críticas direcionadas a algumas das previsões contidas em seu texto. Questiona-se, por exemplo, a real possibilidade de os terminais de gás natural serem readaptados para o recebimento, no futuro, de hidrogênio renovável e de amônia. Como não existe certeza de que a readaptação será possível, não há uma garantia concreta de que os investimentos nesse tipo de infraestrutura trarão retornos no longo prazo.³³ A adoção de sinais de preço para reduzir o consumo de energia foi, igualmente, alvo de críticas. Argumenta-se que os sinais de preço prejudicariam as classes mais pobres. Com isso, os sinais de preço estariam aumentando a pobreza energética e, consequentemente, colocando em causa o vetor da equidade energética.³⁴ Contudo, salienta-se que a Comissão Europeia já apresentou uma proposta de criação de um fundo social para o clima, que deve prestar apoio aos grupos familiares e econômicos mais vulneráveis durante a transição energética.

Também pediu-se que a previsão do uso de bioenergia fosse retirada do REPowerEU.³⁵ Como foi apontado por diferentes ONGs, a produção de bioenergia poderia agravar a crise climática e colocar em risco a segurança alimentar, pois envolve a queima de madeira e de culturas alimentares. As mesmas ONGs indicam que a bioenergia não seria capaz de substituir a importação de combustíveis fósseis russos da forma mais adequada. Para substituir a energia de somente 10% das importações, estima-se que seria necessário o aumento de, no mínimo, 60% da queima de madeira. Portanto, um aumento na produção de bioenergia levaria à destruição de florestas europeias e não reduziria, de forma significativa, a dependência energética da União Europeia em relação à Rússia.³⁶

Considerações finais

A partir dos estudos realizados, fez-se possível concluir que o REPowerEU é um plano extremamente necessário para a União Europeia, pois procura solucionar um problema que lhe é grave e urgente. Ademais, a questão sobre a dependência energética europeia, especialmente no que toca aos combustíveis fósseis russos, já é algo de longa data. Assim, o REPowerEU procura desconstruir uma cultura energética preestabelecida e orientada para importações. Concomitantemente, oferece saídas para uma crise energética imi-

ulation, Florença, 19 de mai. de 2022.

33 *Ibidem*.

34 EUROPEAN PUBLIC SERVICE UNION. **EPSU reaction on RePower EU - Temporary fixes and a missed opportunity for deeper reforms**. EPSU, 18 de mai. de 2022. Disponível em: <https://www.epsu.org/article/epsu-reaction-repower-eu-temporary-fixes-and-missed-opportunity-deeper-reforms>. Acesso em: 20 de jun. de 2022.

35 COMISSÃO EUROPEIA. COM (2022) 230, *op. cit.*, p. 14.

36 RICHTER, Kenneth. **Keeping bioenergy out of REPower EU: open letter to EU Commission**. EU Bioenergy, 2022. Disponível em: <https://www.eubioenergy.com/2022/05/16/keeping-bioenergy-out-of-repower-eu-open-letter-to-eu-commission/>. Acesso em: 20 de jun. de 2022.

nente e que deve ser enfrentada de maneira inadiável. As principais linhas de ação que foram traçadas pelo REPowerEU, vale dizer, são baseadas na adoção de fontes de energia renováveis e na criação de uma Europa mais independente no mercado de energia.

Desse modo, o REPowerEU também promete uma série de benefícios como uma maior proteção da União Europeia face à volatilidade do mercado de energia, a redução das emissões de carbono, novas e mais amplas medidas de sustentabilidade e, no longo prazo, a tão desejada independência energética da União. Verifica-se, portanto, que o REPowerEU tem as suas ações pautadas, em grande parte, pelo vetor da sustentabilidade. Através de iniciativas de maior sustentabilidade, o REPowerEU também deve ser capaz de garantir a observância dos vetores da equidade e da segurança energéticas, proporcionando, assim, uma política energética equilibrada para a União Europeia. Apenas com a devida observância dos três vetores a União será capaz de conquistar uma maior autonomia no que tange ao setor de energia.

Logo, embora seja um plano cuja implementação deve ser gradual e merecedora de ajustes, o REPowerEU exerce protagonismo no futuro da política energética europeia. Consequentemente, os resultados decorrentes da implementação do REPowerEU também devem provocar efeitos em escala global. À vista disso, é um plano fundamental para a transição energética não apenas no âmbito europeu, mas também no âmbito internacional. A criação e a execução do REPowerEU podem significar o início de uma Europa e, possivelmente, de um mundo mais sustentável. Por isso, as consequências do sucesso do plano vão além da prometida independência energética europeia. Em razão dos motivos evidenciados, o REPowerEU merece ser acompanhado pela comunidade acadêmica e ser profundamente explorado ao longo de sua aplicação.

Referências

COMISSÃO EUROPEIA. COM (2022) 230. **Anexos da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Plano REPowerEU**. Bruxelas: Comissão Europeia, 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. COM (2022) 230. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Plano REPowerEU**. Bruxelas: Comissão Europeia, 2022.

CONSELHO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Objetivo 55**. Consilium, 2022. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/green-deal/fit-for-55-the-eu-plan-for-a-green-transition/>. Acesso em: 30 jun. 2022.

CONSELHO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Pacto Ecológico Europeu**. Consilium, 2022. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/green-deal/>. Acesso em: 29 de jun. de 2022.

CONTI, Ilaria; KNEEBONE, James. **A first look at REPowerEU: The European Commission's plan for energy independence from Russia**. Florence School of Regulation, Florença, 19 de mai. de 2022.

EUROPEAN PUBLIC SERVICE UNION. **EPSU reaction on RePower EU - Temporary fixes and a missed opportunity for deeper reforms**. EPSU, 18 de mai. de 2022. Disponível em: <https://www.epsu.org/article/epsu-reaction-repower-eu-temporary-fixes-and-missed-opportunity-deeper-reforms>. Acesso em: 20 jun. 2022.

EUROSTAT. **From where do we import energy?** Eurostat, 2022. Disponível em: <https://ec.europa.eu/eurostat/cache/infographs/energy/bloc-2a.html>. Acesso em: 20 jun. 2022.

GESAU von, Frans A. M. Alting. The European Communities and the Changing Energy Situation. *In*: GESAU von, Frans A. M. Alting (ed.). **Energy in the European Communities**. Leiden: A. W. Sijthoff, 1975.

GILLINGHAM, John. The European Coal and Steel Community: an object lesson? *In*: EICHENGREEN, Barry (ed.). **Europe's post-war recovery**. Nova York: Cambridge University Press, 1995.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

HAFNER, Manfred; RAIMONDI, Pier Paolo. **Priorities and challenges of the EU energy transition: From the European Green Package to the new Green Deal**. Russian Journal of Economics 6, 4, p. 374-389., dez., 2020.

RICHTER, Kenneth. **Keeping bioenergy out of REPower EU: open letter to EU Commission**. EU Bioenergy, 2022. Disponível em: <https://www.eubioenergy.com/2022/05/16/keeping-bioenergy-out-of-repower-eu-open-letter-to-eu-commission/>. Acesso em: 20 de jun. de 2022.

TSOLOVA, Tsvetelia; KOPER, Anna. **Europe decries 'blackmail' as Russia cuts gas to Poland, Bulgaria**. Reuters, Sofia, Varsóvia, 27 de abr. de 2022. Disponível em: <https://www.reuters.com/business/energy/gazprom-says-it-halts-gas-supplies-poland-bulgaria-payments-row-2022-04-27/>. Acesso em: 10 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Council Resolution of 17 September 1974 concerning a new energy policy strategy for the Community**. Official Journal of the European Communities, C 153, v. 18, p.1-2, 1975.

UNIÃO EUROPEIA. **European Climate Law**. Official Journal of the European Union, L. 243, p. 1-17, 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada)**. 2016.

WORLD ENERGY COUNCIL. **World Energy Trilemma Index 2021**. Londres: World Energy Council, 2021.

ZACHMANN, Georg et al. **Preparing for the first winter without Russian gas**. Bruegel Blog, 28 de fev. de 2022. Disponível em: <https://www.bruegel.org/2022/02/preparing-for-the-first-winter-without-russian-gas/>. Acesso em: 10 de jun. de 2022.

A APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS NO BRASIL

Silvana Raquel Brendler Colombo Tombini

Professora no curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai.
Consultora jurídica da UNESCO. Advogada. Pesquisadora na área do Direito Ambiental. Doutora em Direito pela Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul

Resumo:

A morosidade do Poder Judiciário, a dificuldade na produção de prova e os questionamentos técnicos são mais onerosos na área ambiental devido à irreversibilidade da quase totalidade dos danos ambientais. Por isso, é preciso pensar em uma alternativa mais célere, eficiente e participativa do que o processo judicial, como a mediação, que é marcada pela autonomia das partes na construção da solução do conflito. Nesse sentido, esta pesquisa busca discutir o objeto da mediação com a finalidade de verificar se o caráter indisponível do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado atrelado automaticamente à negociabilidade é ou não um entrave à utilização desse mecanismo. A pesquisa bibliográfica realizou-se com livros e periódicos redigidos na língua portuguesa, inglesa e espanhola, disponíveis em bibliotecas e no meio *online*. Concluiu-se, também, que a indisponibilidade do direito ao meio ambiente não impede a negociação, em relação à melhor forma de protegê-lo ou concretizá-lo, uma vez que a morosidade na área ambiental pode levá-lo ao perecimento.

Palavras-chave: Conflitos ambientais; Indisponibilidade; Mediação; Celeridade; Autonomia.

Introdução

Inicialmente, cabe pontuar que a previsão da proteção constitucional do ambiente foi o divisor de águas para Direito Ambiental. Primeiro, devido ao estabelecimento do dever de não degradar o meio ambiente, com força obrigatória e de ordem pública, o que levou à criação de instrumentos de tutela reparatória e sancionatória postos à disposição do Estado e também dos cidadãos. Segundo, porque a tutela ambiental é elevada ao nível de um direito fun-

damental, em pé de igualdade com outros direitos previstos na Constituição.

Além da Constituição, outro ponto que merece ser apontado é a atuação do Ministério Público na defesa dos interesses da sociedade em matéria ambiental, em especial no processo coletivo, pois ao órgão ministerial é reconhecido o poder de provocar o exercício da jurisdição ambiental. A sua atuação ocorre na esfera judicial, por meio da Ação Civil Pública, e na esfera extrajudicial, especialmente por meio do Termo de Ajustamento de Conduta, no qual o suposto infrator ambiental assume compromissos para se ajustar à lei e, se o dano já ocorreu, a repará-lo mediante restauração do *status quo*, compensação e/ou indenização.

Não há dúvida de que tanto a Ação Civil Pública quanto o Termo de Ajustamento de Conduta são importantes na tutela ambiental. Entretanto, é consabido que o Judiciário está sobrecarregado de processos, o que ocasiona a demora na tramitação das ACPs e também de sua execução, que enfrenta obstáculos ligados à fiscalização de seu cumprimento. Além disso, a solução imposta pelo juiz gera um impacto no infrator ambiental, que é diverso e pior do que aquele decorrente de uma solução consensual, pois o seu comprometimento com o cumprimento espontâneo dessa decisão é menor.

Não bastasse a morosidade da solução judicial de conflitos, que na área ambiental não é recomendável diante da possibilidade de irreversibilidade dos danos ambientais, o processo tradicional nem sempre resolve o conflito que levou as partes ao Poder Judiciário; em síntese, a pacificação social não é atendida. Além disso, o acesso à justiça é caro, pois abrange custos com taxas, diligências, perícias e advogados, embora a Constituição assegure a gratuidade da justiça aos hipossuficientes, no seu artigo 5º, LXXIV.

Os problemas enfrentados pelo sistema de justiça brasileiro têm origem muito diversa, mas, especialmente, estão relacionadas à eficiência e a morosidade do Judiciário, que não tem conseguido, em muitas situações, tutelar eficazmente os direitos. Assim, frente a esse cenário, é preciso buscar soluções. Um dos caminhos recorridos foi a utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos. Embora o motor de desenvolvimento desses mecanismos tenha sido a crise enfrentada pelo Poder Judiciário, a mediação não pode ser vista somente como a única via para sua superação. A diminuição do número de processos judiciais em tramitação é uma consequência inevitável da mediação, mas não deverá ser o objetivo principal, uma vez que esse mecanismo deve ser escolhido pelas partes por considerá-lo a melhor opção para resolver o conflito.

Assim, a mediação vem sendo aplicada de forma progressiva no ordenamento jurídico brasileiro e sua importância é crescente, despertando o interesse dos profissionais do direito e dos legisladores. No Brasil, a publicação da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça em 2010, que trata da política nacional dos meios adequados à solução de conflitos, a inserção de artigos sobre esta matéria no Código de Processo Civil (2015) e também a regulamentação da mediação judicial e extrajudicial pela Lei nº 13.140/2015, im-

pulsionou a sua utilização em áreas como o direito de família e o direito civil.

Entretanto, a mediação carece de aprimoramentos em outras áreas do direito, como na ambiental, que, por se tratar de direitos difusos pertencentes às atuais gerações e futuras, não pode *a priori* ser objeto de renúncia ou disposição pelos seus legitimados. Dessa forma, a escassa literatura existente no país sobre a mediação de conflitos ambientais instigou esta pesquisadora a enfrentar a questão sobre a possibilidade dos conflitos que envolvem direitos difusos serem mediados.

Pretende-se trazer à tona a discussão acerca da mediação como mecanismo de resolução de conflitos ambientais, com base na experiência do direito comparado, e do movimento de ampliação do acesso à justiça. Nesse sentido, o problema que se pretende discutir é o objeto da mediação, mais precisamente, se há compatibilidade entre o conteúdo do Direito ambiental e os requisitos de mediabilidade exigidos por Lei. Se positivo, em que casos e quais os limites para utilizar a mediação na resolução de conflitos ambientais, a partir da Lei de Mediação e da legislação ambiental.

Frente a este problema de pesquisa, a finalidade desta investigação é identificar se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por integrar o rol dos direitos difusos e, neste sentido, indisponível, donde se extrai, em regra, a impossibilidade de transação, pode ser submetido à mediação, especialmente quando esse mecanismo se mostrar mais eficiente do que o processo judicial e o Termo de Ajustamento de Conduta para a proteção desse direito.

Apesar da institucionalização da mediação, pois o legislador brasileiro definiu as suas regras, princípios e procedimento, é preciso superar o óbice da indisponibilidade e também da inegociabilidade para avançar em questões relacionadas a quem pode participar da mediação, se a confidencialidade é adequada ou não em matéria ambiental e as qualidades do mediador.

Objeto da mediação ambiental no Brasil

No sistema de justiça brasileiro, em regra, são passíveis de solução pela via arbitral ou pela via dos mecanismos resolutórios consensuais, como a mediação, os conflitos envolvendo direitos disponíveis, em que não há óbice quanto às prerrogativas de gozo e de exercício pelos seus titulares. Sob essa perspectiva, criou-se a Lei de Arbitragem, que restringe o seu objeto aos direitos patrimoniais disponíveis, e a Lei de Mediação, que prevê como objeto os conflitos que envolvem direitos disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação, condicionada à oitiva do MP e à homologação em juízo do consenso alcançado pelas partes. Diferentemente do modelo arbitral, o legislador trouxe uma abertura quanto à adequação dos procedimentos resolutórios ao admitir a mediação de direitos indisponíveis, desde que transacionáveis.

A opção pelo afastamento da utilização dos mecanismos consensuais

para a resolução de conflitos que envolvem direitos indisponíveis encontra fundamento na premissa de que o Estado, representado pelo juiz, não é apenas o único, mas o melhor garantidor destes direitos. A inegociabilidade atribuída aos direitos indisponíveis é uma política de proteção que vê “na simples retirada de qualquer poder de deliberação a seu respeito por parte de seus titulares, a melhor forma de protegê-los”, diz Venturi (2016, p. 1). Dito de outra forma, são dois tabus que precisam ser enfrentados, a exclusividade da solução judicial e a inegociabilidade dos direitos indisponíveis, tal como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Conforme o posicionamento da doutrina e da jurisprudência brasileira preponderante, quando um Termo de Ajustamento de Conduta versar sobre direitos ou interesses indisponíveis, somente poderão ser estipuladas regras ligadas ao prazo e ao modo de cumprimento das obrigações assumidas, desde que sua essência seja preservada. Esta ausência de transação, no sentido de concessões recíprocas, sob o manto da indisponibilidade, resulta em um problema ligado à efetividade e outro relacionado à validade do TAC. Sob a perspectiva da efetividade, a impossibilidade de negociação sobre a essência do conflito coletivo impede que seja garantida, pragmaticamente, a melhor proteção desses direitos em discussão. Sob a ótica da validade, há risco de o TAC ser considerado ilegal por não contar com a presença das condições de validade contratual, especialmente quando as obrigações pactadas forem impostas pelo MP ou qualquer outro órgão público legitimado, em vez de serem livremente estipuladas pelas partes (VENTURI, 2016).

Em decorrência desses problemas, é preciso ir além e enfrentar a questão relacionada à conexão automática da indisponibilidade à inalienabilidade, que resulta na impossibilidade de verdadeira transação, que é tratada sob a perspectiva contratual, como expressa o artigo 840 do Código Civil, *in verbis*: “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mutuas” (BRASIL, 2002). A transação apresenta como característica a concessão recíproca entre as partes e a existência de direitos patrimoniais de caráter privado e não público, o que explica a objeção a sua admissibilidade em relação aos interesses ou direitos indisponíveis, porém, não a justifica (VENTURI, 2016; TALAMINI, 2015).

Não é razoável que os direitos difusos sejam considerados inegociáveis devido à marca da indisponibilidade, diz Venturi (2016). Primeiro, porque o controle sobre a livre manifestação da vontade de seus titulares não seria justificável quando a intenção de disposição do direito é livre e consciente. Se há instituições democráticas que funcionem, tal como órgão ministerial, e instrumentos de representatividade social que permitam a livre manifestação da vontade dos cidadãos, como as audiências públicas, a titularidade dos direitos indisponíveis não é afastada e, sim, reafirmada. Nesse sentido, a proteção do Estado apenas seria cabível quando os cidadãos estivessem carentes de liberdade para manifestarem suas vontades ligadas a atos de disposição de seus direitos. Segundo, porque o procedimento negocial seria mais adequado e le-

gítimo, bem como democrático, para resolver esses conflitos do que a adjudicação por sentença, pois, além da participação da população envolvida e das instituições legitimadas para a proteção desses direitos, contaria com a supervisão do Poder Judiciário (VENTURI, 2016).

De fato, o que levaria à negociação de um direito considerado indisponível, inalienável e inegociável é a constatação empírica de que esta seja uma alternativa mais eficiente do que a judicial para a preservação do meio ambiente. Assim, a negociação realizada por meio do TAC ou outros instrumentos judiciais ou extrajudiciais, como a mediação, pode ser um modelo mais legítimo e efetivo para a solução eficiente de conflitos ambientais, desde que proporcionado o debate social, submetido à fiscalização jurisdicional, por meio da homologação do acordo, e ao gerenciamento institucional das diversas instâncias do MP. A sentença que resolve o conflito de direitos indisponíveis pode ser adequada sob o ponto de vista de sua fundamentação jurídica e fática, mas sua execução forçada externaliza a insuficiência e a inadequação desse modelo e abre espaço para o reconhecimento de que os conflitos relacionados aos direitos indisponíveis podem ser melhor enfrentados pela negociação e o consenso (VENTURI, 2016).

Frente ao exposto, a restrição ao exercício ou negociação dos direitos indisponíveis por seus titulares a partir do argumento da incapacidade de sua manifestação livre e da presunção de hipossuficiência precisa ser reavaliada pelo sistema de justiça brasileiro, bem como aponta para a redefinição do sentido e do alcance da indisponibilidade, sustenta o autor (2016). O STJ teve a oportunidade de decidir sobre a viabilidade de se admitirem acordos judiciais envolvendo direitos difusos, ainda que como exceção à regra da inegociabilidade. Nas palavras da Ministra Eliana Calmon, “dizer que os direitos difusos são insusceptíveis de transação é dizer nada, na medida em que já se sabe que, em matéria de dano ambiental, quase nunca se pode retornar ao *status quo ante*” (STF, 2016, s/p).

Igualmente, Souza (2012) argumenta que o conceito de indisponibilidade não pode ser confundido com intransigibilidade, já que esta apenas ocorre nas situações em que a lei veda a transação, como no caso de improbidade administrativa, artigo 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992. Na área ambiental, em se tratando de acordo pactuado entre autor do ilícito e o Poder Público, o “compromisso tem que ser um meio através do qual se possa alcançar, pelo menos, tudo aquilo que seja possível obter em sede de eventual julgamento de procedência em ação judicial relacionada àquela conduta específica” (SOUZA, 2012, p. 176).

Apesar de Rodrigues (2006) admitir que, na resolução de conflitos envolvendo direitos indisponíveis, possa-se utilizar a solução extrajudicial, esta depende do cumprimento de duas regras. A primeira é a ausência de renúncia e de concessão do direito. A segunda é a existência de um sistema capaz de assegurar que a vontade manifestada corresponda aos interesses dos titulares do direito por meio da consulta aos interessados e também da representação

adequada dos direitos da coletividade pelos órgãos públicos. Ela destaca o caráter preventivo da solução extrajudicial, pois, além de o acordo apresentar a solução para o conflito concreto, em muitos casos, pode dispor para o futuro, para evitar novos pontos de divergência entre as partes.

Outro posicionamento que merece ser destacado é o de Gavronski (2015), para quem a conclusão pela impossibilidade de autocomposição por negociação nos conflitos de natureza coletiva, sustentada na premissa de que esta resulta na disposição sobre o direito, é equivocada. Embora a negociação não permita concessões sobre o conteúdo dos direitos pelos legitimados a defendê-los, admite-se sua utilização para o fim de especificar as condições de modo, tempo e lugar para a sua implementação. Assim, a negociação não significa a dispensa das obrigações previstas em lei e, portanto, não se confunde com disposição ou renúncia de direitos.

Diferentemente da posição anterior, em conflitos envolvendo direitos indisponíveis, é possível transigir sobre o seu objeto, quando a sua anuência conferir uma maior proteção ao direito, sustenta Moraes (2012). Ele explica a possibilidade de disposição ou renúncia sobre o direito por meio do seguinte exemplo: “tivemos caso concreto em que se fez acordo prevendo a colocação de filtros em três meses, após, a fixação do segundo grupo de filtros em seis meses, sendo que os últimos somente seriam instalados nove meses a contar do fechamento do acordo”. Embora alguns dissessem que isso é mera e simples previsão de prazos, quando se aceita que a poluição continue por determinado tempo em benefício da resolução efetiva e em prazo razoável, há transação sobre o direito por parte do legitimado em defendê-lo. Nesse caso, é mais vantajoso aguardar poucos meses para a solução definitiva do que demandar pela via judicial, que poderá se prolongar por anos (MORAIS, 2012, p. 54).

Ruiz (2016) argumenta que a mediação possa ser um caminho mais eficiente do que a via judicial frente a um desastre, como o rompimento da barragem em Mariana, que exige uma solução rápida, para atenuar o risco da irreparabilidade dos danos ambientais ou também de sua ampliação. Assim, diante da inexistência de vedação legal quanto à transação dos bens ambientais, ela defende que a mediação possa ser utilizada quando “sirva a sua proteção mais eficiente e célere, sem que se abra mão do direito da presente e também das futuras gerações a um meio ambiente equilibrado” (RUIZ, 2016, p.80).

Nessa mesma perspectiva, Lenza (2005, p.79) defende que a orientação deve ser no sentido da permissibilidade da transação referente aos direitos indisponíveis, já que inexistente vedação expressamente legal, mas impõe como requisito que “a concessão que deva ser feita seja mais eficiente para a manutenção e proteção dos bens difusos que a via judicial”. Ele ressalva que a concessão não importa na renúncia ao direito material, porque se restringe à forma e termo de ajuste, com a finalidade de garantir uma maior proteção do bem difuso em conflito.

Para Ernandorema (2013), a indisponibilidade recai sobre o meio am-

biente como um todo e não sobre cada elemento natural ou cultural que o compõe isoladamente. Neste sentido, o autor defende que o limite para a utilização da mediação é “a exigência de manutenção do meio ambiente em uma situação capaz de deflagrar o movimento natural de autorregeneração ou de não o inibir, fator hábil a configurar o núcleo do interesse difuso em foco – e, portanto, indisponível – no que se refere aos conflitos ambientais”. (ERNANDOREMA, 2013, p.210).

Em Portugal, cumpre, desde logo, referir que, em termos constitucionais, apesar da previsão do direito fundamental de acesso à justiça, não há óbice para a utilização de outras formas de resolução de conflitos, admitidas no artigo 202, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa. A mediação é regulada pela Lei n.º 29/2013 e pode ocorrer em matéria comercial e civil, antes da propositura da ação ou independentemente da sua existência, não abrangendo a mediação ambiental em sentido estrito, e na área penal criada pela Lei n.º 29/2007. Esta é destinada aos crimes com pena inferior a cinco anos, operada na fase de inquérito policial e dependente da iniciativa do Ministério Público, que designa um mediador para alcançar um acordo entre agente e vítima ou quem fale por ela que será, no caso dos crimes ambientais, o MP agindo de ofício ou por denúncia de cidadão ou organização não governamental de proteção ambiental. Há também os sistemas públicos de mediação que têm competência para mediar conflitos que se enquadrem no âmbito das suas competências em razão da matéria. (CEBOLA, 2012).

Conforme a autora portuguesa Gomes (2014, p.206), o ambiente corresponde a “um interesse de fruição coletiva de componentes ambientais naturais”, cuja proteção é dever do Estado com a participação de entidades privadas e públicas, bem como pessoas singulares e coletivas. Trata-se de um interesse individualmente indisponível, regulado, em sua maioria, por normas imperativas e que exige uma proteção mais elevada, o que coloca dúvidas sobre a compatibilização da resolução extrajudicial de conflitos com a arbitragem ou com a mediação. Neste último caso, embora a mediabilidade não seja incompatível com a indisponibilidade do direito, a utilidade da mediação é discutível em razão de vias paralelas existentes em Portugal, como os momentos de participação de cidadãos, autoridades públicas, operadores econômicos e associações de defesa do meio ambiente, através das audiências públicas prévias, nas quais se disponibilizam informações relacionadas aos projetos em curso de avaliação e licenciamento ambiental. O Provedor de justiça, órgão autorizado a intervir na tutela dos interesses difusos e coletivos, quando da presença de entidades públicas, empresas e serviços de interesse geral, exerce um papel relevante na mediação de conflitos ambientais, o que reduz o espaço útil dos mediadores privados.

Em face disso, a mediação ambiental tem um papel secundário também e subsidiário, sobretudo diante dos momentos de participação proporcionados pela legislação ambiental. Para a autora supracitada (2012), a mediação poderá ocorrer em relação às ofensas a direitos individuais, como no caso

de conflitos de vizinhança, que pertencem ao campo dos Direitos Reais e do Direito Urbanístico. Outra via a ser explorada é a mediação penal, porque, mais do que a estipulação de uma multa ou de qualquer outra sanção, o que realmente importa é conscientizar o infrator quanto à necessidade de rever seu comportamento relativamente ao meio ambiente, finalidade que esse mecanismo pode concretizar de forma efetiva. Por último, ela alerta que a mediação não pode ser utilizada como desculpa para a inércia das autoridades com competência de fiscalização e repressão de comportamentos ilícitos.

No México, a Lei Federal de Responsabilidade Ambiental autoriza expressamente a utilização dos mecanismos consensuais de resolução de conflitos ambientais. Nesse sentido, a proposta apresentada por Rendón (2016) inclui a utilização da conciliação extraprocessual para resolver os conflitos individuais relativos à responsabilidade ambiental, isto é, aqueles que surgem em função de um dano ambiental. Ela recorre à opinião de Giacometto (2010), para quem a solução extrajudicial somente pode ser utilizada quando houver previsão expressa na lei, como ocorre na legislação mexicana, ou quando o indivíduo puder dispor livremente do direito, desde que respeite a ordem pública. Sob essa perspectiva, a conciliação não viola esta segunda condição, porque confere à sociedade o acesso a um procedimento mais célere e simples do que a via judicial, além de atingir a principal finalidade que é a reparação dos danos ambientais.

De um lado, a mediação ambiental enfrenta resistência devido à indisponibilidade do direito envolvido. Por outro lado, a doutrina e também os entrevistados reconhecem a lentidão das ações judiciais ambientais, e a dificuldade na produção de prova em razão da complexidade da matéria técnica envolvida. Esse cenário conduz ao aniquilamento dos direitos difusos, já que uma “justiça ambiental que não soluciona de forma rápida e eficiente um conflito ambiental injusta é” (ANTUNES, 2003, p. 52).

O Estado quer monopolizar a resolução de conflitos na área ambiental, mas, ao mesmo tempo, não garante o direito. Além disso, a mediação poderia contribuir para a consolidação de uma cultura de legalidade em matéria ambiental, bem como para a construção de uma solução mais célere e menos dispendiosa. Na Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos, um dos resultados benéficos da utilização da mediação são os projetos ambientais suplementares, nos quais o infrator realiza um projeto, mesmo que a lei não exija, em troca de uma redução parcial do valor da indenização.

Em Basco, a Lei nº 3/1998 que trata da Proteção do Meio Ambiente regulamentou a mediação em duas modalidades. No primeiro caso, os procedimentos administrativos poderão ser resolvidos definitivamente mediante acordo entre a parte solicitante e a Administração. No segundo caso, a resolução administrativa impugnada pelas partes também poderá ser resolvida por meio da mediação. Assim, Cebola (2012) recomenda que a legislação espanhola nacional deveria seguir o exemplo dessa Lei para potencializar a resolução de conflitos ambientais por meio do compartilhamento de ideias e

decisões entre cidadãos e poder público.

Do exposto, extrai-se que a objeção relacionada à indisponibilidade é deslocada para a discussão quanto à possibilidade ou não da transação de direitos difusos, uma vez que a Lei de Mediação faz distinção entre o grupo de direitos difusos que podem ser objeto da mediação e o grupo de direitos difusos que não podem ser mediados, com base no critério da transação. Assim, partilha-se da posição de Venturi (2016), para quem a transação não significa renúncia do direito, pois há diversos modelos de negociação que resultam em consequências diferentes quanto à cessão do direito material. Quando se negocia, não se está renunciando ou dispondo de direito que não lhe pertence, mas sim buscando uma solução efetiva e célere para o conflito ambiental, que corre o risco de perecer pela morosidade das decisões judiciais e também pelas falhas, apontadas no capítulo dois, quanto ao acompanhamento e à fiscalização do cumprimento da sentença.

Se a mediação de direitos difusos suscita dúvidas, a de direitos individuais resultante de danos ambientais não apresenta óbice e pode ser objeto da mediação sem a necessidade de nenhuma providência, pois integra o rol dos direitos disponíveis. É o caso de vítimas de danos ambientais por ricochete, que recai sobre não sobre o patrimônio ambiental e sim no âmbito dos interesses pessoais, permitindo aos lesados buscarem uma reparação pelos danos sofridos, seja patrimonial ou extrapatrimonial.

Além disso, quanto ao momento de aplicação da mediação, é recomendável que sua utilização ocorra antes da judicialização do conflito, dentro ou fora dos órgãos públicos, como o Poder Judiciário e o Ministério Público, pois há uma maior propensão das partes ao diálogo e à cooperação. Quando celebrado o acordo na mediação em que haja direitos indisponíveis e transigíveis, as partes deverão enviar cópia do mesmo à Justiça competente para que, ouvido o MP, seja homologado. Caso os direitos sejam disponíveis, ou seja, interesse de uma das partes, muito embora possam ter origem em tema ambiental, a homologação é dispensável. Assim, a mediação tem espaço para prevenir os conflitos ambientais, como no âmbito de um licenciamento ambiental em curso e para atuar de forma repressiva ou para reparar um dano ao meio ambiente, por exemplo. A confiança e o diálogo gerados poderão ser suficientes para que a primeira escolha das partes seja a mediação diante de um novo conflito.

Por último, o óbice à negociação dos direitos difusos devido a sua indisponibilidade, presente no sistema de justiça, deve ser reconsiderada frente à urgência e concretização desses direitos, especialmente quando solução gerada pela mediação se mostrar, concretamente, mais vantajosa a sua própria proteção ou concretização. Após a definição do objeto, o próximo item será dedicado às vantagens da mediação ambiental.

Conclusão

Os mecanismos consensuais de resolução de conflitos, inseridos no âmbito do movimento social vivenciado pelos Estados Unidos na década de 1970, o qual propunha a superação do viés focado na visão de “vencer ou vencer” inerente aos processos judiciais, para o viés de “ganha-ganha”, vão obtendo consagração legal em nível brasileiro e não violam o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República, uma vez que o Direito de Acesso à Justiça neste novo século deve abranger qualquer mecanismo que seja célere e imparcial, ao mesmo tempo que concretiza o direito pleiteado.

São opções disponíveis às partes para a solução de seus conflitos, as quais deverão escolher o mecanismo que melhor atenda às suas especificidades, pois cada um deles tem o seu *modus operandi* particular. A reunião e, sobretudo, a viabilização de acesso a todos os mecanismos de resolução de conflitos, baseado no binômio Judiciário e consenso, deve ser um dos pilares da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, constituindo a mediação uma das opções que se abriria aos cidadãos para a resolução de seus conflitos.

A mediação é um mecanismo caracterizado pela intervenção de um terceiro neutro e imparcial em relação ao conflito e também às partes para que, sob a guarida dos princípios que regem sua atuação, possa auxiliá-las na construção da solução do conflito por meio do diálogo e da cooperação. Ela visa que as partes construam por si próprias a solução jurídica para o seu conflito, o que a diferencia do processo judicial, no qual o juiz decide, e também da conciliação, uma vez que o terceiro facilitador da conversa pode sugerir opções de solução para o conflito.

Neste sentido, os conflitos ambientais que envolvem direitos individuais, como é o caso de vítimas de danos ambientais por ricochete, podem ser objeto da mediação, visto que se trata de direitos disponíveis. Igualmente, a mediação revela-se como mecanismo adequado para lidar com os conflitos ambientais que envolvem direitos indisponíveis, devido ao seu potencial para gerar soluções criativas que potencializem a sua proteção. Nesta situação, a transação não importa na renúncia ou disposição sobre o direito material, o que se propõe é que as medidas de prevenção, cessação ou reparação dos danos ambientais possam ser objeto da mediação para que a resposta ao conflito seja mais célere e eficiente do que a judicial e, assim, evitar a ampliação dos danos ambientais, que, na sua maioria, são irreversíveis.

Embora não haja necessidade de lei específica para a mediação ambiental, visto que já existe regulamentação, seria adequado que a Lei de Mediação recebesse alterações ligadas à gestão do princípio da confidencialidade e aos limites para sua utilização, com a finalidade de trazer segurança jurídica em relação aos seus usuários.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. Conciliação, Arbitragem e Meio Ambiente. **Jornal do Comércio**, 28 nov. 2003.

CEBOLA, Cátia Marques. A arbitragem no contexto ambiental e urbanístico. In: FONSECA, Isabel Celeste. (Coord.). **A arbitragem administrativa e tributária**. Coimbra, 2012.

ERNADORENA, Paulo Roberto. **A mediação emancipatória nas audiências públicas e a gestão do conhecimento**. 2013. Tese (Doutorado em Engenharia e Gestão do Conhecimento) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral et al. **Manual de Negociação e Mediação para membros do Ministério Público de Minas Gerais**. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

GIACOMETTO, Anita. **Jurisprudencia constitucional em Materia de Conciliación Prejudicial obligatoria**. Disponível em: <http://www.academia.edu/7204006/Jurisprudencia_constitucional_en_materia_de_conciliaci%C3%B3n_prejudicial_obligatoria>. Acesso em: 20 jul. 2018.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo, RT, 2005.

GOMES, Carla Amado. Mediação e arbitragem administrativa e direito do ambiente: qualquer semelhança é mera coincidência? **Revista da Faculdade de Direito**, v. 42, n. 2, 2014.

MORAIS, José Luis Bolzan. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RENDÓN, Angelina Isabel Valenzuela. Ventajas y Desventajas de la Conciliación en la Resolución de Conflictos. Sobre Reparación del Daño al Medio Ambiente. **Revista Internacional Consinter de Direito Publicação**, Curitiba, Ano II, Número III, 2016.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RUIZ, Isadora. Mediação: uma solução possível para Mariana? **Cadernos FGV Projetos**, ano 10, n. 26, dez. 2016.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitoria). **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 30, n. 128, p. 59-77, out. 2005.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, v. 251, jan. 2016.

A ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO NO COMBATE À OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO OU NÃO DA TUTELA DO MEIO AMBIENTE E DO CONSUMIDOR NO BRASIL

André Serotini

Professor da Universidade do Estado de Minas Gerais – Unidade Frutal. Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo. Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal de São Carlos. Pesquisador Bolsista de Produtividade da Universidade do Estado de Minas Gerais¹

Resumo:

Compreender o processo de valoração da problemática causada pela prática de obsolescência programada, conceitualmente considerada como a abreviação intencional da vida útil dos produtos, ao examinar a atuação do Poder Legislativo brasileiro, em nível federal, considerando seus atores, argumentos e decisões, objetivando responder a interrogante se este está sendo omissor na sua função típica de debater e apresentar soluções legislativas para o enfrentamento de tal estratégia lesiva para o meio ambiente e ao consumidor, é o foco desta pesquisa classificada como exploratória e descritiva. Adotou-se, ainda, para o melhor desenvolvimento da pesquisa e como indutor questionador o método dialético pressupondo-se que os fatos não podem ser considerados fora de um contexto social, político e econômico e, por isso, busca-se promover a interpretação dinâmica e totalizante da realidade. Como resultado, verificou-se que não existe no ordenamento jurídico brasileiro legislação que trata especificamente sobre a obsolescência programada, mas, de outro lado, existem projetos de lei em tramitação há mais de 10 anos no Congresso Nacional, abordando, principalmente, aspectos relacionados às relações de consumo, entendendo-se a obsolescência como uma espécie de vício do produto. No tocante aos impactos no meio ambiente, é possível, pela via interpretativa, mas insuficiente, concluir que a Política Nacional do Meio Ambiente e de Resíduos Sólidos, combatem, tangencialmente, a obsolescência programada, não tendo sido constatado projetos de leis com essa finalidade específica. Assim, estas omissões obstaculizam a efetivação das tutelas do meio ambiente e das

¹ Pesquisa realizada com apoio do Programa de Bolsa Produtividade (PQ/UEMG) - Chamada 01/2021

relações de consumo.

Palavras-chave: Obsolescência programada; Meio ambiente; Sociedade de consumo; Consumidor; Poder legislativo

Introdução

Identificada como causa de conflito social e ambiental, sob o olhar da Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, partindo do pressuposto de que o fenômeno jurídico deve ser analisado por três aspectos epistemológico: o fato jurídico, o valor e a norma propriamente dita, não se restringindo à análise unilateral da norma posta, a presente pesquisa buscar compreender o processo de valoração da problemática causada pela prática de obsolescência programada ao examinar a atuação do Poder Legislativo, em nível federal, considerando seus atores, argumentos e decisões. Em tempo, conceitualmente, a obsolescência programada pode ser considerada a abreviação intencional da vida útil dos produtos.

Como objetivo imediato, a pesquisa busca responder a interrogante: *O Poder Legislativo brasileiro está sendo omissivo na sua função típica de debater e apresentar soluções legislativas para o enfrentamento à prática de obsolescência programada?*

Para apresentar possíveis respostas, esta pesquisa, com base nos seus objetivos, é classificada como exploratória ao proporcionar maior familiaridade com a problemática apresentada, buscando tornar o tema mais explícito e claro, principalmente, em razão de a investigação sobre a obsolescência programada apresentar pouco conhecimento acumulado e sistematizado sob o olhar jurídico, objetivando-se o aprofundamento de conceitos preliminares sobre o assunto, utilizando-se o delineamento da pesquisa bibliográfica, criando-se, portanto, o devido referencial teórico. Ao mesmo tempo, numa sequência lógica e dedutiva, a pesquisa se classifica em descritiva ao caracterizar a atuação do Poder Legislativo brasileiro, apresentando os atores, argumentos e decisões sobre o tratamento da obsolescência, já que esta produz relevantes impactos nas relações de consumo e no meio ambiente, utilizando-se, para tanto, a técnica de análise documental (atas, anais, projetos de leis, leis etc).

Adotou-se, ainda, para o melhor desenvolvimento da pesquisa e como indutor questionador o método dialético pressupondo-se que os fatos não podem ser considerados fora de um contexto social, político e econômico e, por isso, busca-se promover a interpretação dinâmica e totalizante da realidade.

Como resultados, verificou-se a inexistência de legislação que trata especificamente da obsolescência programada, mas, de outro lado, a constatação de alguns projetos de lei em tramitação há mais de 10 anos no Congresso Nacional, abordando, principalmente, aspectos relacionados às relações de consumo, entendendo a obsolescência como uma espécie de vício do produto.

No tocante aos impactos no meio ambiente, é possível, pela via interpretativa, mas insuficiente, concluir que a Política Nacional do Meio Ambiente e de Resíduos Sólidos, combatem, tangencialmente, a obsolescência programada, não tendo sido constatado projetos de leis com essa finalidade específica.

Breve histórico e considerações sobre a obsolescência programada

A obsolescência programada pode ser considerada como o motor perpétuo da sociedade de consumo, caracterizada pela busca incessante de satisfação de necessidades pessoais e “qualidade de vida” representada pela aquisição de novos produtos que prometem uma vida mais longa e feliz, pedindo em troca “apenas” que determinados impactos sociais e ambientais sejam suportados pela coletividade. A volatilidade é um emblema deste cenário, seja na troca constante de tais produtos ou das relações sócio-afetivas que atingiram às expectativas do “consumidor”.

Ao incentivar e/ou induzir a substituição reiterada de produtos, por motivações diversas, a obsolescência programada torna-se uma excelente estratégia para o sistema capitalista, movimentando suas engrenagens, mantendo uma cadeia linear de exploração, iniciando-se pela utilização de recursos naturais em níveis insustentáveis e, finalizando, pelo meno de forma mais perceptível, com a geração de quantidades infindáveis de resíduos, contando, obviamente, durante todo esse processo com a participação e interação de indivíduos, ora como fim, ora como próprio produto.

Conceitualmente, obsolescência, por si só, é a redução gradativa da possibilidade de uso de uma determinada coisa, ou seja, pelo desgaste natural de seus componentes, ou ainda, pelo aparecimento de produtos semelhantes, com mesma ou melhor usabilidade. Todavia, de outro lado, ao acrescentar o substantivo “programada”, verifica-se a intencionalidade na redução da vida útil de um determinado bem, inviabilizando seu uso, forçando a sua substituição antecipada.

É possível conceituar obsolescência programada como o encurtamento proposital da vida útil dos bens e produtos para que durem menos tempo e, dessa forma, ocasione o aumento do consumo de novos produtos, consequentemente aumentando o uso dos recursos naturais e não naturais, sob o argumento de contribuir para o crescimento econômico.

Historicamente, para a formação do conceito de obsolescência programada deve se levar em consideração dois momentos do modo de produção, sendo o primeiro anterior à Revolução Industrial, cujo processo produtivo era caracterizado pela tração humana e de animais para fornecimento de energia para transformação, implicando, desta forma, numa produção mais lenta, utilizando-se, portanto, menos recursos naturais² e, pós-Revolução Industrial,

2 LEONARD, Annie. **A história das coisas**: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos. Tradução de Heloisa Mourão. Estados Unidos: Jorge Zahar Editor, 2011.

caracterizado pela grande transformação dos processos produtivos baseada, principalmente, na utilização de máquinas à vapor, substituindo a força humana e de animais, aumentando a velocidade da produção, implicando em maior exploração de recursos naturais, aumento de bens e serviços e mudanças consideráveis no padrão de consumo, consolidando-se, desta forma, o capitalismo³.

A mudança da chave no processo produtivo com o aumento da velocidade de produção só se justificaria com o também aumento do consumo, pois a geração de lucros não estava na produção em si, mas sim, na venda dos produtos. Então, aliado ao aumento da produção, o consumo precisaria ser incentivado e, para tanto, estratégias foram sendo elaboradas e implementadas, dentre as quais, a obsolescência programada, cujo marco histórico se dá com diminuição da vida útil da lâmpada elétrica, como forma de diminuir os impactos da crise de 1929, nos Estados Unidos.

Desse modo, com base neste precedente, infere-se que a obsolescência programada surgiu para limitar a vida útil de um bem ou serviço, os tornando obsoletos e descartáveis, prontos para serem substituídos por novos, demandando maior produção - fatores característicos de um processo capitalista -, buscando fundamentos na ideia de crescimento econômico, equilíbrio do capital e do mercado de trabalho. A partir disso, entende-se que sempre haverá mercado para novos produtos e geração de postos de trabalhos.

Assim, por meio do consumo em massa, induzido pela obsolescência programada, as indústrias poderiam manter sua produção, gerando empregos e, permitindo, por sua vez, a compra daquilo que estava sendo produzido, ou seja, o próprio consumo, podendo, desta forma, superar a Grande Depressão⁴.

Evidente que ao tornar a obsolescência programada como uma estratégia pública de redução da vida útil dos bens produzidos isso traria reações populares adversas, pois, naturalmente, ninguém gosta de se sentir enganado e lesado e, conseqüentemente, esse sentimento refletiria no processo de representação política dos Estados, vez que seria inadmissível as instituições políticas conceberem como admissível um plano que iria contra o povo e em benefício das indústrias, ainda que estas justificassem que tal prática pudesse gerar mais empregos.

Assim, a indústria adotou formas mais sutis de manter seu intento produtivo em larga escala e, conseqüentemente, a obtenção de lucro, como a inserção de novas funcionalidades e design moderno, adotando-se estratégias de marketing e propaganda, inculcando nos consumidores a ideia de necessidade, desejo pelos novos produtos; substituição e descarte dos antigos (obsoletos).

3 VIEIRA, Gabriela de Castro; et al. A Responsabilidade Civil Ambiental Decorrente da Obsolescência Programada. **Revista Brasileira de Direito**. [S.I.: s.n] v. 1, n. 2, 2015, Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/838/949>. Acesso em: 05 mar. 2020

4 LONDON, Bernard. Ending the Depression Through Planned Obsolescence. New York: Self-published, 1932

Gilles Lipovetsky denomina essa sociedade como “sociedade da abundância”, pautada no alto índice de produtividade e aumento significativo do crescimento econômico, gerando, desta forma, poder de compra, incrementado com a disponibilização de crédito, permitindo acesso a determinados bens, antes disponíveis apenas para classes privilegiadas⁵. Esse poder de compra aumenta a rotatividade dos produtos, bem como sua diversificação, diminuindo sua vida útil, nem sempre porque foi adotado práticas intencionais embarcadas no produto, mas, tão apenas, pela necessidade de renovação, para estar alinhado a novas tendências, ou seja, para não ser *old-fashioned*.

Vance Packard cita que a obsolescência pode ser considerada a partir da funcionalidade (quando um produto apresenta novas tecnologias ou funcionalidades, substituindo o anterior, obedecendo, desta forma, o processo de desenvolvimento científico, legítimo, portanto, já que busca trazer melhorias para a sociedade); qualidade (quando um determinado produto é feito com a intenção de durar menos do que o normal, ou seja, intencionalmente é programado para ser substituído o quanto antes); ou desejabilidade (é mais sutil, pois trabalha com o psicológico do indivíduo, fazendo com que sinta desejo ou necessidade por um novo produto, tão logo este esteja disponibilizado para compra, mesmo quando o anterior possua condições suficientes para a continuidade de sua utilização) do novo produto⁶.

Ao lado destas formas de obsolescência, Annie Leonard indica a instantânea, se referindo a bens descartáveis, como fraldas e absorventes higiênicos, câmeras, capas de chuva, lâminas de barbear, pratos e talheres descartáveis, que são produzidos, de certa forma, a facilitar a vida das pessoas, trazer mais conforto e comodidade, entretanto, além de utilizarem grandes quantidades de matéria-prima em seus processos produtivos, geram volumes exorbitantes de resíduos, impactando, sobremaneira o meio ambiente⁷.

De fato, pelas características da obsolescência programada, infere-se que esta é causa, não isolada, obviamente, de uma série de conflitos sociais e ambientais e, que ao serem analisados juridicamente, permitem, de forma mais imediata, correlacioná-los, principalmente, aos ramos do direito do consumidor – pela proteção do consumidor sendo este considerado vulnerável ante a produção de bens com curta durabilidade e/ou apresentação de defeitos ou falhas constantes, e, ao direito ambiental – pela necessidade de tutelar o meio ambiente em face da exploração dos recursos naturais e pelos impactos gerados em todas as fases de transformação e descarte.

5 LIPOVETSKY, Gilles. A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

6 PACKARD, Vance. **A estratégia do desperdício**. São Paulo: Ibrasa, 1965.

7 LEONARD, Annie. **A história das coisas**: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos. Tradução de Heloisa Mourão. Estados Unidos: Jorge Zahar Editor, 2011.

Reflexos e consequências na sociedade atual

Ao englobar a tríade da equidade social, da prudência ecológica e da eficiência econômica, com o advento da sociedade globalizada, reputa-se inconcebível o retrocesso tecnológico ou o desestímulo ao crescimento, mas, da forma que o padrão de consumo se apresenta atualmente, fica, realmente difícil de manter em equilíbrio estes pilares do desenvolvimento sustentável.

Enfim, a sociedade atual, caracterizada também como de risco, desenvolveu tecnologias que permitiram o crescimento da produção e a viabilização de lucros, mas deixaram de calcular os riscos desse processo dando margem para o aparecimento de efeitos colaterais, os quais, por exemplo, sob a égide de proteção ambiental, se apresentam na forma de degradação, que, no caso em tela, está representado, não apenas, mas pelo descarte em massa de produtos que perderam sua utilidade e se tornaram obsoletos.

Neste diapasão, pela lógica do capital, a diminuição da produção, o desestímulo ao crescimento tecnológico e a redução do comércio já não parece ser mais uma solução, pois tais ações também se apresentam como um risco, não ambiental, mas econômico, e essa celeuma precisa ser resolvida de forma a restabelecer o equilíbrio.

Enquanto perdurar o sistema capitalista embasado em práticas e comportamentos potencialmente produtores de situações de risco, como a obsolescência programada, o modelo econômico, político e social adotado por nosso país e, também reproduzido por diversos outros continuará compondo uma sociedade de risco ecológico⁸.

Esta pesquisa se debruça numa das formas de solucionar tais celeumas com potencial de restabelecer o equilíbrio do sistema, qual seja, por meio de legislação específica visando combater esta estratégia abusiva, e, para tanto, verificou-se, que até o presente, não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer disposição direta neste sentido.

Abordagem constitucional e legislativa sobre a obsolescência programada no Brasil

Como adiantado, não há legislação brasileira que regule a prática de obsolescência programada, todavia, por meio de análise lógico-dedutiva, ao examinar dispositivos constitucionais, leis ambientais e consumeristas, vislumbra-se, pelos efeitos produzidos, que esta prática deve ser combatida.

De início, já no preâmbulo e nos primeiros artigos da CRFB/88 constata-se a difícil missão de harmonização entre direito sociais e individuais, bem-estar e desenvolvimento, fundamentando-se na cidadania, dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, visando a garantia do desenvolvimento nacional e, ao mesmo tempo, a erradicação

8 ZANATTA, Marina. **A obsolescência programada sob a ótica do Direito Ambiental brasileiro**. 2013. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/marina_zanatta.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

da pobreza e a marginalização, bem como a redução de desigualdades sociais e regionais, trazendo, ainda, no rol de direitos fundamentais, disposição que vincula o Estado à defesa do consumidor⁹.

Em relação à distribuição de competências legislativas correlatas, indiretamente, à obsolescência, a CRFB/88, em seu art. 24, apresenta que matérias atinentes a produção e consumo (inciso V); proteção ao meio ambiente (inciso VI) e reponsabilidade por dano ao meio ambiente e ao consumidor (inciso VIII), são concorrentes entre a União, Estados e Distrito Federal, importando informar que caberá à União o estabelecimento de normas gerais, mas sem exclusão da competência suplementar dos Estados¹⁰.

Quando do tratamento da Ordem Econômica e Financeira, o art. 170 dispõe que esta deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, devendo assegurar existência digna, de acordo com os ditames da justiça social, observando princípios, dentre os quais destaca-se a defesa do consumidor (inciso V), do meio ambiente (inciso VI) e redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII)¹¹.

Obviamente, impossível deixar de mencionar o art. 225, da CRFB/88, que ao tutelar o meio ambiente, traz o controle da produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, qualidade de vida e meio ambiente como forma de garantia de concretização dos objetivos do Estado brasileiro¹².

No âmbito da legislação consumerista o Código de Defesa do Consumidor – CDC, dentre seus objetivos, destaca-se o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida e a transparência e harmonia das relações de consumo, mostrando clara adequação aos princípios constitucionais, fazendo referência, ainda, em seu artigo 6º a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos (neste ponto podem ser citadas as questões relacionadas ao descarte de produtos inservíveis, por exemplo); o direito de receber informações sobre o consumo adequado de produtos e serviços; proteção contra a publicidade enganosa e abusiva; efetiva proteção e reparação de danos; entre outros, evidentemente necessários para a manutenção da relação equilibrada de consumo¹³.

Em especial, o artigo 37, ao tratar da responsabilidade por vício do pro-

9 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 abr. 2020.

10 Idem

11 Idem

12 Idem

13 BRASIL. **Lei Federal nº 8078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília/DF: Diário Oficial da União, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 9 abr. 2020.

duto e do serviço, veda a publicidade enganosa ou abusiva, considerando enganosa aquela capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedade, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços ou, ainda, quando deixar de informar sobre dado essencial destes. Sendo, portanto, considerada abusiva, dentre outras, a prática de se aproveitar da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; e, colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro)¹⁴.

Embora seja possível correlacionar a obsolescência programada no rol das práticas que devem ser combatidas pela legislação consumerista, isso é insuficiente, pois, para tanto, necessário se faz uma argumentação demasiadamente complexa, contrariando a simplicidade que deve estruturar as relações de consumo.

Na seara ambiental, a Política Nacional do Meio Ambiente traz dentre seus objetivos a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida, e imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos, atribuindo ao CONAMA a competência para estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos. Importante mencionar que a Política Nacional de Meio Ambiente firma um pacto de incentivo ao desenvolvimento de pesquisas e processos tecnológicos destinados a reduzir a degradação da qualidade ambiental¹⁵.

Uma das estratégias para o controle do processo produtivo adotado pelo legislador é atuar na fase final da cadeia, ou seja, no descarte daquilo que não serve mais, sem utilização, ou seja, pós-consumo, responsabilizando todos os envolvidos, forçando, desta forma, que haja uma modificação cultural também no início deste processo. Neste sentido, foi concebida a Política Nacional de Resíduos Sólidos, trazendo em seu texto objetivos, princípios e instrumentos que, com fundamentação no princípio da sustentabilidade, amparada pela Lei Federal nº. 6.938/81, colaboram no combate às práticas de obsolescência

14 Idem.

15 BRASIL. **Lei Federal nº 6938, 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: Diário Oficial da União, 2 set. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 9 abr. 2020.

programada. Entretanto, por mais que estes instrumentos legislativos possam ser utilizados como supedâneo para o desenvolvimento de argumento contra a adoção da prática de obsolescência programada, restam-se insuficientes para este mister e, por este motivo, indaga-se como o Poder Legislativo tem atuado para preencher essa lacuna no ordenamento jurídico.

A atuação do Congresso Nacional

Ao realizar a pesquisa nos ambientes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal constatou-se a existência de uma série de projetos de leis que tem como objetivo o combate à obsolescência programada, dentre os quais destacam-se o PL 3019/2019 e o PL 5939/2019, ambos da Câmara dos Deputados e, o PL 6042/2019, PL 2833/2019 e PL 536/2009, todos do Senado Federal.

No âmbito da Câmara dos Deputados, o PL 3019/2019 que “proíbe a obsolescência programada” foi apensado ao PL 7875/2017 que “adiciona inciso ao art. 39 da Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990, para vedar a obsolescência programada”, com o foco nos produtos eletrônicos, tendo como justificativas os princípios da dignidade e segurança dos consumidores. Este projeto encontra-se em tramitação, constando, inclusive um requerimento datado de 05/09/2017, solicitando a realização de audiência pública, na qual se convidaria a Confederação Nacional da Indústria (CNI), Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica (ABINEE), Associação Nacional de Veículos Automotores (ANFAVEA), Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO) e o Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC), para debater a prática da obsolescência programada em produtos fabricados pela indústria nacional. A audiência pública ainda não aconteceu, sendo que, após algumas alterações, incluindo a da ementa do PL que passou a ser “Política Nacional de Conservação de Recursos Naturais e dá outras providências”; mudanças de relatores; críticas no sentido de que há uma imprecisão da definição do que seja a obsolescência programada, o requerimento pela realização da audiência pública foi aprovado em 06/07/2022¹⁶.

Já, o PL 5939/2019 apresenta uma abordagem distinta. A ementa do projeto traz como objetivo “alterar o CDC obrigando o fornecedor a informar a durabilidade esperada dos produtos eletrônicos e eletrodomésticos”, apresentando justificativa baseada no “direito de reparar”. Após receber como apensos uma série de outros projetos de lei, por fim foi apensado ao PL 2010/2011, de origem do Senado Federal que trata de garantia de produtos, ampliando a tutela dos interesses do consumidor privilegiando a longevidade e a sustentabilidade do consumo consciente¹⁷.

16 CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 3019, de 21 de maio de 2019.** Proíbe a obsolescência programada. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2204119>. Acesso em: Ago. 2022.

17 CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 5963, de 02 de setembro de 2009.** Cria o Selo Verde “Preservação da Amazônia” para produtos oriundos da Zona Franca

No Senado Federal tramita o PL 6042/2019 que “dispõe sobre os procedimentos aplicáveis em benefício do consumidor de produtos eletrônicos ou eletrodoméstico, em caso de obsolescência do produto antes do término de sua vida útil, criando-se a obrigação do fornecedor informar a vida útil estimada daqueles produtos, podendo o consumidor, nos casos de se tornarem obsoletos antes deste prazo, exigir restituição ou substituição do produto, no prazo de 7 (sete) dias úteis¹⁸.”

Na justificativa apresentada pelo autor do projeto na oportunidade de sua proposição constam argumentos pautados no desequilíbrio das relações entre produtor e consumidor, gerando, portanto, conflitos, vez que é reconhecida a prática da obsolescência programada, ou seja, intencional, no sentido de diminuir a vida útil dos produtos, em especial, os eletrônicos e eletrodomésticos, prática esta agravada pela utilização de campanhas de marketings agressivas que estimulam o consumo desenfreado.

Outro projeto que se encontra em tramitação, basicamente com o mesmo teor do anteriormente mencionado é o PL 2.833/2019, no sentido de se alterar o art. 39, do Código de Defesa do Consumidor objetivando vedar a obsolescência programada, definindo como prática abusiva a redução artificial da durabilidade dos produtos ou do ciclo de vida de seus componentes¹⁹. As justificativas deste projeto se baseiam na necessidade de modernização do Código de Defesa do Consumidor, principalmente em face do advento do comércio eletrônico.

Em relação ao PL 536/2009, objetivando acrescentar ao Código de Defesa do Consumidor, dispositivo para obrigar os fabricantes a credenciar pelo menos um serviço de assistência técnica autorizada em municípios com população superior a cem mil habitantes²⁰, a justificativa apresentada é o acesso do consumidor à prestação de assistência técnica autorizada sem burocracias extremas, obedecendo princípios da relação de consumo. Este PL foi remetido à Câmara dos Deputados em 11/08/2011, recebendo naquela casa o n.º. 2010/2011.

de Manaus (ZFM), e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=448208> Acesso em: 05 abr. 2021.

18 SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 6042, de 19 de novembro de 2019.** Dispõe sobre os procedimentos aplicáveis em benefício do consumidor de produtos eletrônicos ou eletrodomésticos, em caso de obsolescência do produto antes do término de sua vida útil. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139851>. Acesso em: 05 abr. 2021.

19 SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 2833, de 14 de maio de 2019.** Adiciona inciso ao art. 39 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para vedar a obsolescência programada. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136731> Acesso em: 05 abr. 2021.

20 SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 536, de 01 de dezembro de 2009.** Acrescenta art. 18-A à Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor, para obrigar os fabricantes a credenciar pelo menos um serviço de assistência técnica autorizada em municípios com população superior a cem mil habitantes, e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/94383> Acesso em: 05 abr. 2021.

Considerações finais

Após apresentar aspectos históricos e conceituais da adoção da prática de obsolescência programada nos processos produtivos das mais diversas indústrias, conclui-se que seus impactos são lesivos à sociedade, em especial, ao meio ambiente e aos consumidores.

Embora não haja no ordenamento jurídico brasileiro legislação específica no sentido de combater esta prática abusiva, pela interpretação lógica e sistemática dos princípios, objetivos e normas contidas na CRFB/88, do Código de Defesa do Consumidor e da Política Nacional de Meio Ambiente, é possível concluir que a obsolescência programada deve ser coibida, todavia, exatamente pela necessidade de um esforço interpretativo, a tutela do meio ambiente e das relações de consumo se tornam inefetivas neste caso.

Ao questionar se o Poder Legislativo brasileiro está sendo omissivo, constatou-se, por meio de pesquisa de projetos de leis, que existem boas iniciativas, mas, aparentemente, sem muita prioridade em se avançar nos debates para que a obsolescência programada possa ser combatida de forma efetiva.

Enfim, distante da pretensão de se esgotar o debate sobre a problemática proposta, o presente trabalho visa a abertura de novas perspectivas de pesquisa.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 abr. 2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 6938, 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: Diário Oficial da União, 2 set. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 9 abr. 2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 8078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília/DF: Diário Oficial da União, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 9 abr. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 3019, de 21 de maio de 2019**. Proíbe a obsolescência programada. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2204119>. Acesso em: 05 ago. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 5963, de 02 de setembro de 2009**. Cria o Selo Verde “Preservação da Amazônia” para produtos oriundos da Zona Franca de Manaus (ZFM), e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=448208>. Acesso em: 05 ago. 2022.

LEONARD, Annie. **A história das coisas**: da natureza ao lixo, o que acontece

com tudo que consumimos. Tradução de Heloisa Mourão. Estados Unidos: Jorge Zahar Editor, 2011.

LIPOVETSKY, Gilles. A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiper-consumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LONDON, Bernard. Ending the Depression Through Planned Obsolescence. New York: Self-published, 1932

PACKARD, Vance. **A estratégia do desperdício**. São Paulo: Ibrasa, 1965.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 2833, de 14 de maio de 2019**. Adiciona inciso ao art. 39 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para vedar a obsolescência programada. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136731> Acesso em: 05 ago. 2022.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 536, de 01 de dezembro de 2009**. Acrescenta art. 18-A à Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor, para obrigar os fabricantes a credenciar pelo menos um serviço de assistência técnica autorizada em municípios com população superior a cem mil habitantes, e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/94383> Acesso em: 05 ago. 2022.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 6042, de 19 de novembro de 2019**. Dispõe sobre os procedimentos aplicáveis em benefício do consumidor de produtos eletrônicos ou eletrodomésticos, em caso de obsolescência do produto antes do término de sua vida útil. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139851>. Acesso em: 05 ago. 2022.

VIEIRA, Gabriela de Castro; et al. A Responsabilidade Civil Ambiental Decorrente da Obsolescência Programada. **Revista Brasileira de Direito**. [S.l.: s.n] v. 1, n. 2, 2015, Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/838/949>. Acesso em: 05 mar. 2020

ZANATTA, Marina. **A obsolescência programada sob a ótica do Direito Ambiental brasileiro**. 2013. Disponível em: <http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/marina_zanatta.pdf >. Acesso em: 30 ago. 2020.

PROTEÇÃO PLURIDIMENSIONAL DE DIREITOS HUMANOS E A CIDADANIA CONSTITUCIONAL: FORMAS DE INCORPORAÇÃO DE NORMAS GLOBAIS DE DIREITOS HUMANOS E MUDANÇA DA DEMOCRACIA NO BRASIL

Luiz Felipe Fleury Calaça

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Mestrando em direito constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Resumo:

O presente artigo busca articular democracia, legitimidade democrática, cidadania e normas globais de direitos humanos no contexto brasileiro a partir da noção de inclusão em uma democracia constitucional. Nesse ponto, vê-se que as normas globais de direitos humanos podem desempenhar um papel no fortalecimento da democracia constitucional a partir do impacto que têm na inclusão democrática. Portanto, o presente artigo possui como pergunta de pesquisa o modo como a formação de normas globais em direitos humanos, no contexto da proteção pluridimensional, pode promover um fortalecimento da democracia constitucional no Brasil a partir da noção de cidadania. Trabalha-se, por isso, com a hipótese de que as normas globais de direitos humanos têm o condão de fortalecer a cidadania em uma democracia constitucional em seu aspecto normativo para implicar o maior número de indivíduos no processo democrático pelo reconhecimento de direitos. Ao final, chega-se à conclusão de que os processos de integração democrática observáveis na emergência de normas globais de direitos humanos formam uma nova fonte de legitimidade democrática de modo que se verifica um fortalecimento do aspecto normativo da cidadania e, em razão disso, uma maior inclusão de indivíduos na democracia, tendo no controle de convencionalidade sua expressão mais relevante para a dogmática jurídica.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Democracia; Normas globais; Constituição; Cidadania.

Introdução

O presente artigo busca articular democracia, legitimidade democrática

ca, cidadania e normas globais de direitos humanos no contexto brasileiro a partir, precisamente, da inclusão. Nesse sentido, este artigo busca investigar o modo como a formação de normas globais em direitos humanos, no contexto da proteção pluridimensional, pode promover um fortalecimento da democracia constitucional no Brasil a partir da noção de cidadania.

Diante desse questionamento, em um primeiro momento, buscou-se examinar o fato de os direitos humanos, enquanto pretensão normativa de inclusão, formarem um problema de natureza constitucional que transcende os limites estatais, de forma a estarem sujeitos à articulação de vários sistemas jurídicos em torno dos problemas constitucionais que deles advêm - é dizer, buscou-se explorar o transconstitucionalismo como forma de análise do entrelaçamento normativo multinível em torno dos direitos humanos.

Esse contexto permite a emergência de normas globais de direitos humanos, as quais implicam, no sistema pluridimensional de proteção, a uma convergência legal entre os diversos ordenamentos jurídicos que operam nestas racionalidades. Assim, investigou-se, ao cabo a emergência das normas de natureza global em direitos humanos como forma de promover uma mudança nos processos de integração democrática estatais na medida em que deixam de ser eminentemente legislativos e passam a ser determinados por processos judiciais de reconhecimento e aplicação dessas normas globais.

Superado este ponto, em um segundo momento, buscou-se explorar a função do conceito de cidadania em uma democracia constitucional, partindo do pressuposto de que a Constituição é resultado de pressões para a diferenciação funcional na crescente complexificação da sociedade. Portanto, verificou-se que a cidadania possui dois aspectos fundamentais em uma democracia constitucional, o normativo, relativo à implicação dos indivíduos no processo de produção do direito, e o funcional, relativo à integração dos indivíduos em relações com o Estado.

O aspecto mais fortemente ligado à legitimidade em uma democracia, assim, é o aspecto normativo. Nesse ponto, já que os direitos humanos são pretensões normativas de inclusão, uma maior inclusão no conceito de cidadania a partir das normas globais de direitos humanos significa, também, um incremento na legitimidade democrática para além do Estado-nação.

Constatado esse ponto, por fim, o último tópico se preocupa com as formas de incorporação das normas globais de direitos humanos no Brasil para um fortalecimento da cidadania a partir da noção de inclusão inerente a essas normas. Por conseguinte, este artigo preocupou-se em desenvolver algumas linhas gerais dessas formas de incorporação em direção a um incremento democrático pela inclusão de cidadão a partir das normas globais, desenhando três hipóteses: a legislação, a convergência legal judicial e o controle de convencionalidade. Dá-se especial atenção a esta última forma uma vez que se entende ser a responsável por promover uma hierarquização no âmbito das normas globais em sua relação com o ordenamento jurídico brasileiro, o que é de observância obrigatória pelos juízes nacionais.

Ao final, chega-se à conclusão de que é possível constatar que os processos de integração democrática observáveis na emergência de normas globais de direitos humanos formam uma nova fonte de legitimidade democrática, uma vez que são criadoras de uma cidadania inclusiva baseada em padrões globais, de forma a fortalecer o aspecto normativo da cidadania e implicar o maior número de indivíduos no sistema social jurídico, deslocando a legitimidade democrática para além da internalização subjetiva individual ou o reconhecimento estatal da cidadania em direção a processos globais de integração normativa.

No contexto brasileiro, assim, a emergência de normas globais em direitos humanos promove o fortalecimento do aspecto normativo da cidadania e, em razão disso, uma maior inclusão de indivíduos na democracia, tendo no controle de convencionalidade sua expressão mais relevante para a dogmática jurídica.

A proteção pluridimensional dos Direitos Humanos e a convergência jurídico-legal

Pensar a democracia é pensar a inclusão e pensar a inclusão em um ambiente de democracia constitucional significa refletir sobre a estrutura de direitos que permite a implicação das pessoas no processo democrático.

Partindo dessa premissa, o próprio conceito de direitos humanos pode ser pensado a partir dessa pretensão de inclusão. Nesse sentido, é possível definir direitos humanos como as expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade (mundial) e, portanto, de acesso universal ao direito enquanto subsistema social (NEVES, 2009). Em razão disso, os direitos humanos integram de forma evidente a semântica do constitucionalismo, o que é baseado em uma pretensão social diferenciação funcional entre o direito e a política (NEVES, 2009) marcada pela noção tanto de organização do exercício do poder e limitação democrática de seu exercício pela criação de direitos fundamentais (NEVES, 2009; PALMA, 2021), de modo que tanto a política é juridicamente determinada quanto o direito é democraticamente determinado. O constitucionalismo, assim, propaga esta nova semântica visando a criação de novas estruturas normativas que mirem a inclusão universal de qualquer indivíduo sob direitos (NEVES, 2017).

A semântica do constitucionalismo, consequentemente, corresponde a expectativas legais e inclusão política que são universalizáveis por toda a sociedade mundial (NEVES, 2017). Assim, o é possível verificar que, ao longo do século XX, em razão do intenso desenvolvimento da sociedade e crescente pressão por diferenciação, o que levou a uma prevalência da autodescrição pautada pela globalização, “os problemas constitucionais se estenderam para além das fronteiras dos Estados, envolvendo diferentes ordens jurídicas e contextos sociais não controlados por um estado nem regulados direta ou ex-

clusivamente pela constituição de um estado” (NEVES, 2017, p. 288)¹. É dizer, o tratamento desses problemas constitucionais deixou de ser exclusivo do Estado, passando a ser enfrentados por diversas ordens jurídicas, que devem lidar com as mesmas problemáticas antes privilégio do direito constitucional (NEVES, 2009), problemáticas essas que revolvem os direitos fundamentais exatamente por sua pretensão normativa de inclusão.

É a partir dessa constatação que a semântica do constitucionalismo excede os limites do próprio Estado e se torna possível falar em transconstitucionalismo, o que significa a possibilidade de enfrentamento desses casos ou problemas constitucionais comuns a partir do entrelaçamento de duas ou mais ordens jurídicas (NEVES, 2017). Importante a ressalva de que essa articulação entre ordens jurídicas em uma “conversa constitucional” visa afastar uma imposição de uma solução jurídica a um problema constitucional por uma ordem jurídica central, possibilitando um diálogo construtivo para a formação de uma racionalidade transversal² (NEVES, 2009, 2017).

O transconstitucionalismo descreve com precisão o fenômeno de entrelaçamento entre ordens jurídicas diversas em torno do mesmo problema constitucional comum. Não obstante, no contexto da sociedade mundial, os entrelaçamentos entre duas ordens jurídicas apenas são menos comuns do que entrelaçamentos entre mais do que duas ordens. Assim, Neves (2009) aponta que no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos ocorre o chamado transconstitucionalismo pluridimensional, o qual resulta do entrelaçamento de inúmeras ordens jurídicas em torno de um problema constitucional comum.

É exatamente esse o caso descrito com relação à proteção dos direitos humanos. Se estes podem ser definidos enquanto expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade, e, dessa forma, de acesso ao direito enquanto subsistema social, os direitos humanos se encaixam de forma precisa na definição de problema constitucional comum, que transcende a própria fronteira do Estado, expandindo sua semântica universalizante para diversas ordens jurídicas, em um verdadeiro entrelaçamento transconstitucional multinível. Por esses fatores, os direitos humanos se inserem no contexto da governança global³, em íntima relação entre o espaço internacional, estatal e quase-estatal, dada a própria natureza das problemáticas que suscita.

1 Tradução livre de: “[...] constitutional problems extended beyond the borders of states, involving different legal orders and social contexts neither controlled by a state nor directly or exclusively regulated by a state’s constitution”.

2 Enquanto acoplamentos estruturais “constituem fundamentalmente mecanismos de interpenetrações concentradas e duradouras entre sistemas sociais” (NEVES, 2009, p. 37), a racionalidade transversal constitui-se a partir de “mecanismos estruturais que possibilitam o intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas, que, conforme o tipo e a singularidade dos respectivos sistemas ou discursos e de acordo com suas relações específicas, variará intensamente na forma e no conteúdo” (NEVES, 2009, p. 38).

3 Nesse sentido, conceitua-se governança como modo pelo qual o conjunto das instituições são mobilizadas para a gestão de assuntos humanos (KALDOR in TORELLY, 2016).

A despeito de Torelly identificar etapas para a formação da governança global, destaca-se que, no que concerne aos direitos humanos internacionalmente compreendidos, após o fim da Guerra Fria, é possível verificar a construção de um modelo judicial de tomada de decisão (2016a). Dessa forma, o cenário internacional passa a ser marcado por litígios estratégicos, dando maior centralidade, para além dos Estados e organizações internacionais, às cortes de justiça internacional e aos atores que orbitam esse sistema (2016a). Dentre estes destaca-se a emergência do ser humano enquanto um sujeito de direito internacional pela proteção global dos direitos humanos (CALABRIA, 2018).

Por conseguinte, é possível perceber a formação progressiva de uma governança global em vários regimes auto-continentes na comunidade internacional, tal qual o sistema de proteção aos direitos humanos. Essa conversa constitucional aponta para a formação de racionalidades transversais entre diversos sistemas sociais de modo a absorver complexidades e estabilizar expectativas (NEVES, 2009).

A formação da governança global em direitos humanos, ou seja, a construção de um modelo judicial de tomada de decisão (TORELLY, 2016b), aliado ao transconstitucionalismo, permite identificar uma certa convergência jurídico-legal de normas em direitos humanos a partir da emergência de normas globais em matéria de direitos humanos. As normas globais de direitos humanos são, nesse contexto, normas pretensamente obrigatórias e de observância compulsória, as quais desafiam as noções tradicionais de soberania (TORELLY, 2016b). Essa pretensão de universalidade leva a uma tentativa de uniformização global ou, no mínimo, convergência jurídica entre as racionalidades jurídicas parciais levadas a enfrentar um determinado problema constitucional global. Nesse ponto, as normas globais apresentam um “ciclo de vida”, do qual se extrai uma progressiva integração das normas globais às demais racionalidades jurídicas para uma estabilização normativa do fato que pretende regular⁴.

Essa estabilização normativa a partir da integração de normas globais permite uma grande mudança nos processos de integração democrática es-

4 No mesmo sentido, Marcelo Torelly afirma que “[a]pós a fase de persuasão sobre a existência das normas globais, com sua gradual institucionalização em diferentes planos (doméstico, regional, supranacional, internacional) os atores jurídicos determinantes no processo de consolidação atuam em sentido demonstrativo, sendo essa mudança aquela que viabiliza a cascata. Após a cascata, a norma pode ou não internalizar-se. Ao questionarem a leitura dada ao direito, os atores que se mobilizam pela emergência normativa não apontam, em um primeiro momento, a existência de uma determinação no plano normativo, mas sim procuram persuadir sobre uma leitura principiológica questionadora de um determinado status quo. O êxito em persuadir coaduna em decisões jurídicas que, ao promoverem uma reflexão de segunda ordem sobre a adequação social do direito interpretativamente dão forma a um princípio, justificando a mudança legal, mas também dão forma a um comando jurídico- normativo determinado. O processo de repetição de decisões gradualmente altera a tendência interpretativa majoritária e, promovendo tal inversão, estabiliza em um novo patamar o direito. A situação que era complexa, gradualmente, se torna ordinária, equilibrada em determinado patamar” (2016b, p. 130)

tatais, os quais deixam de ser precipuamente legislativos e passam a ser judicialmente determinados. Nesse ponto, o exemplo do Estado colombiano é ilustrativo dessa mudança nos processos de democratização, já que sua Constituição é um exemplo de *transnational judicial constitution*, a qual prevê uma série de normas de responsabilidade global como limitadoras do próprio agir político-democrático do Estado (THORNHILL; CALABRIA, 2020). Assim, o que chama a atenção na Colômbia é exatamente o fato de que sua Constituição criou uma “base para o surgimento de um padrão distinto de democracia” (THORNHILL; CALABRIA, 2020, p. 179) no qual as normas globais de direitos humanos estimulam uma articulação entre o sistema político e a sociedade pela via da litigância estratégica para o exercício de uma agência política participativa para incorporação de novos direitos no sistema jurídico (THORNHILL; CALABRIA, 2020).

Portanto, é possível concluir que os direitos humanos, na medida em que se caracterizam como pretensões de inclusão social, constituem-se problemas de natureza constitucional globais, o que permite a articulação de diversos sistemas jurídicos parciais em seu entorno mediante a formação de um verdadeiro sistema pluridimensional de proteção aos direitos humanos.

Nesse contexto, é justamente a formação de um sistema pluridimensional de proteção dos direitos humanos que leva a uma convergência legal entre os diversos sistemas jurídicos exatamente pela emergência de normas globais, que, em certa medida, desafiam as noções tradicionais de soberania estatal. O cenário leva a uma mudança no panorama democrático, uma vez que dá maior importância aos processos de inclusão democrática judiciais do que propriamente pelas vias tradicionais parlamentares, já que a formação da governança global em direitos humanos leva a essa consequência - um constitucionalismo inclusivo judicial.

Não obstante, como pensar a figura do cidadão constitucional, chave para a noção de legitimidade em constituições democráticas? Qual o papel da cidadania e o que significa a legitimidade democrática na sociedade mundial em um sistema pluridimensional de proteção de direitos humanos?

As funções da cidadania constitucional: legitimidade e funcionalidade

A emergência de normas globais em direitos humanos está intimamente relacionada com um alargamento da noção de cidadania, uma vez que essa passa a ser influenciada pelas pretensões normativas de inclusão dos direitos humanos e, assim, globalmente determinada pela conversa constitucional entre diversos ordenamentos jurídicos. É dizer, a noção de cidadania constitucional deixa de ser um privilégio do Estado-nação, uma vez que seu conteúdo e suas funções passam a ser transnacionalmente determinadas.

Nesse ponto, necessário ter em mente que a noção de legitimidade democrática se torna consequência importante da noção de cidadania em uma

democracia constitucional precisamente por ser um fator que tanto possibilita a integração funcional do indivíduo ao Estado quanto possibilita uma implicação dos indivíduos na produção política do Direito.

Quanto à legitimidade democrática, a Constituição é artefato fundamental a permitir a caracterização no aspecto funcional e legitimador do Direito pela política. Diz-se isso porque a Constituição do Estado constitucional instala-se, a partir das premissas do constitucionalismo, como uma instância de relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades parciais processadas no direito e na política, apta a desenvolver-se como uma racionalidade transversal específica (NEVES, 2009). Assim, a Constituição é o mecanismo que permite a diferenciação funcional no âmbito dos Estados, funcionando como acoplamento estrutural entre o direito e a política, de modo que o processo democrático de decisão política passa a constituir variável estrutural da reprodução dos procedimentos jurídicos de absorção de complexidades para atendimento de expectativas normativas, razão pela qual ocorre uma “legitimação política (democrática) do direito e uma legitimação jurídica (*rule of law*) da política” (NEVES, 2009, p. 57).

Portanto, a consequência da Constituição é a possibilidade de uma legitimação democrática do exercício do poder pelo Direito. Nesse sentido, em um contexto de constitucionalismo democrático, a democracia, racionalidade em que opera a política e que determina o direito, desenvolve-se em torno do pressuposto de que o exercício do poder político se torna legítimo na medida em que institucionaliza os procedimentos da produção da comunicação jurídica para representação isonômica da população submetida a esse poder regulado (THORNHILL, 2021).

É importante observar, conseqüentemente, que o conceito de cidadania do ponto de vista constitucional é fundante da própria noção de legitimidade no exercício do poder e produção do direito - afinal, se a política nos Estados de democracia constitucional opera pela racionalidade democrática, a ideia de quem é ou não é cidadão em um Estado democrático é, em última análise, a conclusão constitucional sobre quem pode e quem não pode ser integrado estruturalmente nos sistemas sociais do direito e da política. É por essa razão que Thornhill (2021) afirma que os sistemas políticos democráticos são considerados legítimos na medida em que dão expressão à soberania popular, que por sua vez se manifesta jurídica e politicamente pela participação de seus cidadãos.

Nesse contexto, em uma democracia constitucional, a cidadania possui duas funções básicas: integrar o indivíduo ao Estado, a partir do estabelecimento de relações entre esse indivíduo e a coletividade estatal, e ser o caminho legitimador do próprio exercício do poder estatal, já que implica o alvo da produção da comunicação jurídica (o indivíduo) no processo para produção do direito. A construção da cidadania constitucional coincide, assim, com a pressão para diferenciação funcional da qual resultou a Constituição e, além disso, apresenta uma correlação com a crescente individualização da socieda-

de. É dizer, a figura do cidadão é a expressão constitucional da diferenciação funcional e a crescente individualização da sociedade (THORNHILL, 2018). Nesse ponto, a cidadania constitucional apresenta uma dimensão integradora que se desenvolve em duas frentes: a funcional/institucional, representada pela crescente centralização e secularização do Estado e integração dos indivíduos, e normativa/subjetiva, pela crescente implicação dos indivíduos nos processos de produção do Direito (THORNHILL, 2021).

É por essa razão que Thornhill define democracia como “uma construção do cidadão como foco básico de legitimidade ou como sujeito básico da democracia, e o reconhecimento do cidadão como fonte de força obrigatória do direito é fundamental para o sistema político democrático como ordem pública” (2018, p. 6).

Considerando que a democracia tem sua legitimidade ancorada na figura do cidadão, em sua dimensão normativa, é razoável afirmar que na medida em que a mais indivíduos estão implicados no processo de produção do direito pela cidadania, maior a legitimidade do governo/Estado. Uma vez que os direitos humanos são pretensão normativa de inclusão na sociedade global, os direitos humanos tornam-se fundamentais na crescente legitimação da democracia exatamente pelo alargamento da inclusão do ponto de vista da cidadania democrática.

Novamente Thornhill (2021) percebe essa mudança no significado normativo de cidadania pela emergência dos Direitos Humanos enquanto normas globais. Nesse contexto, os direitos individuais excedem os limites geográficos dos Estados, transformando o governo democrático de modo exógeno para uma reorientação a uma maior inclusão local a partir de padrões internacionais de proteção ao ser humano. A democracia, portanto, passa a ter sua legitimidade fortalecida não apenas a partir da inclusão do maior número de indivíduos em processos eleitorais, mas também por processos de integração judiciais em que se busca o reconhecimento de direitos baseados em normativas internacionais, nas normas globais de Direitos Humanos.

Nesse sentido, a legitimidade democrática desloca-se do Estado nacional, já que no Estado nacional, a noção de cidadania é construída a partir da noção de quem é e quem não é cidadão, ou seja, parte-se da ideia de exclusão. A legitimidade democrática passa a localizar-se nos procedimentos de integração institucional e normativa, de modo a disciplinar a comunicação institucionalizada para distender no tempo a participação dos indivíduos de acordo com seu papel social e transpor circunstâncias individuais concretas (BACHUR, 2020).

Portanto, os procedimentos de integração democrática inerentes às normas globais de direitos humanos, por sua pretensão de inclusão normativa, formam uma nova fonte de legitimidade democrática a partir do fortalecimento da cidadania em seu aspecto subjetivo/normativo. A isso se soma a crescente convergência legal de democracias constitucionais em torno de normas globais de direitos humanos para a consolidação de procedimentos

sociais que deslocam a legitimidade democrática da internalização subjetiva individual e da cidadania localmente definida para os procedimentos globais de integração normativa. Esses procedimentos globais de integração normativa são representativos do entrelaçamento normativo em torno dos direitos humanos, que aponta para soluções jurídico-políticas de maior inclusão normativa em processos de aplicação das normas globais.

No Brasil, esse entrelaçamento normativo assume expressão jurídica a partir de uma verticalização normativa promovida a partir de marcos legais formativos de normas globais em direitos humanos e a aplicação judicial provocada por procedimentos estratégicos levados a cabo pela litigância estratégica. No entanto, qual a ferramenta jurídica que permite o fortalecimento da integração democrática no Brasil? De que forma as normas globais em direitos humanos podem ser operadas no ordenamento jurídico brasileiro de modo a significar verdadeiramente uma maior inclusão democrática e, assim, um incremento na legitimidade do exercício do poder político?

Formas de incorporação de normas globais em Direitos Humanos no Brasil e sua relação com o aspecto normativo da cidadania

Por todo o exposto, é possível concluir que: (i) a emergência de problemas constitucionais globais em matéria de direitos humanos leva à formação de um sistema pluridimensional de proteção a esses direitos, o que se caracteriza (a) por normas globais em matéria de direitos humanos, (b) uma crescente convergência legal em torno dessas normas globais e (c) uma crescente importância nos procedimentos de inclusão judiciais de reconhecimento desses direitos; (ii) a cidadania tem um papel subjetivo/normativo fundante em democracias constitucionais, já que implica os cidadãos no procedimento de produção da linguagem jurídica e, portanto, aplicação do poder político para além de preferências pessoais e, na sociedade mundial, os Estados-nacionais; (iii) os direitos humanos, enquanto pretensão normativa de inclusão, em um contexto de entrelaçamento normativo constitucional, tornam-se fonte de legitimidade democrática, uma vez que as normas globais em direitos humanos tendem a fortalecer a cidadania global em seu aspecto normativo.

Diante desse panorama, este último tópico deste artigo pretende examinar, de modo breve e não exaustivo, como a incorporação das normas globais em direitos humanos se dá a partir de procedimentos judiciais que apontam para uma maior inclusão democrática no cenário brasileiro. Trata-se de um fenômeno que se insere em um cenário no qual a ordem constitucional estatal reflete a emergência do constitucionalismo global, especialmente voltado para os direitos humanos, fazendo com que a força legislativa nacional não seja fonte única da soberania dos cidadãos, mas essa também decorra de processos transnacionais de proteção aos direitos fundamentais (THORNHILL; CALABRIA, 2020).

Nesse contexto, o que se constata sobre a incorporação de normas

globais Brasil, do ponto de vista legislativo-legal, é exatamente uma abertura estrutural do ordenamento jurídico brasileiro ao direito global dos direitos humanos em decorrência, por exemplo, da previsão constitucional de um rol aberto de direitos fundamentais⁵ e a previsão da incorporação de tratados internacionais em direitos humanos com nível hierárquico-normativo de emenda à Constituição⁶. Além disso, o próprio texto constitucional brasileiro mimetiza, em certa medida, direitos consagrados em textos normativos internacionais de direitos humanos, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) de 1969. Trata-se, em verdade, da forma mais evidente de incorporação ou coincidência de normativas internacionais no direito local brasileiro, algo que reflete na própria legislação local e, ainda, confirma o fato de que os processos transnacionais ganham importância ímpar para o fortalecimento da legitimidade democrática pelo alargamento da noção de cidadania em seu aspecto normativo.

Não obstante, por mais que seja fundamental a incorporação textual das normas globais em direitos humanos, talvez essa seja a forma mais elementar e menos efetiva. Esse fato se dá em razão de o texto legislativo ser dotado de uma função normativa, evidentemente, e simbólica, a qual denota um enfraquecimento do texto legislativo em seu aspecto normativo em favor apenas de uma existência simbólica, sem efetividade (NEVES, 2005).

Assim, a verdadeira incorporação de normas globais em direitos humanos se dá por processos judiciais. Nesse sentido, Benvenisti (2008) reconhece, com precisão, que o uso por cortes locais em contextos de democracias constitucionais (aqui incluindo, pois, o Brasil) do direito estrangeiro e o direito internacional tornou-se um instrumento efetivo para o empoderamento de processos democráticos por blindá-los de pressões econômicas, políticas e jurídicas externas, é dizer, a democracia nos Estados-nacionais é salvaguardada por processos judiciais nos quais o direito estrangeiro (normas globais de direitos humanos) emerge enquanto forma de proteção das cortes locais de pressões externas.

No caso específico brasileiro, Neves (2009) percebe que o uso do direito estrangeiro, em matéria de direitos humanos, transcende o fenômeno do argumento de autoridade ou a demonstração de cultura dos juízes que o aplicam e este direito passa a integrar a *ratio decidendi* das decisões judiciais, o que denota uma articulação de ordens jurídicas diversas em torno desse problemas constitucionais comuns, notadamente as normas globais de direitos humanos.

O cenário de crescente importância das normas globais de direitos hu-

5 Art. 5º [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988)

6 [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988)

manos aponta para uma nova construção da ordem democrática nacional pela modificação do aspecto normativo da cidadania a partir do direito global, em um desenho diverso da democracia que não é baseado na noção de soberania nacional. No caso brasileiro, talvez o que seja mais evidente da incorporação de normas globais de direitos humanos como forma de mudança no aspecto normativo da cidadania seja o controle de convencionalidade.

O controle de convencionalidade decorre do fato de que a proteção dos direitos humanos transcendeu o direito estatal, passando a integrar objetivos da comunidade internacional, manifestando-se, primordialmente, por meio dos tratados celebrados entre os Estados. Tal complementação pressupõe, para tanto, uma coerência na aplicação deste direito de proteção, o que se daria a partir da supervisão internacional da compatibilidade dos atos internos dos Estados com suas obrigações internacionais de proteção. A essa supervisão, compatibilização, fundada na necessidade de coerência na aplicação do direito, dá-se o nome de controle de convencionalidade, o que significa técnica jurídica de aferição da compatibilidade de atos internos dos Estados para com suas obrigações convencionais (CALAÇA, 2021).

É essa modalidade de controle que permite uma maior verticalização hierárquica no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro para a observância de normas globais de direitos humanos, exatamente por buscar o fundamento da observância dessas normas no controle de constitucionalidade. Nesse contexto, a partir do controle de convencionalidade, todas as fontes formais de direito internacional em matéria de direitos humanos bem como decisões de tribunais internacionais e suas opiniões consultivas podem formar aquilo que se denomina bloco de convencionalidade, ou seja, no caso específico do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (sistema regional do qual o Brasil faz parte), os tratados internacionais incorporados por seus Estados membros e a jurisprudência *lato sensu* de seu órgão com função jurisdicional podem servir de parâmetro para realização do controle de convencionalidade (MAZZUOLI, 2018).

Ademais, por promover uma incorporação hierárquica de forma semelhante ao controle de constitucionalidade no Brasil, o controle de convencionalidade tornou-se uma obrigação imposta aos juízes nacionais, o que decorre das normativas internacionais que regulam a matéria e a própria Constituição brasileira (MAZZUOLI, 2018). É dizer, os juízes brasileiros devem obrigatoriamente observar as normas globais de Direitos Humanos para a solução de um determinado caso concreto. É por essa razão que o controle de convencionalidade torna-se ferramenta mais importante da incorporação jurisdicional das normas globais de direitos humanos - por ser uma imposição à atividade jurisdicional e por vincular sua teoria à estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, o que exige uma compatibilidade das normas infraconstitucionais e, assim, promove uma verticalização da proteção dos Direitos Humanos no Brasil.

O fato de os direitos humanos serem pretensões normativas de inclusão

e, portanto, serem instrumentos de fortalecimento da democracia na medida em que impõe uma maior inclusão do ponto de vista da cidadania em seu aspecto normativo, faz com que o controle de convencionalidade ganhe outros contornos - torna-se instrumento fundamental da legitimidade da democracia no Brasil, já que é pelo controle de convencionalidade, fundamentalmente, que as normas globais de direitos humanos são incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro de forma vinculante. Dentre todas as formas abordadas neste artigo, talvez o controle de convencionalidade seja a forma mais evidente e eficaz de promover essa conversa constitucional, de modo que a democracia no Brasil passa a ser influenciada exatamente pela inclusão que os direitos humanos são capazes de promover.

Considerações finais

Retoma-se o ponto de partida mencionado ao início deste artigo: pensar a democracia é pensar a inclusão e pensar a inclusão é pensar a estrutura de direitos que permite a implicação do maior número de indivíduos nos processos democráticos. Assim, o presente artigo buscou investigar o modo como a formação de normas globais em direitos humanos, no contexto da proteção pluridimensional, pode promover um fortalecimento da democracia constitucional no Brasil.

Para tanto, verificou-se que os direitos humanos, pretensões normativas de inclusão, formam problemas de natureza tipicamente constitucional para além dos limites do Estado, de modo que ocorre a articulação de diversos sistemas jurídicos parciais em seu entorno mediante a formação de um verdadeiro sistema pluridimensional de proteção aos direitos humanos. Esse arranjo jurídico político permite o surgimento de normas de natureza global em direitos humanos, as quais desafiam as noções tradicionais de soberania na medida em que se aplicam para além dos Estados e independem de um ato seu para que se tornem exigíveis.

Esses fatos levam, a formação de um sistema pluridimensional de proteção aos direitos humanos, a uma convergência legal entre os diversos sistemas jurídicos que operam essa racionalidade em torno das normas de natureza global. A emergência das normas de natureza global em direitos humanos promove uma mudança nos processos de integração democrática estatais na medida em que deixam de ser precipuamente pela via legislativa e passam a ser determinados por processos judiciais de reconhecimento e aplicação dessas normas globais, em uma espécie de constitucionalismo transnacional judicial.

Essa mudança nos processos de integração democrática, por sua vez, deve ser visualizada a partir do conceito de cidadania. Diz-se isso porque a cidadania possui duas funções básicas em uma democracia constitucional: subjetiva/normativa, na medida em que implica os indivíduos no processo democrático de produção do direito, e funcional, de modo a integrar os indivíduos

ao Estado.

Partindo dessa premissa, é possível constatar que os processos de integração democrática observáveis na emergência de normas globais de direitos humanos formam uma nova fonte de legitimidade democrática, uma vez que formam uma cidadania global em seu aspecto normativo, uma vez que implica o maior número de indivíduos no subsistema social jurídico, deslocando a legitimidade democrática para além da internalização subjetiva individual ou o reconhecimento estatal da cidadania em direção a processos globais de integração normativa.

No contexto brasileiro, assim, a emergência de normas globais em direitos humanos promove o fortalecimento do aspecto normativo da cidadania e, em razão disso, uma maior inclusão de indivíduos na democracia (regime de governo). Esse fato se dá, precisamente, pela incorporação das normas globais em direitos humanos, conforme já afirmado, o que ocorre em níveis diversos - seja a partir de legislação, a partir da própria Constituição, seja a partir da crescente convergência legal entre cortes no Brasil e no mundo.

Não obstante, é o controle de convencionalidade a possibilidade mais evidente de incorporação das normas globais de direitos humanos, em razão de promover uma verticalização hierárquica das normas locais em relação às normas globais de direitos humanos a partir do Sistema Americano de Direitos Humanos. Assim, muito além do próprio controle de convencionalidade, sua observância e aplicação pelo poder judiciário brasileiro representa a ferramenta dogmática mais concreta de promoção da inclusão normativa de indivíduos e, assim, sua integração no subsistema jurídico, de modo a incrementar a legitimidade democrática no Brasil.

Referências

BACHUR, J. P. Legitimação e procedimento: um debate à luz das perspectivas de Weber, Habermas e Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 65, n. 2, p. 101, 27 ago. 2020.

BENVENISTI, E. Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts. **The American Journal of International Law**, v. 102, n. 2, p. 241-274, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 5 nov. 1988.

CALABRIA, C. R. DE A. **The efficacy of the Inter-American Court of Human Rights: A Socio-legal study based on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights concerning Amnesty Laws, Indigenous Rights, and Rights of Detainees | Research Explorer | The University of Manchester**. Disponível em: <[https://www.research.manchester.ac.uk/portal/en/theses/the-efficacy-of-the-interamerican-court-of-human-rights-a-sociolegal-study-based-on-the-jurisprudence-of-the-interamerican-court-of-human-rights-concerning-amnesty-laws-indigenous-rights-and-rights-of-detainees\(bdb6a5ea-2d52-4c50-b546-a115bc937be0\).html](https://www.research.manchester.ac.uk/portal/en/theses/the-efficacy-of-the-interamerican-court-of-human-rights-a-sociolegal-study-based-on-the-jurisprudence-of-the-interamerican-court-of-human-rights-concerning-amnesty-laws-indigenous-rights-and-rights-of-detainees(bdb6a5ea-2d52-4c50-b546-a115bc937be0).html)>. Acesso em: 20 ago. 2021.

CALAÇA, L. F. F. **Direitos humanos e judiciário (ou devem os juízes brasileiros controlar a convencionalidade das leis?): Um estudo sobre a Lei de Anistia, o Brasil e o Sistema Americano de Direitos Humanos**. Goiânia, 2021.

MAZZUOLI, V. DE O. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NEVES, M. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. **Instituto de Direito Público da Bahia**, 4. n. 1, p. 1-35, dez. 2005.

NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NEVES, M. From Constitutionalism to Transconstitutionalism : Beyond Constitutional Nationalism, Cosmopolitan Constitutional Unity and Fragmentary Constitutional Pluralism. Em: BLOKKER, P.; THORNHILL, C. (Eds.). **Sociological Constitutionalism**. 1. ed. [s.l.] Cambridge University Press, 2017. p. 267-312.

PALMA, M. Trans-anticonstitutionalism. Em: NOGUEIRA DE BRITO, M.; CALABRIA, C.; PORTELA L. ALMEIDA, F. (Eds.). **Law as Passion**. Cham: Springer International Publishing, 2021. p. 137-161.

THORNHILL, C. **The Sociology of Law and the Global Transformation of Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

THORNHILL, C. **Crise democrática e direito constitucional global**. 1. ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

THORNHILL, C.; CALABRIA, C. R. DE A. Global Constitutionalism and Democracy: the Case of Colombia. **Jus Cogens**, v. 2, n. 2, p. 155-183, set. 2020.

TORELLY, M. Do direito internacional à governança global: mudanças estruturais do espaço transnacional. **Revista de Direito Brasileiro**, 6. v. 15, p. 20-46, dez. 2016a.

TORELLY, M. D. **Governança transversal dos direitos fundamentais : experiências Latino-Americanas**. Doctorate - Brasília: Universidade de Brasília, 29 mar. 2016b.

CLÁUSULA DE EXCLUSÃO POR COMETIMENTO DE CRIME HEDIONDO, ATOS TERRORISTAS E DE TRÁFICO DE DROGAS DA CONDIÇÃO DE REFUGIADO: A INTERVENÇÃO INDEVIDA DO DIREITO PENAL NOS DIREITOS HUMANOS

Fayruz Borges El-Khatib

Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Resumo:

O refúgio ganhou destaque no debate internacional a partir de 1945, com o fim da segunda guerra mundial e a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), tendo como desafios enfrentar as mazelas geradas pela guerra e compreender o mundo através de suas relações internacionais. Para tanto, houve a criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) em 1950 através de aprovação pela Assembleia geral das Nações Unidas, já em 1951 a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados determinou ser de competência da ACNUR proteger os refugiados e fiscalizar os Estados membro, definindo o termo refugiado em seu artigo 1º, modificado posteriormente pelo Protocolo de 1967, trazendo também hipóteses em que certas pessoas serão excluídas do direito ao refúgio sob o suposto intuito de garantir a segurança interna do país que receber os refugiados. Outrossim, tal cláusula mostrou ser ineficiente e prejudicial para a proteção do Direito Humano garantido pelo refúgio. Dessa forma, este trabalho tem como objetivo analisar e debater a ineficiência da cláusula de exclusão e como o direito penal intervém indevidamente nos direitos humanos, sendo exemplificada através do caso alemão Franco A. Nesta senda, é possível concluir que a cláusula de exclusão da condição de refugiado, serve apenas como um meio legal para violar os direitos humanos dos refugiados através do direito penal.

Palavras-chave: Refugiados; Direito Humano; Direito Penal; Cláusula de Exclusão; Franco A.

Introdução

Este trabalho visa analisar e demonstrar como a cláusula de exclusão da condição de refugiado previstas na Lei brasileira nº 9.474/97 desrespeita os

direitos humanos dos refugiados no Brasil e como essa intervenção do direito penal é negativa.

A princípio, será apresentado o contexto histórico pós Segunda Guerra Mundial, com a criação da Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, que visava garantir os direitos e deveres dos europeus que necessitavam de refúgio e dos países que iriam recebê-los e quais foram as mudanças até os dias atuais com a Lei nº 9.474/97.

A Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados definiu quem é o refugiado, incluindo apenas europeus perseguidos antes de janeiro de 1951, definindo também cláusula de exclusão da condição de refugiado, sob a alegação de estarem protegendo os países que forem receber os refugiados.

Ainda, em âmbito internacional, será analisado como a cláusula de exclusão por suposto cometimento de crimes viola o direito humano dos refugiados, trazendo o caso alemão Franco A. para fins de exemplificar a fragilidade da condição de refugiado gerada pela cláusula de exclusão.

Outrossim, no Brasil, a cláusula de exclusão disposta pela Lei 9.474/97 será objeto de análise visto que amplia o rol de hipóteses de exclusão no inciso III adicionando os crimes hediondos, tráfico de drogas e terrorismo.

Por fim, será possível concluir como a intervenção penal a partir da cláusula de exclusão do inciso III não cumpre seu objetivo inicial de garantir a segurança nacional, sendo utilizada somente para atacar o direito das pessoas que necessitam de refúgio.

Contexto das normas de Direito Internacional sobre o refúgio pós 2ª Guerra Mundial

O direito ao refúgio, tomou proporções dentro da ordem jurídica internacional, a partir de 1945, com o fim da segunda guerra mundial e a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), tendo como desafios enfrentar as mazelas geradas pela guerra e compreender o mundo através de suas relações internacionais.

Sendo assim, após a Segunda Guerra Mundial, em decorrência dos conflitos em diversos territórios europeus e o grande aumento do fluxo migratório e de refúgio a comunidade internacional se viu na necessidade de regulamentar e estabelecer mecanismos para a proteção do direito desta população. Para tanto, houve a criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) em 1950 através de aprovação pela Assembleia geral das Nações Unidas, já em 1951 a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados determinou ser de competência da ACNUR proteger os refugiados e fiscalizar os Estados membros.

A Convenção de 1951 define o termo refugiado em seu artigo 1º, sessão A, 2, abrangendo apenas os acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951, fato no qual deixa de lado os demais refugiados decorrentes de acon-

tecimentos posteriores ao supracitado, conforme demonstrado a seguir:

Qualquer pessoa que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e 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. (g.n.)

Ainda, na sessão F do mesmo artigo o Estatuto traz as hipóteses em que não serão aplicadas à determinadas pessoas as disposições estabelecidas na Convenção de 1951. Nesse sentido, importa salientar que o Estatuto, ainda que vinculante a seus países signatários, não impede que os Estados estabeleçam suas próprias diretrizes a fim de aplicar as disposições acordadas, sobretudo ao que se refere à cláusula de exclusão, assim vejamos:

não serão aplicáveis às pessoas a respeito das quais houver razões sérias para pensar que: a) elas cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido dos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes; b) elas cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados; c) elas se tornaram culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.

Porém, após a criação da Convenção que apenas contempla acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951, viu-se a necessidade de ampliar a condição de refúgio, sendo criado o Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados.

O Protocolo modificou a definição de refugiado apresentada pela Convenção de 1951, de forma que não houvesse mais a limitação da condição de refugiado por datas específicas e espaço geográfico.

Importante salientar que atualmente, para os países que ratificaram o protocolo, segue-se utilizando a definição por ele estabelecida.

Outrossim, o Brasil foi um dos países que ratificaram a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, promulgando-os em 1961 a partir da publicação do Decreto 50.215 e em 1972 com a publicação do Decreto 70.946.

Porém, as medidas de proteção aos refugiados somente começaram a ter uma execução efetiva no Brasil com a publicação da Lei.9.474, de 22 de julho de 1997, definindo as formas de implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951.

Os problemas da cláusula de exclusão por cometimento de crime

A cláusula de exclusão presente na Convenção de 1951 foi criada no intuito de garantir que o país, ao receber o refugiado, não irá colocar sua segurança interna em risco. Para isso, elencaram três disposições que se aplicam as pessoas que não podem se beneficiar de sua condição de refugiado, presentes no artigo 1º, sessões D, E e F.

Considerando a subjetividade das referidas sessões, a ACNUR redigiu o Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado para auxiliar a sua aplicação:

O primeiro grupo (Artigo 1 D) engloba as pessoas que já se beneficiam da proteção ou assistência das Nações Unidas; o segundo grupo (Artigo 1 E) trata das pessoas consideradas como não necessitadas de proteção internacional; e o terceiro grupo (Artigo 1 F) enumera as categorias de pessoas que se considera **não merecerem** a proteção internacional. (g.n.)

Insta salientar que o órgão responsável pela proteção dos refugiados e pela garantia do direito ao refúgio no âmbito internacional entende que alguns refugiados não são merecedores de tal proteção, marcando a intervenção do direito penal sob o direito humano ao refúgio ao estabelecer hipóteses em que a mera suspeita do cometimento dos crimes elencados dará causa a exclusão da condição de refúgio:

F. As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas a respeito das quais **houver razões sérias para pensar** que:

- a) elas **cometeram um crime** contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido dos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes;
- b) elas **cometeram um crime grave de direito** comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados;
- c) elas **se tornaram culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas**. (g.n.)

Assim, a aplicação da cláusula de exclusão por suposto cometimento dos crimes supracitados como medida de proteção, origina brechas interpretativas para punições injustas, haja vista a ausência da necessidade de comprovação jurídica do fato e tampouco das condições em que o suposto crime tenha sido cometido.

Nesse sentido, vetores de cunho racista e xenofóbico acabam por ditar o tom das interpretações que podem vir a ser realizadas, casos em que a aludida cláusula passa a ser utilizada como instrumento de punição aos refugiados, excluindo seu direito humano garantido pelo refúgio.

Ademais, a ideia de que a pessoa que comete um crime perderá seu direito humano, ficando assim desprotegida e propensa a sofrer injustiças, já era discutido pelo filósofo francês Michel Foucault em sua obra *A Verdade e as*

Formas Jurídicas, quando o mesmo fala que ao cometer um crime o sujeito rompe com o pacto social e por isso não fará mais parte da sociedade:

Primeiramente, a punição expressa na afirmação - ‘você rompeu o pacto social, você não pertence mais ao corpo social, você mesmo se colocou fora do espaço de legalidade; nós o expulsaremos do espaço social onde essa legalidade funciona’. É a ideia encontrada frequentemente nesses autores - Beccaria, Bentham, etc. - de que, no fundo, a punição ideal seria simplesmente expulsar as pessoas, exilá-las, bani-las ou deportá-las. (FOUCAULT, M., 2002, p. 82.)

Outrossim, tendo em vista que na concepção majoritária ainda prevalece a aversão em relação ao “outro” considerado diferente, o acolhimento e permanência daqueles que necessitam de refúgio por outros países torna-se cada vez mais dificultoso, vez que paira em torno deles a imagem do inimigo social a ser evitado.

Isto posto, resta nítido que a cláusula de exclusão não supriu os objetivos de sua criação, marcando a intervenção do direito penal nos direitos humanos, visto que pode ser utilizada como mecanismo de punição aos refugiados e deturpado por grupos extremistas com ideias xenofóbicas e racistas a fim de minar o direito dos refugiados à proteção e dignidade.

Caso Franco A.

O caso Franco A. ganhou notoriedade por explicitar um problema recorrente na sociedade alemã em que o conflito entre nacionais e migrantes ganha contornos mais profundos ao se encontrar com ideais nacionalistas e neonazistas. Ainda, a investigação jornalística trouxe à tona o envolvimento de autoridades da segurança pública com grupos de extermínio que seguem a ideologia nazista e colocaram um holofote aos problemas do sistema de refúgio no país.

Nesse sentido, após a prisão de Franco A. em 2017 em um incidente no aeroporto de Viena, iniciou-se a investigação pelas autoridades alemãs que se deparavam com um homem que se auto identificava como um oficial do exército alemão, mas que o sistema de identificação reconhecia como um refugiado sírio, registrado meses antes.

Frente a tal situação as autoridades, por meio de investigação policial, identificaram que se tratava de um caso de fraude no sistema de refúgio em que o acusado 16 meses antes, passara-se por um refugiado sírio, alegando não possuir documentação para comprovar sua identidade.

Tal fraude tornaria Franco A. elegível a receber abrigo e benefícios mensais para sua manutenção no país, seguindo os tramites estabelecidos pela lei alemã, período no qual não teve em momento alguma sua identificação como refugiado contestada, mesmo tratando-se de um cidadão alemão nato.

Quando questionando, alegou que seu objetivo era expor as falhas exis-

tentes no sistema de asilo, contudo, em 2018 as investigações demonstraram seu envolvimento com um grupo de extrema-direita com ideais neonazistas, integrado por militares, policiais e alguns civis que compartilhavam da mesma ideologia.

O grupo acreditava que a abertura do país para receber refugiados comprometeria a “pureza” dos alemães e colocaria a segurança nacional em risco, dessa forma, tinham como objetivo principal acabar com a democracia na Alemanha e proibir a presença de refugiados no país. Nesse sentido, o grupo possuía organização e método, estabelecendo inclusive uma lista de inimigos a serem exterminados, na qual constavam o Ministro alemão das Relações Exteriores Heiko Maas, o Vice-Presidente do Parlamento e um ativista judeu, o que demonstrava de forma contundente seus objetivos e sua radicalidade para atingi-los.

Outrossim, conforme foi demonstrado pela jornalista Katrin Bennhold em seu artigo para o jornal americano The New York Times, Franco A. desde cedo demonstrava afinidade com a ideologia nazista defendida pelo grupo. Como exemplo mais marcante temos as gravações encontradas na investigação em que o acusado realizava elogios ao líder nazista Adolf Hitler e disseminava as ideias de destruição do estado e pureza étnica.

Quando de sua estadia na Academia Militar Saint-Cyr, na França, Franco A. defendeu em sua tese novamente o discurso xenofóbico e racista, causando espanto aos oficiais que nada fizeram para conter o discurso de ódio:

...Franco A. argumentou que a queda das grandes civilizações sempre foi a imigração e a diluição da pureza racial provocada por minorias subversivas. A Europa e o Ocidente seriam os próximos na fila se não se defendessem, disse ele.

Sociedades etnicamente diversas eram instáveis, escreveu ele, e nações que permitem a migração estão cometendo uma forma de genocídio. (tradução nossa)

Isto posto, o caso supracitado aparenta inicialmente ser apenas uma situação de fraude no sistema de registro de refugiados no país, porém, com as investigações realizadas pelos jornalistas e autoridades restou evidente a existência de uma milícia neonazista organizada para disseminar o ódio e atacar os refugiados.

Tal caso gerou espanto na população alemã, pois no imaginário social havia um estereótipo de como seria um defensor de ideais neonazista, todavia este estereótipo não incluía militares e policiais, tidos como figuras de respeito e proteção da sociedade.

Nesse diapasão, o caso Franco A. explicita os problemas da cláusula de exclusão tanto no âmbito nacional quanto no internacional, visto que mesmo a Alemanha sendo uma superpotência com infraestrutura para garantir a segurança interna, o grupo extremista estava burlando o sistema e passando despercebido pelas autoridades competentes.

Ainda, o grupo neonazista de extrema-direita integrado por Franco A. não logrou êxito em seu plano de incriminar refugiados sírios, já que foram descobertos e impedidos de cometer tal atrocidade. Porém, é extremamente preocupante que tal grupo tenha sido descoberto por acaso e que sua organização visava utilizar-se de um mecanismo técnico a fim de promover ódio a comunidade de refugiados residentes na Alemanha.

Nesse sentido, a tentativa do grupo extremista de incriminar refugiados por cometimentos de crimes contra a ordem nacional, traz a ressalva quanto a cláusula de exclusão, vez que inicialmente seria um instrumento para garantir a segurança interna dos países e que se torna uma brecha para criminalizar o refúgio e contestar o direito humano dessa população já vulnerável.

Assim sendo, o caso Franco A explicita a fragilidade originada pela cláusula de exclusão como mecanismo de punição a aqueles que buscam refúgio demonstrando a pertinência de se analisar tal norma em todo o âmbito internacional. Ainda, é possível que se analise a eficiência de tal dispositivo normativo, trazendo o debate quanto sua aplicação dentro do ordenamento jurídico brasileiro que com suas disposições atuais privilegiaria a atuação de grupos como o integrado por Franco A ao ampliar o rol de hipóteses de exclusão do direito ao refúgio já fixado pela Convenção de 1951.

A cláusula de exclusão no Brasil (art. 3º, III da Lei 9474/97)

Em 1997 foi promulgada a Lei 9.474 que trata especificamente dos temas previstos pela Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, visando a melhor execução e implementação do Estatuto dos Refugiados.

No artigo 1º da referida lei é estabelecido o conceito de refugiado, que, além de englobar a definição utilizada na Convenção de 1951, assimila em seu inciso III a descrição presente na Declaração de Cartagena de 1984.

Dessa forma, a legislação concede a proteção tanto por uma perspectiva individualizada, quanto na situação objetiva do país de origem, ampliando a definição e garantindo uma maior proteção.

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - **devido a grave e generalizada violação de direitos humanos**, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país. (g.n)

Nessa perspectiva, observa-se que há um conflito entre as finalidades a que a lei se propõe e sua real aplicação à realidade brasileira, haja visto que a

definição trazida pelo art. 1º supracitado evidencia que há, por parte do legislador, a intenção de proteção daqueles perseguidos politicamente ou em situação de vulnerabilidade social por conflitos com o sistema político e moral estabelecido em seu próprio país.

Assim, a cláusula de exclusão também tratada nesta lei, coloca em evidência o conflito interno, uma vez que a lei que busca proteger e que reconhece a vulnerabilidade da condição de refúgio é a mesma que garante aos entes estatais e a grupos e organizações de extrema-direita, o mecanismo burocrático para colocar em questionamento o direito humano ao refúgio, como podemos extrair do caso Franco A. anteriormente explanado.

Ainda, a cláusula de exclusão existente na Convenção de 1951, é ampliada pela legislação brasileira, que estabelece no inciso III, do artigo 3º da Lei nº 9.474/97 a inclusão das hipóteses de cometimento de crime hediondo, participação em atos terroristas ou tráfico de drogas, sob o fundamento de serem crimes graves na visão do país.

Tais hipóteses devem ser analisadas em relação a organização do estado brasileiro, sua seletividade penal e seu racismo estrutural que, combinados com novos mecanismos de exclusão da condição de refúgio, privilegiam o preconceito e a violência contra uma população já marginalizada, sob o pretexto falacioso de garantir a segurança pública.

Art. 3º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que:

[...] III - tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, **crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas**; (g.n)

Outrossim, a intervenção penal nos direitos humanos é indevida pois nega a condição de refúgio com base na suposição de que um crime foi cometido, colocando o indivíduo como não merecedor da proteção estatal. Nesse sentido, a aplicação da referida cláusula deve ser feita de forma restritiva, contudo, na prática não é isso que se observa, sendo vislumbrada como uma maneira legalizada de criminalizar a mobilidade urbana, apresentando hipóteses que ressaltam ainda mais a ideia de que o refugiado é uma vítima ou um criminoso, determinando quem merece ou não receber ajuda e proteção (Moulin, 2011).

Isto posto, é de suma importância destacar que há um viés racista e xenofóbico que influencia na interpretação das cláusulas de exclusão por cometimento de crime, refletindo nas políticas adotadas pelos Estados quando do acolhimento de refugiados. Um exemplo dessa seletividade é abordado no livro lançado em comemoração dos 60 anos da ACNUR:

[...] mais recentemente há o caso da Itália e França que resolveram restringir a entrada de imigrantes de vários países africanos devido aos acontecimentos da chamada Primavera Árabe. Tal iniciativa rece-

beu a reprimenda do Conselho Europeu, mas nem por isso, esse discurso de restrição aos imigrantes, inclusive aos refugiados, foi abandonado por esse e por outros países (SILVA, 2011, p. 210).

Desta feita, a criminalização da migração fica ainda mais evidente quando a Lei 9.474/97 inclui crimes hediondos no rol de exclusão em seu inciso III, dando ênfase nos crimes de tráfico e terrorismo, crimes que evidenciam a seletividade penal e o racismo estrutural engendrado no sistema penal brasileiro. Tais mazelas restam mais evidentes quando analisamos o perfil da população carcerária brasileira à qual é composta majoritariamente por pessoas pretas, conforme dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública formulado pelo Fórum Nacional de Segurança Pública no ano de 2020:

Em 2019, os negros representaram 66,7% da população carcerária, enquanto a população não-negra, aqui considerados brancos, amarelos e indígenas, segundo a classificação adotada pelo IBGE, representou 33,3%. Isto significa que para cada não-negro preso no Brasil em 2019, 2 negros foram presos. É um pouco mais que o dobro, quando comparado aos não-negros, em especial os brancos. (Pimentel e Barros, 2020, p.307)

Cabe elucidar que somente na Constituição Federal de 1988 surgiu a menção à crimes hediondos no artigo 5º, inciso XLIII, o mesmo capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais.

Em 1990, após uma série de crimes que chocaram a população brasileira, foi criada a Lei de Crimes Hediondos e desde então vem causando muitas discussões no bojo do judiciário brasileiro, pois, inicialmente buscava elencar crimes entendidos como “mais graves” cuja repercussão na mídia e comoção social se destacavam, porém, observa-se que crimes até então considerados “menos graves” passaram a ser incluídos ao mesmo rol.

O tratamento mais severo dos crimes hediondos, tráfico de drogas e equiparados pelo legislador, como a proibição de liberdade provisória e cumprimento da pena integralmente em regime fechado, já foram objeto de críticas pela doutrina e jurisprudência e alterados pela Lei 11.464/2007. Entre o desejo de punir severamente do Estado de um lado e os direitos fundamentais do apenado de outro (individualização da pena, princípios da humanidade, proibição de penas perpétuas), decidiu-se que estes deveriam prevalecer, embora nem sempre a balança tenda para esse lado. (Gomes, 2006; Brauner, 2019)

Neste mesmo sentido, deve-se questionar se a colocação supracitada também não deveria ser aplicada aos refugiados, prevalecendo os direitos humanos às penalizações impostas pelo direito penal.

Ainda, entendendo não ser suficiente as restrições da cláusula de exclusão, no intuito de enrijecer a entrada de migrantes, o Ministério da Justiça e Segurança Pública sob a liderança do então ministro Sérgio Moro, publicou

em 2019 a portaria nº 666/19, regulando as hipóteses para impedimento de ingresso em território nacional, a repatriação e a deportação sumária de imigrantes vistos como “perigosos ao Brasil”. Com o intuito de embasar seu texto, utilizou-se de instrumentos previstos na Lei de Migração, ignorando, todavia, seus princípios e diretrizes pautados no respeito aos direitos humanos, na não criminalização da imigração, e na garantia de respeito ao contraditório e à ampla defesa nos procedimentos de retirada compulsória (CSEM, 2019).

Em seu artigo 2º são elencadas as pessoas “perigosas a segurança do Brasil”, determinando no artigo seguinte que as pessoas enquadradas na medida de deportação serão notificadas para apresentar defesa no prazo de 48h, fato no qual viola drasticamente diversos princípios, como o da dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, além da ampla defesa e do contraditório todos cunhados no bojo da Constituição Federal e reiterado pelas demais normas que tratam sobre o refúgio.

A referida portaria possuía o intuito de aplicar de forma arbitrária os dispositivos do Estatuto dos Refugiados (Lei nº 9.474/1997) e da Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), dentre as aplicações a diminuição exacerbada do prazo para apresentar contestação, dentro do procedimento para concessão do refúgio, dificulta a situação já delicada dos requerentes, aumentando a chance de deportação e muitas vezes se aproximando de verdadeiras sentenças de morte caso sejam obrigados a retornar a seus países de origem apenas pela perda de um prazo processual.

Em razão de tantas inconstitucionalidades, a Procuradoria-Geral da República, apresentou no mesmo ano a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 619 (ADPF) em face da Portaria nº 666/19, como segue:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PORTARIA N. 666. PESSOA PERIGOSA POR MERA SUSPEITA. OFENSA À DIGNIDADE HUMANA, À IGUALDADE, À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, À LEGALIDADE E AO DIREITO AO ACOLHIMENTO.

Em julgamento a ministra relatora Rosa Weber deferiu a ADPF, contudo, a portaria em questão já havia sido revogada pela portaria nº 770, expedida pelo governo em decorrência da pressão de especialistas e da população afetada.

Ademais, importante salientar que mesmo com a revogação da portaria nº 666 o teor da nova portaria não se dirigia aos problemas efetivos do sistema de refúgio no Brasil. Em declaração, o então Ministro da Justiça Sergio Moro, relator das portarias, ressaltou que esta não se aplica às pessoas conhecidas como refugiadas.

Tal episódio marca como o Estado brasileiro tem respondido a problemática do refúgio no território nacional, indo em contrassenso a opinião de especialistas e nutrindo a visão preconceituosa que grande parte da população

tem em relação aos migrantes que buscam refúgio.

Outrossim, o tratamento dado ao Caso Franco A. se assemelha as portarias supracitadas, visto que, ambas foram direcionadas aos refugiados, fomentando a desconfiança da população para com este grupo, construindo o imaginário social de aversão ao migrante e reforçando a fragilidade das instituições, as quais tem falhado em combater a xenofobia e racismo enraizado na sociedade.

Ainda, nota-se que a criminalização dos refugiados não possui fundamento em pretextos como a segurança nacional ou até mesmo na proteção dos interesses internos, pautando-se apenas na xenofobia e racismo historicamente construídos e mantidos nessas populações.

Sendo assim, conforme dita a teoria dos direitos humanos estes não se aplicam de forma seletiva, sendo inerentes a toda e qualquer pessoa, afastando qualquer tentativa político-jurídica de determinar quem é ou não merecedor de dignidade.

Conclusão

O direito ao refúgio tornou-se pauta de discussão dos líderes mundiais após a Segunda Guerra Mundial, sendo inicialmente propostos como uma forma de proteção aos europeus que buscavam refúgio em decorrência da violência gerada pela guerra.

Ainda, a Convenção de 1951 define quem poderia ser enquadrado como refugiado e estabelece a cláusula de exclusão cunhando as primeiras hipóteses em que o direito ao refúgio poderá ser negado ou retirado dos refugiados.

Considerando que havia muitos outros conflitos ocorrendo durante e após a Segunda Guerra em regiões que não a Europa, viu-se necessária a expansão do conceito de refugiado para que englobe todas as pessoas que necessitem, independente de nacionalidade ou período, de proteção internacional, resultando na criação do Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados.

Porém, a cláusula de exclusão não foi modificada, de forma que ela passou a ser utilizada como um meio legal para grupos de extrema direita, como demonstrado no caso alemão Franco A., para violar os direitos dos refugiados. Essa situação influencia a aplicação mais restritiva da cláusula de exclusão, a fim de dificultar a entrada de refugiados no país, dando abertura para o cometimento de injustiças pelo sistema que se propõe a proteger e garantir a dignidade dos refugiados.

Quando um país recebe refugiados ele precisa ficar atento aos movimentos que ocorrem nos demais países e desenvolver estratégias para conscientizar a população da importância do acolhimento de refugiados, esse raciocínio evita o surgimento de casos como o de Franco A.

Ainda, a lei brasileira nº 9.474/97 reitera o problema da cláusula de exclusão, pois inclui em seu rol os crimes hediondos. Este fato incentiva a cria-

ção de medidas impeditivas à entrada e permanência de refugiados no país, reforçando discursos xenofóbicos e racistas como se observa da análise das portarias editadas pelo governo Bolsonaro na pessoa do ex-Ministro Sergio Moro.

Ante o exposto, é possível concluir que a cláusula de exclusão deixa de cumprir seu objetivo de garantir a segurança interna do país, tornando-se unicamente um mecanismo de perpetuamento das violências vividas pelas pessoas em situação de refúgio. Dessa forma, defendemos a revogação da cláusula de exclusão do ordenamento jurídico pátrio, por entender que a o cometimento de um crime, deve receber tratamento proporcional à fragilidade causada pela situação de refúgio, sendo a exclusão desta condição um afronte aos princípios do direito internacional e do Estado democrático de direito.

Referências

ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados. 1951.** Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 4 mai. 2022.

ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Convenção de 1951.** Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/convencao-de-1951> Acesso em: 3 mai. 2022.

ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados.** Disponível em: https://acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf?file=fileadmin%2fDocumentos%2fportugues%2fBD_Legal%2fInstrumentos_Internacionais%2fProtocolo_de_1967&msslkid=58e731a-7cef611ec841660aa7bdfca73. Acesso em: 4 mai. 2022.

ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - **Manual de Procedimentos e Critérios Para a Determinação da Condição de Refugiado:** de acordo com a convenção de 1951 e o protocolo de 1967 relativos ao estatuto dos refugiados. De Acordo Com A Convenção De 1951 E O Protocolo De 1967 Relativos Ao Estatuto Dos Refugiados. UNHCR ACNUR Agencia da ONU para refugiados. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_criterios_para_a_determinacao_da_condicao_de_refugiado.pdf?msslkid=a0dce2aed09c11ecad919afc1190ae02. Acesso em: 06 maio 2022.

BBC News- **German Officer Who Posed as Syrian Refugee in Terror Trial.** 21 maio 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-europe-57184527>. Acesso em: 04 maio 2022.

BENNHOLD, Katrin. **A Far-Right Terrorism Suspect With a Refugee Disguise: the tale of Franco A.** The New York Times, p. 1-1. 29 dez. 2022. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/12/29/world/europe/germany-far-right-terrorism-refugee.html>. Acesso em: 04 maio 2022.

BRAUNER, Daniela Corrêa Jacques. **Cláusula de exclusão por cometimento de crime hediondo, atos terroristas e de tráfico de drogas da condição de re-**

fugiado: a intervenção indevida do direito penal nos direitos humanos. 2019. 137 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Escola Nacional da Defensoria Pública da União, Brasília, 2019.

CSEM - CENTRO SCALABRINIANO DE ESTUDOS MIGRATÓRIOS. **Nota de repúdio à portaria 666 do Ministério da Justiça e Segurança Pública.** Julho de 2019. Disponível em: https://www.csem.org.br/csem_em_foco/nota-de-repudio-a-portaria-666-do-ministerio-da-justica-e-seguranca-publica/. Acesso em: 20 mai. 2022.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas.** 3. ed. RJ: NAU editora, 2002. p. 82-84.

MCGINLEY, Terence. **A Deep Look at Germany's Resurgent Far Right.** *The New York Times*, 27 maio 2021. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/05/27/insider/Dayx-podcast-germany-right.html?auth=link-dismiss-google1tap>. Acesso em: 04 maio 2022.

MOULIN, Carolina. **Os direitos humanos dos humanos sem direitos: refugiados e a política do protesto.** *Revista Brasileira de Ciências Sociais* [online]. 2011, v. 26, n. 76. Acessado 20 Maio 2022, pp. 145-155. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-69092011000200008>>. Epub 28 Jul 2011. ISSN 1806-9053. <https://doi.org/10.1590/S0102-69092011000200008>.

PIMENTEL, Amanda e BARROS, Betina Warmling. **As prisões no Brasil: espaços cada vez mais destinados à população negra do país.** 2020. In: *Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020.* p. 307. Disponível em: [anuario-2020-final-100221.pdf](https://forumseguranca.org.br/anuario-2020-final-100221.pdf) (forumseguranca.org.br). Acessado em: 25 de maio de 2022.

RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis De. **70 Anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados - (1951-2021):** Perspectivas de Futuro. 1. ed. Brasília: ACNUR Brasil, 2021. p. 9-447.

SILVA, Daniela Florêncio Da. **O fenômeno dos refugiados no mundo e o atual cenário complexo das migrações forçadas.** *SciELO*, jun./2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepop/a/Xf7yQhXqhY3YyRp9fZZgzwm/#>. Acesso em: 19 mai. 2022.

SILVA, João Carlos Jarochinski. **Uma análise sobre os fluxos migratórios mistos.** In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis De (Org.). **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro.** São Paulo: Ed. CLA Cultural, 2011. p. 201-220. Disponível em: Acesso em: 20 maio 2022.

A CRIMINALIZAÇÃO DO MIGRANTE E O “DIREITO A TER DIREITOS” NA TEORIA POLÍTICA ARENDTIANA: UMA ANÁLISE DA (NÃO) EXIGÊNCIA DA CIDADANIA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA CORTE INTERAMERICANA

Maria Eduarda Brasileiro Lopes

Graduada em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Campinas e Graduada em Ciências Sociais na Universidade Estadual de Campinas

Resumo:

A noção arendtiana segundo a qual seres humanos tomaram a condição de “apátridas” e tiveram negado o “direito a ter direitos”, processo que seria equivalente a perda de todos os direitos, ainda hoje permeia debates políticos no que diz respeito a criminalização do migrante, processo ligado à noção de soberania nacional invocada por Estados contemporâneos como forma de afastar a aplicação de normas internacionais de direitos humanos e fomentar a institucionalização de leis penais que marginalizam e criminalizam a figura do migrante. Nesse contexto, evoca-se a crítica arendtiana aos direitos humanos, segundo a qual a cidadania seria algo fundamental para a garantia desses direitos, até então definidos como “universais”. Paralelo a isso, aponta-se para a concepção segundo a qual os direitos humanos deveriam surgir como meio de proteção dos indivíduos contra a discricionariedade Estatal. Desse modo, o presente trabalho, através de um estudo bibliográfico e da utilização do método hipotético-dedutivo, e tendo como objeto de pesquisa a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, busca na teoria política arendtiana do “direito a ter direitos” uma resposta à problemática de como o direito internacional dos direitos humanos enfrentou os paradoxos apontados por Arendt na obra “Origens do Totalitarismos”, buscando identificar se a (não) exigência do status migratório da cidadania como requisito para o gozo de direitos dentro dos Estados nacionais ainda se apresenta como um óbice à efetivação dos direitos humanos e à reivindicação, por parte de indivíduos migrantes, da condição de serem sujeitos do direito a ter direitos.

Palavras-chave: Migração; Direitos Humanos; Direito a ter direitos; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Introdução

Diante da atual crise migratória enfrentada globalmente pelos Estados contemporâneos, bem como frente às inúmeras denúncias de violação aos direitos humanos fundamentais de pessoas migrantes por esses Estados, o presente projeto de pesquisa busca analisar as condições de efetivação e garantia de direitos fundamentais dentro do âmbito do direito internacional dos direitos humanos, tendo em vista a posição de vulnerabilidade na qual esse grupo se encontra, devido a sua própria condição de migração.

Partindo de uma análise arendtiana da efetivação dos direitos humanos pelos órgãos internacionais e pelos Estados soberanos, o trabalho irá resgatar a teoria política do direito a ter direitos, e suas interpretações contemporâneas, na análise do problema teórico de como o direito internacional tem lidado com os paradoxos apontados por Arendt em sua obra clássica, resgatando também a crítica arendtiana aos direitos humanos, na medida em que estes dependem, na sua efetivação, dos direitos de cidadania.

Desse modo, através da análise da jurisprudência dos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos, quais sejam os pareceres e decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, busca-se compreender se a exigência do reconhecimento da cidadania continua sendo um requisito válido para que indivíduos migrantes possam reivindicar a condição de serem sujeitos do direito a ter direitos.

A teoria arendtiana do direito a ter direitos

Hannah Arendt, em uma das passagens mais importantes d'As Origens do Totalitarismo, irá, a partir da condição própria de pessoa apátrida, enquanto judia alemã refugiada durante a perseguição nazista, expor a condição de deterioração e de perda de direitos que um grupo de minorias, os chamados “apátridas”, o “refugo da terra”, encontraram no período do pós guerra, propondo uma compreensão crítica do que chamou de declínio do estado nacional e o fim dos direitos do Homem.

O processo migratório do pós primeira guerra marca então um período no qual esse grupo de pessoas “indesejáveis”, que não eram bem vindos, nem assimilados, em lugar algum, foram destituídos daqueles direitos considerados inalienáveis, os Direitos do Homem (ARENDT, 2012). No contexto de consolidação dos movimentos e dos regimes totalitários, Arendt encontrou na própria engrenagem institucional dos estados nacionais parte do que explica o surgimento e a consolidação de um contingente de pessoas que já não mais podiam contar nem mesmo com aqueles direitos ditos universais, inalienáveis e indivisíveis.

Tal processo institucional pode ser descrito como a “transformação do Estado de instrumento da lei em instrumento da nação; a nação havia conquistado o Estado, e o interesse nacional chegou a ter prioridade sobre a lei”

(ARENDT, 2012, p. 379), representado por uma verdadeira institucionalização da ausência de direitos pelo Estado nacional soberano.

Para Arendt (2012), o declínio do sistema dos Estado-nação na Europa durante as duas guerras mundiais representou um dos principais aspectos que se cristalizou no fenômeno totalitário, visto que o desrespeito totalitário pela vida humana e o tratamento de seres humanos como entidades “supérfluas” começou, para a autora, quando seres humanos tomaram a condição de apátridas e tiveram negado o direito a ter direitos, processo esse que seria equivalente a perda de todos os direitos humanos (BENHABIB, 1996).

Essa ausência de direitos a qual o apátrida estava submetido fomentou o processo de criação de uma pessoa “ilegal”, fazendo com que estes sujeitos tivessem que viver em um estado de constante transgressão à lei (ARENDT, 2012). Desse modo, o apátrida estava sujeito a punições estatais e penais pelo seu status de pessoa migrante, culminando no único momento no qual esse sujeito seria observado pela lei.

O apátrida, sem direito à residência e sem o direito de trabalhar, tinha, naturalmente, de viver em constante transgressão à lei. Estava sujeito a ir para a cadeia sem jamais cometer um crime. Mais do que isso, toda a hierarquia de valores existente nos países civilizados era invertida no seu caso. Uma vez que ele constituía a anomalia não-prevista na lei geral, era melhor que se convertesse na anomalia que ela previa: o criminoso. A melhor forma de determinar se uma pessoa foi expulsa do âmbito da lei é perguntar se, para ela, seria melhor cometer um crime. Se um pequeno furto pode melhorar a sua posição legal, pelo menos temporariamente, podemos estar certos de que foi destituída dos direitos humanos. Pois o crime passa a ser, então, a melhor forma de recuperação de certa igualdade humana, mesmo que ela seja reconhecida como exceção à norma. O fato - importante - é que a lei prevê essa exceção. Como criminoso, mesmo um apátrida não será tratado pior que outro criminoso, isto é, será tratado como qualquer outra pessoa nas mesmas condições. Só como transgressor da lei pode o apátrida ser protegido pela lei. (ARENDT, 2012, p. 390)

Nesse cenário de constantes violações que os Estados nacionais cometeram contra determinados grupos, dentro de uma sociedade na qual “os homens não mais estavam certos daqueles direitos sociais e humanos que, até então, independiam da ordem política, garantidos não pelo governo ou pela constituição, mas pelo sistema de valores” (ARENDT, 2012, p. 395), evoca-se a crítica arendtiana aos direitos humanos, segundo a qual a cidadania seria algo fundamental para a garantia desses direitos, até então definidos como “universais” e “inalienáveis”, condição esta que, em última instância, inviabilizava o gozo de direitos básicos por determinadas minorias, fazendo com que esses grupos estivessem destituídos do direito a ter direitos.

Desde a sua gênese, os direitos humanos foram fundados a partir de uma noção de cidadania que mitigou a sua dita universalidade, trazendo como

requisito fundamental a sua efetivação o vínculo com o Estado nacional que lhe dê legitimidade e factibilidade (WERMUTH; SENGGER, 2017). Aliado a isso, Arendt (2012) apresenta a concepção fundamental segundo a qual os direitos humanos deveriam surgir como meio de proteção dos indivíduos contra a soberania, a discricionariedade Estatal e o processo de extermínio, em alguma medida, do que o outro representa.

Tais concepções estão diretamente ligadas a atual crise migratória enfrentada pelos Estados contemporâneos, na medida em que os direitos humanos fundamentais desses grupos ainda encontram-se ligados à soberania desses Estados modernos, desprovido de direitos qualquer indivíduo que se encontre fora do seu território nacional.

O direito migratório dentro do Direito Internacional dos Direitos Humanos

Partindo para uma análise concreta do *status* da proteção do migrante pelo direito internacional, de início será realizada uma breve análise dos dispositivos legais presentes dentro do plano internacional dos direitos humanos, no que diz respeito às normas internacionais de proteção ao migrante, especialmente aquelas constantes nos instrumentos e convenções do plano interamericano.

Inicialmente, destaca-se o artigo 24, da Convenção Americana de Direitos humanos, o qual prevê o direito à igualdade e à não discriminação como fundamento básico do sistema interamericano (CORTEZ; MOREIRA, 2017). É consagrado ainda que tal princípio de igualdade, por sua vez, não pode estar subordinado, sob qualquer interpretação, à residência legal ou à cidadania do indivíduo (CoIDH, 2017).

Ainda, foi estabelecido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) que o direito de migrar seria decorrência direta do direito à circulação e residência, já previstos pelo artigo 8º da Declaração Americana, o qual prevê o direito de todos de fixar residência, circular livremente e abandonar voluntariamente o território do Estado do qual é nacional (CORTEZ; MOREIRA, 2017).

Sobre o tema, a Comissão estabeleceu que o direito de migrar estaria implícito no direito de abandonar voluntariamente seu país (CORTEZ; MOREIRA, 2017). Não obstante, observa-se que o direito de saída de um território não significa impreterivelmente o direito a ingressar em um território distinto, visto que a dita soberania interna dos Estados ainda permite que cada país delimite normas sobre o ingresso ou não de um migrante ingresse, exceto aqueles em situação de refúgio (CORTEZ; MOREIRA, 2017).

Ou seja, em face da noção soberania interna, evocada ainda hoje pelos Estados contemporâneos, “não é possível concluir que existiria propriamente um direito a migrar, visto que, diante das atuais disposições normativas, as nações podem decidir se permitem ou não o ingresso de estrangeiro para fins

migratórios” (CORTEZ; MOREIRA, 2017, p. 443).

Dentro do âmbito legislativo do direito internacional destaca-se ainda o artigo 26, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Tal previsão legal dispõe sobre a origem nacional como um fator que em hipótese alguma poderá ser invocada de modo a discriminar um ser humano, tampouco para retirar um indivíduo do âmbito de proteção legal e negar-lhe tratamento igualitário perante a lei (CoIDH, 2017).

O que se observa então é que no que diz respeito ao sistema de proteção de direitos humanos interamericano existe um grande empenho dos órgãos na proteção e na tutela dos direitos humanos das pessoas migrantes, através da “adoção de instrumentos de proteção, emissão de pareceres consultivos ou proferimento de sentenças em casos contenciosos” (CORTEZ; MOREIRA, 2017, p. 449).

Diante da importância de tais instrumentos para a delimitação e efetivação dos direitos migratórios no plano internacional, para fins do presente trabalho, serão analisados três casos de jurisdição contenciosa julgados pela CoIDH, quais sejam: a) Caso Vélez Loor vs. Panamá, b) Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana, c) Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana.

Ainda, serão analisados dois pareceres consultivos da CoIDH, quais sejam: a) Parecer Consultivo 18/03 - A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados e b) Parecer Consultivo 21/14 - O direito das crianças migrantes.

Destaca-se também a análise do documento “Migração, Refúgio e Apátridas”, de autoria da Corte Interamericana de Direitos Humanos, publicado em língua portuguesa pelo Ministério da Justiça em 2014, no governo da então presidenta Dilma Rousseff, o qual conta com a íntegra de algumas das decisões aqui analisadas, representando um marco no desenvolvimento da jurisprudência brasileira no que diz respeito ao reconhecimento do direito dos migrantes.

Análise dos casos contenciosos da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Partindo para uma análise mais específica dos casos contenciosos da CoIDH, temos inicialmente o Caso Vélez Loor vs. Panamá, julgado no ano de 2010, o qual tratou da análise da detenção de um estrangeiro que não portava documentos de permanência no Panamá.

No julgamento do caso, o país foi condenado pela Corte, sendo reiterado que, ainda que o Estado possa controlar o ingresso e saída de estrangeiros em seu território, esse controle deve necessariamente observar os direitos humanos estabelecidos na CADH, não podendo se valer de detenções arbitrárias, sem fundamento jurídico (CORTEZ; MOREIRA, 2017).

Nesse contexto, a Corte destacou o artigo 7, da Convenção America-

na, que dispõe que nenhum indivíduo poderá ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários, ressaltando que a detenção de Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidade equatoriana, não contou com nenhum controle judicial (CoIDH, 2010).

A demanda diz respeito à alegada detenção no Panamá do senhor Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidade equatoriana, posteriormente processado por delitos relacionados à sua situação migratória, sem as devidas garantias e sem a possibilidade de ser ouvido e de exercer seu direito de defesa; a alegada falta de investigação das denúncias de tortura apresentadas pelo senhor Vélez Loor às autoridades panamenhas; bem como as supostas condições desumanas de detenção às quais teria estado submetido em diferentes centros penitenciários panamenhos do momento de sua privação de liberdade, em 11 de novembro de 2002, até sua deportação à República do Equador em 10 de setembro de 2003. (CoIDH, 2010, p. 4)

Tal caso reflete diretamente o fenômeno que Arendt (2012) tratou como o processo de criação de uma pessoa “ilegal” pelos Estados soberanos, excluindo-os da proteção dos direitos fundamentais e culminando em uma gritante anomalia do ponto de vista jurídico, a qual se perpetua na ordem do direito interno dos Estados contemporâneos, na medida em que fere diretamente o consagrado princípio da igualdade no plano internacional.

Outro caso de extrema relevância julgado pela Corte foi o Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana, de 2012, no qual o país foi denunciado pelo uso excessivo da força contra migrantes haitianos detidos e expulsos do território dominicano (CORTEZ; MOREIRA, 2017).

Sobre o caso, a CoIDH enfatizou a proibição do instrumento da expulsão coletiva pelos Estados, indicando ainda a ocorrência de tratamento discriminatório pelo país, violando direitos amplamente protegidos pela Convenção Americana, tais quais o como o direito à vida e a integridade pessoal (CORTEZ; MOREIRA, 2017).

Já no caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana, julgado pela Corte em 2014, o país foi denunciado mais uma vez por tratamento discriminatório por parte de autoridades estatais, dessa vez contra pessoas de origem ou ascendência haitiana (CORTEZ; MOREIRA, 2017). Foi observado também que esse grupo estava sujeito a um padrão sistemático de expulsões, tendo ainda dificuldades na obtenção de documentos de identificação (CORTEZ; MOREIRA, 2017).

Diante de tais violações, foi determinado pela Corte o reconhecimento da nacionalidade das pessoas dominicanas, bem como a permissão de residência para as pessoas haitianas (CoIDH, 2014). Foi ainda determinada a reparação em danos materiais e imateriais às famílias vítimas da detenção e expulsão, sendo expressamente reconhecido o sofrimento e as aflições causadas pelas violações do Estado denunciado (CoIDH, 2014).

Ante a breve análise desses três casos, é possível observar o caráter de proteção e de efetivação de direitos migratórios nas decisões contenciosas da Corte Interamericana, que reiteradamente condenou os Estados denunciados frente a violações a direitos humanos fundamentais protegidas pela Convenção Americana.

Análise das opiniões consultivas emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

Além do julgamento de casos concretos, passa-se a análise das relevantes opiniões consultivas emitidas através de pareceres pela CoIDH, os quais são fundamentais no que diz respeito à interpretação das normas previstas nos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos dos migrantes (CORTEZ; MOREIRA, 2017).

Na Opinião Consultiva nº 18 de 2003, requerida pelo México, a Corte Interamericana, ao tratar da condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados, foi clara em prever a obrigação da efetivação de direito humanos para indivíduos independentemente da sua situação documental ou migratória, justificando tal medida no princípio da igualdade e da não discriminação (CORTEZ; MOREIRA, 2017).

Desse modo, a Corte estabeleceu que, em relação a indivíduos não documentados e as relações trabalhistas, “direitos sociais dos migrantes devem ser respeitados ainda que estejam em situação irregular, visto que tais direitos decorrem da relação de trabalho e não de seu status migratório” (CORTEZ; MOREIRA, 2017, p. 447).

Ainda no Parecer 18/03, a Corte irá destacar casos nos quais a lei interna dos Estados americanos garante um conjunto de direitos independentemente da condição de cidadania dentro de seus territórios:

Os Estados americanos têm a obrigação de garantir a proteção básica dos direitos humanos, prevista nos tratados de direitos humanos, a todas as pessoas sob sua autoridade, “e [esta] não depende [...], para sua aplicação, de fatores tais como a cidadania, nacionalidade nem nenhum outro fator da pessoa, incluindo sua condição de imigração”. (CoIDH, 2017, p. 83)

O voto do jurista Cançado Trindade no referido Parecer deixa claro que a proteção de direitos independe de qualquer status político ou migratório, de modo que “os direitos humanos transcendem em muito os chamados “direitos da cidadania”, “concedidos” pelo Estado (CoIDH, 2017, p. 154).

O voto menciona ainda direitos inerentes a todo indivíduo, inalienáveis em sua espécie, e que “não dependem da “vontade”, nem do “acordo”, nem do consentimento, dos sujeitos de direito; sendo os direitos fundamentais da pessoa humana o “fundamento necessário de toda ordem jurídica”, que não conhece fronteiras” (CoIDH, 2017, p. 159)

Entretanto, em outro momento, o Parecer dispõe sobre os direitos migratórios garantidos dentro do território Canadense, os quais devem ser equivalentes àqueles garantidos aos cidadãos, excepcionando-se, entretanto, casos de limitação, pelo Estado, da locomoção em prol dos “direitos dos Estados soberanos” (CoIDH, 2017), sinalizando uma limitação na aplicação do já mencionado direito à circulação e residência, previsto no artigo 8º da Declaração Americana.

A maioria dos direitos e liberdades básicos protegidos pela Carta Canadense de Direitos e Liberdades estão garantidos a favor de todo indivíduo que se encontre em território canadense, independentemente de seu status migratório ou sua cidadania. Alguns destes direitos são: a liberdade de associação, o direito a um devido processo, o direito à igualdade perante a lei, bem como o direito a uma proteção igualitária sem discriminação alguma por motivos de raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade ou deficiência mental ou física. Existem algumas exceções, devido a que a Carta Canadense de Direitos e Liberdades garante certos direitos apenas aos cidadãos canadenses: o direito ao voto e o direito a entrar, permanecer e sair do Canadá, entre outros. O direito a se deslocar entre uma e outra província, bem como o direito a trabalhar em qualquer província são garantidos aos cidadãos e aos residentes permanentes. Muitas destas garantias refletem o direito dos Estados soberanos de controlar o movimento de pessoas através das fronteiras internacionais. (CoIDH, 2017, p. 81)

A referida Opinião Consultiva faz menção ainda, através de um parecer da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, à formulação de políticas migratórias pelos “Estados soberanos” como uma tarefa legítima e objetiva desses Estados (CoIDH, 2017). Nesse sentido, entende-se possível a formulação de políticas que limitem determinados direitos migratórios, desde que respeitados determinados critérios, quais sejam:

1) determinados direitos não são derogáveis; 2) há direitos reservados exclusivamente aos cidadãos; 3) há direitos que estão condicionados ao status de migrante documentado, como os relativos à liberdade de movimento e de permanência; e 4) determinados direitos podem ser restringidos sempre que sejam cumpridos os seguintes requisitos: a) a restrição deve estar prevista por lei; b) a restrição deve responder a um interesse legítimo do Estado, manifestado explicitamente; c) a restrição deve estar “racionalmente relacionada ao objetivo legítimo”; e d) não devem existir “outros meios de alcançar esses fins que sejam menos onerosos para os afetados”. (CoIDH, 2017, p. 83/84)

Em 2014, no Parecer Consultivo 21/14, a CoIDH, após o pedido da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai, tratou especificamente acerca do direito das crianças migrantes no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional, de modo a fixar a interpretação sobre obrigações estatais referentes à tutela dos direitos dessas crianças (CORTEZ;

MOREIRA, 2017).

Nesse contexto, foi estabelecido pela Corte que a garantia dos direitos humanos fundamentais das crianças migrantes não está condicionada ao seu status migratório, sendo o princípio do superior interesse da criança o marco principal a ser protegido pelos Estados (CORTEZ; MOREIRA, 2017).

Em face do exposto, a Corte expressa o entendimento de que, ao elaborar, adotar e implementar suas políticas migratórias relativas a pessoas menores de 18 anos de idade, os Estados devem priorizar o enfoque dos direitos humanos desde uma perspectiva que tenha em consideração de forma transversal os direitos das crianças e, em particular, sua proteção e desenvolvimento integral, os quais devem prevalecer sobre qualquer consideração de nacionalidade ou status migratório, a fim de assegurar a plena vigência de seus direitos, 89 nos termos dos artigos 1.1, 2 e 19 da Convenção Americana e VII da Declaração Americana. (CoIDH, 2014, p. 25)

A Corte concluiu ainda pela completa vigência do princípio de não devolução em relação à proteção das crianças migrantes, indicando que qualquer decisão que implique em sua devolução ao país de origem deverá necessariamente observar seu interesse superior (CoIDH, 2014). Por outro lado, no mesmo documento, a CoIDH prevê também a possibilidade de limitação de determinados direitos pelo Estado, desde que tal limitação não viole o princípio da não discriminação.

Considerações finais

O que se observa através da análise das decisões contenciosas e dos pareceres consultivos é que, em que pese a anunciação de direitos fundamentais como independentes que qualquer status de cidadania pelos órgãos da Corte Interamericana, bem como outras cortes internacionais de direitos humanos, como a Corte Europeia, a exigência da cidadania ainda hoje é tida como um requisito para o gozo de determinados direitos humanos fundamentais pelos Estados contemporâneos.

Isso porque a soberania nacional, amparada pelo instrumento do direito estatal, ainda é amplamente evocada pelos Estados, sendo responsável pela produção de “cesuras entre nacionais e estrangeiros, o que resulta em práticas migratórias repressivas e excludentes, que alçam o migrante à vida nua na medida em que colocado em uma espécie de “sub-cidadania”” (WERMUTH; SINGER, 2017, p. 118).

Como observado através da análise dos documentos da Corte Interamericana, um dos principais aspectos limitados pela legislação interna dos Estados diz respeito ao direito de locomoção dos indivíduos, sendo que “a mobilidade humana extraterritorial causa estranheza à lógica do Estado-nação e da cidadania, podendo-se afirmar que essa movimentação extrafronteiras agride a noção de cidadania nacional” (WERMUTH; SINGER, p. 125).

As barreiras construídas pelos Estados são feitas de pedras, tijolos, aço, ferro, cimento, arame farpado, mas também são feitas de uma política migratória baseada em uma legislação repressora e criminalizante, que delega o trato da imigração à polícia e é legitimada pela população local em razão do discurso amedrontador sobre os possíveis perigos que os imigrantes representam para a população autóctone. Discurso que é referendado, exagerado e difundido pelos meios de comunicação de uma forma geral. (WERMUTH; SENGGER, p. 127)

Ou seja, em que pese a proteção internacional, estados contemporâneos, amparados pelo discurso da soberania e por instrumentos legais internos excludentes e criminalizantes, ainda são capazes de suspender a aplicação de direitos para determinadas minorias, e, desse modo, ao limitar seu campo de efetivação “criando um “fora” e um “dentro” de seus limites, a própria lei é a responsável por criar um “não-direito”, que é justamente o local no qual o direito não se aplica, se suspende” (WERMUTH; SENGGER, 2017, p. 130). Nesse sentido:

A característica primordial das espécies legislativas mencionadas é a criação de uma diferenciação entre nacionais e não nacionais, impondo a determinação de que apenas os primeiros têm direitos dentro do Estado em questão, o que leva ao fortalecimento do nacionalismo e, em contrapartida, ao enfraquecimento da aceitação do multiculturalismo, do respeito e da valorização do outro (WERMUTH; SENGGER, 2017, p. 130)

Tal discrepância entre as recomendações dos órgãos internacionais e a aplicação dos direitos humanos pelos Estados contemporâneo pode ser justificado quando observada que a “inexistência de instrumentos normativos específicos demandam que significativas obrigações estatais sejam somente evidenciadas em opiniões consultivas ou sentenças, cuja elaboração apenas ocorre após requerimento ou denúncia” (WERMUTH; SENGGER, 2017, p. 450).

Tal lacuna dentro do sistema internacional dos direitos humanos tangencia diretamente com aquilo que Benhabib (2004) defendeu acerca da possibilidade dos órgãos internacionais atuarem como uma ferramenta de construção de mecanismos da efetivação dos direitos migratórios em face à soberania dos Estados, demonstrando que tal aspiração ainda encontra-se em um contínuo processo de construção dentro do direito internacional, estando longe de ser uma realidade fática.

Desse modo, a constante violação de direitos pelos “Estados soberanos”, os quais pregam o discurso da soberania estatal para afastar as normas internacionais dos direitos humanos, em que pese o efeito vinculante das decisões e recomendações da Corte, ainda se apresenta como uma realidade marcante.

Ou seja, ainda estamos diante daquilo que Arendt (2012) definiu como processos de criação da nação que se constituem como excludentes, violentos,

e que passam pelo extermínio, em alguma medida, do que o outro representa.

Referências

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras. 2012. (Capítulo 5 - O declínio do estado-nação e o fim dos direitos do homem).

BALIBAR, Étienne. **Hannah Arendt, the right to have rights, and civic disobedience**. In: Equaliberty, Duke University (translation: James Ingram). Original: l'Égaliberté. Presses Universitaires de France, 2010.

BENHABIB, Seyla. **The Missing Normative Foundations of Arendtian Politics**. In: The Reluctant Modernism of Hannah Arendt. Thousand Oaks, California: Sage, 1996.

BENHABIB, Seyla. **The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens**. Cambridge and New York: Cambridge University Press, 2004. (Cap. 2 - “The right to have rights”: Hannah Arendt on the contradictions of the nation-state; Cap. 4. Transformations of citizenship: the European Union)

BUTLER, Judith. **Who sings the nation-state?** Language, Politics, Belonging, 2011.

CoIDH. **Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana, de 24 de outubro de 2012**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_por.pdf. Acesso em 28 de jun. de 2022.

CoIDH. **Caso Vélez Loor vs. Panamá, de 23 de novembro de 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7c950d67d3a97c9f-9ce9607f8f21a34a.pdf>. Acesso em: 28 de jun. de 2022.

CoIDH. **Parecer consultivo OC-18/03, de 17 de setembro 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/58a49408579728bd7f7a6bf3f1f80051.pdf>. Acesso em: 28 de jun. de 2022.

CoIDH. **Parecer consultivo OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, solicitado pela República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf. Acesso em: 28 de jun. de 2022.

CORTEZ, Laura Maria Silva; MOREIRA, Thiago Oliveira. **A Tutela dos Direitos Humanos dos Migrantes pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Cadernos de Dereito Actual, [s. l], n. 8, p. 439-452, dez. 2017.

HARTMAN, Saidiya. **Wayward Lives, Beautiful Experiments. Intimate Histories of Social Upheaval**. New York: W. W. Norton & Company, 2019. (A Note on Method; Wayward: A Short Entry on the Possible).

WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; SENGHER, Ilise. **As migrações no mundo contemporâneo e o paradoxal papel dos direitos humanos: proteção ou abandono?** Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Ufc, [s. l], p. 117-145, dez. 2017.

A SITUAÇÃO DA CRIANÇA MIGRANTE NO BRASIL: UM ESTUDO ENTRE AS NORMATIVAS E A REALIDADE.

Fernanda Carolina de Araujo Ifanger

Professora do programa de mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas; doutora e mestre em direito pela Universidade de São Paulo; graduada em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Samuel Antikeira Michelan

Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas; estudante bolsista pelo programa de mobilidade na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Resumo:

Tem-se como ponto de partida a centralidade das crianças no debate sobre o fenômeno migratório hodierno Brasil. A partir dessa intensa presença, reproduzida no artigo, essencial se faz delimitar o significado da proteção integral de crianças e adolescentes e a sua manifestação em relação à migração. Justifica-se a temática atinente à criança migrante pois toda a normativa internacional e interna sobre crianças e adolescentes define como pressuposto a proteção integral. Deste modo, é fundamental conferir total proteção a essas crianças e adolescentes que partem de seus países de origem, usualmente com sua família, na busca pela sobrevivência ou por melhores condições de vida. Neste sentido, estrutura-se a exposição apresentando a) dados oficiais sobre o cenário da migração infantil; b) as normativas que contêm o arcabouço normativo de proteção à criança- e, de modo particular, à criança migrante; c) o procedimento de solicitação da específica situação de refúgio, à partida do marco do ingresso da criança em território nacional à atuação posterior das autoridades migratórias; d) breve discussão sobre o direito à educação para crianças já alocadas em território nacional. Fora utilizado como parâmetro para realização da pesquisa demais artigos científicos da área e a análise de dados internacionais sobre a temática.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Criança-migrante; Proteção Integral

Introdução

A presente pesquisa parte da premissa de que as crianças são atores centrais no debate sobre o fenômeno migratório atual em âmbito global e, sobretudo, no Brasil. Diante dessa intensa presença, que será retratada em números adiante, fundamental se faz discutir o que significa a proteção integral de crianças e adolescentes e como ela deve se manifestar em relação às particularidades da migração.

Justifica-se a escolha da temática atinente à criança migrante no Brasil, uma vez que toda a normativa internacional e interna sobre crianças e adolescentes tem como pressuposto fundamental a sua proteção integral. Portanto, urge como fundamental conferir total proteção a essas crianças e adolescentes que deixam seus países de origem, geralmente com sua família, na busca pela sobrevivência ou por melhores condições de vida. Ademais, para além da constatação da sua presença vazia de conteúdo, ou seja, presença sem efetiva participação, faz-se imperativo estabelecer o debate do fenômeno da migração sob a ótica protetiva da criança, de sorte a alocar a criança como protagonista de seu destino.

Para tanto, estrutura-se a exposição apresentando a) dados oficiais sobre o cenário da migração infantil; b) as normativas que contêm o arcabouço normativo de proteção à criança- e, de modo particular, à criança migrante; c) o procedimento de solicitação da específica situação de refúgio, à partida do marco do ingresso da criança em território nacional à atuação posterior das autoridades migratórias; d) breve discussão sobre o direito à educação para crianças já alocadas em território nacional;

Utilizou-se, para a elaboração das hipóteses que serão apresentadas, artigos científicos sobre a temáticas, bem como relatórios internacionais relativos sobre a situação da criança em situação de migração.

Migração infantil: o cenário em dados

Antes de se discutir os direitos das crianças em situação de migração, fundamental compreender a dimensão do fenômeno e a situação em que vivem essas pessoas.

De acordo com dados do Departamento de Assuntos Sociais e Econômicos da ONU (2017), a maioria dos migrantes está em idade de trabalho, sendo que, em 2017, 74% tinham entre 20 e 64 anos e 12% tinham mais de 65 anos. Referente às crianças e jovens pelo mundo, é estimado que tenhamos 14% com idade até 19 anos, representando cerca de 36,1 milhões de crianças e adolescentes, distribuídos entre 0-4 anos (3%); 5-9 anos (3%); 10-14 anos (4%) e 15- 19 (4%)¹.

De acordo com o relatório, entre 2005-2015, o total de crianças imi-

1 UNITED NATIONS. (ONU) Department of Economic and Social Affairs, Population Division. Trends in International Migrant Stock: The 2017 revision (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2017), 2017.

grantes subiu 21%. Os dados demonstram que 31 milhões de crianças vivem fora do seu país de nascimento, de modo a incluir 11 milhões de refugiados infantis e requerentes de asilo; ou seja, aproximadamente uma em cada três crianças é um refugiado, já para os adultos, a proporção segundo o ACNUR é menor, de 1 em 20 ².

Além disso, consoante dados do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), em 2015 trinta e um milhões de crianças não viviam em seu país de nascimento, haja vista que esse número inclui dez milhões de crianças refugiadas e um milhão de solicitantes de refúgio que fugiram de conflitos armados, perseguição e violência ³.

Hodiernamente, chegou-se a um cenário crítico no qual metade da população global refugiada é constituída por crianças, de modo que dentre esses 51%, trinta e quatro mil se trata de crianças separadas - crianças separadas de pais ou guardiões, mas acompanhadas por outros familiares - ou desacompanhadas - crianças separadas de seus pais ou guardiões e que não estão sob os cuidados de nenhum outro adulto⁴

A proteção integral dirigida e as normas protetivas da criança em situação de migração

Em 1989, em Nova Iorque, foi aprovado o mais importante documento em benefício dos direitos das crianças e adolescentes, o qual incorporou e inaugurou a doutrina da Proteção Integral, que é a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, com força coercitiva para as nações signatárias, entre as quais estava o Brasil.

A normativa foi ratificada, já naquele momento, por mais de 160 países, incluindo todos os da América Latina, sendo assinada pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990 e aprovada pelo Decreto Legislativo 28, de 14 de setembro de 1990.

A Convenção compilou todas as normativas sobre a infância que estavam distribuídas em mais de 80 documentos internacionais. Antes dela o único texto universal a tratar da questão foi a Declaração dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959, que, no entanto, não tinha força vinculante para os Estados⁵.

Ademais, ela consolida um conjunto de legislações internacionais sobre o tema, que se convencionou denominar Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral da Infância, composta, além da própria Convenção outros

2 UNICEF. A child is a child: Protecting children on the move from violence, abuse and exploitation, 2017. (Relatório)

3 NICEF. A child is a child: Protecting children on the move from violence, abuse and exploitation, 2017. (Relatório)

4 UNICEF. A child is a child: Protecting children on the move from violence, abuse and exploitation, 2017. (Relatório)

5 BARATTA, Alessandro. La situación de la protección del niño en America Latina: líneas de una investigación-acción sobre los derechos de los niños. *Capítulo Criminológico*, Maracaibo, v. 18-19, p. 159-175, 1990-1991.

documentos que tratam da temática.

Quatro princípios são basilares dessa nova perspectiva: da não discriminação; do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento; do respeito às opiniões da criança e do adolescente; e do interesse superior da criança⁶.

Duas disposições demonstram claramente a mudança de paradigmas que então se realizava: a criança e o adolescente passam a ser considerados sujeitos, não mais objetos de direito, e acaba-se a equiparação entre abandono, delinquência e situação irregular, por meio da diferenciação entre jovens carentes de proteção - vítimas - e autores de condutas proibidas, ofertando-se lhes, pela primeira vez, tratamento jurídico diferenciado.

Reconhece-se, a partir de agora, que as crianças e adolescentes têm os mesmos direitos fundamentais assegurados a toda pessoa humana; têm direito, além disso, a uma proteção integral, bem como a instrumentos que assegurem seu saudável desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, em condições de liberdade e dignidade. Em poucas palavras, a doutrina da Proteção Integral representa o “reconhecimento dos direitos da criança como uma categoria dos direitos humanos”⁷.

Trata-se de uma nova definição do papel do Estado e da sociedade civil diante das crianças e adolescentes carentes e dos autores de atos infracionais⁸.

A ansiada mudança de paradigmas manifestou-se, então, em todos os aspectos da tratativa das crianças e adolescentes, tanto no tocante às políticas destinadas à sua proteção, quanto no que diz respeito às dirigidas à repressão das condutas ilícitas perpetradas por esses sujeitos.

O que se evidencia é que “a proteção integral à infância e juventude situa, portanto, o sistema de justiça numa dimensão ético-política de proteger os mais vulneráveis, respeitando seus modos singulares de existência”⁹.

Do ponto de vista brasileiro, vale destacar o pioneirismo do Brasil, nesse novo contexto de teorização e normatização das questões referentes à infância e juventude.

6 ALBUQUERQUE, Catarina de. Os direitos da Criança em Portugal e no mundo globalizado: o princípio do interesse superior da criança. *Direito das Crianças*, Coimbra, n. 3, p. 39-63, 2004. Para Uriarte, pela nova concepção esposada pela Convenção deixa de existir espaço “para a defesa social, como esquema ideológico que orienta a atividade punitiva institucional, assim como tampouco para a construção punitiva das políticas sociais. Em seu lugar, a Convenção aprofunda as garantias ante o sistema penal, do qual obviamente desconfia, e promove, em geral, a mais ampla realização de direitos e necessidades”. Cf. URIARTE, Carlos E. *Control institucional de la niñez adolescencia en infracción: un programa mínimo de contención y límites jurídicos al Sistema Penal Juvenil* (las penas de los jóvenes). Montevideo: Carlos Alvarez, 1999. p. 160.

7 SOTOMAYOR, Carlos Tiffer. De un Derecho Tutelar a un Derecho Penal Mínimo I-Garantista: nueva Ley de Justicia Penal Juvenil. *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, n. 13, p. 98-109, ago. 1997. p. 99.

8 LUCCHINI, Riccardo. Le débat brésilien sur la Justice des Mineurs. *Déviance et Société*, Liège, v. 15, n. 2, p. 175-186, 1991.

9 VINCENTIN, Maria Cristina. A questão da responsabilidade penal juvenil: notas para uma perspectiva ético-política. In: ILANUD et al. (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 151.

A doutrina da Proteção Integral foi incorporada à legislação brasileira em 1988 por meio da edição dos artigos 227 e 228 da Constituição Federal - antes mesmo da finalização da Convenção -, sendo sua fonte de inspiração a Declaração dos Direitos da Criança da Assembleia das Nações Unidas de 1959¹⁰.

O referido artigo 227 é a primeira norma constitucional já escrita sobre a prioridade absoluta da criança e do adolescente e seus direitos humanos.

Na esteira do pioneirismo do texto constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente ¹¹foi uma das primeiras legislações em âmbito mundial, e a primeira da América Latina, a adotar a doutrina da Proteção Integral. Trata-se, para Baratta, da legislação que melhor acolheu o espírito e a letra da Convenção¹².

Especificamente no que concerne à situação de migração, é seguro entender-se que, apesar da Convenção de 1951, relativa ao status do refugiado, não fazer qualquer menção às crianças, os critérios de status de refugiado consoante previstos, à partida, aplicam-se igualmente para adultos e menores de 18 anos.¹³

No âmbito interno, tem-se a Lei 13.445, aprovada em 2017, também conhecida como lei de migração¹⁴, que, pela primeira vez, destina alguns artigos

10 Nessa incorporação foi fundamental a atuação do movimento chamado A Criança e o Constituinte, movimento da sociedade civil e de milhares de crianças visando a inserção no texto constitucional dos princípios expressos na Declaração dos Direitos da Criança.

11 BRASIL. Lei nº 8069, de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, 13 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 18 nov. 2022.

12 BARATTA, Alessandro. Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescência: a proposito del Estatuto del niño y del adolescente de Brasil. *Capítulo Criminológico*, Maracaibo, v. 23, n. 1, p. 1-18, jan./jun. 1995. Para Méndez “a partir da experiência do Brasil, todo o resto das reformas legislativas (com maior ou menor nível de participação social e com uma melhor ou pior técnica jurídica), deixaram de ser esotéricas e clandestinas reuniões de ‘peritos’ que trabalham nos sótãos dos Ministérios de Justiça, para converterem-se em imensos laboratórios político-sociais de produção jurídica democrática”. Cf. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia. *Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Costa Rica, a. 10, n. 15, p. 58-71, dez. 1998. p. 60.

13 Tal convenção é principal instrumento internacional jurídico de proteção aos refugiados. Vale destacar que o status de refugiado não se confunde com a situação de migração. Pode-se entender a situação de refúgio “combinando o que determina o art. 1º do Protocolo com o art. 1º da Convenção, pode-se definir “refugiado” como: • pessoa que é perseguida ou tem fundado temor de perseguição; • por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas e encontra-se fora do país de sua nacionalidade ou residência; • e que não pode ou não quer voltar a tal país em virtude da perseguição ou fundado temor de perseguição”. Ou seja, toda criança refugiada é uma criança migrante, mas o inverso não se confirma. RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos - 5. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 1. Direitos humanos 2. Direitos humanos - Brasil 3. Direitos humanos (Direito internacional) I. Título. 17-1459 CDU 341:347.121.1.

14 O art. 3º, XVII, dispõe sobre o princípio da proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante; já o art. 40, V, sobre a possibilidade de admissão excepcional da criança desacompanhada; o art. 49, §4º -, traz a vedação

para a proteção da criança em situação migratória. Tal lei, demasiada recente, é apontada como grande paradigma para mudança de orientação da visão sobre a migração no contexto brasileiro.¹⁵

Destacam-se, nesse diapasão, os artigos 3º e 4º da Lei de Migração. O primeiro, em seu inciso XVII, assegura a proteção integral e o interesse superior da criança migrante, enquanto o segundo trata do direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro, filhos familiares e dependentes e do direito de acesso à educação pública, proibindo-se discriminações em razão da nacionalidade e/ou condição migratória.

Especificamente sobre a educação da criança migrante, menciona-se que o direito à educação e o princípio da não discriminação acham-se consagrados na Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificado em 1990, e em diversos outros instrumentos de proteção à infância aprovados em Assembleia Geral das Nações Unidas. No entanto, as políticas restritivas de imigração, leis inconsistentes e exigências rigorosas de documentação nos países receptores obstaculizam o exercício desse direito¹⁶.

Importa destacar que, por vezes, a própria sociedade adota, de modo intencional, limitações ou restrições para “desmotivar” o acesso das crianças em situação de migração aos serviços públicos, nomeadamente à educação.¹⁷

Internamente, o acesso à educação está consagrado na Constituição Federal, nos artigos 5º e 6º, no Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069/1990), na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.393/1996), na Lei dos Refugiados (Lei 9.474/1997) e na Lei da Migração (Lei 13.445/2017), dentre outros decretos municipais e estaduais. Entretanto, a ausência de documentação, a burocracia e a falta de informação sobre os

da repatriação da criança desacompanhada ou separada, exceto quando se demonstrar favorável; além disso, o art. 30, II, “f”, retrata a autorização de residência para criança desacompanhada ou “abandonada” (ainda carente de regulamentação); por derradeiro, o art. 9º A dispõe que a autoridade de fronteira, no momento do controle migratório, que receber a criança ou adolescente com indícios de estar desacompanhado ou separado deverá observar uma série de procedimentos específicos.

15 Importa uma nota sobre a evolução histórica do tratamento conferido ao migrante no Brasil. Deste modo, “No Brasil, o antigo Direito dos Estrangeiros (hoje denominado Direito da Mobilidade Humana) oscilou por três vertentes, que influenciaram a normatividade vigente em cada época: a) a visão tradicional do estrangeiro como elemento estranho à sociedade brasileira e criador de problemas diplomáticos b) a visão tradicional do estrangeiro como imigrante, apto a ser integrado por meio de normas de imigração e naturalização; e c) a visão contemporânea, quando o regime jurídico do tratamento ao migrante deve ser visto com base na lógica da gramática dos direitos, fundada na Constituição de 1988 e nos tratados de direitos humanos”. RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos - 5. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 1. Direitos humanos 2. Direitos humanos - Brasil 3. Direitos humanos (Direito internacional) I. Título. 17-1459 CDU 341:347.121.1.

16 FABIAN, Maria Lucia Alves. Migração infantil: aspectos e implicações para crianças e adolescentes. Cadernos do Aplicação, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 1-22, dez. 2021.

17 BÓGUS, Lucia Maria Machado; FABIANO, Maria Lucia Alves. O Brasil como destino das migrações internacionais recentes: novas relações, possibilidades e desafios. In. SIQUEIRA, Maria P.S.; ROSA, Teresa C.S. Questões Contemporâneas. Coleção Debate Social. Volume I - Florianópolis: Insular, 2016.

direitos impedem o acesso à escola no país ¹⁸.

Consoante a ACNUR, com dados de 2019, uma criança refugiada tem 5 vezes mais probabilidade de não frequentar a escola do que uma criança não refugiada ¹⁹.

Outrossim, as primeiras expectativas que o imigrante apresenta em relação ao país de acolhimento é a falta de referências, de sorte a resultar em um sentimento de intensa rejeição. No particular caso das crianças e dos adolescentes, é ainda mais grave por conta da fase da vida em que estão situados e aos sentimentos a que estão expostos.²⁰

Ademais, de acordo com o conceito de “identidades deterioradas”, ²¹as crianças em situação de migração apresentam especial vulnerabilidade uma vez que demonstram atributos que não estão em conformidade com as identidades dos demais colegas, de modo que são utilizados para estereotipá-los, à luz do processo de estigmatização.²²

Assim, a escola se torna um central, uma vez que a sua função social transcende a mera transmissão de conhecimento sistemático, de modo a atuar como um espaço de convivência humana entre os mais variados grupos e diversas culturas.

Outrossim, há a recomendação do Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (CONANDA), que aponta à priorização dos direitos de crianças e adolescentes em situação de migração.²³

Desse modo, identifica-se que a legislação recentemente construída para tratar das crianças migrantes observa as normativas nacionais e internacionais que impõe a proteção integral das crianças.

A particular situação de refúgio e a recepção de crianças no Brasil

Na particular situação da criança em situação de refúgio, espécie do gê-

18 FABIAN, Maria Lucia Alves. Migração infantil: aspectos e implicações para crianças e adolescentes. Cadernos do Aplicação, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 1-22, dez. 2021.

19 UNHCR. (ACNUR). The Un Refugee Agency. Desperate Journeys: refugees and migrants arriving in Europe and Europe's borders. UNHCR, January, 2019

20 DAURE, Ivy; et al. Relações familiares e migração: um modelo teórico-clínico em psicologia. Revista PEPSIC - Psicologia clínica, vol. 26, n. 1. Rio de Janeiro, jun. de 2014. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652014000100007. Acesso em: 04 de abril de 2019.

21 Fato é que a sociedade tende a limitar e delimitar a possibilidade de ação de um indivíduo estigmatizado, definindo-o como desacreditado e, via de consequência, demarcando os efeitos que pode representar. GOFFMAN, Erving. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Trad. Mathias Lambert. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 2006.

22 GOFFMAN, Erving. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Trad. Mathias Lambert. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 2006.

23 BRASIL. Recomendação nº 25032020, de 25 de março de 2020. Recomendação: do CONANDA para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia do covid-19. Brasília, 25 mar. 2020. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes_conanda_covid19_25032020.pdf. Acesso em: 18 nov. 2022.

nero criança migrante, a despeito das referidas normas, constatou-se que, se acompanhadas por adultos- normalmente, o reconhecimento ou o indeferimento dão-se por derivação ao processo dos adultos. Vale destacar que a Lei 9.474, de 1997, dispondo sobre obtenção do status de refugiados, não faz referência às crianças.²⁴

Neste ínterim, vale destacar que crianças teriam especialidades que justificariam um tratamento diferente em conformidade às vulnerabilidades; no entanto, ainda são agentes políticos capazes de identificar as questões do mundo adulto.

Deste modo, verifica-se um vazio regulatório, ou seja, lacunas jurídicas de proteção à criança em situação de migração, de modo geral- e, ainda mais agravada, quando estas crianças estão na particular situação de refúgio-, que são complementadas, parcialmente, por instrumentos normativos e medidas fomentadas por eventuais governos, mas que, factualmente, não atendem às especificidades para garantia de um processo de solicitação de refúgio que respeite os direitos da criança e que atendam ao “melhor interesse”, consoante previsão na Convenção sobre os Direitos da Criança²⁵.

Nota especial deve ser realizada sobre a situação particular do processo de solicitação de refúgio: após a chegada em território brasileiro, o solicitante deve requerer o status de refugiado perante a Polícia Federal, que, normalmente, indica ao solicitante a procura de assessoria jurídica e social²⁶ objetivando um maior auxílio no encaminhamento do pedido de refúgio e o manejo com o formulário de solicitação.²⁷

Logo à partida do processo de solicitação de refúgio no Brasil- para adultos e crianças-, os trâmites administrativos de recepção e acolhimento de pessoas em situação de migração competem a uma autoridade migratória de segurança, nomeadamente, a Polícia Federal. Temáticas que são conformadas em violações de direitos humanos e necessidade de proteção humanitária, como o particular caso do refúgio, são vistas à luz de uma questão securitária²⁸.

Além da situação de crianças acompanhadas, estão presentes os cenários

24 BRASIL. Lei 9.474, de 22 de julho de 1997. Brasília, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm.

25 CANTINHO, Isabel. Crianças-Migrantes no Brasil: vozes silenciadas e sujeitos desprotegidos. *O Social em Questão*, São Paulo, v. 41, n., p. 155-176, fev. 2018.

26 Tal auxílio se dá, sobretudo, por meio do Projeto Cáritas. Para maiores informações sobre o projeto, acessar: <https://caritas.org.br/>

27 O ACNUR tem uma posição crítica a respeito do despreparo da Polícia Federal, ressaltando que, nos últimos anos, a instituição “tem recusado esse pedido [de refúgio] por essas crianças, que exige um documento comprovando o parentesco ou a guarda deferida por um juiz. Só que esse processo judicial demora. Enquanto isso, a criança não tem documento, ela é invisível para o Estado brasileiro”. Posição externada em: debate promovido pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em sua sede, no centro do Rio, em parceria com Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro e com o ACNUR em junho 2016.

28 CANTINHO, Isabel. Crianças-Migrantes no Brasil: vozes silenciadas e sujeitos desprotegidos. *O Social em Questão*, São Paulo, v. 41, n., p. 155-176, fev. 2018.

de crianças desacompanhadas, que representam maior complexidade, visto que o formulário/questionário de solicitação de refúgio não apresenta essa situação e é notório o despreparo na atuação das autoridades migratórias ²⁹.

Considerações finais

No decorrer do artigo, verificou-se que a criança migrante se faz presente em quantidade considerável no fenômeno da migração hodierna. A situação de migração pode variar: acompanhada, desacompanhada; por motivos de refúgio ou não. De qualquer forma, o denominador é comum: embora muito presente, a criança em situação de migração é pouco considerada.

Seguramente, pode-se afirmar que as normativas- internacionais e nacionais- estão evoluindo, aos poucos, para efetivamente alocar a criança no centro dos procedimentos. Entretanto, ainda há um longo caminho a ser percorrido.

Deste modo, uma revisão e adaptação institucional dos procedimentos administrativos e sociais referentes à solicitação de refúgio no Brasil se faz necessária, objetivando uma simplificação processual dos pedidos de crianças e a consolidação de uma rede de apoio multidisciplinar que efetive a aplicação dos direitos previstos em relação à proteção das crianças. Deve-se fortalecer instrumentos de proteção que garantam a visibilidade, exercício de direito e participação dessas crianças nos processos em que são partes.

As políticas até então desenvolvidas e soluções propostas às problemáticas desse fenômeno, a despeito de alguns avanços ao longo do tempo, ainda não respondem inteiramente às especificidades dos casos que envolvem crianças.

Em suma, crianças, em situação de migração, são invisibilizadas e neutralizadas durante o processo de escolha das políticas de proteção do refúgio e, quando se tornam presentes, normalmente, são restritas às regras da unidade familiar.

Referências

ALBUQUERQUE, Catarina de. Os direitos da Criança em Portugal e no mundo globalizado: o princípio do interesse superior da criança. **Direito das Crianças**, Coimbra, n. 3, p. 39-63, 2004.

BARATTA, Alessandro. Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescência: a proposito del Estatuto del niño y del adolescente de Brasil. **Capítulo Criminológico**, Maracaibo, v. 23, n. 1, p. 1-18, jan./jun. 1995.

BÓGUS, Lucia Maria Machado; FABIANO, Maria Lucia Alves. O Brasil como destino das migrações internacionais recentes: novas relações, possibilidades e desafios. In. SIQUEIRA, Maria P. S.; ROSA, Teresa C. S. **Questões Contemporâneas. Coleção Debate Social**. Volume I - Florianópolis: Insular, 2016.

29 MAGALHÃES, B. The Politics Of Credibility: Assembling Decisions on Asylum Applications in Brazil. *International Political Sociology*, v. 10, n. 2, p.133-149, 2016.

BRASIL. Lei nº 8069, de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, 13 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. **Lei 9.474**, de 22 de julho de 1997. Brasília, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm.

BRASIL. Recomendação nº 25032020, de 25 de março de 2020. **Recomendação**: do CONANDA para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia do covid-19. Brasília, 25 mar. 2020. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes_conanda_covid19_25032020.pdf. Acesso em: 18 nov. 2022.

CONVENÇÃO **relativa ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: jul. 2022.

CANTINHO, Isabel. **Crianças-Migrantes no Brasil: vozes silenciadas e sujeitos desprotegidos**. O Social em Questão, São Paulo, v. 41, n., p. 155-176, fev. 2018.

CRIANÇAS-MIGRANTES NO BRASIL: vozes silenciadas e sujeitos desprotegidos O Social em Questão - Ano XXI - nº 41 - Mai a Ago/2018 pg 155 - 176 ISSN: 2238-9091 (Online).

DAURE, Ivy; et al. **Relações familiares e migração: um modelo teórico-clínico em psicologia**. Revista PEPSIC - Psicologia clínica, vol. 26, n. 1. Rio de Janeiro, jun. de 2014. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_art-text&pid=S0103-56652014000100007. Acesso em: 04 de abril de 2019.

FABIAN, Maria Lucia Alves. **Migração infantil: aspectos e implicações para crianças e adolescentes**. Cadernos do Aplicação, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 1-22, dez. 2021.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia. *Ciencias Penales*: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Costa Rica, a. 10, n. 15, p. 58-71, dez. 1998. p. 60.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Trad. Mathias Lambert. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convention on the Rights of the Child**, 20 November 1989

LUCCHINI, Riccardo. Le débat brésilien sur la Justice des Mineurs. **Déviance et Societé**, Liège, v. 15, n. 2, p. 175-186, 1991.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus sucedâneos internacionais: tentativa de sistematização**. Coimbra: Coimbra, 2004.

SOTOMAYOR, Carlos Tiffer. De un Derecho Tutelar a un Derecho Penal Mínimo/Garantista: nueva Ley de Justicia Penal Juvenil. **Ciencias Penales.Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, San José, n. 13, p. 98-109, ago. 1997. p. 99.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos** - 5. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 1. Direitos humanos 2. Direitos humanos - Brasil 3. Direitos humanos (Direito internacional) I. Título. 17-1459 CDU 341:347.121.1

UNHCR. (ACNUR). **The Un Refugee Agency. Desperate Journeys: refugees and migrants arriving in Europe and Europe's borders.** UNHCR, January, 2019.

UNICEF. **A child is a child: Protecting children on the move from violence, abuse and exploitation**, 2017. (Relatório).

UNITED NATIONS. (ONU) **Department of Economic and Social Affairs, Population Division. Trends in International Migrant Stock: The 2017 revision** (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2017), 2017.

URIARTE, Carlos E. **Control institucional de la niñez adolescencia en infracción: un programa mínimo de contención y límites jurídicos al Sistema Penal Juvenil** (las penas de los jóvenes). Montevideo: Carlos Alvarez, 1999. p. 160.

VINCENTIN, Maria Cristina. A questão da responsabilidade penal juvenil: notas para uma perspectiva ético-política. In: ILANUD *et al.* (Org.). **Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização.** São Paulo: ILANUD, 2006. p. 151.

INEFICIÊNCIA DO JUDICIÁRIO PERANTE CASOS DOS MIGRANTES

Sara Schincariol

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Isabelle de Quintal

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Resumo:

No Brasil, a questão social da migração é regulada pela Nova Lei de Migração nº 13.445/2017 (NLM). *A priori*, o Estatuto do Estrangeiro possuía a função de regulamentar esse assunto, entretanto, por causa de seu viés arcaico, uma vez que considerava, muitas vezes, o migrante uma ameaça à segurança nacional, esta norma restringia a liberdade destes indivíduos dentro do território nacional. A partir de agora, são garantidos aos migrantes os mesmos direitos que um brasileiro possui. Embora a garantia de proteção esteja clara no ordenamento constitucional, é certo que muitas violações continuam a se perpetuar e a aumentar no Brasil e em todo o globo, assim como se observa nos casos de xenofobia, entre outras formas de discriminação que afetam de forma direta a vida e a dignidade de migrantes e refugiados em muitos contextos. Muitos conflitos ainda se estabelecem quando discutido o tema da migração, dos direitos dos migrantes. Para compreensão do tema, será utilizada uma metodologia descritiva, exploratória e explicativa e serão realizadas pesquisas jurisprudenciais com a finalidade de mostrar a realidade dos imigrantes que buscam auxílio e as dificuldades que encontram.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Crise migratória; Jurisprudência.

Introdução

A globalização modificou muito a percepção que o ser humano tinha de distância. Atualmente, os meios de transporte e a tecnologia encurtam o que antes eram consideradas distâncias longínquas. Entretanto, o ato migratório encontrou outra barreira, a mentalidade humana. Se antes a dificuldade se encontrava na locomoção territorial, agora se encontra enraizada na sociedade, à qual foi ensinada a ver o imigrante como inimigo de sua nação. Diante disso, o propósito do presente artigo é mostrar, por meio de casos concretos, a

vulnerabilidade que se depara a classe de imigrantes. Em suma, pretende-se mostrar como a lei se encontra positivada e como o caso real é tratado pelas autoridades competentes.

O assunto imigração não é debatido apenas no Brasil, em todo o mundo se encontra algum debate sobre a crise migratória desenfreada, sendo a fome uma das principais causas. De acordo com o Relatório da ONU (Organização das Nações Unidas): ano pandêmico marcado pelo aumento da fome no mundo: “Mais da metade de todas as pessoas enfrentando a fome (418 milhões) vive na Ásia; mais de um terço (282 milhões) na África; e uma proporção menor (60 milhões) na América Latina e no Caribe)”

Crise migratória

No mundo atual, há inúmeros casos de imigrantes que deixaram sua terra natal em busca de melhores condições de vida, assim como é sabido que inúmeros desses imigrantes não conseguem chegar a concretizar seu desejo por conta de acontecimentos trágicos que os impedem de alcançar seus anseios, de acordo a Agência da ONU (Organização das Nações Unidas), em 2021 mais de três mil migrantes morreram no mar tentando chegar na Europa. Entretanto, esses dados não chegam ao domínio público, por conta da banalização cruel que a sociedade criou para com a morte dessas pessoas. Mas, há casos que tamanha crueldade furam a bolha da insignificância e os olhares globais se voltam novamente para o tema.

Há sete anos a imagem do menino sírio, Aylan Kurdi, três anos, encontrado morto em uma praia turca estampou os tabloides do mundo inteiro, gerando grande espanto e indignação. O *The Washington post* publicou uma reportagem citando o ocorrido e declarando o “mais trágico símbolo da crise de refugiados do Mediterrâneo” (THAROOR, 2015.)

Além do jornal, a editora do *Los Angeles Times*, Kim Murphy, deu o seguinte depoimento em relação a notoriedade que o caso ganhou: “Fiz muitas fotos do drama dos refugiados e nenhuma delas teve esse efeito na consciência pública”. Em setembro de 2015, mês em que a citada tragédia ocorreu, o total de mortos foi de 269, segundo a Organização Internacional para as Migrações. Durante o cobrimento midiático a tia de Aylan, Fátima Kurdi, residente canadense, deu uma declaração afirmando que a família pediu refúgio ao Canadá, mas foi negado, a tia então culpou o governo canadense pelo desfecho trágico do sobrinho. A tamanha fama da foto rendeu-a o título de símbolo da crise migratória. (QUATEL, 2018)

Mesmo após esse cenário, um caso de tamanha repercussão e apelo, os dados atuais mostram como os números de migrantes não diminuí. De acordo com Relatório de Progresso da ONU de 2019, havia cerca de 272 milhões de migrantes internacionais. No Brasil, de acordo com o Observatório de Migrações Internacionais, há 1,3 milhões de imigrantes.

Dentre as várias causas da migração internacional, destacam-se os conflitos armados, a opressão política, a pobreza, a ausência de redes de segurança para as necessidades fundamentais, a degradação do ambiente, os desequilíbrios demográficos, os fatores climáticos, o processo acelerado de urbanização e a falta de participação nos processos políticos e muitos outros. (OLIVEIRA, 2006)

Segundo a lei nº 13.445 Nova Lei de Migração (NLM) de 24 de maio 2017, a qual tem como definição de imigrantes: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil. Outro significado que pode ser atribuído ao conceito de imigração é dito pela própria Organização Internacional para as Migrações, em seu Glossário sobre Migração “a imigração é um fenômeno humano que permeia a história e configura-se pelo deslocamento de pessoas entre diferentes regiões e países”.

A nova Lei de Migração

A lei supracitada para definir imigrantes, não é o primeiro regulamento a ser usado para tratar de assuntos migratórios, sua antecessora é a lei número 6.815/1980. Conhecida como Estatuto do Estrangeiro, a lei foi feita para segregar essa população, afinal vigorava durante a ditadura militar, predominando o pensamento que imigrantes eram inimigos em potencial.

Com a entrada em vigor da Lei 6.815/1980, a doutrina de segurança teve seu auge na legislação imigratória e marcou presença em diversos dispositivos segregacionistas, arbitrários e com a previsão de uma série de crimes próprios de estrangeiros, muitos dos quais não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988. (AMARAL; COSTA, 2017.)

Quando a nova Carta Magna foi promulgada em 1988 o Estatuto do Estrangeiro foi abolido e substituído por uma lei com uma visão mais humana, sendo está mais compatível com a redemocratização que o Brasil tanto almejava na época. Possuindo, desta forma, diferentes conceitos sobre o que é aceitável ou não: “No curso de nossa guerra comum contra a intolerância, sempre ter a capacidade de distinguir entre tolerável e intolerável” (ECO, 2020).

Caso concreto quanto as expulsões

De acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, *Habeas Corpus* se concede nas seguintes circunstâncias:

LXVIII - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. (BRASIL, 1988)

O *Habeas Corpus* 150.343/DF, diz respeito à Diego Hernan rosário Lopez, condenado por tráfico internacional de drogas. Por ser estrangeiro, foi determinada também sua expulsão. O Dr. Rafael Ferreira de Souza, assessor do Relator, Ministro Marco Aurélio, prestou as seguintes informações no Inteiro Teor do Acórdão, página 3.

O Juízo Federal da Segunda Vara Federal de Guarulhos/SP, no processo nº 2006.61.19.006565-8, condenou o paciente a 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em virtude da prática do delito descrito no artigo 12, cabeça, combinado com o 18, inciso I (tráfico internacional de drogas), da Lei nº 6.368/1976.

[...]

Após o cumprimento da sanção, o Ministro da Justiça determinou a expulsão do paciente do território nacional, por meio da Portaria nº 160, com publicação no Diário Oficial da União em 4 de fevereiro de 2010. (STF, BRASIL, 2019)

A portaria nº160 publicou a sentença de expulsão, que não estaria incorreta, pois a sentença criminal condenatória confere ao Brasil o direito de não permitir que o estrangeiro permaneça em solo brasileiro. Entretanto, há uma excludente na Lei nº 13.445/2017 - art. 55, II, “a”. Essa lei afirma o direito do expulsando de permanecer no Brasil caso possua filho brasileiro com dependência econômica ou socioafetiva ou ainda se tiver pessoa brasileira sob sua tutela.

Art. 55. Não se procederá à expulsão quando:

I - A medida configurar extradição inadmitida pela legislação brasileira;

II - O expulsando:

a) tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela. (BRASIL, 2017)

O caso de Hernan se enquadra nessa lei pois, ele possui um filho brasileiro nascido dia 1 de abril de 2011, fruto de sua relação com Rosa Maria Ferreira, com quem afirma ter uma união estável. A data de nascimento da criança é posterior ao ato de expulsão, mas a NLM não prevê ordem cronológica dos fatos, sendo possível anular a expulsão.

A defesa anexou aos autos a certidão de nascimento do filho do ora paciente, nascido no Brasil em 01.04.2011, além de Termo de Declarações prestado por Rosa Maria Ferreira perante a Superintendência da Polícia Federal em São Paulo, no sentido de que o acionante presta assistência financeira ao menor. (STF, Brasil, 2019).

Mesmo com essas informações, a Procuradoria-Geral da República deu a seguinte declaração no acórdão supracitado, página 9.

Apesar da Nova Lei da Migração trazer hipóteses mais abrangentes ao impedimento de expulsão de estrangeiros, a defesa, aqui, não fez prova plena, de situação que sustente a revisão da expulsão do paciente, pois ausente prova de que tenha relação de suporte financeiro ou afetivo para com o filho que teve com brasileira ou de que tenha atual união estável com brasileira. (STF, BRASIL, 2019)

Em relação as provas terem sido anexadas ao caso depois que a portaria de expulsão já tivesse publicada, o Ministro Marco Aurélio deu a seguinte declaração quando votou a favor da revogação do ato.

O caso revela peculiaridades. De um lado, é certo que o paciente cometeu crime no Brasil. De outro, surge o fato de que aqui constituiu família. A certidão de nascimento comprova haver filha nascida no País, em data posterior à deliberação no sentido da expulsão - 27 de junho de 2010. O impetrante juntou ao processo depósitos que diz serem destinados à criança. Observem que a Lei 13.445/2017 revogou por inteiro a Lei 6.815/1980, o chamado Estatuto do Estrangeiro (EE), passando o artigo 55, inciso II, alínea “a”, da denominada Lei de Migração a afastar condicionante cronológica do nascimento dos filhos havidos no país, bastando a existência de descendente brasileiro que esteja sob a guarda ou dependência econômica ou socioafetiva do estrangeiro para impedir a expulsão. (STF, BRASIL, 2019)

O Ministro Roberto Barroso votou pela revisão do material afirmando que, provada a veracidade das provas apresentadas pela defesa, os depósitos de pagamentos para o filho, fica determinada que o ato expulsório é ilegal, seu voto foi seguido pelo Ministro Alexandre de Moraes.

Vou aguardar a vista, mas foi portada aos autos a informação, superveniente ao acórdão do STJ, de que houve uma sentença homologatória de acordo de guarda e alimentos em benefício do filho do paciente. De modo que, a meu ver, a veracidade material disso merece uma atenção, porque, se for verdade, há impedimento legal; se for simulação, não. (STF, 2019, BRASIL)

A certidão de trânsito em julgado foi publicada em 21 de fevereiro de 2020, sendo determinado que as novas provas sejam revisadas pelo Ministério da Justiça.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Ministro da Justiça proceda à revisão da Portaria nº 160/2010, tendo em conta as novas provas apresentadas pela defesa e os termos da Lei nº 13.445/2017, ficando suspensos os efeitos do ato expulsório até ulterior deliberação do referido órgão do Poder Executivo. (STF, 2020, BRASIL)

Entretanto, vale analisar nesse caso a demora que ocorreu para o judiciário avaliar se as provas eram ou não eficazes para a expulsão. A data do pri-

meiro julgamento, ao qual deu origem a Portaria nº 160/10 foi publicada pelo Ministério da Justiça dia 04 de fevereiro 2010 e a existência de Termo de Expulsão, confirmando a efetivação da medida, é de 21 de novembro de 2017. Sobre essa demora, o Ministério da Justiça afirmou ser da responsabilidade do judiciário, sendo de sua competência avaliar a viabilidade da expulsão.

Não houve morosidade do Poder Executivo. Todos os atos praticados após o cumprimento da pena foram tempestivos e céleres, porém, sobreleva destacar que a expulsão somente se concretiza com o término da pena ou quando há liberação do Poder Judiciário, sendo que a demora em efetivar a expulsão, em geral, só ocorre pela necessidade de aguardar por estes, como foi o caso do Diego Lopez” (BRASIL, Ministério da Justiça)

Violação da dignidade

Ao longo desta pesquisa, se nota que há uma lacuna entre as expectativas criadas pelos imigrantes e a realidade. E, conseqüentemente, uma discrepância do que é garantido pela Lei e de como isso, algumas vezes, não é concretizado.

Como dito anteriormente, a proposta apresentada pela NLM é proporcionar uma realidade mais humana para os imigrantes, garantindo direitos fundamentais e propagando uma igualitária relação entre os não nativos dos nativos. A comparação entre as duas mostra como a realidade muda o conteúdo da norma. Isso se demonstra na sessão II: Dos princípios e das garantias. Abaixo estão os primeiros incisos do artigo terceiro.

Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

I-Universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos;

II - Repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação;

III - não criminalização da migração. (BRASIL,2017)

Em uma notícia de 2022, publicada pelo jornal A Gazeta, um total de vinte e cinco venezuelanos indígenas, entre eles treze crianças e um recém-nascido, foram deixados na Rodoviária de Vitória. Os venezuelanos, que são da etnia indígena Warao, contam que vieram ao Brasil em busca de trabalho e uma melhor qualidade de vida. O cacique da tribo, Ruben Mata, trinta e sete anos, lamentou: “Cheguei aqui esperando encontrar o que me prometeram. Estamos andando há um tempo. Nas outras cidades, ninguém me ajudou e agora chegamos em Vitória para sermos ajudados.” O grupo chegou em solo brasileiro há um ano e meio, primeiro atravessaram a fronteira por Roraima, depois pegaram um ônibus para Teixeira de Freitas-BH e de lá foram para Vitória-ES.

Eles cruzaram a fronteira pelo estado de Roraima, percorreram alguns

municípios e em seguida foram parar na cidade interiorana Jequié, Bahia. Nessa cidade uma assistente social informou que, por ser uma cidade pequena, eles deveriam se mudar para conseguir trabalho. A assistente indicou a cidade de Teixeira de Freitas e, ao chegarem na cidade, foram guiados por uma funcionária pública para a cidade Vitória, Espírito Santo, pois lá encontrariam condições mais adequadas. Um ônibus os deixou na rodoviária sem maiores instruções a serem seguidas.

A Polícia Federal (PF) se retratou dizendo que, diante dessa circunstância, cabe ao Estado do Espírito Santo auxiliar os imigrantes, pois o órgão só possui a obrigação de ajudar na emissão ou renovação da solicitação de refúgio ou da Carteira de Registro Nacional Migratório (CRNM), documento físico de identidade de imigrantes registrados no Brasil, assim que aprovada pelo Comitê Nacional para os Refugiados (Conare), sendo este o órgão que delibera sobre as solicitações de reconhecimento da condição de refugiados no Brasil. (BRASIL. Ministério da Justiça)

Quando o governo do Espírito Santo foi questionado, eles reiteraram que sua função é orientar as prefeituras sobre como proceder nesses cenários, mas que a responsabilidade de acolhimento se dirige a elas, não ao Estado. Por sua vez, a prefeitura frisou o fato de, por serem estrangeiros, o encargo fica por conta da Polícia Federal. Dessa forma, não houve acolhimento humanitário conforme exige a lei 13.684/2018 (art. 5): “Dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária; e dá outras providências”. (BRASIL, 2018)

Diante dessa circunstância nefasta, uma moradora flagrou o momento em que um ônibus, de responsabilidade da Prefeitura de Teixeira de Freitas, “abandonou” o grupo no local: “Acordei hoje e me deparei com essa cena, muito triste. O amor do próximo se acabou. Olhando essa situação, vi que o ser humano não é nada. Corta o coração. Foram jogados como lixo”, disse Kátia, que mora em frente à Rodoviária de Vitória. (PASTI; ZAGOTO, 2022).

Pensamento estruturado na sociedade

Pode-se analisar uma ineficiência do direito migratório brasileiro quando as leis existem e asseguram os direitos fundamentais, como o direito à vida e a dignidade, do não nativo, mas, em alguns casos, a lei não é aplicada. Isso distância a constituição da população, pois coloca um questionamento sobre sua eficácia.

Essa teoria já é há muito propagada no meio jurídico, denominada de “Folha de Papel”, por seu autor Ferdinand Lassalle, que expõe a problemática de se existirem leis sem efetividade concreta. Afinal, os direitos dos imigrantes são defendidos no Artigo 5º da Constituição Federal, sendo, inclusive, uma cláusula pétrea, ou seja, considerada de fundamental importância para o

poder originário.

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. (BRASIL, 1988)

A partir desse viés, a visão de considerar os imigrantes inimigos da nação é estrutural na história do Brasil, afinal quando o Estatuto do Estrangeiro foi desconstituído e substituído pela Nova Lei de Migração a mentalidade da sociedade não acompanhou a mudança, ainda possuindo o sentimento de segurança nacional como um de seus princípios e vendo no imigrante um possível opositor que colocaria sua pátria em risco. Diante disso, é necessária uma reeducação social para começar a entender que o local de nascimento de uma pessoa não a define. O ato de migrar não pode ser considerado um crime e o imigrante não deve abdicar de suas características para se enquadrar no coletivo: “A compreensão mútua entre culturas diversas não significa avaliar a que o outro deve renunciar para se tornar igual, mas compreender mutuamente o que nos separa e aceitar essa diversidade” (ECO, 2020).

Os imigrantes devem ser respeitados em virtude de sua dignidade enquanto pessoas, muito além do regime vigente ou do lugar onde residem. Seus direitos não derivam do fato de pertencerem a um estado ou nação, mas de sua condição como pessoa cuja sua dignidade não pode sofrer variações ao mudar de um país para outro.” (Hélio Bicudo, 1994)

Em suma, mesmo havendo jurisprudência e discussões sobre o tema de imigrantes, se faz fundamental reafirmar a importância de as mudanças não ficarem apenas no plano das ideias e fazerem diferença nas vidas daqueles que mais precisam usufruir desses direitos. Frisando que os direitos universais precisam ser o ponto de partida e de chegada desse debate. Por fim, os direitos fundamentais devem ser respeitados levando em conta que estão correlacionados com o direito migratório brasileiro, violar eles é violar a própria constituição.

Referências

BBC News Brasil. BBC News Brasil: **Migração em alta escala divide a Europa e comove o mundo.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55351023>. Acesso em: 1 nov. 2022;

BICUDO, Hélio. **Violência: o Brasil Cruel e Sem Maquiagem.** 6 Ed. São Paulo: Ed. Moderna Paradidático, 1994;

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 4 Ed. São Paula: Saraiva, 1990;

BRASIL. Lei nº 13.445/2017, de 24 de maio de 2017. Dispõe sobre os direitos e os

deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante;

BRASIL. **Polícia Federal**. Qual a diferença de CRNM e RNM, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/imigracao/duvidas-frequentes2/qual-a-diferenca-de-crnm-e-rnm>. Acesso: 12 nov. 2022;

BRASIL. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Comitê nacional para os refugiados (Conare), 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/refugio/institucional> Acesso em: 12 nov. 2022;

COSTA, Marli; REUSCH, Patrícia. Migrações internacionais (Soberania, Direitos Humanos e Cidadania). **Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro v. 8, n. 2, p. (275-292), agosto, 2016. Disponível em: <https://www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos/v8n2a42016.pdf> Acesso em: 25 out. 2022;

ECO, Umberto. **Migração e Intolerância**. 1 Ed. São Paulo: Ed. Record, 2020;

Executivo diz que Justiça falhou no caso Lopez. Acervo. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2011/03/30/interna-brasil,245260/executivo-diz-que-justica-falhou-no-caso-lopez.shtml> Acesso em: 18 nov. 2022;

GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no Brasil: Avanços e Melhorias no Campo dos Direitos Humanos. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro v. 9, n. 4, p. (1717-1737.), 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rdc.2017.28937> Acesso em: 27 out. 2022;

HABEAS CORPUS 148.558 SÃO PAULO RELATOR: MIN. ANDRÉ MENDONÇA REDATOR. [s.l.: s.n., s.d.]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353635115&ext=.pdf>. Acesso em: 30 out. 2022;

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9. ed. São Paulo: Freitas Bastos Editores, 2016;

Mais de 3 mil migrantes morreram em 2021 tentando chegar à Europa pelo mar. ONU News. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2022/04/1787722>>. Acesso em: 2 nov. 2022;

MARTINS AMARAL, A.; COSTA, L. A (não) criminalização das migrações e políticas migratórias no Brasil: do Estatuto do Estrangeiro à nova Lei de Migração | Migration policy and migrations' (non) criminalization in Brazil: from the Foreigners Statute to the new Migration Law. **Revista Justiça do Direito**, v. 31, n. 2, p. 208-228, 6 set. 2017. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/7147> Acesso em: 17 set. 2022;

Movimentação do processo 2017/0298352-0 - 19/04/2018 | Escavador. Escavador. Disponível em: <https://www.escavador.com/diarios/645872/ST-J/P/2018-04-19/313695741/movimentacao-do-processo-2017-0298352-0#!> Acesso em: 10 nov. 2022;

NOTÍCIAS STF 18 a 22 de novembro. [s.l.: s.n., s.d.].

Disponível em: <http://bsad.com.br/admin/uploads/5a3d846b1f432.pdf> Acesso

em: 22 out. 2022;

NUNES, Paulo Henrique Faria. **Lei de Migração: novo marco jurídico relativo ao fluxo transnacional de pessoas**. 2. ed. Goiânia: Edição do Autor, 2018;

OLIVEIRA, Márcia Maria. A mobilidade humana na tríplice fronteira: Peru-Colômbia-Brasil e seus reflexos na cidade de Manaus - AM. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/Lbg7prXtTYfYx4BKMGsDkxk/?format=pdf&lang=p>
Acesso em: 15 out. 2022;

OIM, Organização Internacional para as Migrações. **Pacto Global da Migração e Direitos Humanos**. Unicamp, 2009. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/direitos-humanos/pacto-global-da-migracao-e-direitos-humanos>
Acesso em: 1 nov. 2022;

PASTI, Daniel; VINICIUS ZAGOTO. **Ônibus da Bahia abandona 25 venezuelanos perto da Rodoviária de Vitória**. AGazetaES. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/cotidiano/onibus-da-bahia-abandona-25-venezuelanos-perto-da-rodoviaria-de-vitoria-0822> Acesso em: 18 out. 2022;

Supremo Tribunal Federal. Stf.jus.br. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5277664> Acesso em: 15 set. 2022;

ISHAAN THAROOR. **A dead baby becomes the most tragic symbol yet of the Mediterranean refugee crisis**. Washington Post. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2015/09/02/a-dead-baby-becomes-the-most-tragic-symbol-yet-of-the-mediterranean-refugee-crisis/>. Acesso em: 18 nov. 2022;

VEDOVATO, Luis Renato. Direito das migrações nos tribunais - bases da pesquisa sobre a aplicação nova Lei de Migração Brasileira diante da mobilidade humana internacional. **Revista Inclusiones**, v. 8, n. 2, p. (311-318), fevereiro, 2021. Disponível em: <https://revistainclusiones.org/index.php/inclu/article/view/2454>. Acesso em: 23 ago. 2022;

3 anos depois foto de menino sírio morto na praia não nos deixou nenhum legado de sensibilidade e empatia. Yahoo.com. Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/3-anos-depois-foto-de-menino-sirio-morto-na-praia-nao-nos-deixou-nenhum-legado-de-sensibilidade-e-empatia-150635369.html>. Acesso em: 18 nov. 2022.

MIGRAÇÃO E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: COMO AVANÇAR?

André de Carvalho Ramos

Universidade de São Paulo (USP). Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Coordenador de Mestrado da Unialfa. Livre-Docente e Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo Procurador Regional da República

Daniela Bucci

Universidade Municipal de São Caetano Do Sul (USCS). Doutora e Mestre em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisadora e Coordenadora do subgrupo das Cortes de Direitos Humanos no Núcleo de Estudos de Tribunais Internacionais da Universidade de São Paulo

Resumo:

Os países da América Latina são marcados por suas peculiaridades e história que determinam suas leis migratórias e consequentes atualizações. A consolidação da democracia nos países da região não foi capaz de impedir a discriminação aos migrantes. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) reconhece a vulnerabilidade desses migrantes e busca conciliar as leis migratórias existentes nos países da América Latina com os princípios regionais, interpretando extensivamente a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e responsabilizando os estados em caso de violações dos direitos dos migrantes, especialmente diante da ausência de dispositivos normativos específicos de proteção. Nesse sentido, mister se faz debater se a Corte IDH realiza uma política latino-americana de migrações à luz dos direitos humanos e quais são os desafios de implementação dos *standards* interamericanos no direito interno dos países. A metodologia utilizada é a dedutiva, com o estudo de casos paradigmáticos da própria Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Migração; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Introdução

Inicialmente, embora haja características e dificuldades comuns nos paí-

ses da América Latina, é importante ressaltar que as especificidades e a história que marcam a diversidade dos países na região impactam a atualização dessas leis migratórias: há países que não alteram sua legislação, enquanto que outros passam por diversas mudanças.

No caso do Brasil, por exemplo, a lei migratória, aprovada durante o regime militar, sobreviveu mais de quarenta anos de governo civil e democrático: sobreviveu porque faltava consenso no Congresso Nacional, sobreviveu porque seus dispositivos agradavam àqueles que vêem o estrangeiro com desconfiança e que vêem os fluxos migratórios como uma ameaça ao emprego nacional.

Desse modo, é possível inferir que, pela falta de consenso do que deve ser a nova lei e pelo apoio de determinados grupos aos princípios vetores da lei nacional vigente, os estados mantêm suas leis migratórias, mesmo diante de alterações dramáticas do cenário político e econômico de determinado país.

Nem mesmo a consolidação da democracia nos países da América Latina conseguiu evitar a manutenção ou criação de práticas de discriminação aos migrantes que sofrem de uma dupla vulnerabilidade: barreiras naturais existentes em uma sociedade cujas práticas desconhecem e a falta de representação política.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) reconhece essa situação de vulnerabilidade do migrante como sujeito de direitos humanos. Nesse sentido, a Corte IDH entende que os migrantes estão “em uma condição individual de ausência ou diferença de poder a respeito dos não migrantes (nacionais ou residentes)”, considerada numa perspectiva “ideológica e se apresenta em um contexto histórico que é distinto para cada Estado”, afirmada tanto por situações de “desigualdades entre nacionais e estrangeiros nas leis” quanto em “desigualdades estruturais”. Para a Corte, é isso que determinará as “diferenças no acesso de uns e outros aos recursos públicos administrados pelo Estado” (Corte IDH, 2003, §112). A Corte adiciona também que a “reprodução das condições de vulnerabilidade, tais como os preconceitos étnicos, a xenofobia, e o racismo” está ligada a questões culturais e prejudica a integração dos migrantes na sociedade, cujos efeitos “levam à impunidade das violações de direitos humanos cometidas contra eles” (Corte IDH, 2003, §113).

Observando isso, os órgãos regionais de proteção de direitos humanos têm tentado conciliar as leis migratórias existentes com princípios e necessidades regionais, responsabilizando esses estados em caso de violações a partir de uma interpretação ampliada de outros direitos contidos na Convenção Americana de Direitos Humanos diante da falta de dispositivos normativos específicos.

Objetiva-se, portanto, analisar, neste artigo, a partir do estudo dos parâmetros trazidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, se há uma contribuição direta ou indireta na construção do denominado “paradigma ju-

rídico de proteção dos migrantes na América Latina” e se é possível avançar a proteção de seus direitos. Para tanto, será realizada uma análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com o estudo de casos paradigmáticos sobre o tema, abordando o exemplo do caso brasileiro e, em seguida, a título conclusivo, tratar-se-ão os desafios da implementação desses parâmetros interamericanos.

A metodologia usada será dedutiva, com estudo da jurisprudência da Corte Interamericana.

Análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: contribuições diretas e indiretas

Ensina CARVALHO RAMOS que o Direito Internacional da Mobilidade Humana abarca um “conjunto de normas internacionais que regula os direitos dos indivíduos”, incluindo imigrantes, emigrantes, apátridas e refugiados (2022, p. 1146). Há, somado à proteção de direitos humanos sob o ponto de vista geral, uma específica “tutela de direitos” voltada a esse grupo (Ibidem, idem). Assim, além da própria Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) - considerada um marco protetivo internacional dos migrantes (Ibidem, Idem)-, tem-se o Estatuto dos Refugiados (1951), Declaração de Cartagena (1984) e, mais recentemente, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (1990).

No plano interamericano, em razão da falta de dispositivos normativos específicos, os órgãos regionais de proteção de direitos humanos (CARVALHO RAMOS, 2016, 2019) têm contribuído para a formação de uma “política latino-americana de migrações à luz dos direitos humanos”, se valendo de uma interpretação ampliativa dos demais direitos previstos na CADH. Isso tem permitido conciliar as leis migratórias existentes nos estados com os princípios e necessidades regionais, responsabilizando os Estados em caso de violação.

Assim, a partir da análise da sua jurisprudência consultiva e contenciosa, a Corte IDH posiciona-se no sentido de que a ausência de políticas públicas específicas voltadas a proteção dos migrantes não condiz com as obrigações do Estado perante a Convenção Americana de Direitos Humanos. Desse modo, a Corte IDH reconhece a situação de vulnerabilidade geral dos migrantes, e exige dos Estados o cumprimento de seus compromissos internacionais criados pela Convenção, com a instituição de políticas públicas migratórias de proteção, inclusive considerando o contexto latino-americano, na perspectiva da igualdade e não-discriminação (Carvalho Ramos, 2022, p. 1148).

Essa percepção da Corte é fruto do contexto latino-americano de migrações por motivos econômicos, sociais e culturais implicando em largos contingentes de imigrantes indocumentados. Assim, o vetor para a implementação da igualdade é o reconhecimento da vulnerabilidade do imigrante que é

dupla: ocasionada pela sua condição de estrangeiro¹ associada na maioria das vezes a uma situação sócio-econômica frágil.

No que diz respeito aos princípios da igualdade e não-discriminação, a Corte IDH entendeu que o reconhecimento por parte dos Estados da universalidade^{2,3,4} dos Direitos Humanos fez com que a igualdade seja hoje considerada norma imperativa de direito internacional, ou seja, norma de *jus cogens*.

Nesse sentido, na OC 18/03, a Corte IDH afirma que:

o princípio de igualdade perante a lei, igual proteção perante a lei e não discriminação, pertence ao *jus cogens*, já que sobre ele descansa todo o arcabouço jurídico da ordem pública nacional e internacional e é um princípio fundamental que permeia todo ordenamento jurídico. Atualmente, não se admite nenhum ato jurídico que entre em conflito com este princípio fundamental. Não se admitem tratamentos

- 1 Para a Corte IDH, “É pertinente, a esse respeito, o afirmado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua Resolução sobre ‘Proteção dos Migrantes’, segundo a qual deve-se ter presente ‘a situação de vulnerabilidade em que costumam se encontrar os migrantes devido, entre outras coisas, a que não vivem em seus Estados de origem e às dificuldades que enfrentam por causa de diferenças de idioma, costumes e culturas, bem como as dificuldades econômicas e sociais e os obstáculos para retornar a seus Estados de origem a que devem fazer frente os migrantes sem documentação ou em situação irregular” (OC 18/03, § 114).
- 2 “Este Tribunal já considerou que o princípio de igualdade perante a lei, igual proteção perante a lei e não discriminação, ingressou, na atual etapa da evolução do Direito Internacional, no domínio do *jus cogens*. Consequentemente, os Estados não podem discriminar ou tolerar situações discriminatórias em prejuízo dos migrantes. No entanto, o Estado pode dispensar tratamento distinto aos migrantes documentados em relação aos migrantes indocumentados, ou entre migrantes e nacionais, desde que esse tratamento diferenciado seja razoável, objetivo, proporcional, e não infrinja os direitos humanos. Por conseguinte, os Estados têm a obrigação de não introduzir em seu ordenamento jurídico regulamentações discriminatórias, eliminar as regulamentações de caráter discriminatório, combater as práticas dessa natureza e estabelecer normas e outras medidas que reconheçam e assegurem a efetiva igualdade perante a lei de todas as pessoas” (Corte IDH, 2010, § 248).
- 3 Ao tratar especificamente da manifestação da Corte IDH na OC 18/03, o ex-juiz brasileiro Antônio Cançado Trindade chama a atenção para o fato de que “as violações generalizadas dos direitos dos imigrantes indocumentados [...] afrontam a consciência jurídica da humanidade”, de modo que “o presente Parecer Consultivo da Corte Interamericana contribui ao processo em curso da necessária humanização do Direito Internacional. Ao fazê-lo, a Corte Interamericana tem presentes a universalidade e a unidade do gênero humano, que inspiraram, há mais de quatro séculos e meio, o processo histórico de formação do direito das gentes. Ao resgatar, no presente Parecer Consultivo, a visão universalista que marcou as origens da melhor doutrina do Direito Internacional, a Corte Interamericana contribui para a construção do novo *jus gentium* do século XXI, orientado pelos princípios gerais do direito (entre os quais o princípio fundamental da igualdade e não discriminação), caracterizado pela intangibilidade do devido processo legal em seu amplo alcance, sedimentado no reconhecimento do *jus cogens* e instrumentalizado pelas consequentes obrigações *erga omnes* de proteção, e erguido, em última instância, sobre o pleno respeito e a garantia dos direitos inerentes à pessoa humana (Corte IDH, 2003, §§ 88-89).
- 4 Mais sobre o tema universalidade, ler CARVALHO RAMOS, **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

discriminatórios em detrimento de nenhuma pessoa [...] (Corte IDH, 2003, § 101).

De um modo geral para a Corte IDH, a elaboração e execução de políticas públicas nacionais migratórias e a regulamentação dos direitos dos migrantes são objetivos legítimos do Estado, podendo eles estabelecerem restrições a esses direitos. No entanto, tais restrições somente seriam permitidas respeitando-se quatro parâmetros: 1) determinados direitos são inderrogáveis; 2) há direitos reservados exclusivamente aos nacionais; 3) há direitos condicionados ao estatuto migratório documentado, como o direito à permanência e liberdade de movimento; 4) as restrições a direitos devem observar três condições: a) devem ser previstas em lei; b) conter interesse legítimo em uma sociedade democrática e c) prever o meio menos oneroso e ainda ser racionalmente justificável.

Levando em consideração a igualdade e esses parâmetros, a jurisprudência consultiva e contenciosa da Corte IDH aborda os temas específicos envolvendo a matéria migratória, como será analisado a seguir.

Impactos diretos das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Dentre os impactos diretos das decisões da Corte IDH, destacamos uma contribuição direta identificada a respeito dos direitos trabalhistas dos migrantes não documentados.

A Corte reconheceu, na Opinião Consultiva (OC) 18/03, que os Estados não são obrigados a permitir que o estrangeiro tenha direito ao trabalho, porém, quando a relação de trabalho existe, os imigrantes devem ser titulares de direitos trabalhistas sem que haja qualquer discriminação da garantia e respeito, ainda diante de sua situação irregular de estadia (§§ 135-136). Para a Corte IDH, a “situação irregular⁵ de uma pessoa em um Estado não é condição necessária para que este Estado respeite e garanta o princípio da igualdade e não discriminação” (Corte IDH, 2003, §118), diante de seu caráter essencial de *jus cogens*. Como ensina André de Carvalho Ramos:

A lógica da Corte é a seguinte: o Estado não é obrigado a admitir os migrantes mas, caso estes estejam no território sob sua jurisdição, não é possível discriminá-los, não assegurando os mesmos direitos previstos aos demais trabalhadores (2022, p. 1148).

5 “Os trabalhadores migrantes documentados ou em situação regular são os que “foram autorizados a ingressar, a permanecer e a exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego, de acordo com as leis desse Estado e os acordos internacionais em que esse Estado seja parte. Os trabalhadores indocumentados ou em situação irregular são os que não cumprem as condições dos trabalhadores documentados, isto é, não contam com autorização para ingressar, permanecer e exercer uma atividade remunerada em um Estado do qual não são nacionais” (OC 18/03, §129).

Além disso, a Corte IDH aponta que muitas vezes os migrantes são contratados, por exemplo, “para que prestem determinado serviço em troca de uma remuneração mais baixa à que lhes corresponderia”, sofrem ameaças de deportação e não acessam a justiça por medo de sua situação irregular (Corte IDH, 2003, § 159). No entanto, a Corte IDH reconhece que há direitos que, apesar de serem constantemente violados, são fundamentais, tais como a proibição do trabalho forçado e do trabalho infantil, salário justo por trabalho realizado, duração de jornada razoável e em condições de trabalho adequadas, dentre outros (Ibidem, § 157). Desse modo, a Corte IDH não admite que Estados receptores fomentem sua produção nacional por meio da tolerância à contratação de migrantes indocumentados com fins de exploração trabalhista, valendo-se de sua vulnerabilidade e prejudicando a fruição de seus direitos trabalhistas (Ibidem, § 170).

Quanto à proteção da liberdade dos migrantes, a Corte decidiu, no Caso Família Pacheco vs. Bolívia, por exemplo, que é incompatível com a CADH uma política migratória que determine, em abstrato, a prisão do migrante sem que haja uma decisão fundamentada e atenta às particularidades do caso concreto. Também a Corte declarou que é incompatível com a CADH as medidas de privação de liberdade como punição à entrada irregular (Corte IDH, 2013, § 131; Corte IDH, 2010, § 171).

No Caso Vélez Lóor vs. Panamá, a Corte entendeu que a detenção precisa atender um prazo razoável com o fim de garantir a presença do migrante durante o processo de análise da migração e para aplicar a deportação (§§ 169 e 171). Assim, a detenção em razão da situação migratória somente é admitida, conforme a Corte IDH, “durante o menor tempo possível” (Corte IDH, 2010, § 208).

Por isso, o tempo de duração da prisão não pode ser excessivo, de modo a transformar a restrição da liberdade em punição (Caso Família Pacheco e Caso Vélez Lóor). Como tratado acima, a Corte entendeu que a prisão de migrantes para fins punitivos em razão de sua entrada irregular viola o direito à liberdade previsto na CADH, como se verificou no caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana (Corte IDH, 2014, § 359) e Caso Vélez Lóor (Corte IDH, 2010, §§ 169 e 171). Desse modo, com maior razão, esse caráter punitivo se aplicaria também ao tempo excessivo destinado à prisão do migrante.

Além disso, é preciso dar acesso à autoridade judicial competente, bem como acesso a recursos e medidas judiciais e ainda informar a razão da detenção. Para a Corte IDH, o artigo 7.6 da Convenção “reserva à autoridade judicial o controle da privação da liberdade” (Caso Vélez Lóor, Corte IDH, 2010, § 126), inclusive com a permissão da assistência consular, como parte do devido processo legal, como debatido na Opinião Consultiva 16/99.

A Corte IDH ainda determina, no tocante à proteção judicial, que os Estados possibilitem ao migrante defesa técnica e recursos para contestar sua prisão. E não basta a previsão em lei desses recursos, é preciso que sejam efe-

tivos (Corte IDH, 2010, §§ 129 e 139). A Corte IDH também exige garantias processuais mínimas ao estrangeiro sujeito à expulsão ou deportação, com o devido processo legal realizado no âmbito dos órgãos administrativos⁶ e a garantia de defesa técnica e assistência consular e a proibição das expulsões coletivas, como se pode verificar do Caso Vélez Loor *vs.* Panamá (Corte IDH, 2010, § 132⁷).

Outro tema importante na jurisprudência da Corte IDH é a proteção da integridade física dos migrantes. Os Estados estão obrigados a estabelecer locais de detenção separados de pessoas condenadas ou processadas penalmente, evitando a “criminalização” da migração, conforme se verificou no Caso Vélez Loor. A Corte assevera que:

Embora a Corte já tenha se referido à situação de particular vulnerabilidade em que costumam se encontrar as pessoas migrantes [...], neste caso é importante ressaltar como essa vulnerabilidade se vê aumentada quando, em virtude de sua situação migratória irregular, são privadas de liberdade em centros penitenciários nos quais são presos com pessoas processadas ou punidas pela prática de crimes, como ocorreu no presente caso. Essa situação faz com que os migrantes sejam mais propensos a sofrer tratamentos abusivos, pois acarreta uma condição individual de fato de desproteção em relação ao restante dos detidos. Assim, no âmbito de suas obrigações de garantia dos direitos reconhecidos na Convenção, o Estado deve se abster de atuar de maneira tal que propicie, estimule, favoreça ou aprofunde essa vulnerabilidade, e deve adotar, quando seja pertinente, as medidas necessárias e razoáveis para prevenir ou proteger os direitos daqueles que se encontrem em tal situação (Caso Vélez Loor, Corte IDH, 2010, § 207).

Além disso, para reforçar a proteção da integridade pessoal dos migrantes, os Estados têm o dever de outorgar assistência médica sem discriminação às pessoas migrantes, como é possível verificar no caso Nadege Dorzema *vs.* República Dominicana⁸.

Outra contribuição importante da Corte IDH, diz respeito ao refúgio⁹.

6 Afirma a Corte IDH que: “Com efeito, em casos como o presente, em que a consequência do processo migratório podia ser uma privação da liberdade de caráter punitivo, a assistência jurídica gratuita se torna um imperativo do interesse da justiça” (Corte IDH, 2010, § 146).

7 “[...] Assim, o Tribunal considera que a assistência deve ser exercida por um profissional de direito, que possa atender aos requisitos de uma defesa técnica mediante a qual se assessor a pessoa processada, *inter alia*, sobre a possibilidade de acionar recursos contra atos que afetem direitos” [...] (Corte IDH, 2010, §132).

8 Nesse sentido, “a Corte adverte que a atenção médica, em casos de emergência, deve ser oferecida aos migrantes em situação irregular a todo momento, de maneira que os Estados devem proporcionar uma atenção sanitária integral, tomando em conta as necessidades de grupos vulneráveis. Nesse sentido, o Estado deve garantir que os bens e serviços de saúde sejam acessíveis a todos, em especial aos setores mais vulneráveis e marginalizados da população, sem discriminação, em razão das condições proibidas no artigo 1.1 da Convenção” (Caso Nadege Dorzema, Corte IDH, 2012, § 108).

9 Ensina CARVALHO RAMOS que “refugiado é todo aquele que tem fundados temores

A Corte IDH determina que os Estados respeitem uma série de direitos na análise da concessão ou não do refúgio, além de assegurar o princípio do *non-refoulement*¹⁰. No caso Família Pacheco vs. Bolívia, a Corte entendeu que no procedimento de análise do refúgio, deve-se observar o devido processo legal¹¹, com direito do solicitante ter acesso aos autos, ser ouvido com intérprete, ter assistência jurídica, ter a decisão fundamentada de modo objetivo e ter assegurado o direito a recurso com efeito suspensivo (Corte IDH, 2013, §§ 159-160).

Já no caso de Las *niñas* Yean e Bosico vs. República Dominicana, a Corte IDH analisou a questão da nacionalidade dos filhos de migrantes e entendeu que o *status* migratório de uma pessoa ou de seus genitores não pode ser condição para a outorga da nacionalidade. Neste caso, as crianças de ascendência haitiana nascidas na República Dominicana não haviam sido registradas logo após o nascimento. Apesar de a legislação dominicana permitir o critério *jus soli* para aquisição da nacionalidade, o pedido realizado posteriormente pelas mães para o registro das crianças foi negado pelo país. A não concessão da nacionalidade pelas autoridades dominicanas privou as crianças do acesso a seus direitos fundamentais, de modo que a Corte IDH responsabilizou a República Dominicana pela violação dos direitos à nacionalidade e à igualdade perante a lei, os direitos ao nome e ao reconhecimento da personalidade jurídica e o direito à integridade pessoal, já que a condição de nascimento *jus soli* era a única capaz para a aquisição da nacionalidade dominicana, no que se refere a pessoas que, sem isso, seriam consideradas apátridas¹².

de perseguição por motivos odiosos” e que a doutrina compreende “fundado temor de perseguição” como critério objetivo, “baseado na situação do Estado de origem” (2010, p. 352). Para o autor, o Brasil aceitou a definição ampla de refúgio, defendida pela Declaração de Cartagena, com a Lei 9474/97, considerando “todo aquele que devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país” (2011, p. 29-30).

- 10 “Tal princípio consiste na vedação da devolução do refugiado ou solicitante de refúgio (*refugee seeker*) para o Estado do qual tenha o fundado temor de ser alvo de perseguição odiosa”, conhecido também por “princípio da proibição da devolução (ou rechaço)” (CARVALHO RAMOS, 2010, p. 355). O princípio foi consagrado nos artigos 33 do Estatuto dos Refugiados de 1951, artigo 22.8 da CADH e artigo 32 da Lei 9474/1997, de modo que o Brasil adotou internamente referido princípio, considerado de “extrema valia”, pois ainda que o refúgio não seja concedido, o Brasil não pode enviar o refugiado a um território em que possa sofrer violações à “liberdade, vida e integridade física em geral” (CARVALHO RAMOS, 2010, p. 356-357).
- 11 No caso Vélez Loor vs. Panamá, a Corte entendeu que: “Nesse sentido, o procedimento que culminou com o ato administrativo sancionatório que privou de liberdade o senhor Vélez Loor não apenas foi decidido sem que a parte fosse ouvida [...], mas não oferecia a possibilidade de exercer o direito de defesa, de audiência ou do contraditório, como parte das garantias do devido processo legal, colocando o migrante preso sob o total arbítrio do poder sancionatório do Departamento Nacional de Migração [...]” (Corte IDH, 2010, § 144).
- 12 Com relação ao artigo 20 da CADH, a Corte entende que: “a nacionalidade é a expressão jurídica de um fato social de conexão de um indivíduo com um Estado. A nacionalidade é um direito fundamental da pessoa humana que está consagrado na Convenção Americana, bem como em outros instrumentos internacionais, e é inderrogável de acordo com

Finalmente, com relação aos direitos das crianças migrantes, a Corte IDH em sua Opinião Consultiva 21/14, entendeu que os Estados devem considerar as peculiaridades decorrentes da idade e de desenvolvimento para garantir os direitos das pessoas migrantes adaptando-as para as crianças, como, por exemplo, a necessidade de prover condições adequadas de alojamento de crianças migrantes (§§ 171-184). No mesmo sentido, com relação ao princípio do *non refoulement*, os Estados também devem levar em consideração que o risco de violação de seus direitos humanos pode adquirir manifestações particulares e específicas em razão da idade (§ 11). A Corte IDH consagrou ainda o direito à vida familiar, garantindo que a criança tenha direito à nacionalidade do país do qual um ou ambos os progenitores podem ser expulsos, ou que cumpra as condições legais para residir permanentemente neste país. Nesse caso, os Estados não podem expulsar um ou ambos os progenitores por infrações migratórias de caráter administrativo, pois se sacrificaria de forma irrazoável ou desmedida o direito à vida familiar da criança (OC 21, Corte IDH, 2014, § 280).

Assim, a partir dos parâmetros encontrados nos precedentes da Corte IDH tratados acima, seria possível traçar quatro eixos de uma política migratória na América Latina: i) Proteção da igualdade e de discriminação arbitrária, especialmente no que se refere à liberdade e integridade pessoal; ii) Reconhecimento da igualdade nos direitos sociais; iii) Tratamento diferenciado protetivo às crianças migrantes e iv) Acesso à justiça para combater eventuais arbitrariedades do Poder Executivo na gestão da política migratória.

Esses parâmetros são capazes de demonstrar o impacto direto desses precedentes na América Latina. A importância disso, pode ser medida por três fatores: a) não foram aplicados concentrando-se em poucos Estados, mas sim espalhados por toda a região; b) o cumprimento da integralidade da sentença da Corte é compulsória, não havendo, no sistema interamericano, algo similar à chamada “satisfação equitativa” do sistema regional europeu (*just satisfaction*) (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 187-194, 411) e c) a utilização da interpretação ampliativa dos comandos da Convenção Americana de Direitos Humanos contornou a não ratificação de tratados específicos de direitos aos migrantes pelos Estados da região, como, por exemplo, a Convenção da ONU sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes que também não foi ratificada pelo Brasil.

Em seguida, serão analisados os impactos indiretos das decisões da Corte Interamericana.

Impactos indiretos das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Com relação às contribuições indiretas, é possível verificar importantes

o artigo 27 da Convenção” (Las niñas Yean e Bosico vs. República Dominicana, Corte IDH, 2005, § 136).

mudanças legislativas na região, como efeitos das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Essas normas substituíram as legislações restritivas longevas presentes nos países, com expressas citações aos precedentes interamericanos, como se viu na Argentina em 2004, superando-se lei da ditadura de 1980.

No Brasil, a nova Lei de Migração (Lei 13.445 de 24/05/2017) tomou o lugar do Estatuto do Estrangeiro, de 1980 (Lei nº 6.815), também criada durante o regime militar, e que serve de exemplo dessa influência benéfica das decisões da Corte IDH.

Afirma CARVALHO RAMOS que a nova lei “atende um pleito antigo” e o Brasil pode “se beneficiar da diversidade e multiculturalismo” e também dos “deveres de proteção para impedir a construção jurídica de vulnerabilidades e a superexploração de migrantes, em prejuízo à toda sociedade” (2022, p. 1154).

Nessa linha, VEDOVATO entende que a nova lei garante maior protagonismo dos direitos humanos na política migratória brasileira, e isso está entre os maiores avanços trazidos por ela (2020, p. 710). Além disso, para o autor, a nova lei de Migração se coaduna com os preceitos constitucionais de 1988 (Ibidem, idem).

Assim, a lei surge da ideia de que “negar direitos, gerar entraves burocráticos na regularização migratória, atuar com arbítrio e sem coerência” não diminui os fluxos migratórios e tampouco beneficia “empresa, trabalhadores e a sociedade em geral”, mas somente prejudica e “degrada[m] as condições de vida do migrante” (CARVALHO RAMOS, 2022, p. 1154), de modo que é possível ao menos garantir mais dignidade de tratamento, de integração e de vida aos migrantes.

Nesse sentido, VEDOVATO afirma que a “nova Lei de Migração inaugura, no Brasil, o Direito Migratório, tendo em vista que amplia as formas de regulação da situação migratória do migrante sem ter que se retirar do território nacional”, permitindo a discussão sobre a sua “permanência” desses migrantes no Brasil e assegurando-lhes o “direito a autorização de residência nos casos de ser encontrado em situação análoga a de trabalho escravo, tráfico de pessoas e diminuição de direitos trabalhistas por conta de migração” (2020, p. 712).

Com a nova lei brasileira, alguns aspectos estão mais condizentes com a interpretação fornecida pela Corte IDH para garantia dos direitos dos migrantes. Destaca CARVALHO RAMOS os avanços obtidos, dos quais extraem-se: a “condição de igualdade com os nacionais [...], assegurando-lhe também os direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos” (art. 4º, *caput*, e I); criação de um “novo marco legal” que surge da “regra geral de vedação da discriminação e proibição do arbítrio na entrada, permanência e saída compulsória do migrante, com várias menções ao direito a ser informado e de obter assistência jurídica integral” (2022, p. 1156). Além disso, dentre os “22 princípios e diretrizes da política migratória brasileira” destacam-se a

universalidade, a prevenção à qualquer tipo de discriminação, inclusive no que diz respeito “aos critérios e procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional”, “acesso igualitário a serviços, programas e benefícios sociais”, inclusive educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, etc., “proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e adolescente migrante” (2022, p. 1156). Com relação aos direitos, aponta-se a “garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória” (Ibidem, idem). Por fim, muitos avanços também foram alcançados com as mudanças de medidas administrativas de retirada compulsória do imigrante, especialmente no que se refere à deportação e expulsão, como bem analisa CARVALHO RAMOS (2022, p. 1160-1164)

Apesar das homenagens e das evidentes contribuições diretas e indiretas que inicialmente podem ser destacadas com o estudo acima, há muito que se avançar em termos de políticas migratórias na América Latina, cujas limitações encontradas advêm da própria internacionalização dos direitos humanos e dos desafios para a implementação das decisões da Corte.

Conclusão: é possível avançar?

As políticas migratórias dos países da América Latina variam, considerando suas peculiaridades e história. Falta de consenso e apoio político normalmente é o que dificulta o avanço dessas políticas, mesmo em países democráticos, como no caso do Brasil, em cujo território vigorou o Estatuto do Estrangeiro criado durante o regime militar, na década de 80, por mais de quarenta anos.

Em busca de maior coesão interpretativa, no plano internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos têm tentado interpretar os poucos dispositivos específicos na região, valendo-se da interpretação ampliativa da própria Declaração Americana de Direitos Humanos para garantir e proteger os direitos humanos dos migrantes e prevenir violações.

A partir da análise da jurisprudência da Corte IDH, foi possível notar o reconhecimento da situação de vulnerabilidade do migrante e a afirmação de como essa situação impacta a vida e a qualidade de vida do migrante e contribui para a manutenção dos efeitos negativos de discriminação e impunidade.

A Corte IDH, então, atua na construção de um “paradigma jurídico de proteção dos migrantes na América Latina”, como se verifica dos diversos casos estudados e dos impactos diretos e indiretos de suas decisões: i) a garantia do princípio da igualdade e não discriminação, como norma de *jus cogens* também aplicados aos direitos trabalhistas, inclusive no caso de migrantes indocumentados, estando proibida a contratação desses migrantes para fins de exploração trabalhista; ii) respeito ao direito à liberdade dos migrantes, sendo proibida a prisão do migrante sem análise concreta e individual e fundamentada e por um período irrazoável, notadamente nos casos de solicitantes de re-

fúgio; iii) garantia do devido processo legal, com acesso à autoridade judicial competente, recursos e medidas judiciais; iv) direito à proteção judicial, com o uso por parte do migrante de defesa técnica e assistência consular e recursos efetivos para contestar sua prisão; v) obrigação de criar espaços separados daqueles reservados às pessoas condenadas ou processadas penalmente; vi) proteção da integridade pessoal dos migrantes também nos pedidos de refúgio, assegurando o princípio do *non-refoulement* e vii) proteção dos direitos, considerando os interesses da criança, idade e o impacto das violações de direitos em suas vidas.

Desse modo, identificam-se quatro eixos da política migratória na América Latina que demonstram os impactos diretos das decisões da Corte nos países: i) Proteção da igualdade e da não discriminação; ii) Reconhecimento da igualdade nos direitos sociais; iii) Tratamento diferenciado protetivo às crianças migrantes e iv) Acesso à justiça.

No entanto, as implicações benéficas dos precedentes da Corte sofrem, obviamente, limites. Via de regra, esses limites decorrem de ambiguidades da própria internacionalização dos direitos humanos na temática migratória. A própria Corte IDH reconheceu que os Estados não aceitaram o direito a migrar e a execução de suas decisões é um processo lento e doloroso para os Estados e vítimas, como podemos verificar da supervisão do cumprimento das decisões emitidas pela Corte¹³.

Além disso, há debates intensos entre os Estados da região sobre o intervencionismo da Comissão Interamericana e da Corte IDH, fato que impulsionou a denúncia da Convenção Americana de Direitos Humanos por parte da Venezuela em 2012 e que pode gerar intimidação e retrocesso na interpretação ampliativa de direitos humanos por parte desses dois órgãos.

Por fim, a internacionalização dos direitos humanos¹⁴ é ingrediente indispensável para a compreensão dos parâmetros mínimos de tratamento dos imigrantes nos diversos e muito distintos países da região. Essa visão *pro persona*¹⁵ da migração é ainda importante por se contrapor a visão economista de redução da pessoa migrante a um fator de produção a mais, inserida na engrenagem da internacionalização das economias nacionais deste século.

Nesse sentido, CARVALHO RAMOS ensina que a interpretação *pro persona* “impõe a necessidade de que a interpretação normativa seja sempre em prol da proteção dadas aos indivíduos” (2019, p. 136). Algumas condutas interpretativas foram criadas a partir do princípio *pro homine*: i) o “reconhecimento de *direitos inerentes, mesmo que implícitos*”; ii) eventuais limites aos direitos previstos nos tratados internacionais, precisam ser interpretados restritivamente; e c) aplicação da interpretação *pro persona*, nos casos de omissão

13 Consulta no site da Corte IDH do andamento do cumprimento das decisões da Corte IDH por parte dos Estados (https://www.corteidh.or.cr/supervision_de_cumplimiento.cfm).

14 É possível estudar mais a respeito do tema em CARVALHO RAMOS (2019, p. 58-68).

15 A respeito do princípio da interpretação *pro persona* (ou *pro homine*), ler CARVALHO RAMOS (2019, p. 136-138).

ou lacuna de normas de direitos humanos (CARVALHO RAMOS, 2019, p. 136-137).

Assim, o principal desafio é buscar evitar o regresso à velha dicotomia, que trata a pessoa migrante entre ser uma força de trabalho desejável ou ameaça à segurança e ao emprego dos nacionais¹⁶. Essa “velha dicotomia” gerou a seletividade, com políticas diferenciadas e discriminatórias a depender das diversas categorias que os migrantes poderiam ser encaixados (“migrantes econômicos ou refugiados”, “qualificados ou não qualificados”; “legais ou indocumentados”, entre outros).

Referências

CARVALHO RAMOS, André de. O princípio do “non-refoulement” no direito dos refugiados: do ingresso à extradição. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 892, p. 347-376, 2010.

CARVALHO RAMOS, André de. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. In: Carvalho Ramos, André de; Almeida, Guilherme Assis de; Rodrigues, Gilberto. (Org.). **60 anos de ACNUR** : perspectivas de futuro. 1ed.São Paulo: CL-A Editora, 2011, v. 1, p. 15-44.

CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de Direitos Humanos**. 9ª ed . São Paulo: Saraiva, 2022.

CORTE IDH. **Parecer Consultivo OC-16/99**. Serie A No. 16. San Jose, 01 out. 1999.

CORTE IDH. **Parecer Consultivo OC-08/03**. Serie A No. 18. San Jose, 19 ago. 2014.

CORTE IDH. **Parecer Consultivo OC-21/14**. Serie A No. 21. San Jose, 19 ago. 2014.

CORTE IDH **Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana**. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

CORTE IDH. **Caso Vélez Loor Vs. Panamá**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de nov. 2010. Serie C No. 218

CORTE IDH. **Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de out. 2012. Serie C No. 251.

CORTE IDH. **Caso Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacionald a Bolívia**. Serie C No. 272. San Jose, 25 nov. 2013.

16 Vide o histórico brasileiro do tratamento jurídico ao imigrante e suas fases (CARVALHO RAMOS, 2022, p. 1149-1156).

CORTE IDH. **Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas v.s República Dominicana.** Serie C No. 282. San Jose, 28 ago. 2014.

VEDOVATO, Luís Renato. A Nova Lei de Migração Interpretada pelos Tribunais - A Interpretação e as mudanças de cenário. In: **Nova Lei de Migração: Os Três Primeiros Anos.**

CARVALHO RAMOS, André de; VEDOVATO, Luís Renato; Baeninger, Rosana (coord). Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquió” -Nepo; Unicamp - Observatório das Migrações em São Paulo/FADISP; 2020.

ESCOLA, CULTURA POPULAR E AMPLIAÇÃO DE DIREITOS

Gesuína de Fátima Elias Leclerc

Analista Técnica de Políticas Sociais - Ministério da Educação - Brasil. Doutorado em Educação pela Universidade Federal da Paraíba

Resumo:

Esta exposição relaciona a ampliação do direito ao desenvolvimento integral de crianças e adolescentes à escola de tempo integral. Seu foco é o entorno normativo do artigo 34 da Lei nº 9394/1996 e a descontinuidade que marca a caminhada das escolas de tempo integral. Permanecem necessárias as ações indutoras de ampliação do tempo diário de escola, de 4 para 7 horas, tal como vivenciadas no espaço-tempo entre 2007 e 2014, por meio do Programa Mais Educação. A escola de tempo integral foi contemplada na criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, Lei nº 11.494/2007 (revogado em 2020) e nos Planos Nacionais de Educação de 2001 e de 2014. Esta exposição se abre em favor da construção democrática das políticas públicas para o período 2023-2026, identificada com o pensamento de Paulo Freire, em relação à convivência democrática com os divergentes. O arranjo institucional do Ministério da Educação em seus processos administrativos, institucionais e biográficos, pode recuperar as políticas intersetoriais, notadamente as que relacionam educação, cultura, esporte, lazer e desenvolvimento social, na reconstrução da democracia. Destacam-se os processos biográficos porque eles pressupõem intencionalidade das pessoas, (servidores públicos, educadores, intelectuais e outros) para reconstituir a arena de diálogo entre os entes federativos e recolocar a pauta candente da diversidade e da cultura popular no atendimento de direitos, segundo as condições de etnia, orientação sexual e gênero, idade e escolaridades e origem geográfica, em contextos de pobreza e de recrudescimentos de desigualdades sociais.

Palavras-chave: Educação em tempo integral; Ampliação de direitos; Desigualdades educacionais; Programa Mais Educação

Entre a apresentação deste trabalho e sua reescrita, sob a forma de artigo completo, vivenciei, no Brasil, a disputa eleitoral em que Jair Messias Bolsonaro foi derrotado e em que Luís Ignácio Lula da Silva foi eleito Pre-

sidente da República, para o período 2023-2026. Lula obteve 60.345.999 votos (50,9%) e Bolsonaro obteve 58.206.354 votos (49,1%). Lula foi eleito por meio de uma coalisão de nove partidos: Partido dos Trabalhadores, Partido Socialista do Brasil, Partido Verde, Partido Comunista do Brasil, Partido Socialismo e Liberdade, Rede, Solidariedade, Avante e Agir. Vivencio, ainda, o processo de transição do governo, com a instituição dos grupos de trabalho (GT) para contribuir, por meio do diagnóstico depreendido dos dados oficiais, no planejamento das primeiras medidas de governo. O Coordenador Geral da transição é o Vice-Presidente da República, Geraldo Alckmin e o Coordenador do GT da educação é José Henrique Paim (que já foi Ministro da Educação).¹ Geraldo Alckmin foi oponente de Lula nas eleições para Presidente em 2006, quando chegou ao segundo turno e também disputou as eleições presidenciais de 2018². Com estas informações de sobrevoos, tenho presente o conceito de “governabilidade democrática”, como a vigilância e o cuidado com as assimetrias, para lidar tanto com saberes políticos e técnicos próprios da formulação e implementação da política pública visada; quanto para agir sempre em presença de fóruns deliberativos ampliados e com vozes dissonantes, para conferir legitimidade à própria política pública (LECLERC, 1999). Destaco a assimetria da desigualdade entre as prioridades sociais e a prevalência dos interesses econômicos, presentes na coalisão a que me referi. Uma menção a Paulo Freire, feita por Lula, em entrevista ao Jornal Nacional, exemplifica o conceito.

Tem uma frase do Paulo Freire que é fantástica, que eu utilizei para mostrar aos militantes do Partido dos Trabalhadores para falar da entrada do Alckmin: de vez em quando a gente precisa estar junto com os divergentes para combater os antagônicos. E agora nós precisamos vencer o antagonismo do fascismo, da ultradireita (LULA *apud* AGUIAR, 2022, s.p.).

[...] Que só uma política radical, jamais, porém, sectária, buscando a unidade na diversidade das forças progressistas, poderia lutar por uma democracia capaz de fazer frente ao poder e à virulência da direita. Vivia-se, porém, a intolerância, a negação das diferenças. A tolerância não era o que deve ser: a virtude revolucionária que consiste na convivência com os diferentes para que se possa melhor lutar contra os antagônicos (FREIRE, 1997, p.39;)

Com este ponto de partida, a temática da ampliação do “direito ao desenvolvimento integral de crianças e adolescentes” associada à escola de tempo integral, à teor do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/1990 (BRASIL, 1990), participa da atualização da agenda das políticas educacionais.

1 Maiores descrições dos grupos de trabalho e do conselho político de transição pode ser consultados em: <<https://pt.org.br/veja-os-nomes-que-integram-o-governo-de-transicao-de-lula/>>

2 A jornalista Leticia Mori produziu matéria bem completa em que faz um resumo da trajetória de Geraldo Alckmin e das interlocuções para sua participação na eleição, como vice de Lula, disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-63353350>>

Essa participação considera o potencial de replicabilidade e de escala de experiências realmente existentes.

A escola de tempo integral na agenda das políticas públicas

O tempo diário obrigatório de escola que prevalece no Brasil é o de quatro horas, e uma mesma escola atende diferente estudantes nos turnos matutino, vespertino e noturno. Conforme o artigo 34 da Lei de Diretrizes e Bases nº 9394/1996 (BRASIL, 1996):

Art. 34. A jornada escolar no ensino fundamental incluirá pelo menos quatro horas de trabalho efetivo em sala de aula, sendo progressivamente ampliado o período de permanência na escola.

§ 1º São ressalvados os casos do ensino noturno e das formas alternativas de organização autorizadas nesta Lei.

§ 2º O ensino fundamental será ministrado progressivamente em tempo integral, a critério dos sistemas de ensino.

Com os versos de Caetano Veloso - “Vapor barato, um mero serviçal do narcotráfico, foi encontrado nas ruínas de uma escola em construção. Aqui tudo parece que era ainda construção e já é ruína. Tudo é menino, menina no olho da rua, o asfalto, a ponte, o viaduto, ganindo pra lua. Nada continua”, tenho presente a descontinuidade que marca a caminhada das escolas de tempo integral. A resposta do estado ao direito à educação das massas, no início do século XX, foi realizada por meio dos turnos escolares para os estudantes, das múltiplas jornadas e dos diferentes locais de trabalho para os professores e professoras. A esse respeito, é preciso revisitar sempre a obra “Educação não é privilégio” de Anísio Teixeira (TEIXEIRA 2007); e a compreensão de Paulo Freire sobre a reinvenção dos centros urbanos em uma perspectiva “de baixo para cima, à base da solidariedade política a associar os grupos humanos em comunidades” (FREIRE, 2001, p. 67), em oposição à perspectiva dos núcleos urbanos criados e mantidos de cima para baixo (FREIRE, 2001, p. 67). Quando se fala em ampliar o tempo diário de escola, sem a compreensão dessa reinvenção dos centros urbanos, incorre-se na tendência por “mais” tempo de: salas de aula, atividades intramuros, reforço escolar, língua portuguesa e matemática. Para ampliar direitos, em contextos de pobreza e de desigualdade, é preciso uma tendência por mais diversidade no atendimento aos direitos das pessoas, segundo as condições de etnia, orientação sexual e gênero, idades, ampliação de escolaridade, origem geográfica

A cultura popular, em suas diferentes expressões (arte, cultura, esporte e lazer), como conteúdo ampliador do tempo visado para “jornada escolar” compõe o conceito normativo de educação no Brasil. Conforme o conceito de educação que abre a LDB, com grifo meu.

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas insti-

tuições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e **nas manifestações culturais**.

§ 1º Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias.

§ 2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social.

O que se persegue é a ampliação do tempo de permanência na escola e/ou em diferentes espaços educativos, sob responsabilidade da escola, de quatro para sete horas, desde que a Lei nº 10.172/2001, o Plano Nacional de Educação - PNE avançou para além do texto da LDB, ao apresentar a educação em tempo integral como objetivo do Ensino Fundamental e, também, da Educação Infantil. Foi esse plano que apresentou, como meta, a ampliação progressiva da jornada escolar para um período de, pelo menos, 7 horas diárias.

O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - Fundeb, Lei nº 11.494/ 2007 (BRASIL, 2007) remeteu a regulamento para dispor sobre a educação básica em tempo integral e sobre os anos iniciais e finais do ensino fundamental (Art. 10, § 3º), assim, o Decreto nº 6.253/07, art. 4º, assumiu o que foi estabelecido no PNE de 2001 e definiu como “educação básica em tempo integral a jornada escolar com duração igual ou superior a sete horas diárias, durante todo o período letivo, compreendendo o tempo total que um mesmo aluno permanece na escola ou em atividades escolares”. De partida, esses dispositivos suscitaram a agenda correspondente ao Programa Mais Educação, instituído pela Portaria Normativa Interministerial nº 17, de 24 de abril de 2007 (BRASIL, 2007) e objeto do Decreto nº 7.083, de 27 de janeiro de 2010 (BRASIL, 2010). A vigência desse Fundeb foi prevista até dezembro de 2020. Caso não fosse aprovada a sua ampliação ou perenização, a educação básica estaria em sérios riscos. Desse modo, foi proposto e aprovado o novo Fundeb, como instrumento permanente de financiamento da educação pública por meio da Emenda Constitucional nº 108, de 27 de agosto de 2020, e regulamentado pela Lei nº 14.113, de 25 de dezembro de 2020 (BRASIL, 2020). Entretanto, a ausência do debate público, sem realização de conferências setoriais, e o contexto da Pandemia da Doença do Corona Vírus -COVID 19 impõem a necessidade de revisitar essa proposição à luz do (des) cumprimento das metas da agenda do PNE.

Em 2014, a Lei nº 13005/2014 (BRASIL, 2014), vigente, mas abandonada, contemplou a educação integral nas estratégias da meta 6 “oferecer educação em tempo integral (ETI) em, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das escolas públicas, de forma a atender, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) dos(as) alunos(as) da educação básica”, mas sua ação indutora principal, o Programa Mais Educação, foi interrompida. Em um dos estudos sobre essa interrupção, Patrícia Moulin Mendonça (MENDONÇA, 2017, p.162),

considera “a mudança de foco” realizada pela Portaria nº1.144/2016 (BRASIL, 2016). Essa Portaria instituiu o Programa “Novo Mais Educação”, com a finalidade de melhorar a aprendizagem em Língua Portuguesa e Matemática, no ensino fundamental. A mudança “Não dialoga com os saberes locais, com o território, com as comunidades e os movimentos sociais, ou seja, não há interlocução com o Outro diverso.” A autora oferece um quadro comparativo entre o decreto nº 7083/10 e a Portaria nº 1.144/2016 (MENDONÇA, 2017, p.160-162):

2010 (Decreto N° 7.083)	2016 (Portaria nº 1.144/2016)
Art. 2º São princípios da educação integral, no âmbito do Programa Mais Educação: I - a articulação das disciplinas curriculares com diferentes campos de conhecimento e práticas socioculturais [...] II - a constituição de territórios educativos para o desenvolvimento de atividades de educação integral, por meio da integração dos espaços escolares com equipamentos públicos como centros comunitários, bibliotecas públicas, praças, parques, museus e cinemas; III - a integração entre as políticas educacionais e sociais, em interlocução com as comunidades escolares; IV - a valorização das experiências históricas das escolas de tempo integral como inspiradoras da educação integral na contemporaneidade. V - o incentivo à criação de espaços educadores sustentáveis com a readequação dos prédios escolares, incluindo a acessibilidade, e à gestão, à formação de professores e à inserção das temáticas de sustentabilidade ambiental nos currículos e no desenvolvimento de materiais didáticos; VI - a afirmação da cultura dos direitos humanos, estruturada na diversidade, na promoção da equidade étnico-racial, religiosa, cultural, territorial, geracional, de gênero, de orientação sexual, de opção política e de nacionalidade, por meio da inserção da temática dos direitos humanos na formação de professores, nos currículos e no desenvolvimento de materiais didáticos; e VII - a articulação entre sistemas de ensino, universidades e escolas para assegurar a produção de conhecimento, a sustentação teórico-metodológica e a formação inicial e continuada Art. 3º São objetivos do Programa Mais Educação: I - formular política nacional de educação básica em tempo integral; II - promover diálogo entre os conteúdos escolares e os saberes locais; III - favorecer a convivência entre professores, alunos e suas comunidades; IV - disseminar as experiências das escolas que desenvolvem atividades de educação integral; e V - convergir políticas e programas de saúde, cultura, esporte, direitos humanos, educação ambiental, divulgação científica, enfrentamento da violência contra crianças e adolescentes, integração entre escola e comunidade, para o desenvolvimento do projeto político-pedagógico de educação integral.	Art. 1º Fica instituído o Programa Novo Mais Educação, com o objetivo de melhorar a aprendizagem em língua portuguesa e matemática no ensino fundamental, por meio da ampliação da jornada escolar de crianças e adolescentes, mediante a complementação da carga horária de cinco ou quinze horas semanais no turno e contraturno escolar. Parágrafo único. O Programa será implementado por meio da realização de acompanhamento pedagógico em língua portuguesa e matemática e do desenvolvimento de atividades nos campos de artes, cultura, esporte e lazer, impulsionando a melhoria do desempenho educacional. Art. 2º O Programa tem por finalidade contribuir para a: I - alfabetização, ampliação do letramento e melhoria do desempenho em língua portuguesa e matemática das crianças e dos adolescentes, por meio de acompanhamento pedagógico específico; II - redução do abandono, da reprovação, da distorção idade/ano, mediante a implementação de ações pedagógicas para melhoria do rendimento e desempenho escolar; III - melhoria dos resultados de aprendizagem do ensino fundamental, nos anos iniciais e finais; e IV - ampliação do período de permanência dos alunos na escola.

O Programa Novo Mais Educação também foi encerrado, conforme observa a União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação - Undime, “Após consulta ao Ministério da Educação por meio da Secretaria de Educação Básica, para obter uma posição formal a respeito Novo Mais Educação, a Undime recebeu devolutiva de que o Programa foi encerrado em dezembro de 2019” (UNDIME, 2020).

Nenhuma escola a menos, de volta à escala das políticas públicas

A escala da implementação alcançou 60.000 escolas e 7,5 milhões de matrículas em tempo integral, de acordo com o Sistema de Monitoramento, Execução e Controle do Mec (SIMEC). Como foi exposto, a principal ação indutora, o Programa Mais Educação, foi interrompida e os números caíram drasticamente, conforme pode ser constatado nos dados de Monitoramento das Metas do Plano Nacional de Educação 2020, elaborado no âmbito do Inep, em observância ao art. 5º do PNE (BRASIL, 2022). O desenho da ação, todavia, pode continuar sendo replicado, a considerar a sinopse das ofertas educativas (10 macrocampos de atividades pedagógicas), a seguir.

OFERTAS EDUCATIVAS: MACRO CAMPOS DE ATIVIDADES DO PROGRAMA MAIS EDUCAÇÃO

1. ACOMPANHAMENTO PEDAGÓGICO

- (i) Ciências
- (ii) História e Geografia
- (iii) Letramento/Alfabetização
- (iv) Línguas Estrangeiras
- (v) Matemática
- (vi) Tecnologias de Apoio à Alfabetização

2. EDUCAÇÃO AMBIENTAL

- (I) Com-Vida / Agenda 21 na Escola - Educação para a Sustentabilidade
- (II) Horta Escolar e/ou Comunitária

3. ESPORTE E LAZER

- (i) Atletismo
- (ii) Basquete de Rua
- (iii) Basquetebol
- (iv) Ciclismo (somente para as escolas rurais)
- (v) Corrida de Orientação
- (vi) Futebol
- (vii) Futsal
- (viii) Ginástica Rítmica

- (ix) Handebol
- (x) Judô
- (xi) Karatê
- (xii) Natação
- (xiii) Programa Segundo Tempo
- (xiv) Recreação/Lazer
- (xv) Taekwondo
- (xvi) Tênis de Campo
- (xvii) Tênis de Mesa
- (xviii) Voleibol
- (xix) Xadrez Tradicional

1. ACOMPANHAMENTO PEDAGÓGICO
(i) Ciências
(ii) História e Geografia
(iii) Letramento/Alfabetização
(iv) Línguas Estrangeiras
(v) Matemática
(vi) Tecnologias de Apoio à Alfabetização
2. EDUCAÇÃO AMBIENTAL
(I) Com-Vida / Agenda 21 na Escola - Educação para a Sustentabilidade
(II) Horta Escolar e/ou Comunitária
3. ESPORTE E LAZER
(i) Atletismo
(ii) Basquete de Rua
(iii) Basquetebol
(iv) Ciclismo (somente para as escolas rurais)
(v) Corrida de Orientação
(vi) Futebol
(vii) Futsal
(viii) Ginástica Rítmica
(ix) Handebol
(x) Judô
(xi) Karatê
(xii) Natação
(xiii) Programa Segundo Tempo
(xiv) Recreação/Lazer
(xv) Taekwondo
(xvi) Tênis de Campo
(xvii) Tênis de Mesa
(xviii) Voleibol
(xix) Xadrez Tradicional

4. CULTURA DIGITAL

- i) Ambiente de Redes Sociais
- (ii) Informática e tecnologia da informação (Proinfo e/ou laboratório de informática)
- (iii) Software educacional/Linux Educacional

5. PROMOÇÃO DA SAÚDE

- (i) Promoção da Saúde e Prevenção de Doenças e Agravos

6. COMUNICAÇÃO E USO DE MÍDIAS

- (i) Fotografia
- (ii) Histórias em Quadrinhos
- (iii) Jornal Escolar
- (iv) Rádio Escolar
- (v) Vídeo

7. INVESTIGAÇÃO NO CAMPO DAS CIÊNCIAS DA NATUREZA

- (i) Laboratórios, Feiras e Projetos Científicos
- (ii) Robótica Educacional

8. EDUCAÇÃO ECONÔMICA

- (i) Educação Econômica

9. DIREITOS HUMANOS EM EDUCAÇÃO

- (i) Direitos Humanos e Ambiente Escolar

10 CULTURA E ARTES

- (i) Banda Fanfarra
- (ii) Canto Coral
- (iii) Capoeira
- (iv) Cineclube
- (v) Danças
- (vi) Desenho
- vii) Ensino Coletivo de Cordas
- (viii) Escultura
- (ix) Flauta Doce
- (x) Grafite
- (xi) Hip-Hop
- (xii) Leitura
- (xiii) Mosaico
- (xiv) Percussão
- (xv) Pintura
- (xvi) Práticas Circenses
- (xvii) Teatro

4. CULTURA DIGITAL
i) Ambiente de Redes Sociais
(ii) Informática e tecnologia da informação (Proinfo e/ou laboratório de informática)
(iii) Software educacional/Linux Educacional
5. PROMOÇÃO DA SAÚDE
(i) Promoção da Saúde e Prevenção de Doenças e Agravos
6. COMUNICAÇÃO E USO DE MÍDIAS
(i) Fotografia
(ii) Histórias em Quadrinhos
(iii) Jornal Escolar
(iv) Rádio Escolar
(v) Vídeo
7. INVESTIGAÇÃO NO CAMPO DAS CIÊNCIAS DA NATUREZA
(i) Laboratórios, Feiras e Projetos Científicos
(ii) Robótica Educacional
8. EDUCAÇÃO ECONÔMICA
(i) Educação Econômica
9. DIREITOS HUMANOS EM EDUCAÇÃO
(i) Direitos Humanos e Ambiente Escolar
10 CULTURA E ARTES
(i) Banda Fanfarra
(ii) Canto Coral
(iii) Capoeira
(iv) Cineclube
(v) Danças
(vi) Desenho
(vii) Ensino Coletivo de Cordas
(viii) Escultura
(ix) Flauta Doce
(x) Grafite
(xi) Hip-Hop
(xii) Leitura
(xiii) Mosaico
(xiv) Percussão
(xv) Pintura
(xvi) Práticas Circenses
(xvii) Teatro

Para a crítica à essa escala, adapto a descrição indicada no trabalho de Karine Vichieti Morgan (MORGAN, 2015), que descreve e analisa um conjunto de limitações para a implementação do programa indutor da educação em tempo integral, em um estudo de caso.

A limitação da adesão voluntária anual de escolas, sem incidir na gestão democrática.

Definidos os critérios pelo MEC, a decisão de aderir à ação indutora recai exclusivamente sobre a direção da escola. Quando não há consulta à comunidade escolar, a negação ou a aceitação para implementar o programa se torna um dos problemas mais resistentes e recorrentes. Apresenta-se o programa em reunião de gestores, com a representação do MEC e, somente com a decisão já tomada, as diretoras iniciam o processo de convencimento dos demais atores da escola. Assim, prevalece a percepção de alguns funcionários de que, como a educação integral exige mais trabalho, ela representa um castigo: mais merenda para servir, mais sujeira para limpar, mais barulho, mais trabalho para todos. Não raro, o trabalho recai sobre a Professora Comunitária (a coordenadora das atividades na escola), ela atua na orientação pedagógica, nos aspectos burocráticos e até na substituição de monitores.

A precariedade de infraestrutura, sem planos ou perspectivas de melhoria ou com melhorias instáveis.

A infraestrutura para mais tempo diário na escola inclui, principalmente: a reorganização, a reforma do espaço físico não apenas das escolas, mas dos diferentes equipamentos públicos de cultura, esporte e lazer; bem como dos recursos financeiros para acesso aos equipamentos privados; a disponibilização de mais funcionários e de monitores. As próprias escolas demandam espaço físico para a expansão e atendimento adequado, em suas dependências internas e, muitas vezes os conflitos são evidenciados, antes mesmo da decisão acerca de construção. A escolas tendem a desenvolver seus programas em ambiente interno, seja pela falta de equipamentos culturais no entorno da escola, seja pela dificuldade de locomoção, seja pelo medo da violência na comunidade. Destaca-se, fortemente, um conceito de educação relacionado à preocupação de que as crianças não estejam mais na rua, que estejam dentro da escola e ocupadas. Mesmo assim, as escolas procuram ajuda da comunidade, emprestando ou alugando terraços, pátios e salões das igrejas. Inclui também o aumento da carga de trabalho dos funcionários e professores, a exemplo da exigência de a Secretaria disponibilizar um professor de 40 horas para o cargo de Professor Comunitário em cada escolas e a ampliação do quadro de pessoal de apoio.

A limitação da formação voltada para os monitores, reduzida a eventos de curta duração.

Nem todos os alunos e nem todos os professores da escola participam das atividades desenvolvidas no contraturno, para ampliação do tempo. Parte importante dos educadores é mobilizada nos cursos de graduação, como estagiários, monitores e oficineiros, ressarcidos por meio de recursos transferidos

pelo governo federal. Desse modo o planejamento das atividades, no âmbito da escola, inclui cursos, reuniões, congressos e encontros para aperfeiçoamento das equipes que atuam no contraturno.

Finalmente, a retomada de um governo democrático e popular, com experiência de gestão, suscita a proposição de um arranjo intersetorial, a partir do Ministério da Educação, considerando educação, cultura, esporte, lazer e desenvolvimento social, na reconstrução da democracia. Nesse arranjo, a riqueza dos processos biográficos, que relacionam o trabalho dos diferentes profissionais, especialmente de redes de ensino, universidades, institutos federais, de norte a sul do país, no campo da escola de tempo integral, podem fazer a diferença para reconstituir o diálogo federativo. Nesse diálogo, é preciso recolocar a pauta candente da diversidade e do enfrentamento das desigualdades educacionais no atendimento dos direitos das pessoas, segundo as condições de etnia, orientação sexual e gênero, idade e escolaridades e origem geográfica.

Referências

AGUIAR, Priscila. Divergentes X antagônicos: conheça a frase exata de Paulo Freire citada por Lula no Jornal Nacional. **G1 Pernambuco**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2022/08/26/entenda-o-contexto-da-frase-de-paulo-freire-citada-por-lula-durante-sabatina-do-jornal-nacional.ghtml>> Acesso em 21 de novembro de 2022

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**, DF, nº 248, 23 dezembro de 1996. Seção 1, p. 27834. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm> Acesso em 21 de novembro de 2022.

- Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, DF, nº135, Seção 1, p.1, 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> acesso em 21 de novembro de 2022.

- Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, DF, 10 de janeiro de 2001, p.1. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm> Acesso em 21 de novembro de 2022.

- Decreto nº 6.253, de 13 de novembro de 2007. Dispõe sobre o Fundeb, regulamenta a Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007. **Diário Oficial da União**, DF, 14 de novembro de 2007, Seção 1, p.18. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6253.htm> Acesso em 21 de novembro de 2022.

- Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007. Regulamenta Fundeb, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei nº 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis nos 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 2007, Seção 1, p.7. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11494.htm> Acesso em

21 de novembro de 2022.

- Lei nº 14.113, de 2020, ressaltando o art. 12. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei nº 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis nºs 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25/12/2020, pág. nº 1. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14113.htm> Acesso em 21 de novembro de 2022.

- Ministério da Educação, Decreto nº 7.083, de 27 de janeiro de 2010. Dispõe sobre o Programa Mais Educação. **Diário Oficial da União**, DF, 27 jan. 2010, Seção 1, p.2. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7083.htm> Acesso em 21 de novembro de 2022.

- Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 26 de junho de 2014, Seção 1, p.1. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14113.htm> Acesso em 21 de novembro de 2021.

- Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). **Relatório do 4º ciclo de monitoramento das metas do Plano Nacional de Educação - 2022**. - Brasília : Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2022. Disponível em <https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/plano_nacional_de_educacao/relatorio_do_quarto_ciclo_de_monitoramento_das_metas_do_plano_nacional_de_educacao.pdf> consultado em 21 de novembro de 2022.

FREIRE, Paulo. **Política e educação**. São Paulo: Cortez, 1995.

-. **Educação e atualidade brasileira**. São Paulo: Cortez, 2001.

- **Pedagogia da Esperança. Um reencontro com a pedagogia do oprimido**. São Paulo: Paz e Terra. 1997

Leclerc, Gesuína. Sistema único de ensino: O desafio da construção e da ampliação do espaço público de direitos na escola pública de Mato Grosso. **Educação & Sociedade** [online]. 2002, v. 23, n. 78 pp. 199-222. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0101-73302002000200012>>. Acessado em 21 de novembro de 2022.

MENDONÇA, Patrícia Moulin. **O direito à educação em questão: as tensões e disputas no interior do Programa Mais Educação**. Tese de Doutorado defendida no Programa de Pós-Graduação em Educação da UFMG, 2017. Disponível em <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-AVGGNU/1/patricia_moulin_mendon_a_tese_final_com_ficha_catalogo_fica.pdf> Acesso em 21 de novembro de 2022.

MORGAN, Karine. **O Programa Mais Educação no formigueiro das Américas: a política de indução da educação integral no Município de São João do Meriti. Dissertação** (Mestrado Educação). 2015, 201 f - Universidade Federal Fluminense, RJ, 2015. Disponível em <<https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=->

true&id_trabalho=2370902> Acesso em 21 de novembro de 2022.

TEIXEIRA, Anísio. **Educação não é privilégio**. Rio de Janeiro, Editora da UFRJ, Coleção Anísio Teixeira, 2007.

UNDIME, União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação. MEC confirma encerramento do Programa Novo Mais Educação. Disponível em <<https://undime.org.br/noticia/17-03-2020-10-08-mec-confirma-encerramento-do-programa-novo-mais-educacao>>

EDUCAÇÃO DE MIGRANTES E REFUGIADOS COMO DIREITO INTERGERACIONAL PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: A AGENDA INTERNACIONAL PARA EDUCAÇÃO E A FORMAÇÃO DOCENTE PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Adriana dos Santos Silva

Advogada OAB-SP; Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior; Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro; Mestranda em Filologia e Língua Portuguesa pela Universidade de São Paulo; Pós-graduada em Direito Administrativo e Econômico

Resumo:

O presente trabalho objetiva discutir como a Agenda Internacional para educação (2030) estabelece a educação como direito humano intergeracional para o desenvolvimento sustentável, exigindo dos países membros uma qualidade docente. Outrossim, tendo em vista às situações sociopolíticas de (i)migração e refúgio e a necessidade de adequação pedagógica e acolhimento de migrantes e refugiados nos diversos níveis de educação do Brasil, pretende-se evidenciar como as exigências feitas neste documento para a efetivação de direitos humanos afetam a prática e formação docentes, primordialmente nos Estados do Sul global. Portanto, o presente trabalho justifica-se, pois recorrendo-se para o Brasil, viabiliza à criação e implementação de políticas públicas educacionais a fim de mitigar as desigualdades educacionais estruturais em que todos os sujeitos envolvidos no processo de ensino-aprendizagem devem atuar de forma intercultural, promovendo uma educação antirracista, antissexista e mais engajada com a realidade social, atuando as políticas públicas coadunadas aos direitos fundamentais e sociais como um instrumento jurídico eficaz para uma transformação e justiça sociais, em que o professor tem um papel fundamental e insubstituível. Para tanto, tem como metodologia uma revisão de literatura, em uma perspectiva transdisciplinar e decolonial com embasamento teórico em: Akkari (2001, 2011); Freire (1996); Hooks (2013); Fontes (2015). Outrossim, espera-se que com a Agenda internacional para educação, o professor consiga atuar como um mediador no processo e não como avaliador/aplicador do conhecimento, afetando positivamente de forma mais autônoma, plural e multicultural o desenvolvimento das suas ha-

bilidades e competências.

Palavras-chave: Educação de migrantes e refugiados; Direitos Humanos; Políticas públicas; Sustentabilidade.

Introdução

O presente artigo objetiva evidenciar que apesar de em alguns contextos o tema educacional atrelado ao âmbito do Direito ser abordado como temática *soft*, com as crises humanitárias, sociais e econômicas, isto vem se modificando. Em outras palavras, dado à emergência duma atuação dos países assinantes de tratados de Direitos humanos ou não, dos princípios de cooperação e integração estabelecidos entre alguns deles e a necessidade de inserção de seus migrantes e refugiados nos aparelhos institucionais e educacionais de outros países, faz-se necessário uma adaptação, que perpassa desde a educação básica e profissional à formação dos professores e promoção de uma educação justa, inclusiva e equitativa, a fim de garantir uma vida digna e de qualidade, já que educação é um direito para todos, sem distinção e discriminação. (GONÇALVES, 2011; UNESCO, 2015)

Nesse diapasão, considerando as políticas externas do Brasil, a parceria entre o Ministério da Educação, das Relações Exteriores e a criação de uma agenda internacional educacional promovida pela UNESCO, UNICEF, Banco mundial, ACNUR, de organizações bilaterais e multilaterais e etc, que adotaram a Declaração de Incheon para educação de 2030, do qual o Brasil faz parte, pretende-se evidenciar neste trabalho como essa agenda internacional afeta a política externa e interna do Brasil no contexto educacional. (UNESCO, 2015)

Outrossim, tem-se como tema prioritário *Políticas públicas educacionais para migrantes, refugiados* e aborda criticamente e de forma transdisciplinar como fenômenos globais exigem do Estado uma prestação negativa, isto é, a promoção de medidas e políticas de acolhimento e a garantia de direitos humanitários constitucionais e internacionais, em que atores privados e públicos, governamentais e não governamentais, devem conjuntamente aumentar o foco e a iniciativa nas fontes internas e externas de desenvolvimento, na área de educação.

Isto posto, evidencia como as políticas públicas são instrumentos de garantia e efetivação de direitos fundamentais, não só de nacionais, mas também de (i)migrantes e refugiados. Para tanto o Direito se apresenta como um transformador social e mitigador das desigualdades sociais e educacionais, a fim de corrigir e/ou subverter amálgamas históricos e (re)construir novas realidades sociais, primordialmente, rompendo com as violências ocasionadas pelos fluxos migratórios, por meio da inclusão, integração e justiça sociais e cidadãs. (FONTES, 2015; SECHI, 2017; COUTINHO, 2013)

Destarte, tem-se como metodologia uma pesquisa quali-quantitativa, tendo em vista que revisão bibliográfica, levantamento e análise de dados coadunam-se para a obtenção duma melhor interpretação e discussão dos resultados, dado que “a realidade é multifacetada e, como tal, não é superficial afirmar que dados gerados por métodos distintos podem ser agregados, na perspectiva de compreensão das várias faces da realidade” (SOUZA; KERBAUY, 2017, p. 37).

Educação para todos: a inclusão de migrantes e refugiados no sistema educacional brasileiro

A educação é um direito humano fundamental que deve ser concedido a todos sem distinção de origem, raça, cor, religião e afins. Portanto, diversos são os instrumentos jurídicos nacionais e internacionais de direitos humanos que abordam em seus dispositivos a temática a fim de protegê-la e garanti-la. Isto posto, estabelece a Declaração de direitos do homem no art.26 que:

Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, está baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. (ONU, 1948)

Para tanto, tendo em vista que a Declaração de direitos do Homem estabelece que a educação é um direito para todos, as Constituições dos Estados signatários não poderiam versar de forma diversa. Com isso, dispõe o art. 5º da CRFB/88, *caput*, sobre a proteção e inviolabilidade tanto dos nacionais, quanto dos estrangeiros residentes no país, no que diz respeito a salvaguarda de diversos direitos humanos, destacando no art.6º que a educação é um direito social previsto para todos sem distinção. (BRASIL,1988)

No que diz respeito à educação, prevê o art. 205 da CRFB/88 que “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)

Note-se que, a própria CRFB/88 determina que a educação deve atuar como um vetor de integração e desenvolvimento da pessoa, a qual tem no mínimo três finalidades: 1. Instrumento jurídico para o pleno desenvolvimento, tão logo, deve considerar o sujeito nos aspectos biopsicossociais; 2. Preparo para o efetivo exercício da cidadania, ou seja, a educação deve preparar o indivíduo para que possa usar os aparatos estatais e exercer seus direitos e deveres

como cidadão; 3. Qualificação laboral, quer seja para o desempenho de um trabalho específico, como educação profissionalizante, ou ainda, para ingresso no mercado de trabalho e atuação em carreiras específicas como é o caso da educação superior. (BRASIL,1988)

Sendo assim, para além de um direito humano intergeracional, a educação é um vetor social, que como bem jurídico, auxilia no desenvolvimento nacional e construção de uma sociedade livre justa e solidária, provendo ao indivíduo o exercício dos direitos civis, econômicos, culturais, políticos e sociais, previstos constitucionalmente, sendo em diversas vezes citada na praxis constitucional como meio de reparação e desenvolvimento da pessoa ou do local. (BRASIL,1988)

É mister salientar, que a CRFB/88 dos art. 205 a 214, dispõe de um capítulo próprio só para educação, preconizando as competências dos entes federados em materiais e legislativas cabendo aos Estados e municípios as competências de execução, as quais prescindem de incentivo financeiro federal para a elaboração, acesso e implementação de programas educacionais, dependentes das legislações que são de competência privativa da União. Deste modo, são competências materiais de governo, com fulcro nos parágrafos §§ 2º, 3º e 4º, do art. 211 da CRFB/1988:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. [...] § 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. § 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio. § 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório. (BRASIL, 1988)

Isto posto, estabelece a Carta Magna, no que corresponde ao dever do Estado, ser de competência privativa da União elaborar as diretrizes e base da educação nacional, o qual coadunado com *caput* e inciso V, do art. 23 determina que a competência será comum com Estados e Municípios quando for para proporcionar os meios de acesso à educação e concorrente entre a União, Estado e Distrito Federal no que diz respeito a legislação sobre a matéria. Quanto aos Estados e Municípios a competência deverá observar o interesse local, e quanto a esta última deverá “manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental”. (BRASIL, 1988)

No que corresponde à responsabilidade, é mister destacar que esta compete a todos os entes federados e é corolário ao dever do Estado previsto no art. 208 da CRFB/ 88 que institui a garantia e oferta da educação básica e obrigatória dos 4 aos 7 anos, ou qualquer idade, especialmente para os que não tiveram acesso na idade apropriada, progressiva universalização do ensino médio gratuito, atendimento especializado aos portadores de deficiência,

educação infantil, , creche, pré-escola para crianças de até 05 (cinco) anos de idade, acesso aos níveis mais elevados de ensino e pesquisa e atendimento e criação de programas suplementares a educação como: transporte, alimentação, material didático e afins. (BRASIL,1988)

Akkari (2001, 2011) aponta como as condições históricas em que foi construído o sistema educacional brasileiro revela uma discrepância entre este e os modelos europeus. Ademais, evidencia como a fragmentação deste sistema revela um fracasso escolar que pode ser facilmente medido por meio dos resultados de aprendizagem consequentes de uma falta de financiamento público e negligência estatal na promoção de mecanismos efetivos que viabilizem uma educação mais justa, inclusiva e de qualidade, corroborando para uma desigualdade educacional estrutural em que prima-se pela privatização e descentralização da Administração Pública. (BRASIL,1988)

Conquanto, tendo em vista as crises políticas e econômicas, que tem assolado a América Latina, Caribe e Haiti, o Brasil tem sido alvo de recepções de sujeitos (i)migrantes e em condição de refúgio. Quanto à nomenclatura diferencia-se:

Imigrante: Refere-se a pessoas que migraram a um determinado território, ou seja, para um outro país, e a expressão adequada a ser utilizada é imigrante internacional. O termo imigrante vem da junção entre migrare, “mudar de residência/ condição” + in “para dentro”, ao assumir o ponto de vista do país em que a pessoa entrou e permaneceu, ela é Imigrante (que veio de “lá”, para viver “aqui”).**Migrante:** O termo é utilizado para denominar aquele que se desloca em espaço circunscrito a um território nacional. Os migrantes escolhem se deslocar principalmente para melhorar sua vida em busca de trabalho ou educação, por reunião familiar ou por outras razões, e continuam recebendo a proteção do seu governo. Ressalta-se o reconhecimento do migrante enquanto sujeito de direitos, não o definindo a partir de se este “sai” ou “entra” de determinado território nacional ou mesmo se permanece nele.**Refugiado:** São consideradas refugiadas, as pessoas que se encontram fora do seu próprio território nacional, devido ao temor de perseguição e risco de violência, isto é, pessoas que foram forçadas a deixarem seu país de origem, e requerem “proteção internacional”. (GLOSSÁRIO, 2021) [grifo nosso]

Tendo em vista que a práxis constitucional estabelece o mesmo tratamento de forma isonômica, para os estrangeiros residentes no país, as políticas públicas e direitos nacionais previstas para educação serão também concedidos ao migrante e refugiado ao adentrarem o território nacional, independente da sua condição legal.

De acordo com a Lei de Migração inciso XI, no art. 3º A política migratória brasileira promoverá: “acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social”, sen-

do garantido no território nacional igualdade de condições com os nacionais o direito à educação pública e gratuita, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória. Para os refugiados, o Estatuto dos refugiados (1951) dispõe:

Os Estados Contratantes darão aos refugiados o mesmo tratamento que aos nacionais no que concerne ao ensino primário. 2. Os Estados Contratantes darão aos refugiados um tratamento tão favorável quanto possível, e em todo caso não menos favorável do que o que é dado aos estrangeiros em geral, nas mesmas circunstâncias, quanto aos graus de ensino além do primário e notadamente no que concerne ao acesso aos estudos, ao reconhecimento de certificados de estudos, de diplomas e títulos universitários estrangeiros, à isenção de direitos e taxas e à concessão de bolsas de estudo.

Posto isso, considerando que os fluxos migratórios exigem dos Estados de recepção medidas eficazes para acolhida e integração do migrante e refugiado em seus aparatos jurídicos e que a educação é um direito humano fundamental previsto no art.6º da CRFB/88 e os direitos dos migrantes e refugiados previstos na Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto do refugiado (1951), o Protocolo de 1967, a Declaração de Nova York, a Lei nº 9.474/97 e o Pacto Internacional de Direitos econômicos e sociais, conjuntamente, determinam a ação de diversos atores sociais e políticos para flexibilização na tomada de decisões referente a este público e não raro as políticas públicas tornam-se um instrumento jurídico imprescindível para garantizá-los.

Insta salientar, que de acordo com Fonte (2015) há uma relação entre as políticas públicas e os direitos fundamentais sociais, porém este não é um fim em si mesmo, dado que, por natureza as políticas públicas são um conjunto de atos que objetivam concretizar as intenções da Administração Pública. Portanto, conforma aborda Bucci (2006) há uma pluralidade de mecanismos que atuam como supedâneo legal para políticas públicas que podem constar desde a prática constitucional até decretos, portarias e instrumentos jurídicos de qualquer natureza.

Sendo assim, tendo em vista a tríade apresentada por Dye (2010) em que a política pública enquanto produto institucional em sua relação com instituições governamentais, apresentam o caráter imperativo apenas as governamentais, no recorte voltado para migrantes e refugiados, em que têm-se como atores fiscalizatórios, em sua grande maioria, instituições privadas e não governamentais, é clarividente que apesar de atuarem na ineficácia do Estado em promover políticas públicas educacionais ou acompanhar, em tempo real, as necessidades deste que chegam sem aviso prévio e por demanda econômica e humanitária, que apresentam-se diversos desafios para se estabelecer o que poderia ser considerado políticas públicas educacionais para migrantes e refugiados.

Entretanto, é inegável que as políticas públicas enquanto instrumentos

para efetivação dos direitos fundamentais e educacionais para este público devem ser analisadas a partir de duas perspectivas, a saber: 1. Como meio de acolhimento e integração educacional; 2. Como forma de garantia da justiça cidadã, empregabilidade e inclusão social.

Sendo assim, tendo em vista a evolução dos direitos fundamentais e a previsão constitucional de que estes podem ser subjetivos e coletivos, em que há uma relação entre o titular do direito, o Estado e uma ação positiva estatal, Sman (2013) denota que o Estado deve garantir a cidadania e a efetivação de direitos fundamentais, realizando políticas públicas ou programas de ação de acordo com a realidade social do grupo que pretende proteger.

Com isso, tendo em vista às políticas internas e externas do Brasil, a sua assinatura em diversos tratados de Direitos humanos e a criação da Agenda internacional para educação (2030) e os fluxos migratórios, o tema das políticas públicas educacionais para migrantes e refugiados, solicita um olhar mais humanizado e multicultural, em contramão do que é oferecido, até o presente momento, pelo sistema educacional brasileiro, a partir da efetivação dos princípios constitucionais que regem as relações internacionais previstos no art. 4º, nos seus referidos incisos: II. Prevalência dos direitos humanos, III. Auto-determinação dos povos; V. Igualdade entre os Estados; VI. Defesa da paz e IX Cooperação dos povos para o progresso da humanidade. (BRASIL, 1988)

Destarte, com a descentralização da responsabilidade exclusiva dos Estados-Nações e a inclusão de organizações internacionais na Agenda para a educação (2030), suas exigências e preocupação em atender as necessidades de migrantes e refugiados, buscando promover um desenvolvimento sustentável, uma educação de qualidade, justa e inclusiva não só para o ensino, mas também para a cidadania, em uma perspectiva global, resta claro que esta contribui para mudanças significativas no sistema educacional do Sul global.

No mais, recortando-se para o Brasil viabiliza a criação e implementação de políticas públicas educacionais capazes de modificar e abalar a desigualdades educacionais estruturais, em que todos os sujeitos envolvidos podem atuar de forma intercultural, promovendo uma educação antirracista, antissexista e mais engajada com a realidade social, garantindo assim, de fato uma educação para todos, atuando então as políticas públicas coadunadas aos direitos fundamentais e sociais, um instrumento jurídico eficaz para uma transformação e justiça sociais.

Ao propor uma pedagogia engajada Hooks (2003) apresenta a educação como prática de liberdade que deve viabilizar o aprendizado a todos, sem distinção, propiciando um crescimento intelectual e espiritual. Desse modo, o processo de ensino-aprendizagem deve ser acolhedor, íntimo, que encoraja o aprendente a transgredir as barreiras que lhe são impostas.

De acordo com Freire (1987) e Walsh (2001; 2007) as práticas e formação docentes devem propiciar ao aluno e professor um fortalecimento e engajamento contínuos, que os auxiliem para a vida além da sala de aula, em que professor e aluno constroem um pensamento crítico, refletindo e descon-

truindo legados eurocêntricos que perpassam a identidade destas duas figuras, em que se estabelece, quais são as suas posições sociais e georreferenciadas, quer seja pelo domínio do conhecimento, do ambiente que ocupa ou de suas condições socioeconômicas, em que entre a rede pública e privada há um abismo, marcado pela colonialidade e opressão, evidenciando que a educação de qualidade não é para todos, mas privilégio de uma minoria, ocasionando uma desigualdade educacional que não deveria existir.

Destaca-se que, em 2015, mais de 150 países firmaram o compromisso com a comunidade internacional de promover uma educação para o desenvolvimento sustentável e cumprir a Agenda internacional para a educação (2030), a qual prevê metas e objetivos que promovam uma educação para todos de forma equitativa, justa e livre, ratificando a partir de seus princípios, que a educação é um direito catalisador e intergeracional, que não só beneficia a geração presente, mas também as futuras gerações.

A educação como um bem público, sob a responsabilidade do Estado. A educação é uma empreitada social compartilhada, o que implica um **processo inclusivo de formulação e implementação de políticas públicas. A sociedade civil, professores e educadores, o setor privado, comunidades, famílias, jovens e crianças: todos desempenham papéis importantes na realização do direito à educação de qualidade.** O papel do Estado é essencial para estabelecer e regular normas e padrões (UNESCO, 2015)

Portanto, os Estados-Membros, se propuseram a criar medidas e estratégias que promovam oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos. Outro ponto inovador da Agenda, é tratar a educação como um instrumento de equidade de gênero e as políticas públicas não só para efetivar os direitos humanos e incluir migrantes e refugiados de forma isonômica nos sistemas de ensino, mas também de atuar e mitigar a desigualdade de gênero e o racismo estrutural, propondo a educação antissexista e antirracista como modelos a serem seguidos a nível global.

A igualdade de gênero está intrinsecamente ligada ao direito à educação para todos. Alcançar a igualdade de gênero requer uma abordagem baseada em direitos, que garanta que meninas e meninos, mulheres e homens não apenas passem a ter acesso à educação e completem ciclos educacionais, mas também sejam igualmente empoderados na e pela educação. (UNESCO, 2015)

No mais no que correspondem a formulação e implementação de políticas públicas, estabelece a participação colaborativa, da sociedade civil, professores e educadores, limitando a atuação do Estado para execução da legislação, normas e padrões.

Agenda internacional para educação e políticas públicas: por uma educação inclusiva, sensível, de qualidade e para Direitos Humanos

De acordo, com a Agência da ONU para refugiados, doravante, AC-NUR, o Brasil já reconheceu mais de 60 mil pessoas como refugiadas, das quais o maior contingente atual são refugiados vindos das Venezuela desde 2016 (48.789), seguidos da Síria (3.667), República democrática do Congo (1.448) e Angola (1.363), desses mais de 90% estão em idade laboral, isto é, entre 18 e 45 anos, sendo 50,4% em idade escolar, d faixa etária de 5 a 14 anos.

Conforme consta no relatório sobre refugiados emitido em junho de 2022 pelo Observatório de migrações internacionais - Obmigra, dos 29.107 indivíduos que solicitaram no ano passado o reconhecimento da condição de refúgio, 9.214 são crianças e adolescentes menores de 15 anos que precisam adentrar na educação básica e fundamental no Brasil, sendo 18.022 pessoas que precisam de educação voltada para o exercício da cidadania e para qualificação laboral. Ressalte-se que, aproximadamente duas mil pessoas, que estão entre 50 a 60 anos, também são incluídas no plano educacional, quer seja no que diz respeito à alfabetização, ou ainda, na educação profissional, já que as condições de migração forçada, por muitas vezes exigem um recomeço do refugiado no país de acolhimento.

De acordo com esses dados, nota-se que foi necessário a integração de quase 28 mil pessoas no sistema educacional brasileiro. O Censo escolar de 2021 emitido pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) no que corresponde a matrícula para educação profissional foram registrados 1.892.458, 2,9 milhões de matrículas para Educação de jovens e adultos e educação especial, 6,6 milhões de alunos no ensino médio, 10,1 milhões de alunos, no ensino fundamental, mais de 69.9 mil matrículas em creches, e o total de 46,7 milhões de matrículas, entre 2020 e 2021 mesmo no contexto pandêmico.

Conforme abordado até aqui, diversos são os dispositivos legais que viabilizam a criação e inclusão de políticas públicas educacionais para migrantes e refugiados no Brasil. No que diz respeito a colaboração e cooperação federativa os artigos 23, 211 e 214, em especial o § 4º do art. 211, da CRFB/88 dispõe que: “Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.”. (BRASIL,1988)

Isto posto, na execução de sua competência a União ao elaborar a Lei de Diretrizes e Bases de educação nacional Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, no art. 8º preconiza: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, em regime de colaboração, os respectivos sistemas de ensino” e seus parágrafos 1º e 2º, que cabe a União a coordenação da política nacional de educação e aos sistemas de ensino a liberdade de organização nos

termos da LDB. (BRASIL, 1996)

Isto posto, instituições como ACNUR evidenciam que apesar da promoção de políticas públicas em outras áreas correlatas que podem viabilizar a níveis educacionais o acolhimento e integração para migrantes, refugiados e apátridas os resultados e legislações mostram que o Estado ocupa-se, tão somente em acolhê-los, mas não em integrá-los. (ZIMMERMAN, 2011; SEN, 2000; SALM, 2014)

Id est, ainda que viabilize a inclusão de crianças nas escolas, emissão de carteiras de trabalho e possibilidade de trabalhar no Brasil, independente do seu status legal, os sujeitos nestas condições, não possuem acolhimento para a integração e inclusão. Ou seja, as crianças que desconhecem o idioma, não tem intérpretes ou auxiliares nas escolas, o que afeta seu desempenho, não há uma fiscalização nas condições de trabalho e empregabilidade e na validação de diplomas de forma rápida por instituições estatais, o que faz que muitos, especialmente mulheres fiquem em condições de subempregos ou tenham seus direitos trabalhistas violados, exigindo, em contrapartida, parcerias com instituições privadas. (ZIMMERMAN, 2011; SEN, 2000; SALM,2014)

Outro ponto é que, pela própria necessidade das políticas públicas serem de responsabilidade do Estado e caber, *a priori*, apenas a participação da sociedade civil, professores e outros atores sociais interessados no que diz respeito à elaboração do processo, a falta de um processo humanizado e mais participativo, implica num não reconhecimento e efetividade da política pública. (ZIMMERMAN, 2011; SEN, 2000; SALM, 2014)

De acordo com Tardif (2014) a formação de professores perpassa pelo ideário cultural de que para exercer-se a profissão, ou seja, para saber ensinar, basta ter talento, bom senso, intuição, cultura ou experiência. No entanto, ensinar não se trata de transmissão de conhecimentos, mas de uma construção dialética e integrativa, na qual é preciso compreender que ensinar significa: aprender a ensinar, ensinar a aprender, aprender a aprender, visando dominar progressivamente os saberes docentes ao longo do tempo. Quanto a isso pontua Freire (1996):

[...] ensinar não é transferir conhecimentos, conteúdos nem formar, é ação pela qual um sujeito criador dá forma, estilo ou alma a um corpo indeciso e acomodado. Não há docência sem discência, as duas se explicam e seus sujeitos, apesar das diferenças que o conotam, não se reduzem à condição de objeto, um do outro. Quem ensina aprende ao ensinar e quem aprende ensina ao aprender. Quem ensina, ensina alguma coisa a alguém. (FREIRE, 1996, p. 25)

Segundo D'ávila e Leal (2019), os saberes pedagógicos e didáticos decorrem da formação docente e do exercício da docência e dizem respeito não só as habilidades e conhecimentos apreendidos pelo sujeito em formação, mas também das atitudes mobilizadoras tomadas por ele no dia-a-dia no contexto do processo de ensino-aprendizagem. Quanto à definição dos saberes,

Os saberes pedagógicos são mais amplos e significam um conjunto de conhecimentos, habilidades e valores constituídos na formação profissional docente, advindos da experiência e abalizados na prática profissional. Dão sustentáculo às práticas pedagógicas: sua concepção filosófica e explicativa dos saberes didáticos. Incluem a reflexão crítica sobre a prática e suas intencionalidades. Já os saberes didáticos estão contidos nos pedagógicos, configurando-se nas práticas pedagógicas como saberes referentes ao ensino. (D'ÁVILA *et al*, 2019, p. 41)

Isto posto, para Tardif (2014) as questões relacionadas aos saberes docentes não podem ser desvinculadas das outras dimensões de ensino e muito menos do estudo, do trabalho realizado pelos professores de profissão. Logo, não se pode falar do saber sem relacioná-lo com os condicionantes e o contexto do trabalho e da vida real deste e do aluno, pois o saber do professor está relacionado com a pessoa e sua identidade, com a sua experiência de vida, com a sua história profissional, com sua relação com os alunos e os demais partícipes.

Sendo assim, no que corresponde à promoção de políticas públicas educacionais, a falta de formação docente e de atores sociais que diretamente lidem com o tema na sua formulação, cabendo tão somente a eles o monitoramento, evitam que nas ações estratégicas sejam contempladas uma abordagem pedagógica, intercultural, engajada e mais humanizada, em suma, uma educação para todos. (ZIMMERMAN, 2011; SEN, 2000; SALM, 2014)

Quanto a isso a Agenda internacional para educação definiu que os países precisam instituir medidas para desenvolver sistemas educacionais inclusivos, responsivos e resilientes para atender as necessidades de crianças, jovens e adultos em contextos de crises, incluindo pessoas deslocadas internamente e refugiados, o que só será possível ser abordado no PNE após uma avaliação crítica e a decisão política que deve ser feita a sua reformulação. (UNESCO, 2015)

Ademais, buscando uma humanização do processo da formulação dessas políticas públicas e do sistema educacional do Brasil, é preciso repensar as práticas educativas e pedagógicas tradicionais, reformulando-as e no que corresponde as políticas públicas educacionais para migrantes e refugiados devem ser pensadas para a promoção da língua portuguesa, isto é, conceber a língua não como um direito corolário ao direito à educação, mas também o meio de justiça social, pois sem o aprendizado da língua, considerando o Brasil, a integração e o exercício da cidadania serão comprometidos. (SUSTEIN, 2014; SEN 2000)

Outrossim, deve-se usar como estratégias à promoção de aulas e propostas que enfatizem um processo de ensino-aprendizagem numa abordagem intercultural, sensível e engajada, garantindo o antirracismo e antissexismo, e com isso haverá uma adequação das metas do PNE as metas necessárias para implementação e políticas públicas proposta pela Agenda internacional da educação. (SUSTEIN, 2014; SEN 2000)

Portanto, dado que na própria estruturação das políticas públicas é permitido modificações nos parâmetros, indicadores e critérios, mesmo após a sua implementação e pela própria necessidade de monitoramento e reavaliação para que se atinja a eficiência e efetividade visando o custo benefício já que a criação de uma nova política pública aumenta os gastos públicos, dado que está sendo ineficiente em abarcar e solucionar as problemáticas que envolvem o âmbito educacional para migrantes e refugiados, sobrecarregando municípios, especialmente que estão em locais de fronteiras, que tem arcado não só com o custeio, ainda que não tenha potencialidade para isso, não vem atingindo a sua finalidade, pois requer cooperativamente a contribuição do governo federal e estados para traslado dos refugiados e migrantes para os grandes centros. (HARGUINDEGUY, 2017; HOWLETT, RAMESH, 2013)

Sendo assim, caso os parâmetros propostos se adequem à Agenda internacional e as exigências feitas, inevitavelmente a tendência é haver uma mudança significativa nos sistemas educacionais brasileiros. Tão logo, para atender e acolher os migrantes e refugiados, os sistemas educacionais precisam evidenciar não só que pode atender a todos, em outras palavras, agregá-los, mas garantir que a educação seja de qualidade, mostrando eficácia e eficiência na gestão, o que inclui políticas públicas educacionais, fortalecimento e ampliação de recursos, investimento na formação de professores demonstrando resultados de aprendizagem. E por fim, influencia para que os sistemas educativos nacionais se tornem mais educativos, ágeis, eficazes e inclusivos tanto para pessoas que já o ocupam em seu âmbito interno, quanto para migrantes e refugiados. (BIRKLAND, 2011; KRAFT, 2018)

Neste ponto, destaca-se a atuação de universidades federais que gozam de autonomia universitária e o trabalho de docentes voluntários, que buscam atuar nas lacunas do Estado, propiciando, independente de sua formação, a educação para os direitos humanos, atuando como se espera de um estado democrático de Direito, e por falar em democrático, também propiciam o empoderamento de mulheres e crianças refugiadas, que por vezes desconhecem a educação como um direito humano, por não viverem em países democráticos ou não signatários de cartas de direitos humanos.

Tão logo, perceber o desenvolvimento como um prática de liberdade, e a educação para além de um direito, mas um instrumento de transformação e justiça sociais, e exercer a democracia participando efetivamente nas assembleias, reuniões e agendas de formulação de políticas públicas não é só estabelecer uma cidadania ativa, mas sim o dever de todos.

Considerações finais

A educação é para além de uma formação, um investimento em que torna o indivíduo atuante em todos os aspectos sociais, dado que uma vez inserido e integrado em um país diverso de sua origem, ele também passa a contribuir quali-quantitativamente para os fatores econômicos, políticos e sociocul-

turais. Conclui-se então que ao exigir uma mudança nas práticas pedagógicas do Brasil, através da Agenda internacional educacional (2030) a comunidade internacional propicia uma chave para o desenvolvimento econômico, político e social do sistema educacional brasileiro, em que paz, justiça social e crescimento econômico, passam a ser pautas das agendas sociais e políticas globais de cooperação do desenvolvimento no âmbito internacional e nacional.

Com isso, as políticas públicas educacionais passam a ser instrumentos jurídicos efetivos para empoderamento, inclusão, integração e acolhimento de migrantes e refugiados, exigindo do poder público tomadas de decisão que propiciem uma abordagem intercultural, sensível, engajada, e equitativa, contribuindo para as metas prevista para uma educação inclusiva, solidária e justa de forma resiliente e responsiva.

Referências

AKKARI, A. Desigualdades educativas estruturais no Brasil: entre estado, privatização e descentralização. **Educação & Sociedade**, v.22, n. 74, p. 163-189, 2001.

AKKARI, A. **Internacionalização das políticas educacionais**: transformações e desafios. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

Assembleia Geral da ONU. **“Declaração Universal dos Direitos Humanos”**. “Nações Unidas”, 217 (III) A, 1948, Paris, art. 1, <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>.

BIRKLAND, Thomas A. **An Introduction to the Police Process**. New York: Routledge, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25-108.

COUTINHO, Diogo R. **O Direito nas Políticas Públicas**. 2013.

D’ÁVILA, Cristina; MARIN, A.; FERREIRA, Lucia Gracia; FRANCO, M. A. S. **Didática**: saberes estruturantes e formação de professores? 1. ed. Salvador: EDUFBA, 2019.

DYE, Thomas. Mapeamento dos Modelos de Análise de Políticas Públicas. In: HEIDEMANN, Francisco G.; Salm, J. F. **Políticas Públicas e Desenvolvimento**. Brasília: Editora UnB, 2010.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 205-272.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GONÇALVES, F. C. N. Cooperação Sul-Sul e política externa: um estudo sobre a participação de atores sociais. 2011. 170 p. **Dissertação** (Mestrado em Relações Internacionais) - Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da PU-C-Rio. KRAFT

HARGUINDEGUY, Jean-Baptiste. **Análisis de Políticas Públicas**. Madri: Tec-

nos, 2017.

HOWLETT, Michael. RAMESH, M. Perl, Anthony, **Políticas Públicas - Seus Ciclos e Subsistemas** Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

KRAFT, Michael E., Furlong, Scott R. **Public Policy - Politics, Analysis and Alternatives**. Londres: Sage, 2018.

SALM, José Francisco. **Políticas Públicas e Desenvolvimento**. Brasília: UNB, 2014. p. 109-142.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas**. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUZA, K. R.; KERBAUY, M. T. M. Abordagem quanti-qualitativa: superação da dicotomia quantitativa-qualitativa na pesquisa em educação. **Educação e Filosofia**, Uberlândia, v. 31, n. 61, p. 21-44, jan./ abr. 2017.

SUNSTEIN, Cass r. **Valuing Life - Humanizing the Regulatory State**. Chicago: University of Chicago, 2014.

TARDIF, Maurice. **Saberes docentes e formação profissional**. Petrópolis: Vozes, 2014.

UEBEL, Roberto Rodolfo Georg. **O Brasil na agenda global das migrações internacionais: inserção estratégica ou ciclos migratórios?** 1º Seminário Internacional de Ciência Política: Estado e Democracia em mudança no século XXI, Porto Alegre, 2015.

UNESCO. Education 2030. **Déclaration d'Incheon**. Vers une éducation inclusive et équitable de qualité et un apprentissage tout au long de la vie pour tous. Paris: UNESCO, 2015.

UNICEF. **Declaração Mundial sobre Educação para Todos** (Conferência de Jomtien - 1990). Plano de ação para satisfazer as necessidades básicas de aprendizagem. 1990

ZIMMERMANN, F.; SMITH, K. More Money, More Actors, More Ideas for Development Co-operation. **Journal of International Development**, v. 23, n. 5, p. 722-738, 2011.

O DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL: RESGATE DE UMA HISTÓRIA DE LUTA A FAVOR DA EDUCAÇÃO PÚBLICA E DE RESISTÊNCIA AO CONSTANTE PROCESSO DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO DOCENTE

Silmar Leila dos Santos

Doutora e mestre em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. (EHPS: Educação, História, Política, Sociedade). Universidade Federal do ABC (UFABC, Santo André, Brasil)

Resumo:

O presente texto tem como objetivo apresentar a relação entre educação, educação em direitos humanos e um processo histórico de exploração, pauperização, racismo estrutural e preconceito social para uma importante parcela da sociedade brasileira e que, por vezes, se caracteriza como um projeto político cruel de manutenção dessa desigualdade e, concomitantemente, a promoção da precarização do trabalho docente. Desde a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos o Estado brasileiro se coloca como consignatário, porém, em meados do século XX, o Brasil passa por um período histórico que deixou as piores marcas possíveis no que se refere à ausência da democracia, com registros de mortes, desaparecimentos e todo tipo de barbaridades sendo praticadas pelos apoiadores do Golpe civil-militar de 1964. Na década de 1980, passamos pelo processo de redemocratização e avanços sociais são registrados, inclusive no que se refere à educação. Contudo, a partir de 2016, o Brasil passa a adotar políticas públicas que não seguem essa tendência de garantias do direito à educação e, com base nas denominadas reforma trabalhista e reforma da previdência, passam a desestruturar não somente a qualidade da oferta da educação pública, mas também a consolidar um processo de precarização do trabalho docente que, na prática, prevê para a cidade de São Paulo, a instalação do processo de terceirização da educação na rede de ensino público, iniciada com a implantação de uma gestão privada às escolas públicas municipais e de divisão da classe docente, com o desmonte de um plano de carreira estabelecido em 1989.

Palavras-chave: Educação; Educação em Direitos Humanos; Direito à educação; Precarização do trabalho docente.

Introdução

O presente texto tem como objetivo apresentar a relação entre educação, educação em direitos humanos e um processo histórico de exploração, pauperização, racismo estrutural e preconceito social para uma importante parcela da sociedade brasileira que, por vezes, se caracteriza como um projeto político cruel de manutenção dessa desigualdade e que se manifesta de diferentes formas, mas que se concretiza de maneira veemente às novas gerações quando lhes tolhe a possibilidade de uma formação educacional, mesmo caracterizada como básica. Situação essa que só tende a ser reparada a partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal vigente e com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (Lei 9.194 de 1996), que corrobora a obrigatoriedade já estabelecida pela Constituição, ao Estado brasileiro, de garantir educação básica pública aos cidadãos e cidadãs¹. Assim, se por um lado registra-se uma história de luta para que o poder público assumisse a responsabilidade de oferecer educação ao povo brasileiro, por outro, registra-se também a consolidação da profissão docente de maneira precarizada, pautada num machismo social que relegou inicialmente às mulheres, o papel de cuidar e educar as novas gerações, tendo por referência o papel de um amor maternal considerado “natural” ao gênero feminino, inserindo a profissão docente a uma subcategoria profissional que por não possuir as características de outras profissões, também oferecia (e oferece) baixa remuneração e quase nenhuma valorização social. Além da questão do professorado ter sido inserida no Brasil como sendo uma profissão de caráter feminino, identifica-se também uma antiga crença popular de que, para se exercer a profissão docente é necessário que se tenha **vocação**. Crença essa que busca justificar todas as mazelas as quais os profissionais docentes tendem a passar, uma vez que suas atividades laborais seriam antes de tudo, uma missão!

Portanto, diante dessas considerações iniciais, o presente texto segue com um sucinto resgate da história da organização da sociedade brasileira para que o leitor tenha entendimento sobre o contraponto de resistência por parte negros e indígenas que passam por um processo de “apagamento” histórico e que são, por vezes, caracterizados como seres de “segunda ordem” e que por isso, estão condenados a viver em áreas de pouca valorização imobiliária (espaços como favelas e/ou comunidades) e, cuja garantia de direitos básicos, dentre eles a educação, que como já foi explicitado, só se consolida a partir do ano de 1988 com a Constituição Federal que se torna um marco histórico, uma vez que põe fim ao período tenebroso da história brasileira que teve seu início em 31 de março de 1964: a ditadura civil-militar.

Também são apresentados os avanços no que se refere às leis brasileiras que buscaram coadunar-se com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com a qual o Brasil é signatário desde 1948 e, que abarcam a questão da

1 Por Educação Básica se compreende a educação infantil (de 0 a 3 anos), o ensino fundamental (de 6 a 14 anos) e o ensino médio (dos 15 aos 18 anos).

Educação em Direitos Humanos. Por fim, considerando a rede de educação da cidade de São Paulo - maior cidade de América Latina -, resgata-se a política de valorização dos docentes durante a gestão de Luiza Erundina, entre os anos de 1989 e 1992, período em que um dos secretários da educação foi Paulo Freire.

Ao final, retomamos a história mais recente do Brasil, onde registram-se retrocessos significativos no que se refere à garantia de direitos de seus cidadãos e cidadãs, tendo como um dos alvos desses ataques, novamente, os professores - aqueles mesmos que registram sua história profissional na desvalorização social. Nosso destaque é para a situação dos profissionais da educação da cidade de São Paulo, onde um Projeto de Lei (PL) foi colocado em votação na Câmara dos Vereadores, em meados do ano de 2022, cujo objetivo era legalizar a terceirização da gestão das escolas públicas municipais.

Negros e indígenas e seu apagamento histórico

Segundo dados do IBGE² (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), pretos e pardos correspondem à 56,2% da população brasileira; já os indígenas seriam 1,1%. Registra-se, portanto, que a população brasileira é, em sua maioria de origem africana e que registra ainda alguns poucos indígenas – aproximadamente 900 mil, número extremamente reduzido se comparado à estimativa de que até 1500, seriam entre 3 e 5 milhões.

Esses números estão diretamente relacionados ao processo de escravidão da população negra de origem africana, processo que perdurou por mais de 380 anos e, pela dizimação dos povos indígenas no decorrer do processo de ocupação do território brasileiro.

Se, por um lado, temos como registro histórico a dizimação de diversos povos indígenas, o que, de fato, nos faz entender o baixo percentual de indígenas no Brasil atual, por outro, temos o registro de que a população brasileira se caracteriza hoje, em sua maioria, como negros ou pardos, ou seja, afro-brasileiros. Porém, ao observarmos as características da representatividade social dessa população afrodescendente, ela não corresponde aos cargos de chefia ou destaque social, como nos apresenta a pesquisa realizada pelo Instituto Locomotiva, no ano de 2021, denominada *Racismo no Brasil*, que descreve que “apenas 22% dos cargos de chefia no país são ocupados por negros. Já entre as ocupações que não exigem qualificação, pretos e pardos representam 67% dos trabalhadores”. No que se refere à violência, dado publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) revela que 78,9 % dos mortos pelas polícias brasileiras, no ano de 2021, eram negros.

Quanto à vulnerabilidade social, também registra-se que a população negra é a mais atingida: “a fome e a insegurança alimentar, que atinge hoje 40% dos brasileiros. Desses, 28,4% são integrantes de famílias chefiadas por

2 Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílio Contínua 2012-2019.

negros ou pardos, enquanto 12,1% vivem em lares em que o responsável pela família é branco” (SHPALLIR, 2021).

Diante desses dados que representam a triste realidade da maioria da população negra que reside no Brasil, se faz necessário registrar que o marco do fim da escravidão negra se dá em 13 de maio de 1888, com a assinatura da Lei nº 3.353, também conhecida como Lei Áurea, pela então Princesa Isabel. Lei essa que, apesar de por fim à legalidade da escravidão no Brasil, deixa a desejar no que se refere à total ausência de amparo aos milhares de homens e mulheres negros que, simplesmente se viram sem dinheiro, sem escolaridade, sem moradia, sem oportunidade de emprego e/ou qualquer tipo de apoio social, pela então coroa brasileira.

Desta forma, o que restou à grande parte dessa população foi buscar abrigo nos altos dos morros e em encostas nas regiões periféricas dos centros urbanos, como as das atuais cidades do Rio de Janeiro, São Paulo e Salvador. Interessante aqui ressaltar como a elite da sociedade brasileira passou a enxergar essa população que simplesmente precisava “se virar” para sobreviver. Segue a descrição feita por Mattos Pimenta, no ano de 1926 (apud Valadares, 2000):

Desprovidas de qualquer espécie de policiamento, construídas livremente de latas e frangalhos em terrenos gratuitos do Patrimônio Nacional, libertadas de todos os impostos, alheias a toda acção fiscal, são excelente estímulo à indolência, atraente chamariz de vagabundos, reducto de capoeiras, valhacoito de larapios que levam a insegurança e a intranquilidade aos quatro cantos da cidade pela multiplicação dos assaltos e dos furtos.

Identifica-se que a caracterização dos moradores das chamadas favelas e/ou comunidades, foram caracterizados muitas vezes como pessoas “perigosas”, adeptas da chamada vagabundagem, não havendo, no entanto, uma leitura crítica da situação social que tenha imposto à essa população preta, uma total ausência de alternativa de ocupação de outros espaços geográficos, onde pudessem utilizar material de alvenaria, para a construção de suas casas.

A relação do Brasil com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a educação e a educação em Direitos Humanos

Proclamada em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, visa conscientizar as sociedades de todo planeta de que há direitos básicos que necessitam ser garantidos a todos os seres humanos, independentemente de quaisquer características. Contudo, para o que se propõem este texto, destaco a seguir um trecho do preâmbulo da Declaração que se refere à importância da Educação como promotora de igualdade social para todos:

[...] A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos

os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade tendo sempre em mente esta Declaração, esforce-se, por meio do **ensino e da educação**, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos [...] **(grifo meu)**.

Considerando que o Brasil é signatário da Declaração Universal do Direitos Humanos, desde sua proclamação em 1948, era de se esperar que a sociedade brasileira expressasse sempre uma preocupação com educação de sua população, assim como a todos os demais direitos descritos em seus 30 artigos. Contudo, essa premissa não se aplicou na realidade, pois até 1988 a educação no Brasil se caracterizava como uma oferta para poucos, renegando aos mais pobres e, conseqüentemente à população majoritariamente negra e moradora de regiões periféricas (favelas e/ou comunidades), no máximo o ensino do ler e escrever, o que correspondia ao ensino primário (4 anos de escolarização).

Portanto, é somente a partir da Constituição de 1988 e, posteriormente, com a Lei de Diretrizes de Bases da Educação Brasileira, Lei 9.394 de 1996, que essa população passou a ter a garantia de poder concluir a Educação Básica, o que corresponde atualmente a 15 anos de escolarização.

No entanto, o fato da educação pública ter passado a ser oferecida obrigatoriamente pelo Estado, não pode ser reduzida à retomada da democratização de na Constituição de 1988, isso porque temos o registro dos movimentos pró-educação pública já no início da década de 1980. Exemplo disso foram as Conferências Brasileiras de Educação, eventos que reuniam educadores de todo o Brasil para discutir sobre políticas educacionais na redemocratização da sociedade e que culminou com criação do Fórum Nacional em Defesa da Educação Pública (Braga, 2020).

Todo esse movimento causou impacto em algumas regiões periféricas do país, no entanto, para o presente texto, chamo atenção para as regiões periféricas da cidade de São Paulo, que possui sua rede própria de educação desde 1956, e que a partir da década de 1980, passou a construir escolas nas regiões de favelas e/ou comunidades: as denominadas escolas de 1º grau, que foram instituídas em 1975, e que a partir do movimento encabeçado pelas Conferências Brasileiras de Educação, culminaram com o aumento do número de escolas na cidade.

[...] em 1975, de fato, tem início, na rede municipal de ensino da cidade de São Paulo, a instalação da escola integrada de oito anos, reunindo o antigo primário e ginasial. Neste sentido, entende-se a publicação, no Diário Oficial do Município, em 30 de dezembro de 1975, da portaria nº. 5.697 do Regimento Comum das Escolas Municipais, pelo Secretário Municipal de Educação, Hilário Torloni (CIAMPI, 2011, p. 2)

Avanços na educação que precisam ser considerados

No que se refere à relação da educação brasileira com a educação em direitos humanos é importante ressaltarmos que há um esforço por parte dos governos brasileiros, a partir de 1990, no que se refere à construção de referenciais de leis que buscam pautar os Direitos Humanos no currículo das escolas brasileiras, seguem alguns exemplos:

- 1º Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH): ano 1996; Presidente Fernando Henrique Cardoso;
- 2º Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH): ano 2002; Presidente Fernando Henrique Cardoso;
- 3º Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH): ano 2009/2010 Presidente Luiz Inácio Lula da Silva;
- Leis 10.639/03 e 11.645/08, cujo objetivo foi o de promover reflexão sobre a importância de se estudar os povos africanos e indígenas, de modo que o conhecimento se pautasse na valorização e no respeito à diversidade;
- Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, ano 2006;
- Diretrizes Nacionais de Educação em Direitos Humanos, ano 2012.

Na cidade de São Paulo, temos no período de 1989 à 1992, o governo de Luiza Erundina que teve como Secretário da Educação o educador Paulo Freire, entre os anos de 1989 e 1990 e mesmo após sua saída, a pasta continuou a seguir seus conceitos sobre educação, o que culminou com um processo de reformulação da educação municipal paulistana e com a criação do Estatuto do Magistério Municipal, Lei 11.229, de 1992.

A partir do Estatuto do Magistério Municipal de São Paulo, registra-se um processo de valorização aos profissionais da educação que causou impacto positivo aos profissionais docentes, uma vez que foi instituído o processo de evolução funcional que considerava o tempo de exercício no magistério e também a formação continuada desses professores, o que possibilitava o aumento salarial de modo individual. Além disso, também foi instituída a possibilidade de os professores serem remunerados quando estivessem em formação coletiva no interior das escolas. Essa formação se dava a partir do momento em que o professor assumisse 25 horas-aulas semanais, em sala de aula, sendo possível ampliar essa jornada para 40 horas-aulas semanais³, sendo-lhe possibilitado, portanto, uma remuneração maior para a continuidade dessa formação realizada na própria Unidade Escolar.

Retrocessos e ameaças no século XXI

A segunda década do século XXI tem sido marcada por retrocessos

3 Para saber mais, consultar Santos (2011) e Santos (2006), respectivamente minha tese de doutorado, disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/10313/1/Silmar%20Leila%20dos%20Santos.pdf>, e minha dissertação de mestrado, disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/10550>.

no que se refere às políticas sociais conquistadas com árdua luta, seja no que se refere à educação, seja em outras áreas sociais, dentre elas o denominado mapa da fome, no qual o Brasil, infelizmente retorna, principalmente após o auge da pandemia de Covid-19, em 2020.

Contudo, além das perdas humanas devido à Covid, desde 2016, temos tido perdas no que se refere às garantias sociais para as pessoas para a população com maior vulnerabilidade social. As denominadas reforma trabalhista (2017) e a reforma da previdência, realizada em 2019, trouxe impactos nas relações entre empregados e empregadores e, no que se refere ao sistema da previdência social, aumentou o tempo em que os trabalhadores precisam contribuir para adquirir sua aposentadoria e mudou também a regra do cálculo deste benefício, fazendo com que o valor a ser recebido pelos novos aposentados seja bem menor do que recebiam os que se aposentaram antes da reforma.

No que se refere aos professores, esses foram duramente atingidos, uma vez que a então considerada aposentadoria especial foi alterada, acarretando no caso mais específico dos professores da cidade de São Paulo, a necessidade de trabalharem ao menos, o dobro do tempo que precisavam cumprir para se aposentar, a partir da data de vigência da reforma da previdência (funcionários que já estão na ativa e são considerados como “casos de transição” da Lei).

Além disso, registra-se também o que se pode denominar de novo ciclo no processo de desvalorização do profissional docente da cidade de São Paulo, que se iniciou com a aprovação da Lei 14.660, no ano de 2007, que alterou o Estatuto do Magistério Municipal de 1992, consolidando alterações na organização da carreira do magistério municipal e alterando a vida de muitos professores que eram denominados Professores Adjuntos, cargo que foi extinto a partir de então.

Em continuidade a esse retrocesso, no ano de 2018, mais precisamente no dia 27 de dezembro, foi instituído um novo sistema de Previdência para os servidores públicos do município de São Paulo que, entre outras alterações mudou o percentual de recolhimento mensal para o sistema da previdência, de 8 para 11%. Situação que seguiu-se pior, a partir de 2021, com uma nova reforma da previdência municipal, que passou a descontar mensalmente 14%, inclusive dos aposentados e criou uma previdência complementar (PRIVADA) aos novos servidores.

E, na continuidade dessa escalada de retrocessos e ataques aos profissionais da educação da cidade de São Paulo, identifica-se a mais recente tentativa de desmonte e desrespeito com a educação pública da cidade. Trata-se do Projeto de Lei (PL) nº 573, apresentado à Câmara dos vereadores no primeiro semestre de 2022, pela vereadora Cristina Pereira Monteiro. Este PL, em resumo: “Autoriza o Poder Executivo a implementar o **sistema de gestão compartilhada** em escolas de ensino fundamental e médio da rede pública municipal de ensino em parceria com organizações da sociedade civil sem fins

lucrativos e dá outras providências (**grifo meu**)”.

O projeto se propõe ainda a melhorar a qualidade do ensino “a partir de um novo modelo de gestão, buscando diferentes estratégias para a implementação de uma grade curricular mais aberta ao pluralismo de ideias e concepções pedagógicas”, sendo dada prioridade para que este modelo de gestão desse prioridade a “escolas públicas municipais localizadas em bairros com menores indicadores de Desenvolvimento Humano e com menores níveis de avaliação escolar”, o que corresponde às regiões de periferia da cidade.

Destaca-se ainda, o artigo 10 deste Projeto de Lei:

Artigo 10 - As organizações sociais terão **liberdade para estruturar a matriz curricular, o projeto político pedagógico, as metodologias de ensino e organização escolar**, assim como os materiais pedagógicos da escola assistida desde que aprovados previamente pela Secretaria Municipal de Educação, assim como estabelecer a carga horária da escola assistida desde que obedeça o mínimo previsto nas legislações referentes (**grifo meu**).

Sendo dada a seguinte opção aos funcionários que, eventualmente, questionassem tal gestão:

Artigo 12 - Os funcionários efetivos das escolas que se tornarem assistidas pela Organização Social poderão pleitear ingresso no modelo de gestão e contratação da Organização Social parceira ou, **para aqueles que não queiram se submeter ao novo regime de contratação proposto pela Organização Social, poderão solicitar remoção** para outra instituição pública municipal (**grifo meu**).

Breve consideração

*Minha esperança é necessária, mas não é suficiente.
Ela, só, não ganha a luta, mas sem ela a luta fraqueja e titubeia.*

Paulo Freire

Pedagogia da esperança.

Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

No que se refere ao Projeto de Lei 573/2021, é fato que se trata de um projeto que prevê a terceirização da gestão de escolas públicas da maior cidade da América Latina: São Paulo, tendo como alvo principal as escolas de periferia. Periferia essa que como já descrito neste texto, possui um histórico de abandono social que vai muito além da questão educacional, mas que tem na escola, um equipamento público que está sempre disponível, seja para o atendimento diário de aulas, seja para as campanhas de vacinação, para distribuição de cestas básicas ou mesmo como abrigo em casos de tragédias naturais, enchentes, por exemplo. No entanto, um dos pontos que mais chama atenção é de que a transferência da gestão pública para uma gestão privada,

significa na prática, o repasse de verbas públicas para as mãos da iniciativa privada, sem nenhum tipo de concorrência e com total liberdade, por parte dessa iniciativa privada, para alterar até mesmo a estrutura da matriz curricular, a metodologia de ensino e a imposição de um novo processo de contratação de funcionários e docentes.

Este PL foi barrado em Audiência Pública na Câmara dos Vereadores, em agosto de 2022. No entanto, para que o Projeto não seguisse em votação, os profissionais da educação realizaram vários dias de manifestações públicas nas ruas de São Paulo.

A você leitor(ar), deixo algumas questões: quando e qual será o novo ataque à educação pública? Até quando os educadores terão fôlego para lutar contra esse desmonte? Estará a sociedade atenta a esse processo/projeto de desmonte?

Seguimos na resistência!

Referências

BOTO, Carlota e ROCHA, Selma. A educação pública em alerta: reflexões sobre o projeto de lei de gestão compartilhada das escolas públicas municipais. **Jornal da USP**: 14/09/2022. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/a-educacao-publica-em-alerta-reflexoes-sobre-o-projeto-de-lei-de-gestao-compartilhada-das-escolas-publicas-municipais/>. Acesso em 15/09/2022.

BRASIL. Fundação Nacional do Índio. **Último censo do IBGE registrou quase 900 mil indígenas no país; dados serão atualizados em 2022**. Site Ministério da Justiça: <https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2022-02/ultimo-censo-do-ibge-registrou-quase-900-mil-indigenas-no-pais-dados-serao-atualizados-em-2022#:~:text=%C3%9Altimo%20censo%20do%20IBGE%20registrou,atualizados%20em%202022%20%E2%80%94%20pt%2Dbr>. Acesso em 15/09/2022.

BRASIL. **Direitos Humanos (PNDH-3)**. Brasília, DF, 2010.

BRASIL. EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS: **Diretrizes Nacionais**. Brasília/DF, 2013.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, **Pesquisa Nacional por Amstras de Domicílio Contínua 2012-2019**.

CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados**: O Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Cia das Letras, 1987.

CIAMPI, Helenice. Em nome da ordem: As escolas municipais de ensino de 1º Grau da cidade de São Paulo, no período da ditadura militar (1964-1985). **Anais do XXVI Simpósio Nacional de História - ANPUH • São Paulo**, julho 2011.

SCHPALLIR, Andressa. População negra: números mostram a desigualdade no Brasil. **Portal CTB** (Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil). 20/11/2021. Disponível em: <https://ctb.org.br/noticias/estados/populacao-negra-numeros-mostram-a-desigualdade-no-brasil/>. Acesso em 01/06/2022.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática para a liberdade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário de Segurança Pública** 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v4-bx.pdf>. Acesso em 01/06/2022.

INSTITUTO LOCOMOTIVA. **Pretos e pardos ocupam apenas 22% dos cargos de chefia**. 14/05/2022. Disponível em: <https://ilocomotiva.com.br/clipping/estadao-pretos-e-pardos-ocupam-apenas-22-dos-cargos-de-chefia-aponta-estudo/>. Acesso em 01/06/2022.

MATTOS PIMENTA, José Augusto de. (1926). Para a remodelação do Rio de Janeiro: Discursos pronunciados no Rotary Club do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Rotary Club. VALLADARES, L. A gênese da favela carioca. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Vol. 15 no 44 outubro/2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/pfKy4Gf3jHtVr7XqxLQjRZR/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 01/06/2022.

SALA, J. B.; RODRIGUES, G. (orgs.), **Educação em direitos humanos: aproximações teóricas e experiências didáticas, contribuições do Brasil e da Catalunha**. Coleção Direitos Humanos e Transversalidades. Santo André: UFABC, 2017.

SÃO PAULO (Município). **Estatuto do Magistério Municipal de São Paulo**. Lei 11.229, 1992.

SÃO PAULO (Município). **Projeto de Lei 573/2021**. Cristina Pereira Monteiro (vereadora). Partido Novo. Câmara dos Vereadores: 2022. Disponível em: <https://splegisconsulta.saopaulo.sp.leg.br/Home/AbrirDocumento?pID=317441>. Acesso em 01/06/2022.

Apoio Cultural:



www.edbrasilica.com.br
contato@edbrasilica.com.br



www.edicoesbrasil.com.br
contato@edicoesbrasil.com.br

Anais de Artigos Completos - Volume 5 VII CIDHCoimbra 2022

Organizadores:

Vital Moreira

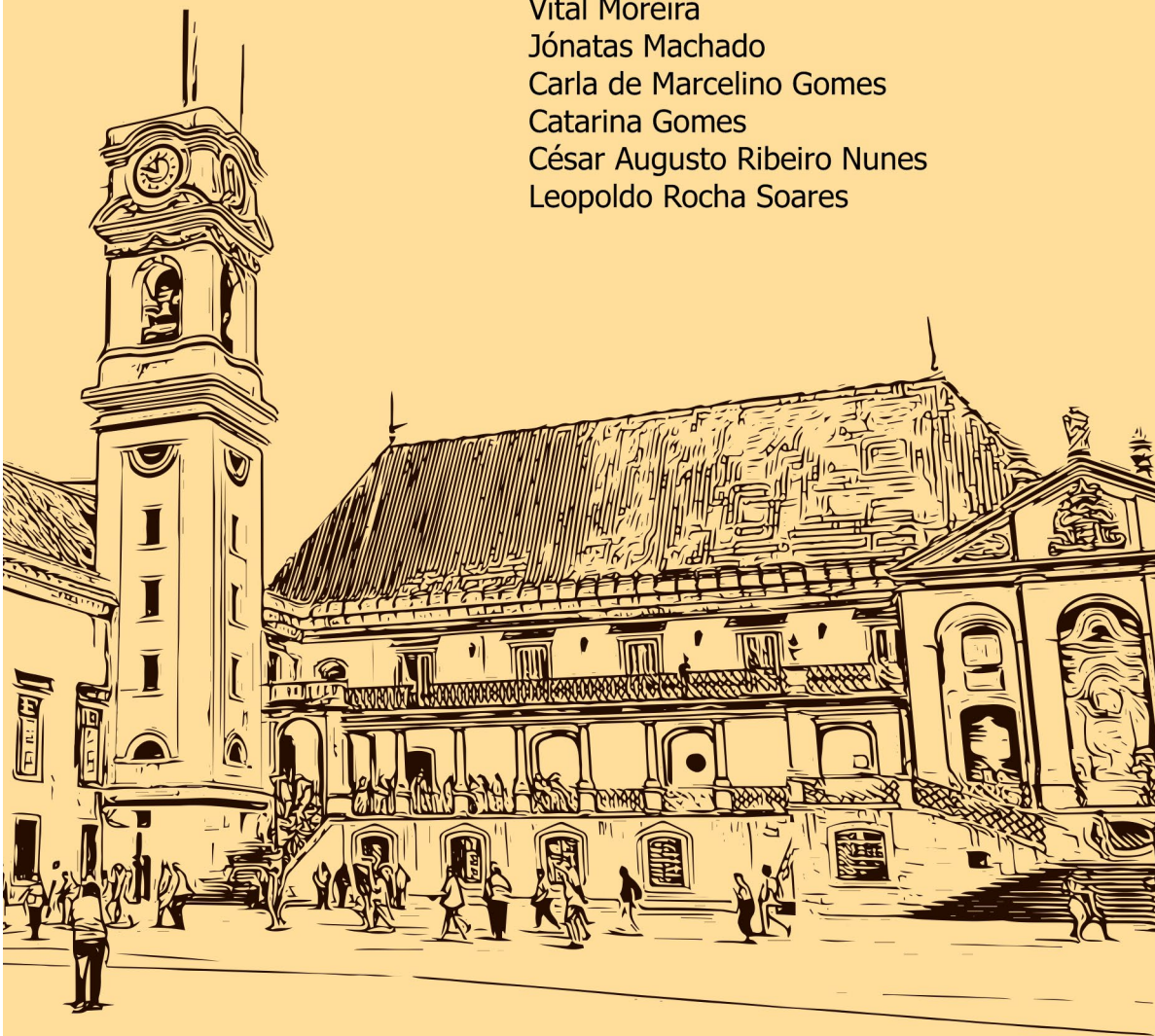
Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



ISBN 978-65-5104-027-6



9 786551 104027 6

