

Fábio da Silva Veiga
João Proença Xavier
Claudia Regina Magalhães Loureiro
Coordenadores



DIREITOS HUMANOS:

ASPECTOS INTERDISCIPLINARES
E TRAVESSIAS GLOBAIS

Fábio da Silva Veiga
João Proença Xavier
Claudia Regina Magalhães Loureiro
Coordenadores

DIREITOS HUMANOS:

ASPECTOS INTERDISCIPLINARES
E TRAVESSIAS GLOBAIS

Porto | Coimbra
2024



O editor não é responsável pelas opiniões, comentários e manifestações contidas nos textos dos respectivos autores. A presente obra expõe exclusivamente a opinião de cada autor como manifestação do seu direito à liberdade de expressão e ao padrão acadêmico-científico definido pelo parâmetro de revisão do Comité Científico. O editor se opõe expressamente a qualquer das páginas desta obra ou partes da mesma nas quais sejam utilizados resumos ou textos jornalísticos. Qualquer forma de reprodução, distribuição, comunicação pública ou transformação desta obra só pode ser realizada mediante autorização de seus titulares, salvo exceção prevista na lei. Portanto, este livro não poderá ser reproduzido de forma integral sem a autorização prévia dos editores. Os autores dos capítulos ficam autorizados à reprodução e indexação na forma eletrônica sem fins comerciais, fazendo-se menção de que os respectivos textos pertencem à integralidade do livro, desde que citados o editor e demais informações da obra. Quaisquer outras formas de cessão do uso da obra, sem a autorização prévia, por escrito, dos titulares do copyright, são consideradas proibidas.

Avaliação double-blind peer review

O procedimento de seleção de originais ajusta-se aos critérios específicos de investigação, no qual se indica que as admissões dos trabalhos publicados respondem a critérios de qualidade equiparáveis aos exigidos pelas revistas científicas, nomeadamente avaliação *double-blind peer review* do Comité Científico composto por doutorados que avaliam em conformidade com a especialização da matéria.

The editor is not responsible for the opinions, comments and manifestations contained in the texts of the respective authors. This book presents exclusively the opinion of each author as a manifestation of their right to freedom of expression and the academic-scientific standard defined by the Scientific Committee's review parameter. The editor expressly opposes any of the pages of this work or parts thereof in which summaries or journalistic texts are used. Any form of reproduction, distribution, public communication or transformation of this work can only be carried out with the authorization of its right holders, except for the exception provided for by law. Therefore, this book may not be reproduced in full without the prior permission of the publishers. The authors of the chapters are authorized to reproduce and index them electronically for non-commercial purposes, mentioning that the respective texts belong to the entire book, provided if the publisher and other information about the work are cited. Any other forms of assignment of use of the work, without the prior written authorization of the copyright holders, are considered prohibited.

Process of evaluation is the system of double-blind peer review

The original selection procedure adjusts to specific research criteria, in which it is indicated that the admission of published papers responds to quality criteria comparable to those required by scientific journals, namely double-blind peer review evaluation by the Scientific Committee composed of doctorates that they evaluate in accordance with the expertise of the matter.

Ficha Técnica

© 2024 Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos– IBEROJUR

Título: Direitos Humanos: Aspectos Interdisciplinares e Travessias Globais

Coordenadores: Fábio da Silva Veiga, João Proença Xavier e Claudia Regina Magalhães Loureiro

Edição e Diagramação: Larissa de Souza Cunha Ouchi

Capa: Bruna Peres

© [Autores vários]

Suporte: Electrónico; Formato: PDF/ PDF/A.

ISBN: 978-989-35571-2-9

1ª edição: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Coimbra Business School

Rua de Avilhó, 214, Matosinhos (Porto) - Portugal.

Abril, 2024

Depósito Legal - Biblioteca Nacional de Portugal n.º: 529760/24

Citação:

VEIGA, Fábio da Silva; XAVIER, João Proença; LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães (Coords.) *Direitos Humanos: Aspectos Interdisciplinares e Travessias Globais*, Porto-Coimbra: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Coimbra Business School, 2024, 574 págs. ISBN: 978-989-35571-2-9

Comité Científico

Álvaro Alzina - Universidad Rey Juan Carlos
Ana Elizabeth Cavalcanti - Universidade Presbiteriana Mackenzie
Carlos María Romeo Casabona - Universidad del País Vasco
Catherine Maia - Universidade Lusófona
Cláudia Loureiro - Universidade Federal de Uberlândia
Cláudio Moreno - Universidade Estadual de Londrina
Daniela Paiano - Universidade Estadual de Londrina
Daniela Serra Castilhos - ESTG/Politécnico de Leiria
Doglas Lucas - UNIJUI
Dora Resende Alves - Universidade Portucalense
Elena Atienza Macías - Universidad de Deusto / San Sebastián
Emilio José Armaza Armaza - Universidad de Deusto / Bilbao
Fábio da Silva Veiga - Universidade Lusófona
Francesca Benatti - Università Cattolica del Sacro Core di Milano
Gabriel Martín - Universidad Rey Juan Carlos
Isabel Valente - CEIS20-Universidade de Coimbra
João Proença Xavier - CBS-IPC/ CEIS20-Universidade de Coimbra
Lorena Pérez Campillo - Universidad Europea de Madrid
Maria do Rosário Anjos - Universidade Lusófona
Mario Simões Barata - Politécnico de Leiria
Miguel Picirilo Belinatti - Universidade Estadual de Londrina
Patrícia Rodrigues - Universidade Lusófona de Lisboa
Rita Espolador - Universidade Estadual de Londrina
Thiago Paluma - Universidade Federal de Uberlândia
Wilson Engelmann - UNISINOS
Isabelle Santos Carneiro - UFMS
Nicolly Leite - UFCE

Prefácio

João Proença Xavier¹

Teresa Almeida Santos²

A pandemia COVID19 revolucionou a vida de uma forma geral, mas o impacto sobre as mulheres foi particularmente intenso. As tarefas tradicionalmente assumidas maioritariamente pelas mulheres tornaram-se mais difíceis: as compras passaram a ser realizadas de outra forma, as tarefas domésticas deixaram de poder ser entregues a empregadas que também ficaram confinadas nos seus domicílios e que passaram a ser encaradas como um perigo potencial. A esta sobrecarga somou-se a permanência dos filhos em casa e a imperiosidade de apoiar as crianças nas dificuldades decorrentes da adaptação brusca ao ensino a distância e ao isolamento social, que foi assumida pelos pais a par com a necessidade de conciliar o teletrabalho com os trabalhos domésticos. O apoio que os avós assumiam e que cimentava a relação familiar, foi coartado pela necessidade de os proteger de uma ameaça, invisível, mas real. Os almoços ou jantares de domingo, as férias em família, os fins de semana de descanso ficaram suspensos e com eles a possibilidade de recuperar energia para enfrentar as semanas consecutivas de trabalho ou de isolamento. Noutras famílias, o lay off ou mesmo o desemprego desorganizaram o quotidiano e agravaram as dificuldades. Mesmo na ausência de doença ou da necessidade de isolamento profilático de um elemento do agregado familiar, as consequências sobre a saúde mental são evidentes, a fadiga devida ao isolamento prolongado somou-se ao cansaço físico e emocional. E as sequelas puramente orgânicas também terão um custo ainda incalculável. O sedentarismo levou a que se inventassem treinos virtuais, que só muito longinquamente substituíram os treinos ao ar livre ou mesmo em ginásio. Nas famílias que se viram confrontadas com a ocorrência de doença COVID 19 esta sobrecarga avolumou-se e deixou consequências que apenas podemos prever, já que só com o decorrer do tempo serão evidenciadas. A necessidade de isolar os

¹ Professor Doutorado em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca. Professor Auxiliar convidado do Mestrado em Embriologia e Reprodução Assistida da EP - Ciências da Vida da Universidade Lusófona de Lisboa. Coordenador da Pós-Graduação Bioética e Direitos Humanos em Contexto Ibérico da Coimbra Business School Executive. Membro do National Organising Committee do 14º e 15º Congresso Mundial de Bioética organizado pela Cátedra de Bioética da UNESCO. Consultor da Associação Portuguesa de Bioética para a área do direito biomédico. Membro da SPMR – Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução.

² Professora Doutorada em Medicina com Agregação da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra. Directora do Departamento de Ginecologia, Obstetrícia, Reprodução e Neonatologia no Centro Hospitalar e Universitário de Coimbra, EPE. Referência internacional como clínica e investigadora na área da medicina da reprodução foi homenageada em 2023 pelo Ministério da Saúde com a Medalha de Serviços Distintos do Ministério da Saúde – Grau Ouro. Antiga Presidente da SPMR – Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução é actualmente a Secretária – Geral da Federação das Sociedades Portuguesas de Obstetrícia e Ginecologia (FSPOG)

infetados agravou as dificuldades de coabitar 24 horas por dia, durante semanas consecutivas, em habitações de pequena dimensão. O medo de contrair a doença ou de contagiar os mais próximos gerou conflitos e alterações na saúde mental cujo impacto não será negligenciável. Ao nível das instituições de saúde a pandemia condicionou restrições importantes, necessárias à redução do risco de contágio de doentes e profissionais. As consultas foram canceladas ou substituídas por consultas telefónicas, sem o contacto indispensável, apenas tentando amenizar alguns problemas, mas gerando outros, pela falta de rastreios, de diagnósticos e até de tratamento. O atraso nos diagnósticos tem sido evidente e o aumento da mortalidade por outras causas além da doença COVID19 é inegável. Desde cedo, na primeira vaga da doença e perante o desconhecimento quase completo das formas de transmissão da infeção, as instituições de saúde criaram circuitos distintos para doentes com suspeita de COVID19. No entanto, as imagens televisivas e as reportagens do que se passava no país, e sobretudo noutros países, condicionaram uma redução significativa do recurso aos serviços de urgência (que foi cerca de metade nalguns serviços de Obstetrícia) já que o receio do contágio se sobrepôs à habitual confiança nas instituições do Serviço Nacional de Saúde. Também o número de internamentos por doença não COVID e designadamente por patologia obstétrica e ginecológica foi drasticamente inferior ao dos períodos homólogos de outros anos, a par com uma maior proporção de atendimentos urgentes a necessitarem de internamento. Estes factos refletem o receio das mulheres, mesmo das mulheres grávidas, em recorrer ao serviço de urgência. A contribuir para este facto pode ter estado também a disponibilização, durante a primeira vaga da pandemia COVID19, de linhas telefónicas de aconselhamento obstétrico. No entanto, uma outra constatação revela que também a atuação dos profissionais de saúde foi influenciada pela pandemia: a duração média dos internamentos obstétricos foi acentuadamente reduzida nalguns serviços, o que traduz também o receio da permanência prolongada nas instituições de saúde. A circulação dentro dos hospitais foi fortemente condicionada e as visitas proibidas. Os corredores e as salas de espera anteriormente repletos ficaram vazios. Estas medidas, necessárias, foram extremamente restritivas, até pela falta de condições e de preparação dos edifícios, em que a impossibilidade de alocar circuitos específicos ou de isolar pacientes foi uma constante. Assim, muitos doentes morreram após longos dias de internamento solitário sem se despedir dos seus familiares, entregues aos cuidados de profissionais envergando fatos de proteção que acentuam o distanciamento e apenas permitem ver o sorriso do olhar. As últimas despedidas e homenagens foram proibidas, os corpos foram colocados em sacos de plástico e cremados, sem que os familiares os pudessem sequer ver. A limitação dos direitos

consagrados em todos os regulamentos foi aceite passivamente e o único contacto entre o doente e o exterior do hospital passou a ser mediado por telemóveis ou tablets. Às grávidas foi muitas vezes vedada a possibilidade de ter a presença do companheiro durante as consultas e a realização de ecografias pré-natais. As imagens e o movimento dos fetos foram gravados com o telemóvel para tentar reduzir este impacto. No entanto, as emoções não puderam ser vividas da mesma forma. No final da gravidez também se verificaram restrições na presença do acompanhante, mesmo durante o parto, e as visitas dos Pais foram reduzidas ao mínimo. A vivência solitária dos primeiros dias de maternidade será dificilmente esquecida. À família só foi possível conhecer os bebés alguns dias depois do nascimento, aquando do regresso a casa das mães, e muitas vezes com máscara e distanciamento físico. Às grávidas com infeção por SARS-CoV-2 foi imposto o isolamento, e o parto decorreu num ambiente pesado, com profissionais de saúde envergando fatos de proteção individual, máscaras e viseira, apenas deixando ver os olhos. O contacto pele a pele esteve ausente, a amamentação só foi permitida após higienização cuidada e de máscara. Nalgumas ocasiões, sobretudo inicialmente, temendo a transmissão entre mãe e bebé, separaram-se os filhos das mães entregando-os ao cuidado de outrem. As consequências emocionais destes gestos, no desenvolvimento, e mesmo ao nível cognitivo e comportamental, serão objeto de estudo no futuro. Em nome da segurança, restringiram-se direitos fundamentais, reverteu-se aquilo que demorou décadas a construir. Nesta terceira e terrível vaga da pandemia COVID19 reproduziram-se ou intensificaram-se as restrições que tinham sido muito discretamente levantadas. No entanto, apesar dos números avassaladores de infetados e de mortes diárias, o receio parece ser agora menos intenso, talvez pela promessa de uma vacinação eficaz, que ainda demorará a permitir a imunidade de grupo, fundamental para que possamos voltar a alguma normalidade. Após a terceira vaga não foi possível fazer ainda balanços, mas já se podem antecipar as consequências na saúde física e mental, a par dos custos económicos que levaremos anos a recuperar. Desta vez não houve indicações para suspender toda a atividade hospitalar, optou-se por manter, enquanto possível, e para não protelar ainda mais a atividade assistencial a doentes não COVID. Mas, a velocidade de propagação da infeção por SARSCoV-2 e a aparente maior agressividade da estirpe inicialmente identificada no Reino Unido, esmagaram todos os planos de contingência, levando os hospitais a reinventarem espaços, encerrando enfermarias e criando unidades de cuidados intensivos onde antes existiam armazéns. Estivemos a viver o pior pesadelo das nossas vidas, confinados em casa ou a lutar nos hospitais, aceitando a inevitabilidade da situação que nos roubou a nossa forma

de viver, as certezas adquiridas e os afectos desejados. Será que aprendemos algo com esta terrível realidade...ou pelo contrário continuamos tão desprevenidos como até aqui?

Apresentação

O **I Congresso Global Crossings Brasil-Portugal** foi realizado no âmbito da **Cátedra Jean Monnet da Universidade Federal de Uberlândia (Minas Gerais, Brasil)**, em conjunto com o **Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR – (Porto, Portugal)** e a **Coimbra Business School**, nos dias 12 e 13 de dezembro de 2023, na cidade de **Coimbra, Portugal**, no formato de apresentações de trabalhos **presencial e on-line**.

O Projeto **GLOBAL CROSSINGS** é um Projeto de Pesquisa que se desenvolve no âmbito da **Cátedra Jean Monnet, União Europeia, Erasmus+**, que tem três eixos principais de investigação: cidadania global; mudanças climáticas/ecocídio e transhumanidade, e será desenvolvido por três anos com a finalidade de disseminar o conhecimento da União Europeia no Brasil. É coordenado pela Profa. Cláudia Loureiro, da Universidade Federal de Uberlândia – UFU, Professora Efetiva do Magistério Superior, exercendo as suas atividades como docente da Universidade Federal de Uberlândia.

I Congresso Internacional Global Crossings da Cátedra Jean Monnet foi um evento científico delineado no contexto da Cátedra Jean Monnet para disseminar as pesquisas realizadas no âmbito do Projeto Global Crossings, assim como as pesquisas realizadas pelos diversos investigadores integrantes da rede IBEROJUR decorrentes de projetos próprios que se alinham às áreas científicas do instituto. Conjugam-se a esses objetivos, a missão institucional do Coimbra Business School, cujos valores de integração científica no mundo lusófono se amoldam aos objetivos do congresso.

Concomitantemente, a organização foi realizada o **II Congresso de Biodireito, Bioética e Direitos Humanos**, evento que tem afinidade temática com o Congresso Global Crossings e o qual se somará com a presença de professores engajados nos temas do evento.

O evento foi conduzido sob a direção da Profa. Cláudia Loureiro, do Prof. Fábio da Silva Veiga e do Prof. João Proença Xavier. A coordenação ficou a cargo do Prof. Claudio Moreno, da Profa. Daniela Serra Castilhos e da Profa. Rita Espolador.

O Congresso foi prestigiado pela participação da comunidade acadêmico-científica nacional e internacional, com palestras de Professores renomados e com a submissão de trabalhos (resumos e/ou artigos), que foram avaliados pelo Comitê Científico de evento.

Agradecemos a participação de todos e apresentamos à comunidade acadêmica a obra resultante do evento, Direitos humanos: aspectos interdisciplinares e travessias globais, uma contribuição científica importante no sentido de se consolidar as Travessias Globais.

Direção

Cláudia Loureiro (Universidade Federal de Uberlândia)
Fábio da Silva Veiga (IBEROJUR/Universidade Lusófona)
João Proença Xavier (Coimbra Business School-IPC/Universidade de Coimbra)

Coordenação

Cláudio Moreno (Universidade Estadual de Londrina)
Daniela Serra Castilhos (Cátedra Jean Monett/P.Leiria)
Rita Espolador (Universidade Estadual de Londrina)

Índice

Impact of Agribusiness on Human Rights Respect: An Analysis of the JBS Case.....	16
Cristiane Aparecida Stoeberl	
Claudia Voigt Pisconti Machado	
Anna Cláudia Menezes Lourega Belli	
Adaptando Fronteiras Jurídicas: Navegando nas Transições Globais do Direito Internacional e do Constitucionalismo	31
Alessandra Monteiro Machado	
Jade Caldas Sibalde	
Fronteiras Internas nas Sendas da Cidadania: Dilemas da Migração Sul-Sul	44
Alex Fabiano de Toledo	
Ineiva Terezinha Kreutz	
João Ricardo Lemes	
O Imigrante: Cidadão ou Trabalhador Global?.....	57
Alex Fabiano de Toledo	
Ineiva Terezinha Kreutz	
João Ricardo Lemes	
Aconselhamento Genético como Mecanismo para a Efetivação do Direito ao Planejamento Familiar no Brasil: uma Visão Bioética e Sob o Aspecto da Responsabilidade Civil.....	70
Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti	
Maíra Feltrin Alves	
O Direito Humano ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e o Código Florestal	82
Ana Luisa Sabino Werkema	
Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro	
Autonomia Existencial da Pessoa com Deficiência Mental: Principais Aproximações e Afastamentos entre o Sistema Brasileiro e o Regime Português	92
Alinne Arquette	
Erika Neder	
Cidadania Global em Tempos de Autocratização	107
Caio Ferreira de Souza	
A Obra <i>Operários</i> de Tarsila do Amaral como Ferramenta de Análise Acerca dos Riscos da Atividade Econômica Face ao Trabalho <i>Home Office</i> no Brasil	120
Camila Sanchez	

Direito à Educação e Smart Cities: a Governança Participativa para Realização dos Direitos Humanos e dos ODS da Agenda 2030	134
Camilo Stangherlim Ferraresi	
João Virgílio Tagliavini	
Maria Cláudia Zaratini Maia	
Migrantes (e Apenas Migrantes): A Experiência Haitiana no Brasil.....	147
Carolina de Moraes Vieira Silva	
Letícia de Almeida Maestri	
Além das Leis: Desvelando os Caminhos para uma Justiça Inclusiva - uma Análise Crítica da Teoria das Capacidades e sua Aplicação na Legislação Brasileira	161
Erika Neder dos Santos	
Alinne Arquette	
Os Limites e as Exceções ao Direito do Autor e Aos Direitos Conexos	174
Fabio da Silva Veiga	
Romulo Sérgio de Carvalho Guerra	
A Criminalização do Aborto como Obstáculo a Concretização do Direito de Cidadania: uma Análise do Caso Brasileiro Frente ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos	199
Gabriel Rodrigo de Sousa	
Taíza Soares de Assis	
A Reconfiguração da Responsabilidade Internacional Penal a Partir das Discussões de História e Memória no Âmbito da Corte IDH: uma Análise do Genocídio Yanomami Ocorrido no Governo Bolsonaro (2019-2022)	214
Gabriel Rodrigo de Sousa	
Taíza Soares de Assis	
Direitos Humanos e Empresas	226
Janaina Pereira Antunes	
Inteligência Artificial no Poder Judiciário Brasileiro: Uma Análise Quanto Aos Benefícios e Riscos à Prestação Jurisdicional.....	235
Josélia Moreira de Queiroga	
Maria Claudia Mesquita Cavalcanti	
Pluralismo Jurídico e Empresas Transnacionais: A Responsabilidade Civil Internacional por Dano Ambiental	249
Juliana Lopes Scariot	
Objecção de Consciência Médica: O Limite Entre o Exercício do Direito à Saúde e a Liberdade Individual.....	263
Katia Christina Oliveira e Silva	
Kayama Souza de Lima	

A Proteção do Patrimônio Cultural Humano no Espaço: Do Conceito de Patrimônio Comum da Humanidade Aos Acordos Artemis	276
Luís Eduardo Andreazi	
Giuliane Cristina Ruas Silvestre	
O Papel da Vítima no Processo Penal Internacional: Perspetiva <i>Vitimológica</i>, e os Tribunais <i>Sui Generis</i> (ou Mistos)	292
Luísa Brandão Bárrios	
Mónica Gonçalves Mendonça	
Impactos Jurídicos da Inteligência Artificial na Herança Digital: Análise sob o Aspecto dos Direitos Sucessórios, Direitos Humanos, Direitos da Personalidade do Falecido e Fontes Normativas Incidentes no Direito Brasileiro e no Direito Português.....	306
Maíra Feltrin Alves	
Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti	
Conceitos de “Política Pública” na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2009-2018)	318
Marcelo Raimundo da Silva	
O Testamento Vital: Uma Análise da Liberdade do Paciente Terminal sob a Ótica das Teorias Republicanas.	327
Márcio Fernando Rodrigues	
Marcos Antônio Striquer Soares	
Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador	
Efetividade do Direito à Consulta Prévia dos Povos Indígenas e Tradicionais: os casos da Bolívia e do Equador	338
Marco Aurélio Gumieri Valério	
A Contratação Pública “Verde”	353
Marco Rodrigues	
Patrícia Anjos Azevedo	
Biometria na Saúde	363
Mariana Basto Matos	
Os Direitos e Deveres dos Teletrabalhadores em Matéria de Segurança e Saúde no Trabalho – um Objetivo Jurídico Logrado (?)	378
Mário Simões Barata	
António Bentes de Oliveira	
Uso da Convenção de Aarhus nos Litígios Climáticos.....	395
Marlon Antônio Rosa	
A Alteração de Prenome e Gênero de Pessoas Trans de Forma Gratuita como Direito Fundamental	406

Mônica Alves da Costa	
Lixo Eletrônico.....	417
Naiara Aparecida Lima Vilela	
A Evolução das Políticas Migratórias no Brasil e em Portugal: Uma Análise Comparativa da Lei 13.445/2017 e da Lei 23/2007 e Suas Recentes Alterações....	435
Ricardo Cotrim Chacur	
A Resolução Virtual de Disputas no Sistema Arbitral Brasileiro.....	447
Rogério Cunha Estevam	
Aplicação e Validade das Diretivas Antecipadas de Vontade: Vontade da Família e Quebra de Sigilo Médico.....	463
Rosa Garcia Silvano	
As Possibilidades da Sociedade Cível Globalizada Rumo a um Planeta Sustentável: Cidadania Global Uma Transição do Antropoceno ao Ecoceno.....	478
Sara Andreia da Silva Castro	
Bioética, Propriedade Intelectual e Biotecnologia: Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável.....	495
Simone Murta Cardoso do Nascimento	
Nathalia Bastos do Vale Brito	
O Ambiente Artificial e a (Re)Configuração do Ser Humano – A Premência do Reconhecimento da Proteção Ambiental como Necessária para Proteção da Integridade da Espécie	506
Simone Murta Cardoso do Nascimento	
Nathalia Bastos do Vale Brito	
O Direito à Moradia Adequada nas Cidades Brasileiras Analisado A Partir da Perspectiva de Uma Regularização Fundiária Urbana Sustentável	521
Taciana Cecília Ramos	
Lei Geral de Proteção de Dados Como Mecanismo de Mitigação de Riscos na Esfera Laboral.....	539
Thaís Oliveira Dorfmann	
Laura Oliveira Dorfmann	
A Sociedade de Risco, o Estado Constitucional na Ordem Internacional e as Empresas Privadas	548
Thaís Onofre Caixeta de Freitas	
Iris Cristina Vieira	
Bioética e o Biodireito como Vetores Hermenêuticos nas Discussões Acerca da Autodeterminação dos Pacientes Transexuais nos Casos de Redesignação Sexual	563
Valter da Costa Santos	

Impact of Agribusiness on Human Rights Respect: An Analysis of the JBS Case

Cristiane Aparecida Stoeberl¹

Claudia Voigt Pisconti Machado²

Anna Cláudia Menezes Lourega Belli³

Summary: 1. Introduction; 2. Impacts on Human Rights; 3. JBS S.A Case; 4. Conclusion.

Abstract: Agribusiness plays a pivotal role in the global economy, serving as a cornerstone for the provision of food, raw materials, and contributing significantly to the economic advancement of numerous countries. However, the expansion and practices within this sector have become focal points of debates and mounting concerns, particularly in relation to the respect for human rights. This scientific article seeks to delve into the intricacies of the impact of agribusiness on human rights, with a specific focus on the case of JBS S.A. The analysis encompasses a comprehensive exploration of issues pertaining to labor, the environment, and the communities directly affected, aiming to elucidate how the industry's practices can detrimentally impact human rights. Moreover, the article aims to underscore the critical importance of implementing measures that ensure the sustainable conduct of agribusiness while upholding the rights of all stakeholders involved. To undertake this analysis, a methodological approach rooted in a systematic review of existing literature on the subject has been adopted. Additionally, reports from esteemed international organizations, including the United Nations (UN) and the International Labour Organization (ILO), were consulted to garner supplementary insights. The findings unequivocally indicate that while agribusiness is undeniably instrumental in the global economy, its implications for human rights must not be disregarded. It is imperative to proactively take steps to align agribusiness practices with the foundational principles of human dignity, environmental sustainability, and the unequivocal respect for the rights of the communities affected. To effectuate this alignment, stringent regulations need to be implemented, sustainable practices should be promoted, and concerted efforts must be made to raise awareness about the intersection of agribusiness and human rights. Only through the concerted application of these measures can a harmonious equilibrium be achieved between economic development and the preservation of human rights.

Keywords: Agribusiness; Human Rights; Impacts; Companies; Accountability.

1. Introduction

The agribusiness supply chain played a fundamental role in the Brazilian economy, contributing to 24.8% of the Gross Domestic Product (GDP) in 2021, according to data from the Center for Advanced Studies in Applied Economics (Cepea/Esalq/USP) in partnership with the Brazilian Agriculture and Livestock Confederation (CNA). This sector,

¹ Ph.D. candidate in Law and Master in Human Rights from PUCPR. Lawyer. Email: cris_stoeberl@hotmail.com

² Graduate and Master's student in Law at Pontifical Catholic University of Paraná (PUCPR). Lawyer. Email: clauvoigt@gmail.com

³ Graduate and Master's student in Law at Pontifical Catholic University of Paraná (PUCPR), Email: bellianna2001@gmail.com

primarily composed of agriculture and livestock, achieved a notable share of 26.6% in the national GDP in 2021, marking a record after two years of significant growth⁴.

Agribusiness is a sector that encompasses all activities related to the production, processing, and commercialization of agricultural products. Müller⁵ defines agribusiness as the links between industry and agriculture during the period in which agriculture maintains significant connections both retrospectively, collaborating with the industry for the benefit of agriculture, and prospectively, engaging with agribusiness.

Agribusiness represents a way to integrate relationships between different sectors, considering economic cycles and the various stages of production, distribution, and consumption, all of which are related to agricultural activities.

Additionally, Davis & Goldberg⁶ argues that originally, the term agribusiness denoted the total of activities associated with the manufacturing and distribution of agricultural inputs, on-farm production operations, as well as the storage, processing, and distribution of agricultural commodities.

The Brazilian agribusiness sector continues to record remarkable results, setting significant records. These effects include not only production records, as indicated by the IBGE estimate for the 2022/2023 grain harvest, projecting a total of 288.1 million tons, representing a considerable increase of 9.6% (equivalent to 25.3 million tons) compared to 2021/2022. The Ministry of Agriculture's projections aim for the milestone of 300 million tons by 2024/2025. Throughout this decade, the official estimate suggests an expansion of 27.1% compared to the end of the previous decade.⁷

Brazil currently holds a prominent position as the world's largest producer of soybeans, according to Embrapa data, and also leads the way in sugar and coffee production. The country stands out as the top exporter of corn, holding a significant share of 50% of the international market for this grain. In 2020, Brazil emphasized its importance in the agricultural landscape, particularly in the production and export of foods, with a focus on

⁴ ESTADÃO. PIB: qual é a importância do agronegócio na economia do Brasil?

2023. Available at:

<<https://summitagro.estadao.com.br/comercio-exterior/pib-qual-e-a-importancia-do-agronegocio-na-economia-do-brasil/>>. Accessed on: nov. 16th. 2023

⁵ MÜLLER, Geraldo. Complexo agroindustrial e modernização agrária. São Paulo: Hucitec. p. 148. 1989

⁶ DAVIS, J. H., & GOLDBERG, R. A. A. (1957). Concept of agribusiness. Boston: Division of Research, Graduate School of Business Administration, Harvard University. Available at: <<http://www2.fct.unesp.br/docentes/geo/bernardo/BIBLIOGRAFIA%20DISCIPLINAS%20POS-GRADUACAO/DAVIS%20AND%20GOLDBERG/DAVIS%20GOLDBERG%201957.pdf>>. Accessed on: nov. 16th. 2023

⁷ FORBES. Forbes Agro100 2022: As maiores empresas do agronegócio brasileiro. Available at: <<https://forbes.com.br/forbesagro/2023/01/lista-forbes-agro100-2022-as-maiores-empresas-do-agronegocio-brasileiro/>>. Accessed on: nov. 16th. 2023

meat, soybeans, corn, cotton, and forest products. Additionally, as the fourth-largest global grain producer, contributing to 7.8% of global production, the country ranks behind only the United States, China, and India in this agricultural scenario⁸.

Companies in the sector continue to show increasingly positive results, as evidenced by the fourth edition of Forbes Agro100. The total revenue of the 100 listed companies reached the amount of R\$ 1.38 trillion in 2021, reflecting a substantial increase of 34.6% compared to the R\$ 1.02 trillion obtained in the previous year.⁹

This work aims to analyze the impact of agribusiness on respecting human rights, using the case of JBS as a case study, in order to understand the practices and policies adopted by the company and identify possible areas for improvement to promote a more ethical and sustainable approach in the sector. Additionally, it also seeks to contribute to a deeper understanding of the interactions between agribusiness and human rights, with the objective of identifying areas for improvement and promoting a more ethical and socially responsible approach in the industry.

In order to conduct this research, an extensive literature review was carried out, encompassing scientific articles, theses, dissertations, manuals, and government documents related to the specific research theme. This is complemented by an in-depth analysis of the JBS case and the leniency agreement with the Federal Public Prosecutor's Office (MPF) was conducted.

Agribusiness can play a crucial role in promoting respect for human rights through various means, including reducing global hunger, generating large-scale employment, and boosting economic development in different countries and regions. However, this sector can also lead to adverse effects, negatively impacting both the environment and local populations.

2. Impacts on Human Rights

Human rights serve as a link between the population, which has rights, and States, which have corresponding duties. The current framework of these rights not only outlines the rights of all individuals but also clearly imposes on States the obligation to respect, protect, and fulfill these rights, establishing an accountability framework. Furthermore, this human rights framework includes third parties, such as businesses, defining responsibilities

⁸ EQUIPE FIELDVIEW. Maiores produtores agrícolas do mundo e o que eles ensinam sobre agricultura digital. 2021. Available at:

<https://blog.climatefieldview.com.br/maiores-produtores-agricolas-mundo>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

⁹FORBES. Forbes Agro100 2022: As maiores empresas do agronegócio brasileiro. Available at: <https://forbes.com.br/forbesagro/2023/01/lista-forbes-agro100-2022-as-maiores-empresas-do-agronegocio-brasileiro/>. Accessed on: nov. 16th. 2023

and clarifying the obligations of States to protect human rights against the actions of these entities.¹⁰

The agribusiness sector is expanding rapidly and causing enormous environmental devastation. Its progress has brought with it a number of risks and consequences for natural resources, particularly soil, water, and the atmosphere. Those consequences heavily impact the local biodiversity. They are further closely connected to negative impacts on human health¹¹.

Industrial agricultural practices revolve around cultivation in large monocultures and the intensive use of agrochemicals. To make monocultures possible, trees and vegetation have to give way. This transformation of forested regions into agricultural areas significantly alters the original ecosystem, resulting in changes in the morphological, physical, chemical, and biological properties of the soil. This transformation interferes substantially with natural mechanisms of recycling and system protection, leading to various degradation factors.¹² This situation worsens as speculation with the land market and agricultural commodities increases at the international level.¹³

In their quest to increase productivity and efficiency in large-scale food production, agribusinesses often resort to the extensive use of pesticides to control pests and ensure abundant harvests. However, the excessive and uncontrolled use of agrochemicals in agricultural fields is identified as a significant factor in soil and water pollution.¹⁴ The toxic nature of these chemicals, as well as their persistence and the constant increase in their concentrations in various parts of the environment, in turn have negative effects on human

¹⁰ FIAN INTERNATIONAL. Os Custos Ambientais e Humanos do Negócio de Terras. p.14. 2018. Available at: <https://fianbrasil.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Os-Custos-Ambientais-e-Humanos-do-Negócio-e-Terras-.pdf>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

¹¹ GOMES, Cecília Gomes. Impactos da expansão do agronegócio brasileiro na conservação dos recursos naturais. Cadernos do Leste, [S. l.], v. 19, n. 19, 2019. p. 3 DOI: 10.29327/248949.19.19-4. Available at: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/caderleste/article/view/13160>>. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

¹² LUIZÃO, F. J. et al. (Eds). Sistemas Agroflorestais: bases para o desenvolvimento sustentável. Campos dos Goytacazes: Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, 2006. p.87-100. Available at: <https://www.scielo.br/j/rbeaa/a/gHqnNy67q4bKp9zcxTLQhtD/?lang=pt>>. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

¹³ REDE SOCIAL DE JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS. Empresas Transnacionais e Produção de Agrocombustíveis no Brasil. P 25. 2014. Available at: https://www.social.org.br/Empresas_transnacionais_e_producao_de_agrocombustiveis_no_Brasil.pdf>. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

¹⁴ OLIVEIRA, Edicleia de.; MAGGI, Marcio Furlan; MATOS, Eliza de; RAMOS, Moisés Sheifter de; VAGNER, Marcus Winicius; LOPES, Edina CCristiane (2009) Technology of application of defensives and relations with the risk of contamination of the water and soil. Pesquisa Aplicada & Agrotecnologia, v. 2, n. 3, p. 161-169. Available at: <https://revistas.unicentro.br/index.php/repaa/article/view/1512>>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

health, e.g. through the use of contaminated water or the consumption of toxic residues in food.¹⁵ Annually, globally, around 2.5 million tons of pesticides are used.

Also in Brazil, the expansion of agribusiness deviates from trajectories that aim for the sustainability of natural resources, as its practices result in environmental degradation and soil pollution. This is also due to the implementation of intensive agricultural methods and the indiscriminate use of pesticides and fertilizers.¹⁶ In Brazil, the annual consumption of agrochemicals exceeds 300,000 tons, corresponding to approximately 130,000 tons in terms of active ingredient. This consumption represents a significant increase of 700% over the last four decades, even taking into account the fact that agricultural land has increased by a 78% over the same period.¹⁷

These pieces of information highlight that the technological progress observed recently did not take into account environmental effects and promoted the increase in pesticide consumption in the country, exemplified by the adoption of genetically modified organisms technology, as seen in the case of herbicide-resistant soybeans.¹⁸

At the international level, the Rotterdam Convention (Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade)¹⁹, incorporated in Brazil through Decree No. 5,360, dated January 31, 2005, establishes guidelines for the international trade of pesticides. From its initial considerations, it takes into account the risks associated with chemical substances, emphasizing the importance of protecting health and the environment against these impacts.

¹⁵ SILVÉRIO, Flaviano Oliveira; SILVA, Joyce Grazielle Siqueira.; AGUIAR, Marcia Clara Santana; CACIQUE, Ane Patricia; PINHO, Gevany de Pinho (2012) Análise de agrotóxicos em água usando extração líquido-líquido com partição em baixa temperatura por cromatografia líquida de alta eficiência. *Química Nova*, v. 35, n. 10, p. 2052-2056. Available at: <<https://www.scielo.br/j/qn/a/VrVRztcPKzFSKTQdY79nhjF/#>>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

¹⁶ GOMES, Cecília Gomes. Impactos da expansão do agronegócio brasileiro na conservação dos recursos naturais. *Cadernos do Leste*, [S. l.], v. 19, n. 19, 2019. p. 9 DOI: 10.29327/248949.19.19-4. Available at: <<https://periodicos.ufmg.br/index.php/caderleste/article/view/13160>>. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

¹⁷ EMBRAPA. Agrotóxicos no Brasil. Conteúdo migrado na íntegra em: 22/12/2021. Available at: <https://www.embrapa.br/agencia-de-informacao-tecnologica/tematicas/agricultura-e-meio-ambiente/qualidade/dinamica/agrotoxicos-no-brasil#:~:text=Autores&text=Anualmente%20são%20usados%20no%20mundo,mil%20toneladas%20de%20produtos%20comerciais>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

¹⁸ SAMBUICHI, Regina Helena Rosa; OLIVEIRA, Michael Angelo Constantino; SILVA, Ana Paula Moreira; LUEDEMANN, Gustavo. A sustentabilidade ambiental da agropecuária brasileira: impactos, políticas públicas e desafio. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. IPEA. 2012. Available at: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1050/1/TD_1782.pdf>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

¹⁹ BRASIL. Decree No. 5,360, dated January 31, 2005, promulgates the Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade, adopted on September 10, 1998, in the city of Rotterdam. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/D5360.htm. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

In the same year, the Stockholm Convention²⁰ enacted through Decree No. 5,472, it is based on the precautionary principle. In its Article 1, the convention defines its objective as the protection of the environment against potential harm caused by pesticides. In Article 4, it stipulates that each State Party has the responsibility to adopt regulatory measures to reduce or eliminate the production and use of certain pesticides.

One of the regions experiencing significant agribusiness expansion is the Cerrado, which constitutes the biome located between the Amazon, the Atlantic Forest, the Pantanal, and the Caatinga, including the states of Minas Gerais, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Goiás, Distrito Federal, Tocantins, southern Maranhão, western Bahia, and part of the state of São Paulo²¹.

One of the main concerns regarding agribusiness is the working conditions of rural laborers. Often, they face precarious conditions, low wages, long working hours, and a lack of access to basic rights such as health and workplace safety. In this context, agribusiness companies use mechanization as leverage to discourage workers from demanding salary improvements and better working conditions.²²

In order to curb such practices, Convention No. 155²³ of the International Labour Organization, which Brazil ratified in 1992, addresses the safety and health of workers in the workplace. In its Article 4, this convention stipulates that signatory countries have the responsibility to implement policies that promote greater safety in the workplace, aiming at the prevention of accidents and health hazards.

Despite the country's agricultural potential, millions of people lack access to the basic right to food. According to the 2023 Panorama report from the United Nations, in Brazil, on a daily basis, 21 million people face food shortages, while 70.3 million experience food insecurity.²⁴

²⁰ BRASIL. Decree No. 5,472, dated June 20, 2005, promulgates the text of the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants, adopted in that city on May 22, 2001. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5472.htm. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

²¹ REDE SOCIAL DE JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS. Empresas Transnacionais e Produção de Agrocombustíveis no Brasil. p. 24. 2014. Available at: https://www.social.org.br/Empresas_transnacionais_e_producao_de_agrocombustiveis_no_Brasil.pdf. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

²² SOCIAL. Empresas transnacionais e produção de agrocombustíveis no Brasil. p. 24. Available at: https://www.social.org.br/Empresas_transnacionais_e_producao_de_agrocombustiveis_no_Brasil.pdf. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

²³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). C155 - Segurança e Saúde dos Trabalhadores. Available at: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang-pt/index.htm. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

²⁴ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). Novo relatório da ONU: 43,2 milhões de pessoas sofrem de fome na América Latina e no Caribe e a região registra níveis de sobrepeso e obesidade superiores às estimativas globais. 9 de novembro de 2023. Available at: <https://www.paho.org/pt/noticias/9->

As indicated in the report, the country has 10 million individuals in a state of malnutrition. The main reason for the persistence of hunger in Brazil is the monopoly on land, as the country is a world leader in land concentration. For this reason, the historical demands of social movements are based on food sovereignty and agrarian reform.²⁵

Only 87 corporations, headquartered in 30 countries, exert dominance over the global agribusiness supply chain. This data includes leaders in sectors such as beverages and meats, including Coca-Cola, AmBev, JBS, and Unilever, as well as notable technology companies like IBM, Microsoft, and Amazon.²⁶

JBS is the second-largest Brazilian company and the leading private enterprises in terms of revenue, particularly in the food and beverage sector. With a presence in approximately 400 production units spread across 15 countries, the company expands its operations beyond the production of beef, pork, and poultry, encompassing areas such as leather, biodiesel, personal hygiene, cleaning, solid waste management, and metal packaging.²⁷

The modernization and expansion of the agricultural sector in Brazil have boosted productivity but have also led to negative environmental impacts, including soil erosion and contamination of soil, air, and water. The prevalence of monocultures with conventional cultivation techniques contributes to soil degradation, while the intensive use of pesticides can accumulate in the soil and biota, posing risks of contamination to surface and groundwater.²⁸

3. JBS S.A Case:

11-2023-novo-relatorio-da-onu-432-milhoes-pessoas-sofrem-fome-na-america-latina-e-no>. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

²⁵ SOCIAL. Empresas transnacionais e produção de agrocombustíveis no Brasil. p. 38. Available at: <https://www.social.org.br/Empresas_transnacionais_e_producao_de_agrocombustiveis_no_Brasil.pdf>. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

²⁶ PINNA, Rute. Início. Geral. Concentração. Só 87 empresas controlam a cadeia produtiva do agronegócio. Brasil de Fato | São Paulo (SP), 04 de setembro de 2018, às 06:05. Available at: <<https://www.brasildefato.com.br/2018/09/04/so-87-empresas-controlam-a-cadeia-produtiva-do-agronegocio/>>. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

²⁷FORBES. Forbes Agro100 2022: As maiores empresas do agronegócio brasileiro. Available at: <<https://forbes.com.br/forbesagro/2023/01/lista-forbes-agro100-2022-as-maiores-empresas-do-agronegocio-brasileiro/>>. Accessed on: Nov. 16th. 2023

²⁸ GOMES, Cecília Gomes. Impactos da expansão do agronegócio brasileiro na conservação dos recursos naturais.. Cadernos do Leste, [S. L.], v. 19, n. 19, 2019. p. 13 DOI: 10.29327/248949.19.19-4. Available at: <<https://periodicos.ufmg.br/index.php/caderleste/article/view/13160>>. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

Agri-food companies face global accusations of human rights violations, including in Brazil. These allegations cover various issues, such as the expropriation of land from indigenous communities, quilombolas, and peasants.²⁹

Additionally, reports of slave-like working conditions have emerged, highlighting the exploitation of workers. Other violations involve contributions to deforestation, intensifying concerns related to the adverse impacts of agribusiness on human rights.³⁰

The responsibility of agribusiness companies for human rights violations is a complex and evolving issue. In Brazil, the Federal Constitution of 1988 stipulates that companies must respect human rights³¹, however, there is no specific legislation that details how this should be implemented.

In the international arena, various instruments can be employed to hold companies accountable for human rights violations. Among them, the Guiding Principles on Business and Human Rights³², established by the United Nations (UN)³³, and developed by John Ruggie, are prominent. These principles are subdivided into three pillars with the aim of guiding states and companies in preventing human rights violations and ensuring access to justice. Silvia and Pamplona³⁴, explain that the second pillar outlines obligations for companies in preventing human rights violations.

Additionally, the International Labour Organization (ILO) has enacted the Convention on Multinational Enterprises and Human Rights³⁵. Another relevant document

²⁹ INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS (IHU). Empresas globais de commodities alimentam conflitos fundiários e abusos de direitos humanos. Available at: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/614747-empresas-globais-de-commodities-alimentam-conflitos-fundiarios-e-abusos-de-direitos-humanos>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

³⁰ ESTADÃO. Cargill é alvo de denúncia na OCDE por supostas irregularidades na cadeia de soja no Brasil. | Available at: <https://www.estadao.com.br/economia/agronegocios/cargill-denuncia-soja-ocdenpre/>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

³¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Accessed on: nov. 16th. 2023.

³² HOMA. Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU. 6 de out de 2020. Available at: <https://homacdhe.com/index.php/2020/10/06/os-principios-orientadores-sobre-empresas-e-direitos-humanos-da-onu/#:~:text=Os%20Princ%C3%ADpios%20Orientadores%20da%20ONU,%3A%20proteger%2C%20respeitar%20e%20reparar>. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

³³ ONU. A Organização das Nações Unidas (ONU). Available at: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/acoes-internacionais/Articulacao/articulacao-internacional/onu-1/ONU%20-%20atualizado.pdf>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

³⁴ SILVIA, Ana Rachel Freitas da Silva. PAMPLONA, Danielle Anne. Os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos: houve avanços? p. 10. 2019. Available at: [Principios_Orientadores_da_ONU_para_empresas_e_direitos_humanos_houve_avancos_20191230_114879_kuisvm](https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/acoes-internacionais/Articulacao/articulacao-internacional/onu-1/ONU%20-%20atualizado.pdf). Accessed on: nov. 16th. 2023.

³⁵ OIT. Declaração Tripartida de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social. Available at: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_579899.pdf. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

is the Madrid Protocol on the Responsibility of Transnational Corporations for Harmful Acts, developed by the Inter-American Commission on Human Rights, is another relevant document³⁶.

These instruments provide guidelines and standards for holding companies accountable in international contexts, contributing to the promotion and protection of human rights.

In the Brazilian context, the MPF³⁷ plays a crucial role in holding companies accountable for human rights violations. The MPF has taken measures such as initiating public civil actions and civil investigations, aiming to investigate and penalize companies that commit human rights violations.³⁸

A J&F, a holding company, stands out as the leading Brazilian business conglomerate, with a presence in more than 190 countries and a global team of over 278,000 employees. Its various companies operate in the sectors of food, pulp and paper, energy, mining, financial services, communication, cosmetics, and hygiene and cleaning.³⁹

A J&F Investimentos exercises control over JBS, a global leader in the production of beef, chicken, and leather; Eldorado Brasil, recognized as one of the largest and most advanced pulp facilities worldwide; Banco Original, a pioneer in facilitating the opening of fully digital checking accounts; PicPay, the leading instant payment app in Brazil, and also Ambar Energia, Flora, J&F Mineração, and Canal Rural.⁴⁰

The leniency agreement between the Federal Public Prosecutor's Office (MPF) and JBS was signed on September 20, 2022, and ratified by the Institutional Council of the MPF on August 2, 2023.

The agreement aimed to remedy the damages resulting from human rights violations in the Amazon region.⁴¹ Additionally, it seeks to provide information related to the Greenfield, Sépsis, Cui Bono, and Carne Fraca operations. Furthermore, the company has

³⁶ DANIEL LAW. Protocolo de Madri. Available at: <https://www.daniel-ip.com/wp-content/uploads/2017/07/Protocolo-de-Madri_PORT.pdf>. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

³⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Sobre o MPF. Available at: <<https://www.mpf.mp.br/o-mpf>>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

³⁸ PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO. Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. Sobre a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. Available at: <https://midia.mpf.mp.br/pfdc/hotsites/sistema_protecao_direitos_humanos/sobre_pfdc.htm>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

³⁹ J&F. O amior grupo empresarial do Brasil. Available at: <<https://jfinvest.com.br/>>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

⁴⁰ J&F. Com mais de 270 mil colaboradores, estamos presentes em mais de 190 países. Available at: <<https://jfinvest.com.br/quem-somos/>>. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

⁴¹ AGÊNCIA BRASIL. Controladora da JBS fecha acordo de leniência com multa de R\$ 10,3 bilhões Available at: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-05/controladora-da-jbs-fecha-acordo-de-leniencia-com-multa-de-r-103-bilhoes>>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

committed to cooperating with the investigations and making a payment of a fine in the amount of R\$ 10.3 billion. This amount would be allocated to various affected institutions, including BNDES, Caixa Econômica Federal (CEF), Fundação dos Economiários Federais (Funcef), Fundação Petrobras de Seguridade Social (Petros), and the Union. The portion allocated to BNDES would be R\$ 1.75 billion.⁴²

The Brazilian government and the company reached a leniency agreement regarding the investigation into corruption allegations against the company. The agreement is based on legal provisions enabling the company to cooperate in the investigation in exchange for leniency.

The purpose of the agreement is to serve the public interest by expanding and deepening investigations into corruption allegations while preserving the existence and activities of the company. It aims to ensure the effectiveness of the investigation and promote integrity practices within the company.

The text of the agreement discusses violations related to the national financial system, economic and tax order, corruption, public administration, public health, consumer relations, money laundering, the formation of criminal organizations, and crimes of any other nature.⁴³

The agreement stipulates the allocation to indigenous and quilombola communities, along with the implementation of preventive measures. These actions include the creation of a compliance program aimed at ensuring respect for human rights, conducting training for employees on human rights issues, strengthening mechanisms for reporting human rights violations, and supporting sustainable development projects in indigenous and quilombola communities.⁴⁴

This set of initiatives represents a significant step in the pursuit of ensuring compliance with ethical standards and respect for human rights by companies.

The agreement with JBS represents a significant advancement in the process of holding companies accountable for human rights violations in the Brazilian context

Human rights violations associated with the agribusiness industry are a global issue. They occur in all parts of the world, including developed and developing countries. In this

⁴² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ restabelece andamento de processo sobre multa de R\$ 10 bilhões prometida pela J&F em acordo de leniência. Publicado em 23/11/2022. Available at: <<https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/23112022-STJ-restabelece-andamento-de-processo-sobre-multa-de-R-10-bilhoes-prometida-pela-J-F-em-acordo-de-leniencia.aspx>>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

⁴³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Acordo de leniência. p.4. Available at: <https://static.poder360.com.br/2020/09/acordo-leniencia-JF-versao-final.pdf>. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

⁴⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Acordo de leniência. p.47. Available at: <<https://static.poder360.com.br/2020/09/acordo-leniencia-JF-versao-final.pdf>>. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

sense, the leniency agreement between the MPF and JBS is just one of the cases of accountability.

Interesting to note are other cases of potential accountability. Regarding soy production, acquisitions made by multinational companies in the grain trading sector not only connect them to territorial disputes and lawsuits filed by farmers against communities but also to essential human rights violations⁴⁵.

At this point, global corporations in the grain trading sector, such as Archer Daniels Midland (ADM), Bunge,⁴⁶ and Cargill⁴⁷, engage in transactions with some of these producers, and in certain situations, have been involved in or subject to involvement in practices that could result in abuses against the community, thus not meeting the obligations established by international standards for business and human rights.

These transactions expose how several of the world's largest commodity trading multinational corporations— all of which publicly advocate sustainability and human rights values and have the responsibility to exercise due diligence in human rights as advocated by the UNGPs and OECD—may be profiting from the expropriation of land from vulnerable communities by dealing with producers seeking to displace these communities from their lands.

The purchase of agricultural commodities from areas with legal reserves overlapping the lands of communities where these human rights abuses allegedly occurred means that multinational commodity traders are directly linked to these abuses and are thus failing in their responsibilities under the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs), the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, and the OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct.⁴⁸

The lack of proper accountability creates an environment conducive to the continued occurrence of these harmful practices. Often, agribusiness companies have a complex supply

⁴⁵ GLOBAL WITNESS. Semeando Conflitos: Como empresas multinacionais de comércio de commodities agrícolas contribuem para violações a direitos humanos no setor brasileiro da soja. p. 6 e 23. 2021. Available at: <https://www.globalwitness.org/documents/20217/Semeando_Conflitos.pdf>. Accessed on: nov. 16th. 2023

⁴⁶ GLOBAL WITNESS. Empresas de commodities alimentam conflitos fundiários no Cerrado brasileiro. Available at: <<https://www.globalwitness.org/pt/global-commodity-traders-are-fuelling-land-conflicts-in-brazils-cerrado-pt/>>. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

⁴⁷ ESTADÃO. Cargill é alvo de denúncia na OCDE por supostas irregularidades na cadeia de soja no Brasil. Available at: <<https://www.estadao.com.br/economia/agronegocios/cargill-denuncia-soja-ocde-npre/>> Accessed on: Nov. 16th. 2023.

⁴⁸ GLOBAL WITNESS. Semeando Conflitos: Como empresas multinacionais de comércio de commodities agrícolas contribuem para violações a direitos humanos no setor brasileiro da soja. p. 6 e 23. 2021. Available at: <https://www.globalwitness.org/documents/20217/Semeando_Conflitos.pdf>. Accessed on: nov. 16th. 2023

chain, making it difficult to directly identify those responsible for human rights violations. Additionally, governments frequently lack the capacity or political will to regulate and punish these companies, further exacerbating impunity.

4. Conclusion:

The growing development of agribusiness on the global stage has brought not only economic advances but also significant challenges regarding the preservation of fundamental rights. From this investigation, it becomes clear that agribusiness, represented by prominent companies such as JBS, is intrinsically linked to issues related to human rights abuses, disregard for local communities, and environmental impacts.

The practices adopted by agribusiness companies often have profound consequences, not only in the economic sphere but also in the social and environmental domains. Observing human rights violations, including poor working conditions, adverse environmental impacts, and land conflicts, underscores the urgent need for a more ethical and sustainable approach in the sector. Furthermore, the lack of effective regulation and consistent enforcement of existing standards highlights significant gaps that require attention and reforms.

Understanding the negative impacts of agribusiness on human rights should not only raise awareness but also encourage concrete actions. Government interventions, stricter regulations, and the promotion of responsible business practices are crucial to mitigate the observed adverse effects. Dialogue among various stakeholders, including companies, governments, non-governmental organizations, and affected communities, is essential to forge a sustainable path for agribusiness.

Holding agribusiness companies accountable for human rights violations is an essential element to promote more ethical and sustainable practices. The convergence of governmental, regulatory, civil society, and market efforts is necessary to establish an environment where respect for human rights is a non-negotiable priority in the agribusiness landscape.

Therefore, it is concluded that the harmonization between economic growth and respect for human rights in the context of agribusiness is imperative. The balance between commercial interests and the preservation of fundamental rights is achievable through collective measures aimed at building a more ethical, socially responsible, and ecologically sustainable agricultural industry.

References:

AGÊNCIA BRASIL. Controladora da JBS fecha acordo de leniência com multa de R\$ 10,3 bilhões Available at: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-05/controladora-da-jbs-fecha-acordo-de-leniencia-com-multa-de-r-103-bilhoes>>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Available at: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

BRASIL. Decree No. 5,360, dated January 31, 2005, promulgates the Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade, adopted on September 10, 1998, in the city of Rotterdam. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/D5360.htm. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

BRASIL. Decree No. 5,472, dated June 20, 2005, promulgates the text of the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants, adopted in that city on May 22, 2001. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5472.htm. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

DANIEL LAW. Protocolo de Madri. Available at: <https://www.daniel-ip.com/wp-content/uploads/2017/07/Protocolo-de-Madri_PORT.pdf>. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

DAVIS, J. H., & GOLDBERG, R. A. A. (1957). Concept of agribusiness. Boston: Division of Research, Graduate School of Business Administration, Harvard University. Available at: <http://www2.fct.unesp.br/docentes/geo/bernardo/BIBLIOGRAFIA%20DISCIPLINAS%20POS-GRADUACAO/DAVIS%20AND%20GOLDBERG/DAVIS%20GOLDBERG%201957.pdf>. Accessed on: November 16, 2023.

EMBRAPA. Agrotóxicos no Brasil. Conteúdo migrado na íntegra em: 22/12/2021. Available at: <https://www.embrapa.br/agencia-de-informacao-tecnologica/tematicas/agricultura-e-meio-ambiente/qualidade/dinamica/agrotoxicos-no-brasil#:~:text=Autores&text=Anualmente%20são%20usados%20no%20mundo,mil%20neladas%20de%20produtos%20comerciais>. Accessed on: nov. 16th. 2nov.

EQUIPE FIELDVIEW. Maiores produtores agrícolas do mundo e o que eles ensinam sobre agricultura digital. 2021.

ESTADÃO. Cargill é alvo de denúncia na OCDE por supostas irregularidades na cadeia de soja no Brasil. Available at: <<https://www.estadao.com.br/economia/agronegocios/cargill-denuncia-soja-ocde-npre/>>. Accessed on: Nonov.6th. 2023.

ESTADÃO. PIB: qual é a importância do agronegócio na economia do Brasil? 2023. Available at: <<https://summitagro.estadao.com.br/comercio-exterior/pib-qual-e-a-importancia-do-agronegocio-na-economia-do-brasil/>>. Accessed on: nov. 16th. 2023

FIAN INTERNATIONAL. Os Custos Ambientais e Humanos do Negócio de Terras. p.14. 2018. Available at: <https://fianbrasil.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Os-Custos-Ambientais-e-Humanos-do-Negócio-e-Terras-.pdf>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

FORBES. Forbes Agro100 2022: As maiores empresas do agronegócio brasileiro. Available at: <<https://forbes.com.br/forbesagro/2023/01/lista-forbes-agro100-2022-as-maiores-empresas-do-agronegocio-brasileiro/>>. Accessed on: nov. 16th. 2023

- GLOBAL WITNESS. Empresas de commodities alimentam conflitos fundiários no Cerrado brasileiro. Available at: <<https://www.globalwitness.org/pt/global-commodity-traders-are-fuelling-land-conflicts-in-brazils-cerrado-pt/>>. Accessed on: Nov. 16th. 2023.
- GLOBAL WITNESS. Semeando Conflitos: Como empresas multinacionais de comércio de commodities agrícolas contribuem para violações a direitos humanos no setor brasileiro da soja. p. 6 e 23. 2021. Available at:<https://www.globalwitness.org/documents/20217/Semeando_Conflitos.pdf>. Accessed on: nov. 16th. 2023
- GOMES, Cecília Gomes. Impactos da expansão do agronegócio brasileiro na conservação dos recursos naturais. Cadernos do Leste, [S. l.], v. 19, n. 19, 2019. p. 3 DOI: 10.29327/248949.19.19-4. Available at: <<https://periodicos.ufmg.br/index.php/caderleste/article/view/13160>>. Accessed on: nov. 16th. 2023.
- HOMA. Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU. 6 de out de 2020. Available at: <<https://homacdhe.com/index.php/2020/10/06/os-principios-orientadores-sobre-empresas-e-direitos-humanos-da-onu/#:~:text=Os%20Princ%C3%AADpios%20Orientadores%20da%20ONU,%3A%20proteger%2C%20respeitar%20e%20reparar>>. Accessed on: nov. 16th. 2023.
- INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS (IHU). Empresas globais de commodities alimentam conflitos fundiários e abusos de direitos humanos. Available at: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/614747-empresas-globais-de-commodities-alimentam-conflitos-fundiarios-e-abusos-de-direitos-humanos>. Accessed on: nov. 16th. 2023.
- J&F. O amior grupo empresarial do Brasil. Available at: <<https://jfinvest.com.br/>>. Accessed on: nov. 16th. 2023.
- J&F. Com mais de 270 mil colaboradores, estamos presentes em mais de 190 países. Available at: <<https://jfinvest.com.br/quem-somos/>>. Accessed on: Nov. 16th. 2023.
- LUIZÃO, F. J. et al. (Eds). Sistemas Agroflorestais: bases para o desenvolvimento sustentável. Campos dos Goytacazes: Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, 2006. p.87-100. Available at: <<https://www.scielo.br/j/rbeaa/a/gHqnNy67q4bKp9zcxTLQhtD/?lang=pt>>. Accessed on: nov. 16th. 2023.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Sobre o MPF. Available at: <<https://www.mpf.mp.br/o-mpf>>. Accessed on: nov. 16th. 2023.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Acordo de leniência. p.4. Available at: <<https://static.poder360.com.br/2020/09/acordo-leniencia-JF-versao-final.pdf>>. Accessed on: nov. 16th. 2023.
- MÜLLER, Geraldo. Complexo agroindustrial e modernização agrária. São Paulo: Hucitec. p. 148. 1989
- OIT. Declaração Tripartida de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social. Available at: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_579899.pdf>. Accessed on: Nov. 16th. 2023.
- OLIVEIRA, Edicleia de.; MAGGI, Marcio Furlan; MATOS, Eliza de; RAMOS, Moisés Sheifter de; VAGNER, Marcus Winicius; LOPES, Edina CCristiane (2009) Technology of application of defensives and relations with the risk of contamination of the water and soil. Pesquisa Aplicada & Agrotecnologia, v. 2, n. 3, p. 161-169. Available at: <<https://revistas.unicentro.br/index.php/repaa/article/view/1512>>. Accessed on: Nov. 16th. 2023.

ONU. A Organização das Nações Unidas (ONU). Available at: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/acoes-internacionais/Articulacao/articulacao-internacional/onu-1/ONU%20-%20atualizado.pdf>>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). C155 - Segurança e Saúde dos Trabalhadores. Available at: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang-pt/index.htm>. Accessed on: nov. 16th. 2023..

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). Novo relatório da ONU: 43,2 milhões de pessoas sofrem de fome na América Latina e no Caribe e a região registra níveis de sobrepeso e obesidade superiores às estimativas globais. 9 de novembro de 2023. Available at: <<https://www.paho.org/pt/noticias/9-11-2023-novo-relatorio-da-onu-432-milhoes-pessoas-sofrem-fome-na-america-latina-e-no>>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

PINNA, Rute. Início. Geral. Concentração. Só 87 empresas controlam a cadeia produtiva do agronegócio. Brasil de Fato | São Paulo (SP), 04 de setembro de 2018, às 06:05. Available at: <<https://www.brasilefato.com.br/2018/09/04/so-87-empresas-controlam-a-cadeia-produtiva-do-agronegocio>>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO. Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. Sobre a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. Available at: <https://midia.mpf.mp.br/pfdc/hotsites/sistema_protecao_direitos_humanos/sobre_pfdc.htm>. Accessed on: Nonov.6th. 2023.

REDE SOCIAL DE JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS. Empresas Transnacionais e Produção de Agrocombustíveis no Brasil. p 25. 2014. Available at: <https://www.social.org.br/Empresas_transnacionais_e_producao_de_agrocombustiveis_no_Brasil.pdf>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

SAMBUICHI, Regina Helena Rosa; OLIVEIRA, Michael Angelo Constantino; SILVA, Ana Paula Moreira; LUEDEMANN, Gustavo. A sustentabilidade ambiental da agropecuária brasileira: impactos, políticas públicas e desafio. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. IPEA. 2012. Available at: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1050/1/TD_1782.pdf>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

SILVÉRIO, Flaviano Oliveira; SILVA, Joyce Grazielle Siqueira.; AGUIAR, Marcia Clara Santana; CACIQUE, Ane Patricia; PINHO, Gevany de Pinho (2012) Análise de agrotóxicos em água usando extração líquido-líquido com partição em baixa temperatura por cromatografia líquida de alta eficiência. Química Nova, v. 35, n. 10, p. 2052-2056. Available at: <<https://www.scielo.br/j/qn/a/VrVRztcPKzFSKTQdY79nhjF/#>>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

SILVIA, Ana Rachel Freitas da Silva. PAMPLONA, Danielle Anne. Os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos: houve avanços? p. 10. 2019. Available at: <Principios_Orientadores_da_ONU_para_empresas_e_direitos_humanos_houve_avancos_20191230_114879_kuisvm>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

SOCIAL. Empresas transnacionais e produção de agrocombustíveis no Brasil. p. 24. Available at: <https://www.social.org.br/Empresas_transnacionais_e_producao_de_agrocombustiveis_no_Brasil.pdf>. Accessed on: nov. 16th. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ restabelece andamento de processo sobre multa de R\$ 10 bilhões prometida pela J&F em acordo de leniência. Publicado em 23/11/2022. Available at: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/23112022-STJ-restabelece-andamento-de-processo-sobre-multa-de-R-10-bilhoes-prometida-pela-J-F-em-acordo-de-leniencia.aspx>>. Accessed on: nov.6th. 2023.

Adaptando Fronteiras Jurídicas: Navegando nas Transições Globais do Direito Internacional e do Constitucionalismo

Alessandra Monteiro Machado¹

Jade Caldas Sibalde²

Sumário: 1. Introdução; 2. O desenvolvimento progressivo do direito internacional como desafio da globalização: uma ordem em transição; 3. Os desafios que o constitucionalismo contemporâneo enfrenta na era da globalização; 4. Considerações Finais; 5. Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente artigo analisa transição do cenário internacional após a guerra fria para uma nova ordem global, desafiando as estruturas do direito internacional tradicional e o papel do constitucionalismo diante da globalização. Esse período de transição é impulsionado por mudanças socioeconômicas, políticas e culturais, conectando diferentes regiões em busca de uma união global. A evolução contínua desse novo contexto é evidente, marcada pela busca por uma coesão global que ultrapassa fronteiras e valoriza a cidadania mundial. Nesse cenário, há uma crescente integração entre o direito internacional e o direito interno, ampliando os direitos humanos como universais e envolvendo ativamente empresas e indivíduos no cenário internacional. O constitucionalismo contemporâneo enfrenta desafios significativos, onde a constituição assume um papel central na definição dos regimes políticos e na proteção dos direitos fundamentais. O debate sobre o papel das constituições diante de mudanças rápidas é evidente, exigindo um equilíbrio entre legalidade e democracia constitucional em um contexto global em constante transformação. A necessidade de adaptação contínua do direito internacional e constitucional é destacada, com ênfase na constitucionalização do direito internacional, na busca por uma ordem baseada no consenso e na cooperação, além da preservação dos valores dos direitos fundamentais. O trabalho busca ressaltar como as mudanças nas relações internacionais exigem uma abordagem flexível e adaptativa do direito para garantir uma ordem global que promova paz, justiça e respeito aos direitos humanos em um mundo cada vez mais conectado.

Palavras-Chave: Constitucionalismo; Global; Direito Internacional.

Abstract: this article examines the transition of the international scenario post-cold war towards a new global order, challenging the structures of traditional international law and the role of constitutionalism in the face of globalization. This transitional period is driven by socioeconomic, political, and cultural changes, connecting diverse regions in pursuit of a global unity. The ongoing evolution of this new context is evident, characterized by the pursuit of a global cohesion that transcends borders and values global citizenship. In this scenario, there is a growing integration between international law and domestic law, expanding human rights as universal and actively involving businesses and individuals in the international arena. Contemporary constitutionalism faces significant challenges, where the

¹ Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

² Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-graduada em Compliance e Governança Corporativa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), bacharel em direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

constitution assumes a central role in defining political regimes and safeguarding fundamental rights. The debate regarding the role of constitutions amidst rapid changes is apparent, demanding a balance between legality and constitutional democracy in a constantly transforming global context. The need for continuous adaptation of international and constitutional law is emphasized, with an emphasis on the constitutionalization of international law, in the pursuit of an order based on consensus and cooperation, alongside the preservation of the values of fundamental rights. The work aims to highlight how changes in international relations demand a flexible and adaptive approach to law to ensure a global order that fosters peace, justice, and respect for human rights in an increasingly interconnected world.

Keywords: Constitutionalism; Global; International Right.

1. Introdução

A transição pós-guerra fria para uma nova ordem global desafia os fundamentos do direito internacional tradicional. Esta transição, impulsionada por mudanças socioeconômicas, políticas e culturais, está moldando uma realidade em constante evolução, conectando diferentes regiões e culturas em busca de uma união global. O direito internacional, diante dessas transformações, está gradualmente incorporando novos princípios e mecanismos de proteção para se adaptar a essa nova realidade.

Paralelamente, o constitucionalismo contemporâneo enfrenta desafios significativos na era da globalização. A ascensão do estado constitucional de direito, com a constituição assumindo um papel central na definição dos regimes políticos, gera debates sobre o verdadeiro papel e a interpretação das constituições diante das demandas em rápida evolução. A força normativa das constituições, juntamente com o ativismo judicial, coloca em destaque a necessidade de equilibrar a legalidade e a democracia constitucional em um contexto global mutável.

Nesse sentido, o presente artigo busca tecer breves considerações sobre a temática, demonstrando como a complexidade dessas mudanças requer uma adaptação contínua do direito internacional e do constitucionalismo para enfrentar os desafios emergentes, como a busca por uma ordem global que respeite os direitos fundamentais e a democracia em um mundo cada vez mais interconectado.

2. O Desenvolvimento Progressivo do Direito Internacional como Desafio da Globalização: Uma Ordem em Transição

Com o fim da guerra fria³, a ordem internacional passa a ser substituída por uma

³ Eric HOBESBAWM ao analisar sobre o Fim da Guerra Fria e suas reais conseqüências descreve: “O fim da Guerra Fria provou ser não o fim de um conflito internacional, mas o fim de uma era. Os anos por volta de 1990 foram uma dessas viradas seculares. Mas, embora todos pudessem ver que o antigo mudara, havia absoluta incerteza sobre a natureza e as perspectivas do novo”. HOBESBAWM, Eric John Earnest. Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991). São Paulo: Companhia de Letras, 1995. p. 252. Ainda sobre o tema, vale frisar

nova ordem em “transição”. Em um passado recente, eventos como a queda do muro de berlim e o inevitável colapso da união soviética marcam a memória do direito internacional tradicional e modernamente devem ser vistos como um marco direcionador entre uma ordem tradicional e sua constante hegemonia, que passa inquestionavelmente para uma ordem em transição.

A nova ordem internacional ainda não está totalmente estabelecida devido às inúmeras mudanças que a sociedade contemporânea enfrenta em várias áreas, a exemplo da economia, política, tecnologia, ciência e cultura. Isso a torna uma ordem em transição, capaz de trazer novas perspectivas e oportunidades que conectam diferentes regiões, reduzindo as distâncias entre elas. Estamos buscando um genuíno sentimento global de união entre os povos, um cosmopolitismo que transcende fronteiras.

Diante de todos os acontecimentos que se desenharam nas últimas décadas, qual seria o peso da transição entre o pós-guerra e o novo milênio? Essa incerteza do que está por vir nos transpassa, gera uma insegurança, uma inversão de valores, de princípios, que em tese, deveriam estar totalmente solidificados para o bom funcionamento de qualquer sistema jurídico, mas percebemos que não é bem assim e o quanto essa nova sociedade internacional em transição depende e necessita de um direito como instrumento de regulação, onde tal instrumento é chamado a todo o instante para dar respostas a nova realidade.

Cada vez mais há um retorno à cidadania mundial – resgatando a doutrina kantiana do direito cosmopolita, focado nos povos em lugar dos estados⁴ a cidadania mundial possibilita o fortalecimento dos direitos fundamentais tão expressivos como os direitos humanos. Indo mais além, há convergência com o pensamento kantiano, onde o que se busca é uma sociedade internacional pacífica e perpétua de todos os povos, entre

os contributos do renomado prof. Dr. Paulo Roberto de Almeida quando cita: “o elemento singular mais relevante para a mudança de padrões nas relações internacionais contemporâneas nas últimas décadas do século XX, foi o fim do socialismo enquanto pólo articulador de um sistema sócio-econômico concorrente ao domínio tradicional do liberal- capitalismo. Essa dissolução de um sistema cujas estruturas de comando e denominação tinham sido até então consideradas como dotadas de uma certa rigidez, foi de certa forma inesperada, pois que ocorrida num momento no qual o socialismo do tio soviético buscava, precisamente, reformar-se e adaptar-se às novas condições da revolução tecnológica em curso, caracterizada pela microeletrônica e suas aplicações às telecomunicações. A derrocada do socialismo que, para todos os efeitos práticos, se confunde com o desaparecimento da própria União Soviética, foi fundamental para a superação substantiva do período conhecido como Guerra Fria e para a transição da bipolaridade para uma nova situação de equilíbrio e convivência entre grandes potências, cujos contornos não estão ainda bem definidos em termos de relações internacionais”. Cf. ALMEIDA, Paulo Roberto de. Os primeiros anos do século XX: o Brasil e as relações internacionais contemporâneas. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 79.

⁴ Para uma boa compreensão da afirmação de cidadania mundial é indispensável a leitura de Ricardo Lobo Torres. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. A afirmação do direito cosmopolita. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes et al. (Coord.). Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Celso D. Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 931 e seq.

os quais sejam estabelecidas relações fundadas em princípios de um direito global e cosmopolita⁵, onde a hospitalidade universal seria uma condição essencial.⁶

Não se pode deixar de observar a relação do direito interno com o direito internacional, no atual cenário contemporâneo. Observa-se que o direito é a nítida expressão da sociedade e, logo, tal expressão também envolve a sociedade internacional que se caracteriza pela multiplicidade de inter-relações jurídicas e atualmente global, nos mais diversos conjuntos.

De fato, o que se consubstancia é a imprescindível interpenetração cada vez mais profunda entre os dois ordenamentos jurídicos. Salienta-se que o direito internacional, além de ter como direcionador o estado, passa a atingir da mesma forma empresas, indivíduos que também atuam de forma constante e ativa no cenário internacional.

Essa é a nova realidade internacional, na qual existem outros protagonistas que induzem a realidade para transformações consideráveis do tipo: uma real ampliação dos direitos humanos como direito universal; implementação de foros e organizações internacionais que atuam ferrenhamente como verdadeiros legisladores universais; o alargamento da sociedade internacional a evasão de fronteiras regionais. De fato, houve uma interpenetração do direito internacional na esfera interna, e isso nos remete a salutar criação de normas conformadoras entre as duas ordens.

O que ocorre são as influências de uma diversificação do comportamento da sociedade global que está em constante transformação, é sem dúvida alguma a nova realidade internacional. Um dos fatores marcantes, em constante desvendar, refere-se à própria transformação da realidade internacional e como bem salienta o professor Luís Pereira Coutinho, essa transformação “não tem deixado de ser objeto de especial atenção ao nível da teoria das relações internacionais”⁷, em virtude de sua complexidade em relação à própria teoria normativa. E indo mais além, ressalta no âmbito da teoria crítica – ao passo que geralmente é vista de forma “prospectivamente e não retrospectivamente”⁸.⁸ assim, direcionando para uma evolução futura do construir das relações internacionais,

⁵ Cf. KANT, Immanuel. Doutrina do direito. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. p. 201. Também: KANT, Emmanuel. A paz perpétua e outros opúsculos. Tradução de Marco A. Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989. p. 137. No mesmo sentido contribui Luís P. Pereira Coutinho, ao ressaltar Kant, quando diz: “Na verdade, e caso se recupere a tripartição Kantiana, poder-se-á dizer que a ideia de direitos humanos releva, já não de uma ordem internacional ou de uma ordem interna, mas de uma ordem ‘terceira ordem’, dita de ‘Direito cosmopolita’ ou de Direito Público da Humanidade”.

⁶ Cf. COUTINHO, Luís P. Pereira. A realidade internacional. Introdução à teoria das relações internacionais. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 155.

⁷ COUTINHO, Luís P. Pereira. A realidade internacional. Introdução à teoria das relações internacionais. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 154.

⁸ COUTINHO, Luís P. Pereira. A realidade internacional. Introdução à teoria das relações internacionais. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 154.

porém devemos centrar, de forma construtiva, todo o desenvolvimento que forma motivo de análise dessa transformação. Na verdade, o autor centra seus estudos mais na retrospectiva e na prospecção de forma secundária.

Outro ponto que faz parte dessa nova transição imposta por essa nova ordem refere-se ao processo de internacionalização do direito constitucional e da constitucionalização do direito internacional. De fato, o que se busca é uma nova ordem internacional baseada no consenso e principalmente na cooperação.⁹

Podemos constatar no processo de globalização mudanças ocorridas dentro dos próprios sistemas políticos nacionais, que acabam por gerar consequência que antigamente nos pareciam totalmente distantes ou até mesmo alarmantes, mas atualmente merecem breves considerações, visto que possuem uma grande característica: a missão de reconstrução do estado¹⁰ e sua postura diante de uma nova realidade internacional que possibilite e auxilie nesse processo de redemocratização.

Estamos diante de um desenvolvimento progressivo do próprio direito internacional, e o mesmo dá sinais desse caráter de transição. Assim, vale frisar que são infundáveis as demonstrações de transição e nas mais diversas áreas. Se em uma fase anterior, as questões referentes à segurança e as questões bélicas eram o ponto focal das políticas externas nacionais, no que os renomados estudiosos das relações internacionais costumavam chamar de “highpolitics” não é mais fator predominante na atualidade. Nesta realidade internacional, estamos diante de uma verdadeira tendência em preservar os temas que, em um passado recente, seriam chamados de “low politics” como: meio ambiente, o comércio internacional, os direitos humanos, as desigualdades sociais. São temas que fazem parte das mais variadas agendas democráticas, devido a sua atual importância que faz parte dos foros negociadores internacionais.

Com a salutar necessidade de amparar tais acontecimentos, percebe-se nas últimas décadas o quanto o direito internacional caminha incessantemente e velozmente na tentativa de sua codificação, fato que ocorre positivamente em alguns moldes no âmbito

⁹ LAFER, Celso. Ordem, poder e consenso: caminhos de constitucionalização do direito internacional. In: BONAVIDES, Paulo (Coord.). As tendências atuais do direito público. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 110.

¹⁰ Essa reconstrução acontece no dizer de Luís Cláudio Cone da seguinte forma: “Quando os Estados nacionais fracassam e se veem incapacitados de assumir suas funções básicas, buscam apoio (em seu processo de reconstrução) em organismos inter-nacionais, entidades supra-estatais ou extra-estatais, para garantir a ordem e a segurança, atribuições, até há pouco, exclusivamente exercidas pelo soberano, ainda que de modo incompleto ou insatisfatório”. Cf. CONE, Luís Cláudio. A internacionalização do poder constituinte. Lições de Direito Constitucional. ROCHA, Maria Elizabete Guimarães, et al. (Coord.). A nova roupa do direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 495. Tal comentário nos parece de extrema valia, uma vez que se nota um maior compromisso com a democracia. Onde existe a abertura de novos operadores das relações internacionais, visto que, mesmo dentro das suas capacidades, desempenham de forma pacífica e harmônica uma integração.

das nações unidas, que confere à assembleia geral a missão de codificação (art. 13º, nº 1, alínea “a”).¹¹

De fato, ainda há muito pelo que lutarmos em busca de uma estrutura jurídica plausível e efetiva no plano internacional, que possibilite uma certa interação mais eficaz no plano regional, internacional e nacional. Ficamos com a certeza de que as mudanças ocorrem velozmente, mas ainda não sabemos que tipo de sistema de proteção normativo teremos.

3. Os Desafios que o Constitucionalismo Contemporâneo Enfrenta na era da Globalização

Em tempos de globalização e desde que o positivismo jurídico tradicional passa a ser questionado sobre a função do estado e do direito, torna-se salutar que democracias advindas de regimes totalmente autoritários busquem a maior efetividade dos processos democráticos e dos direitos fundamentais.

Com a transição do estado de direito para o estado constitucional de direito, a constituição torna-se o grande instrumento responsável pela forma dos regimes políticos, que se orienta por determinados princípios e passa a promover a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, além de estabelecer os poderes de governo. Trata-se da verdadeira constitucionalização do ordenamento jurídico.

Portanto, é notório que o contemporâneo constitucionalismo se encontra diante do conflito de propostas diversas, embora não antagônicas que procuram definir o papel que realmente deve exercer a constituição. Busca-se uma forma que possa oferecer aos mais céticos algumas respostas adequadas sobre o sentido e fundamentação da constituição do ponto de vista da imutabilidade normativa “cláusulas pétreas”, em detrimento de futuras gerações e sua força majoritária.

O que se percebe é a transformação do mundo contemporâneo em um bloco intercambiável, solidário com outras dimensões, que vem exigindo do estado uma atuação célere, em relação às crescentes demandas.

No que concerne à administração pública, esta passa a ser a verdadeira gestora dos interesses sociais, levando a uma releitura da legalidade administrativa, muitas vezes gerando um conflito entre o poder dos juízes que aparentemente nos caracteriza como uma sobreposição ao próprio direito.

¹¹ MIRANDA, Jorge; MEDEREIROS, Rui. Constituição portuguesa anotada: introdução geral preâmbulo artigos 1º ao 79º. Coimbra: Coimbra, 2005. t. 1. p. 55

Diante dessa nova percepção e considerando o paradigma da força normativa da constituição, os princípios constitucionais demonstram cada vez mais o quanto são normas abertas, sujeitando-se ao intérprete e aplicador do direito, funções típicas do poder judiciário. O que nos leva a crer que o ativismo judicial recebeu impulso do moderno constitucionalismo, mas precisamos ter em mente que tudo isso vem resultando na livre construção do direito pelo guardião da constituição.

Assim, submetendo os atos do poder público à definição dos critérios judiciais em função de uma flexível e subjetiva interpretação e, indo mais além, caberiam as palavras do nobre constitucionalista Lênio Streck, ao refletir:

O estado democrático de direito proporcionou uma nova configuração nas esferas de tensão dos poderes do estado, decorrente do novo papel assumido pelo estado e pelo constitucionalismo, circunstância que reforça, sobretudo, o caráter hermenêutico do direito.¹²

Um grande desafio do constitucionalismo contemporâneo é justamente a necessidade em manter-se a garantia da legalidade e a democracia constitucional. De fato, o direito contemporâneo prescinde de uma leitura à luz dos direitos fundamentais e da soberania popular para fomentar a realidade internacional. É notório que esse novo processo constitucional envolve valores, assim passa a ser parte efetiva via participação democrática, que passa a substituir a coercibilidade tradicional do sistema jurídico pela força dos princípios jurídicos.¹³

Aliás, é justamente no momento em que as constituições deixam de ser um simples esboço de princípios orientadores e que passam a se converter em verdadeiros sistemas de normas constitucionais com força jurídica vinculante, que estabelecem os mais rigorosos mecanismos de controle do poder, eis que assim apresentam com total contundência os efeitos da globalização econômica e nasce a impotência generalizada do estado face a tal fenômeno.¹⁴

O que devemos preservar são os valores, os princípios jurídicos e não a mera efetivação da constituição positivada como norma e força jurídica. Ora, bem sabemos que é necessária e indispensável uma real efetivação diante de um novo direito constitucional,

¹² Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 378. O livro nos direciona para a instigação de uma nova construção do direito e, num dos tópicos, o autor aborda de forma crítica a hermenêutica e a democracia: discricionariedades interpretativas, suas decorrências e conseqüências. Expõe como o problema é paradigmático.

¹³ Cf. QUEIROZ, Cristina. *Constituição, constitucionalismo e democracia*. MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 457 e seq.

¹⁴ Cf. GARCIA, Pedro de Vega. *Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual*. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 100, 1998. p. 29.

que sem dúvida alguma, resguarde a preservação dos valores dos direitos fundamentais.

A partir do paradigma do pluralismo jurídico emergente da globalização, deve-se urgentemente adequar-se à nova realidade constitucional imposta pela nova realidade internacional que certamente impõe constantemente “pontos de partida da compreensão/explicação do ‘mundo’ subjacente ao chamado constitucionalismo global”.¹⁵ indo mais além, percebe-se claramente que os pontos de partidas seriam: democracia e os próprios caminhos para a democracia, por tais razões considera-se como um verdadeiro veículo de inserção e imprescindível intensificador da paz entre os povos.

Sobretudo, as relações internacionais exercem um papel preponderante para o constitucionalismo contemporâneo, em virtude de amenizar os desafios advindos com o processo da globalização. Assim, passam a desempenhar um papel regulador no que pertine ao direito internacional e, nesse aspecto, salientamos a imposição advinda com o núcleo duro de jus cogens.

Alega-se, através da doutrina e nesse caso cita-se gomes canotilho, quando refere sobre o jus cogens alegando ser um verdadeiro “vertebrador quer da política e relações internacionais”¹⁶. Com isso, percebe-se a presente evolução da sociedade desenvolvida no cenário internacional, sendo assim o “jus cogens” merece breves considerações para podermos compreender melhor o atual rumo das fontes, das regras e das normas no plano internacional.

Nota-se, com grande relevância, uma nova tendência de produção de normas no direito internacional e observa-se que são totalmente opostas, sendo que: no que cabe ao jus cogens, percebe-se que são consideravelmente rígidas e, no que se refere ao soft law, são meramente flexíveis. Contudo, o que nos permite e nos direciona para um olhar mais curioso é a finalística, tanto do jus cogens como do soft law, visto que ambas atingem os estados, cabe, porém, verificar qual a intensidade e como essas normas jurídicas vinculam e obrigam os estados.

¹⁵ Indo mais além, José Joaquim Gomes Canotilho, elenca os traços desse novo paradigma emergente da seguinte forma: 1) alicerçamento do sistema jurídico-político internacional não apenas no clássico paradigma das relações horizontais entre estados (paradigma hobbesiano/westfaliano, na tradição ocidental) mas no novo paradigma centrado nas relações entre Estado/povo (as populações dos próprios estados); 2) emergência de um jus cogens internacional materialmente informado por valores, princípios e regras universais progressivamente plasmado em declarações e documentos internacionais; 3) tendencial elevação da dignidade da pessoa humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalistas. Este paradigma emergente que alguns pretendem designar como constitucionalismo global não está ainda em condições de neutralizar o constitucionalismo nacional. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. 11. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1369 e seq.

¹⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. 11. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1370.

O *jus cogens*¹⁷ está muito ligado ao direito internacional geral, sendo reconhecidos pela sociedade internacional, com relação direta com as normas de direito internacional. Indo mais além, alguns doutrinadores chegam a revelar que existem alguns princípios fundamentais de direitos internacional e os mesmos são formados por um corpo de *jus cogens*.

Há uma imensa necessidade por parte da doutrina de tentar classificar alguns princípios como fundamentais, talvez pelo fato de sua importância dentro do contexto internacional e também nacional, sendo princípios que possuem uma força normativa muito grande. Sabemos perfeitamente que não existe hierarquia entre as fontes, porém é considerável a carga estruturante que revela os princípios, que acabam por falsamente desempenhar uma certa hierarquia e, nesse sentido, concebe-se o *jus cogens* (norma geral de direito internacional), sendo que ficaria claramente demonstrado que os princípios não poderiam ser alterados por tratados ou costumes, tanto que podemos vislumbrar pelo art. 53º, da convenção de Viena sobre os tratados.

Outra tendência visível da globalização refere-se à inversão dos problemas internacionais e aos problemas internos de cada país. É cada vez mais perceptível que os internacionais já não são apenas parte dos nacionais, nos demonstrando assim, que passaram a estar acima deles. Colocaram-nos sob sua dependência. Os problemas nacionais evidentemente continuam sendo de extrema relevância para seus respectivos povos. O que se percebe é a instabilidade, em resposta ao próprio desenvolvimento mundial que, a cada dia, nos é mais instável nos acontecimentos. Uma prova disso é o 11 de setembro e a invasão do Iraque. Tudo indica que os problemas nacionais deixaram de comportar soluções efetivas e duradouras na falta de um contexto mundial mais favorável. De fato, é preciso criar um ambiente internacional que contribua para a solução dos problemas nacionais e que não dificulte cada vez mais sua solução.

A criação de uma jurisdição universal só viria a fomentar questões que exigem de ambos os planos um tratamento rápido, único e eficaz, diante de um consenso prévio dos estados que convencionaram tal intenção.

Diante dos desafios, eis que surge uma indagação em torno da atual incapacidade de respostas, tanto por parte dos estados e até mesmo do direito às relações internacionais, no que tange a um pensamento único em relação a uma constituição global ou mundial. Seria possível diante desse cenário tão conturbado?

¹⁷ Sobre essa temática, ver FIORATI, Jete Jane. *Jus cogens: as normas imperativas de direito internacional público como modalidade extinta dos tratados internacionais*. Franca: Unesp, 2002. p. 155; Também RODAS, João Grandino. *Jus cogens em direito internacional*. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 69, fasc. 2, 1974. p. 125 e seq.

A fragmentação das sociedades cresce velozmente, pelos mais variados fatores culturais, ao ponto de desacreditarmos no consenso, de fato tem sido algo cada vez mais distante em matéria de preservação constitucional dos direitos fundamentais, em relação às liberdades fundamentais. Sobre esse aspecto, a Europa nos parece mais engajada nessa tentativa, vejamos o comportamento do TUE – tratado da constituição europeia. Na atualidade que vislumbramos, não deixa de ser uma verdadeira constituição em moldes transnacional, pois necessário salientar que o presente documento não mais considera-se pela sua desenvoltura como um simples tratado, em virtude de adquirir novas proporções, tanto que é um verdadeiro organismo político de toda a União Europeia. Um exemplo bem claro surge desde a tentativa realizada pelo tratado da União Europeia que hoje concretiza-se com o tratado de Lisboa.¹⁸ Quem sabe em um futuro próximo, vivenciamos uma constituição global.

Assim, não restam dúvidas que estamos diante de “tendências”, sendo que a prática nos direciona em uma busca por novos caminhos, mesmo diante de tantas críticas. As novas tendências atingem as mais diversas áreas e os movimentos constitucionalistas se desenvolvem de forma natural. O curioso é que no âmbito do projeto cosmopolita de Kant, o mesmo desenvolve a ideia da ampliação do conceito de “constituição” do âmbito nacional a um nível mundial, através de uma república mundial, antecipando assim a defesa

¹⁸ Sobre essa temática é indispensável os contributos de Ana Maria Guerra Martins ao demonstrar, a seguinte perspectiva: “O Tratado da União Europeia organiza o poder político dentro da União Europeia, através da repartição de atribuições entre os Estados Membros e a União, bem como da repartição dos poderes entre os órgãos da União, estabelecendo as bases que permitem desenvolver a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. O Tratado encontra-se numa posição hierárquica superior tanto em relação às normas produzidas na União como em relação às normas de produção estadual, prevendo mesmo o controle judicial da constitucionalidade e da legalidade das mesmas. Além disso, o Tratado contém regras mais rígidas para a sua revisão do que para a elaboração do direito derivado. De referir ainda que o Tratado tem subjacente ideia de Direito que assenta nos valores da liberdade, da democracia, dos Estado de Direito, da proteção dos direitos fundamentais, da justiça social e do pluralismo cultural, isto é, possui uma base axiológica própria. É evidente que a aceitação do caráter constitucional do Tratado da União Europeia pressupõe a libertação dos postulados tradicionais da ciência política, que vêm desde o século XVIII, pois só assim se pode admitir a autonomia da noção de constituição em relação ao Estado. A teoria constitucional da pós-modernidade tem de partir de um constitucionalismo global, no qual a constituição estadual deve ser encarada como uma das suas partes componentes a par de outras. A constituição da União Europeia é uma constituição cujo poder constituinte não é produto de uma ruptura com a ordem constitucional vigente, mas antes evolui lentamente, manifestando-se, sobretudo, através de um poder de revisão, de adesão e de desenvolvimento. Esta constituição encontra-se ainda em formação, pelo que existem certos problemas que não estão satisfatoriamente resolvidos, como, por exemplo, o da sua legitimidade democrática. Trata-se de uma constituição em transformação, a qual sofre a influência de todos os intervenientes no processo de integração. A constituição da União não é auto-suficiente, necessitando das constituições dos Estados membros, que completa e é por elas completada. Por fim, a constituição da União é uma constituição que não tem, à partida, fins determinados”. Cf. MARTINS, Ana Maria Guerra. Estudos de direito público: direito da União Europeia direito internacional público direito constitucional. Coimbra: , 2003. v. 1. p. 165 e seq. Vale frisar, os irlandeses rejeitaram em referendo, em junho de 2008, o Tratado de Lisboa é considerado a versão mais suave já proposta para a Constituição Europeia. Aliás, o respectivo documento que entrou em vigor em 1 de dezembro de 2009, passa a conferir à União Europeia instituições modernas e métodos de trabalho eficientes que lhe permitirão dar uma resposta efectiva aos desafios actuais da globalização.

da constitucionalização das relações internacionais tão em voga atualmente.¹⁹

Outro ponto que merece ser analisado refere-se à necessidade imposta aos estados em acompanhar as mudanças advindas com o novo cenário global. De fato, salientamos que, para uma boa política global, os estados irreversivelmente necessitam crescer para além das típicas formas de cooperação intergovernamental.

É preciso uma interação com os novos atores do cenário internacional e que, aliás, também surgem na seara nacional, são os efeitos do redirecionamento da globalização que afetam tanto os estados, que pedem o reforço de medidas e de normas nacionais como também o reforço internacional, pois o verdadeiro desafio emergente reside justamente nesse comportamento dos novos atores globais, em virtude de buscarem sem controvérsias a eficácia das normas e isso independe do local de atuação.

4. Considerações Finais

Com a transformação do cenário internacional, verificamos dentro da seara dos princípios uma mudança em relação a sua prevalência, ou seja, alguns princípios que eram considerados princípios fundamentais de extrema relevância nas décadas passadas perdem seu lugar de prevalência em detrimento de outros princípios e, diga-se de passagem, alguns deles nem estão elencados na carta das nações unidas.

Eis que estamos diante dos novos contornos do cenário internacional, em que princípios de prevalência global, coletiva estão indubitavelmente na pauta das grandes reuniões e anseios da humanidade.

O panorama global contemporâneo evidencia uma transição significativa no cenário internacional, desafiando as bases do direito internacional tradicional e redefinindo o papel do constitucionalismo diante da era da globalização. Nesse contexto de mudança, o direito internacional se adapta gradualmente, incorporando novos princípios e mecanismos de proteção para enfrentar os desafios emergentes. Observa-se uma crescente busca por uma ordem global que respeite os direitos fundamentais e promova a democracia em um mundo cada vez mais interconectado.

A ascensão do estado constitucional de direito impulsiona debates sobre o papel das constituições diante das demandas em rápida evolução. O constitucionalismo contemporâneo enfrenta o desafio de conciliar a legalidade e a democracia constitucional em um contexto global mutável, onde a constituição assume um papel central na definição

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. ¿Es posible una constitución política para la sociedad mundial pluralista? Law and justice in a global society. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Granada. n.º 39/2005, p. 107 e segs.

dos regimes políticos e na promoção dos direitos fundamentais.

A complexidade dessas mudanças exige uma constante adaptação do direito internacional e do constitucionalismo para lidar com os novos paradigmas. A ampliação dos direitos humanos como um direito universal, o fortalecimento da cidadania mundial e a interpenetração entre o direito interno e internacional destacam-se como aspectos-chave desse processo.

A busca por uma ordem internacional baseada no consenso e na cooperação, assim como a necessidade de preservar os valores dos direitos fundamentais, são elementos essenciais para a construção de um novo paradigma constitucional diante da globalização. A jurisdição universal, a constitucionalização do direito internacional e a criação de uma estrutura jurídica efetiva no plano internacional representam desafios cruciais que demandam reflexão e ação contínuas.

Em suma, o dinamismo das relações internacionais e as transformações da sociedade global exigem uma abordagem flexível e adaptativa do direito, tanto internacional quanto constitucional, para enfrentar os desafios emergentes e garantir uma ordem global que promova a paz, a justiça e o respeito aos direitos humanos em um mundo cada vez mais interligado.

4. Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, Paulo Roberto de. As relações internacionais na ordem constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 26, n. 101, jan. /mar. 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 11. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.
- COUTINHO, Luís P. Pereira. *A realidade internacional. Introdução à teoria das relações internacionais*. Coimbra: Coimbra, 2011.
- CONE, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte. Lições de Direito Constitucional*. ROCHA, Maria Elizabeth Guimaraes, et al. (Coord.). *A nova roupado direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- FIORATI, Jete Jane. *Jus cogens: as normas imperativas de direito internacional público como modalidade extinta dos tratados internacionais*. Franca: Unesp, 2002.
- HABERMAS, Junger. *The European National States: its achievements and its limits. On the Past and Future of Sovereignty and Citizenship*. In: *Challenges to Law at the End of the 20 th. Century*. Bologna, v. 7, 1995.
- HOBSBAWM, Eric John Earnest. *Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)*. São Paulo: Companhia de Letras, 1995.
- TORRES, Ricardo Lobo. *A afirmação do direito cosmopolita*. In: *DIREITO*, Carlos Alberto Menezes *et al.* (Coord.). *Novas perspectivas do direito internacional*

- contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Celso D. Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- KANT, Emmanuel. A paz perpétua e outros opúsculos. Tradução de Marco A. Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989.
- _____. A paz perpétua e outros opúsculos. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Free-books, 1995.
- _____. Doutrina do direito. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.
- GARCIA, Pedro de Vega. Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual. Revista de Estudios Políticos, Madrid, n. 100, 1998.
- LAFER, Celso. Ordem, poder e consenso: caminhos de constitucionalização do direito internacional. In: BONAVIDES, Paulo (Coord.). As tendências atuais do direito público. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- MARTINS, Ana. Estudos de direito público: direito da união europeia direito internacional público direito constitucional. Coimbra: , 2003. v. 1.
- MIRANDA, Jorge; MEDEREIROS, Rui. Constituição portuguesa anotada: introdução geral preâmbulo artigos 1º ao 79º. Coimbra: Coimbra, 2005. t. 1.
- QUEIROZ, Cristina. Constituição, constitucionalismo e democracia. MIRANDA, Jorge (Org.). Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996.
- STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Fronteiras Internas nas Sendas da Cidadania: Dilemas da Migração Sul-Sul

Internal Borders on the Paths of Citizenship: Dilemma of South-South Migration

Alex Fabiano de Toledo¹

Ineiva Terezinha Kreutz²

João Ricardo Lemes³

Sumário: 1. Introdução; 2. Fronteira e Cidadania; 3. Migração, Neoliberalismo e a Multiplicação das Fronteiras; 4. Migração Sul-Sul e Fronteiras Internas; 5. Considerações Finais.

Resumo: A presente reflexão buscou explorar o conceito de fronteiras internas, entendidas aqui como as linhas de demarcação que separa os migrantes dos direitos de cidadania. Apoiada na revisão bibliográfica e tendo como recorte a Migração Sul-Sul, esta análise constatou que, aos obstáculos particulares da condição de “não nacional”, somam-se os dilemas atinentes ao capitalismo de tipo dependente que se desenvolveu no Sul Global, em especial o frágil padrão de proteção social e a superexploração da força de trabalho.

Palavras-chave: Migração Internacional; Migração Sul-Sul; Fronteiras; Cidadania.

Abstract: This reflection sought to explore the concept of internal borders, understood here as the demarcation lines that separate migrants from citizenship rights. Supported by the bibliographical review and taking South-South Migration as a focus, this analysis found that, in addition to the particular obstacles of the “non-national” condition, there are added the dilemmas relating to the dependent type of capitalism that developed in the Global South, especially the fragile standard of social protection and the superexploitation of the workforce.

Keywords: International Migration; South-South Migration; Borders; Citizenship.

1. Introdução

Este texto tem como objetivo explorar o conceito de *fronteiras internas*, entendidas aqui como extensões das fronteiras geográficas. Parte da proposição do cientista político italiano Sandro Mezzadra (2015), para quem a fronteira não se trata de uma “coisa”, mas de uma “relação social” que expressa a contradição entre o controle e a rebeldia. Do mesmo modo, retoma as premissas de Villen (2018) e Basso (2018), autores que problematizam a relação entre a brutalidade da gestão internacional da migração e a funcionalidade da migração ao mercado de trabalho, a síntese a que chegaram esses estudiosos é a de que o controle da migração contemporânea busca disciplinar um contingente de trabalhadores temporários e sem nenhum direito.

¹ Assistente Social e Professor Pós-Doutor de Serviço Social do Instituto Politécnico de Viseu, ESTGL - Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Lamego, Portugal. E-mail: alextoledo@hotmai.com

² Assistente Social e Professora Doutora de Serviço Social da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, campus de Toledo, Paraná, Brasil. E-mail: ineivakreutz@gmail.com

³ Assistente Social e Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Serviço Social e Política Social da Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: rcrdlemes@gmail.com

Esta reflexão se mostra pertinente diante de um contexto em que o neoliberalismo impõe suas garras sobre os processos de deslocamento humano, fazendo proliferar fronteiras das mais distintas ordens e por todos os espaços percorridos pelos migrantes a fim de submetê-los à nova gestão do trabalho sob o regime flexível. No contexto da Migração Sul-Sul, como buscaremos demonstrar, os efeitos do neoliberalismo sobre a condição de vida e de trabalho dos migrantes são brutais, uma vez que as fronteiras atinentes à migração se somam às fragilidades do padrão de proteção social e da superexploração do trabalho, característicos dos países de capitalismo do tipo dependente.

De modo a não esgotar o assunto, este estudo de natureza qualitativa, portanto, apoiado na revisão bibliográfica acerca do debate da fronteira e dos direitos de cidadania, introduz nas suas quatro seções argumentativas temas que julgamos pertinente para uma aproximação aos desafios que se colocam no cotidiano dos migrantes periféricos que se instalam na periferia do capital.

2. Fronteira e Cidadania

*Así pasa la vida en los márgenes de este mundo
(Marwán & Nach, Lo llaman vida)*

A fronteira tem sido historicamente utilizada para designar tanto um limite territorial geográfico, quanto uma linha “imaginária” de demarcação que se desloca das bordas para o centro dos territórios, incidindo sobre as relações sociais e, assim, explorando os limites entre as classes, as nacionalidades, as raças e os sexos.

A fronteira, como adverte Nogueira (2021), possui múltiplos significados, uma vez que envolve noções e práticas ligadas a distintos atores sociais (habitantes, pesquisadores, agentes públicos, juristas, Estados etc.) e, segundo as dimensões econômicas, políticas e ideológicas de cada momento histórico. Em sendo assim, em determinadas conjunturas, as fronteiras estão mais fechadas evidenciando o seu conteúdo segregacionista; bem como, há contextos em que elas adquirem um componente integracionista, na medida em que estão relativamente abertas. Portanto, a fronteira é, antes de tudo, um lugar de luta e um objeto de disputa. Disputa que reflete até mesmo no âmbito da sua definição conceitual.

Embora as fronteiras geográficas ocupem relevância nos estudos migratórios (sobretudo porque é o lugar em que o “direito de migrar” é posto em xeque), partimos da compreensão de que o termo “fronteira” não diz respeito apenas à demarcação territorial:

Ela é fronteira de muitas coisas: fronteira da civilização (demarcada pela barbárie que nela se oculta), fronteira espacial, fronteira da cultura e visões

de mundo, fronteira de etnias, fronteira da história e da historicidade do homem. E, sobretudo, *fronteira do humano* (Martins, 2016, p. 11).

Desse modo, a fronteira, para a qual chamamos a atenção, é aquela que faz referência às linhas de demarcação interna que, ao mesmo tempo em que separam o cidadão do *não* cidadão, guardam intrínseca relação com os marcadores de dominação e exploração. Isso não implica na omissão – ou desconhecimento - dos impactos das fronteiras geográficas, ao contrário, o que chamamos de fronteiras internas estão, no contexto migratório, em íntima relação com os limites territoriais. Como se as fronteiras *externas* e *internas* fossem duas faces (diferentes) de uma mesma moeda.

As fronteiras desenhadas pelas políticas migratórias, com suas regras, condições e modalidades de acesso e de inclusão, mantêm uma estreita relação com as fronteiras físicas e simbólicas já presentes e ativas dentro da própria sociedade que as levanta, a de destino. As fronteiras externas, muitas vezes, representam uma extensão das fronteiras internas (Romizi, 2021, p. 143).

Além disso, no âmbito crítico, a relação entre fronteiras geográficas e internas é capaz de explicar o prolongamento da condição social de migrante. Ou seja, para além da seleção e do controle dos fluxos migratórios - flagrante em termos de violações de direitos humanos e da produção da indocumentação, como tratamentos destinados à migração “indesejada” - no contexto da fronteira geográfica, o fenômeno observado por Mezzadra (2015), acerca da multiplicação e do fortalecimento das fronteiras internas, sugere que as últimas também são funcionais ao aprofundamento dos marcadores de dominação e de exploração que perpassam e estruturam todos “os espaços percorridos pelos migrantes” (Mezzadra, 2015, p. 19), da borda territorial às relações sociais.

Isso significa para nós que os múltiplos elementos (jurídicos e culturais, sociais e econômicos, simbólicos e linguísticos) constitutivos do conceito e da instituição da fronteira tendem hoje, frequentemente, a se desenvolver em direções diferentes [...] [que] devem ser criticamente analisadas para entender como elas se sobrepõem, se conectam e entram, inclusive, em choque umas com as outras de maneiras muitas vezes imprevisíveis, ajudando a moldar novas formas de dominação e exploração (Mezzadra, 2015, p. 20).

Conforme Sayad (1998), a condição social de migrante – atrelada à sua funcionalidade ao mercado de trabalho – é forjada pela tríade fronteira-Estado-mercado. Isto posto, antes de tudo, a migração internacional, no seu componente diferencial, que implica “uma mudança do indivíduo entre duas entidades, entre dois sistemas políticos diferentes” (Reis, 2004, p. 150) - tem sido, desde a constituição do Estado-nação e dos seus limites territoriais,

um objeto exclusivo da soberania do Estado: cabe a essa instituição (e somente a ela) decidir quem entra e quem deve permanecer no seu espaço, bem como, quem pode usufruir dos direitos de cidadania. Isso equivale dizer que, por mais que tenha havido avanços *formais* significativos no âmbito do direito internacional em matéria de direitos humanos, a concepção dominante de cidadania continua vinculada à nacionalidade. Assim, a fronteira é, entre outras coisas, lugar exemplar da tensão entre os direitos humanos (internacionais) e os direitos de cidadania (nacional). Emblemático desse impasse é o paradoxo do “direito de migrar”. Por exemplo, o artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), assegura o direito de todo ser humano deixar o país de nascimento, porém, nada se diz a respeito da obrigatoriedade de um Estado receber um “não-nacional”.

Para além das tensões erigidas nas fronteiras geopolíticas, há que destacar a saga interna pela cidadania ao migrante. Ainda que possam ser apreendidos avanços nas políticas migratórias domésticas - ao menos em termos de América Latina -, a exemplo da Lei da Migração brasileira de 2017, diversos estudos produzidos em diferentes regiões do Brasil evidenciam que entre a positivação e a materialização dos direitos ainda persiste uma verdadeira “Muralha da China”, que diz respeito ao padrão de proteção social brasileiro (Silva, 2000), mas também ao não reconhecimento dos migrantes enquanto sujeitos de direitos (Faquin *et al.*, 2018).

Nota-se, conforme Reis (2004), que a extensão formal de alguns direitos aos migrantes, embora importante, não garante a sua materialização, nem tampouco, “o fato de os estrangeiros gozarem de um maior número de direitos hoje [...] modifica a natureza da cidadania. O estrangeiro continua numa situação precária em relação ao cidadão” (Reis, 2004, p. 159). Na prática, ao migrante “[...] além de transpor a fronteira geopolítica, outras fronteiras se apresentam e se impõem em suas vidas: são as fronteiras da cidadania, dos direitos, da proteção social, do trabalho, das desigualdades sociais, da xenofobia, do racismo, da liberdade, da mobilidade” (Kreutz, 2021, p. 257).

Tudo isso indica que a extensão dos direitos e a concretização da cidadania dependem ainda da capacidade desses sujeitos de incidirem na correlação de forças, ou, ao menos, de ultrapassarem as diversas fronteiras. Daí, portanto, a importância da problematização das fronteiras internas nas sendas da busca pelos direitos de cidadania.

Nessa perspectiva, parte-se das fronteiras internas conceitualizadas por Mezzadra *et al.* (2016) a partir de uma proposta que eleva a fronteira como método de abordagem da relação entre migração, mercado e Estado. Para esses autores, a fronteira, como uma relação social, imprime um processo contraditório de subordinação e subjetivação. Nessa luta de

contrários, como bem explicam, o casal soberano Estado/mercado, projetam criativos meios de realizar o “sonho” (neo) liberal de submeter os fluxos migratórios à regência do mundo do trabalho, bem ao gosto das tendências de precarização e flexibilização. Aplicada a esta reflexão, as fronteiras “internas” podem servir como recurso analítico sobre as distintas barreiras que se impõem entre os migrantes e os direitos de cidadania.

3. Migração, Neoliberalismo e a Multiplicação das Fronteiras

O mais recente relatório publicado pela OIM – Organização Internacional para as Migrações (ONU) estima que, em 2021, havia no mundo cerca de 281 milhões de pessoas fora dos seus países de nascimento. O documento também destaca um aumento significativo do contingente de migrantes internacionais em comparação com os dados da década de 1970: em um intervalo de apenas 50 anos, houve o incremento de mais 200 milhões de pessoas deslocadas (Mcauliffe *et al.*, 2021). Por sua vez, as estatísticas acerca dos refugiados não são menos dramáticas: 36 milhões de pessoas, segundo o ACNUR, foram forçadas a migrar em decorrência de “grave ameaça à vida”, até 2021. A maior parte das “fugas” ocorreu dos países do Sul Global e, também são nos países periféricos onde 83% dos refugiados estão instalados (UNHCR, 2022).

Esse quadro incita uma reflexão mais detida na mudança dos padrões migratórios nos últimos 50 anos e do papel que as fronteiras (geográficas e internas) vêm assumindo no direcionamento e no controle dos fluxos, bem como no rebaixamento das condições de vida e de trabalho dos migrantes no conjunto da classe trabalhadora.

Disso, supõe-se que o expressivo aumento da migração internacional, desde a década de 1970, mantém uma relação intrínseca com a nova ofensiva capitalista dos finais do século XX, sobretudo com as políticas neoliberais. Do mesmo modo, a restrição da migração como uma marca do “padrão neoliberal da migração” e, cujo mote consiste no fortalecimento e na multiplicação de fronteiras, segue *pari passu* às necessidades do capital mediante a acumulação flexível que marca essa quadra histórica.

Patricia Villen (2018) resgata que até a década de 1970, em razão da expansão do capitalismo europeu e estadunidense conduzido pelo padrão de produção fordista, as fronteiras estavam “relativamente abertas” à migração internacional, mais do que isso, os migrantes eram *recrutados* pelos próprios Estados no fito de suprir a demanda de força de trabalho.

Com “a grande virada” (Harvey, 2008) se abre uma nova fase de acumulação assentada no processo de mundialização do capitalismo sob a hegemonia financeira. Segundo

Pietro Basso (2018, p. 351), a necessidade vital de ampliação - sem limites - da escala de produção tem estimulado a integração subordinada dos países do Sul Global nos círculos produtivos, agudizando ainda mais as contradições do capitalismo dependente, pois além da exploração dos recursos naturais, intensifica-se na periferia a exploração da força de trabalho vivo submetida a jornadas cada vez mais intensas, longas e atípicas.

Para Harvey (2007), o neoliberalismo obteve o grande sucesso de aprofundar a distribuição de riqueza e de poder das classes mais baixas às mais altas e dos países mais pobres aos mais ricos. Nessa trama, o Estado exerce um papel “crucial” tanto de apoiar a drenagem de riqueza quanto no controle – muitas vezes por meio da violência - da população indignada. Assim, o autor chama a atenção para os processos em curso de “acumulação por expropriação” que envolvem ao menos quatro elementos: a) a privatização de serviços e atividades antes consideradas como do âmbito estatal, agora abertas a exploração do mercado – em especial as políticas sociais; b) a desregulamentação do sistema financeiro, abrindo margem para todo tipo de “especulação, predação, fraude e gatunagem”; c) a exploração por meio da “dívida pública” que onera demasiadamente os países do Sul-Global e d) a distribuição de riquezas via Estado: ou seja, na medida em que os gastos sociais são reduzidos e os direitos de cidadania solapadas, o Estado além de criar condições “ótimas” para a acumulação, absorve os prejuízos do mercado via transferência de recursos públicos para os cofres privados. Em última análise, o neoliberalismo criou um tipo de Estado que parece arquitetar os alicerces para o saque contínuo à maneira de um *Robin Hood* às avessas, “isto é, [...] uma gritante regressividade na distribuição da riqueza (entre indivíduos, classes e nações)” em que “os despossuídos de bens materiais e financeiros [...] sustentam os possuidores desses bens” (Pereira, 2013, p. 16).

Para além de fomentar uma migração decorrente do desemprego e da desproteção social, esse padrão de acumulação também vem ultrapassando limites históricos da sobrevivência humana. Na linha do horizonte entre a barbárie e o socialismo, Mézáros (2011) chama a atenção para a liberação de dois “cavaleiros apocalípticos” pela sanha de lucro, que muito tem a ver com duas formas de migração evidenciadas nos últimos anos, quais sejam, os refugiados das guerras imperialistas e os refugiados climáticos ou ambientais.

Os rebatimentos desses processos em curso sobre a migração contemporânea são inequívocos, evidenciam tanto as causas estruturais do rebaixamento das condições de vida e de trabalho que impulsionam a “expulsão” nos países do Sul, como também explicam o fortalecimento das fronteiras que buscam barrar a entrada de um contingente de mão de obra superior à necessidade do mercado de trabalho. Assim, entende-se que a migração no

capitalismo contemporâneo é senão um processo paradoxal, ao mesmo tempo em que não se trata de uma “emergência”, tendo em vista que os múltiplos fatores imediatos de expulsão (fome, violência, guerra, desastres ambientais entre outras) estão associados à tendência de concentração e acumulação de riquezas, também funciona como uma recomposição de mão de obra explorável.

Portanto, não se trata mais de uma migração recrutada bem ou mal agraciada com poucos direitos de residência, daí a ênfase na interlocução das fronteiras externas e internas, que envolvem tanto a militarização das fronteiras com o objetivo de barrar o *excesso de migrantes* ao mesmo tempo em que as legislações migratórias são reformuladas na perspectiva da segurança nacional e outros obstáculos emergem diante da concretização dos direitos de cidadania aos migrantes. Ao fim e ao cabo, o padrão migratório neoliberal segue a premissa aventada por Basso: não se trata de nenhuma migração, mas de uma migração sem nenhum direito.

4. Migração Sul-Sul e Fronteiras Internas: Dilemas Latino-Americanos

[...] viver entre fronteiras é experimentar uma das muitas faces do embrutecimento das condições de vida e de trabalho como produto imediato da crise estrutural do capital. A vida nesses limites - próprios das contradições insolúveis do capitalismo -, submete à prova o conjunto dos instrumentos jurídicos dos direitos humanos [...] bem como lança questionamentos às chamadas intervenções “humanitárias” (Lemes *et al.*, 2023, p. 9).

Uma recente pesquisa realizada com 25 agentes que trabalham na proteção social dos migrantes periféricos nas mais dinâmicas fronteiras da América Sul, publicada pela OIM (Miranda, 2023), revela a predominância de 15 indicadores⁴ de que a vida migrante nessas fronteiras está exposta à diversos riscos e submetida a um conjunto de violações dos direitos humanos.

A contribuição do estudo citado consiste na sugestão de que os riscos no contexto de fronteira não se resumem aos perigos da travessia irregular – como a única alternativa de

⁴ Os principais riscos mencionados são: 1) Sequestro, desaparecimento forçado, prisão e/ou detenção arbitrária ou ilegal; 2) Ataques a civis e outras mortes ilegais e ataques a propriedades civis; 3) Separação infantil e familiar forçada; 4) Casamento infantil, precoce ou forçado; 5) Discriminação e estigmatização, negação de recursos, oportunidades, serviços e/ou acesso humanitário; 6) Desinformação e negação de acesso à informação; 7) Recrutamento forçado e associação de crianças em forças e grupos armados; 8) Violência de gênero; 9) Impedimentos e/ou restrições ao acesso à identidade jurídica, aos recursos e à justiça; 10) Presença de minas e outros artefatos explosivos; 11) Abuso psicológico/emocional ou sofrimento infligido; 12) Roubo, extorsão, despejo forçado ou destruição de bens pessoais; 13) Tortura ou tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante; 14) Tráfico de seres humanos, trabalho forçado ou práticas análogas à escravidão; 15) Impedimentos ilegais ou restrições à liberdade de circulação, cerco e deslocamento forçado (Miranda, 2023, p. 4, tradução nossa).

entrada destinada a essa “humanidade que tudo perdeu e a quem tudo foi roubado” (Boschetti, 2017, p. 56)⁵ -, mas também diz respeito à ausência de proteção social ao migrante que já se encontra ao *lado de cá* das fronteiras geográficas. Nas cidades brasileiras que fazem fronteira com a Venezuela – com destaque para Pacaraima -, por exemplo, o relatório aponta que os maiores riscos estão relacionados, respectivamente, às fronteiras acesso aos serviços de saúde e educação e também à difícil integração dos migrantes no mercado de trabalho formal⁶. Mais do que uma particularidade da condição de migrante, esses três indicadores fazem referência direta aos antigos dilemas latino-americanos, quais sejam, à ausência histórica de amplos e robustos sistemas de proteção social (Silva, 2000), assim como à estrutura do mercado de trabalho, onde imperam o desemprego e a superexploração da força de trabalho (Soares, 2009; Brettas, 2020) como característicos desses países, portanto, tampouco são situações restritas ao contexto de fronteira.

Nessa direção, o estudo de Lemes *et al.* (2023) apresenta evidências que atestam que os riscos e as violações de direitos humanos *não* são uma particularidade das regiões fronteiriças. Ao analisarem os percursos dos venezuelanos⁷ desde a chegada ao Brasil, pela fronteira de Pacaraima, até a interiorização dessa população no estado do Paraná, os autores demonstram como a multiplicação e a articulação das fronteiras geográficas e *internas* são capazes de prolongar uma precária condição social de migrante, mesmo quando o processo de deslocamento interno é subsidiado pelo Estado⁸. Assim, conforme os autores, a condição de vida e de trabalho dos migrantes no interior do país espelha os dilemas das bordas territoriais:

Isso explica, em parte, o fato de que os venezuelanos que se deslocaram de Roraima e instalaram-se em Londrina/PR, novamente se depararam

⁵ Para Villen (2018), o caráter seletivo e segregacionista da gestão migratória brasileira se revela logo na entrada dos migrantes. Parece haver, portanto, duas rotas distintas: uma rota oficial, destinada à migração “desejada” composta por mão de obra qualificada e outra rota emergencial (muitas vezes clandestinas, desprotegidas e de altíssimo risco à vida), pela qual circulam os migrantes periféricos, em especial os latino-americanos – mormente os migrantes venezuelanos e os haitianos – e os migrantes provenientes do continente africano e asiático.

⁶ Diante da ausência de um amplo mercado de trabalho protegido nas cidades fronteiriças da região norte do Brasil associada à vulnerabilidade econômica dos migrantes periféricos, a essa população resta o desemprego e os chamados subempregos o que, por sua vez, produz tanto do contingente significativa de migrantes em situação de rua, quanto a submissão aos trabalhos precários no setor de mineração e de serviço, na exposição ao tráfico e à exploração sexual (Lemes *et al.*, 2023; Miranda 2023).

⁷ A Venezuela ocupa, hoje, a segunda posição de país que mais produz refugiados no mundo, são cerca de 4,4 milhões de venezuelanos em deslocamento. Além disso, a maioria dos refugiados venezuelanos se encontram em países da América Latina (na ordem de predominância: Colômbia, Peru, Chile, Equador e Brasil) (UNHCR, 2022).

⁸ O deslocamento da população venezuelana das fronteiras para as regiões mais dinâmicas do país tem caráter, no Brasil, de Programa Governamental. A conhecida “Operação Acolhida” já interiorizou 122.701 venezuelanos (BRASIL, 2024). Uma das críticas a esse Programa consiste no descompasso do pacto federativo, ou seja, a estratégia de interiorização, centralizada no governo federal não encontra compartida de políticas locais de integração social dos migrantes: “ora, interiorização sem integração é o mesmo que transferir as fronteiras das bordas para o centro dos territórios brasileiros” (Lemes *et al.*, 2023, p. 12).

com fronteiras que se previam já ultrapassadas. [...] A começar pelo trabalho, permanece aqui as desproteções da informalidade (apenas 1 dos 6 entrevistados possui trabalho formal). [...] Tal como em Roraima, neste território, as alternativas de moradia também são escassas, não havendo os “abrigos humanitários”, restam as ruas, as custosas locações e as ocupações ilegais. (Lemes et al., 2023, p. 12-13).

Novamente, nota-se que a busca por melhores condições de vida pelo migrante é frustrada pelas estruturas já presentes no país: o desemprego, o subemprego, a ausência de moradia e o padrão fragilizado de proteção social são condições também impostas à classe trabalhadora doméstica. No entanto, o que potencializa a precária condição de vida e de trabalho da população migrante no conjunto da classe trabalhadora, são justamente as suas particularidades, ou seja, o fato de se tratar de migrantes “periféricos na periferia” (Villen, 2018) e, por conseguinte, em razão de estarem ao *lado de lá* das fronteiras da cidadania, por mais precarizada que ela seja⁹.

A situação de “periféricos da periferia” por si só expõe os migrantes a situações de risco¹⁰. Esse conceito sociológico - que também é uma condição de *ser* -, foi cunhado para denominar o contingente populacional que circula entre as fronteiras do Sul Global (Villen, 2018). Em se tratando de um fenômeno relativamente novo, a Migração Sul-Sul (expressão utilizada muito mais em referência à Divisão Internacional do Trabalho do que pela posição geográfica dos países) é parte constitutiva do “padrão neoliberal da migração” inaugurado no contexto das mudanças estruturais da década de 1970, cuja tendência do “redirecionamento parcial” dos fluxos migratórios está intrinsecamente relacionada à multiplicação e ao fortalecimento das fronteiras do Norte Global.

Assim, por um lado, a Migração Sul-Sul – que, certamente, não diz respeito apenas às rotas regionais e intracontinentais, mas também à mobilidade intercontinental, a exemplo da migração africana e asiática no Brasil -, é síntese do recrudescimento das políticas de controle da migração nos países do Norte Global, sobretudo após a crise econômica de 2007/2008. Com efeito, registra-se, nas últimas décadas, uma significativa concentração de forças militares e extra-militares nas fronteiras geográficas, basta destacar a expansão dos

⁹ A própria noção de cidadania nos países de capitalismo dependente é fragilizada. Uma das particularidades deste tipo de formação social, destacada por Santos (2020) consiste na não incorporação de valores democráticos burgueses; na América Latina em especial, a precária emancipação política não logrou a construção de democracias reais, fazendo com que haja uma “absoluta” incompatibilidade entre cidadania e capitalismo dependente (Fagnani, 2017).

¹⁰ Isto é, de pessoas provenientes de países da periferia do capitalismo e que “[...] se encontram novamente vivendo e trabalhando num país periférico” (Villen, 2018, p. 250).

centros de detenção de migrantes¹¹; as deportações e expulsões chanceladas pelo princípio da soberania nacional; e a utilização da migração como “bode expiatório” para o engajamento de campanhas xenófobas e racistas da extrema-direita (Basso, 2015).

Estes e outros exemplos são emblemáticos da retórica da segurança nacional que oculta a raiz da suposta “crise migratória”. Em outras palavras, as mesmas pátrias dos oligopólios que impõe ao Sul Global os métodos mais “predatórios” de acumulação - que, conseqüentemente, provocam as “expulsões” -, se empenham em dificultar a entrada de migrantes nos seus países. Isso também explica o motivo pelo qual são os países do Sul Global que abrigam a maior parte dos refugiados do mundo (Sassen, 2016).

Por outro lado, a integração dos países periféricos ao mercado mundial (Basso, 2018) e a sua histórica demanda por trabalho “qualificado” (Villen, 2018) – como é o caso brasileiro -, são outros aspectos que tende a explicar a abertura dos países latino-americanos à migração internacional (Fernando *et al.*, 2023). O que não quer dizer que as fronteiras geográficas estejam *oficialmente* abertas a todo tipo de migrante. É, portanto, diante da impotência de uma migração - inevitável e incontornável -, ou seja, de difícil controle de quem entra no território, que as fronteiras internas entram em ação: agindo no modo a controlar, “filtrar” e distribuir a força de trabalho vivo conforme a necessidade do capital (Mezzadra *et al.*, 2016). E nesse processo, a desproteção social, expressão máxima da negação das garantias da cidadania, exerce um papel crucial de pressão, empurrando essa população às piores formas de trabalho para a garantia da sobrevivência.

Os processos de obstrução do acesso dos migrantes aos direitos de cidadania, aqui entendidos como as fronteiras internas, são, em última instância, instrumentos de controle da migração contemporânea, o que por sua vez, reforçam a tese de Sayad, para quem “exportam-se ou importam-se exclusivamente trabalhadores, mas nunca cidadãos atuais ou futuros. Essa é a condição necessária para que existam emigração e imigração” (Sayad, 1998, p. 55).

Sem dúvida, a condição de migrante “periférico na periferia” como *sujeitos desprovidos de direitos*, é aprofundada com a imposição - não apenas aos migrantes, mas toda à classe trabalhadora do Sul Global -, dos custos dos ajustes neoliberais (Soares, 2009). A “direitização” da política social (Pereira, 2013), o desmonte do incipiente sistema de proteção social latino-americano (Silva, 2000), o aprofundamento da exploração do trabalho e a extrema concentração de renda e de poder nas mãos dos mais ricos, evidenciam que a

¹¹ De acordo com o *Global Detention Project* - que acompanha a expansão dos Centros de Detenção dos migrantes no mundo -, atualmente há 1.602 estruturas, em sua maioria instaladas no norte global, destinadas à contenção da população em deslocamento.

cidadania – mesmo que burguesa – não se realizou efetivamente, na América Latina, nem mesmo para os “cidadãos” de que são dela tributários. Finalmente - a despeito das particularidades dos migrantes periféricos -, evidenciar as fronteiras da cidadania impostas aos “não nacionais”, como pretendido nesta reflexão, revela as fronteiras internas que se edificam diante dos próprios “nacionais” nas sendas da cidadania.

5. Considerações Finais

Nesta quadra histórica, em que a acumulação de capital não pode avançar senão ativando os limites “absolutos” da sobrevivência humana (Mészáros, 2011), cujo corolário consiste na brutalização da condição de vida e trabalho da classe trabalhadora (Boschetti, 2017), a fronteira ressurge como um instrumento analítico potente para desmistificar as “linhas que separam [...] quem é humano de quem não o é” (Martins, 2016).

Nesse sentido, as fronteiras que se interpõem à migração internacional contemporânea e a saga frustrada dos migrantes periféricos em busca de proteção e melhores condições de vida e de trabalho nos países do Sul-Global são emblemáticas da dialética das fronteiras *internas* e *externas*, como linhas que se articulam e, em alguns casos se sobrepõem, como visto, para prolongar a condição de trabalhador migrante, portanto, destituído dos direitos de cidadania.

Por fim, a reflexão do conceito de fronteiras internas, como pleiteada neste trabalho, reforça a tese do fracasso da cidadania burguesa, ao mesmo tempo que evoca o par conceitual imanente da fronteira como método, conforme proposto por Mezzadra (2015): a fronteira como lugar de luta compreende também a rebeldia que encoraja a ultrapassagem das fronteiras aqui refletidas.

Referências

- BASSO, P. *Uma pantomima que denuncia guerras*. Tradução de Patricia Villen. *Jornal da Unicamp*, Campinas, p. 9-7, 13 set. 2015.
- BASSO, P. *Tempos modernos, jornadas antigas: vidas de trabalho no início do século XXI*. Tradução de Patricia Villen. Campinas: Editora da Unicamp, 2018.
- BRASIL. *Estratégia de Interiorização*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome, 2024. Disponível em: <http://aplicacoes.mds.gov.br/snas/painel-interiorizacao/>. Acesso em: 20 jan. 2024.
- BOSCHETTI, I. Agudização da barbárie e desafios ao Serviço Social. *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 128, p. 54-71, jan. /Abr. 2017.
- BRETTAS, T. O capitalismo dependente e a consolidação dos monopólios no Brasil. In: BRETTAS, T. *Capitalismo dependente, neoliberalismo e financeirização das políticas sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Consequência, 2020. p. 93-154.

- FAGNANI, E. O fim do breve ciclo da cidadania social no Brasil (1988-2015). Texto para Discussão. *Unicamp*. IE, Campinas, n. 308, p. 1-20, jun. 2017.
- FAQUIN, E. S.; BETTIOL LANZA, L. M. Imigrantes e seus “Acessos” às Políticas de Seguridade Social: reflexões acerca da Região Metropolitana de Londrina/PR. *O Social em Questão*, n. 41, p. 131-154, mai. /ago. 2018.
- FERNANDO, I.; CARDOSO, K. M.; DOMINGOS, Ó. S. Migração Sul-Sul e racismo: perspectiva analítica da presença afrosubsariana lusófona no Brasil. *Relegens Thréskeia: estudos e pesquisa em religião*, Curitiba, v. 11, p. 130-146, 2022. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/relegens/article/view/87998/48251>. Acesso em: 21 abr. 2023.
- HARVEY, D. Neoliberalismo como destruição criativa. *Interfaces – Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente*, v.2, n.4, p. 1-30, ago. 2007.
- HARVEY, D. *O neoliberalismo: história e implicações*. Tradução de Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Layola, 2008.
- LEMES, J. R.; BETTIOL LANZA, L. M. Crise, migração e direitos humanos: embrutecimento das condições de vida nas fronteiras de Roraima e do Paraná. In: JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 11., 2023, São Luís. *Anais [...]* São Luís: JOINPP, 2023. p. 1-15. Disponível em: https://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2023/images/trabalhos/trabalho_submissao_Id_2958_29586492d9157a7bd.pdf. Acesso em: 20 jan. 2024.
- MARTINS, J. de S. *Fronteira: a degradação do outro nos confins do humano*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2016.
- MCAULIFFE, M.; TRIANDAFYLLIDOU, A. (org.). *World Migration Report 2022*. Geneva: International Organization for Migration (IOM), 2021.
- MÉSZÁROS, I. *A crise estrutural do capital*. Tradução de Francisco Raul Cornejo et al. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2011.
- MEZZADRA, S. Multiplicação das fronteiras e práticas de mobilidade. *REMHU - Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.*, Brasília, n. 44, p. 11-30, jan. /jun. 2015.
- MEZZADRA, S.; NEILSON, B. *La frontera como método: o la multiplicación del trabajo*. Buenos Aires: Tinta Limón, 2016.
- MIRANDA, C. *Evaluación Rápida de Evidencia sobre Riesgos de Protección de población migrante en Suramérica*. Fase II. Buenos Aires: Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2023.
- NOGUEIRA, V. M. R. Estudos transfronteiriços e o debate da política social. In: BETTIOL LANZA, L. M.; FAQUIN, E. S.; ROMIZI, F. (org.). *A mobilidade humana internacional: entre direitos ideais e políticas reais*. São Carlos: Pedro & João Editores, 2021. p. 211-236.
- PEREIRA, P. A. Política social contemporânea: concepções e configurações no contexto da crise capitalista. In: COSTA, L. C.; NOGUEIRA, V. M. R.; SILVA, V. R. (org.). *A política social na América do Sul: perspectivas e desafios no século XXI*. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2013. p. 15-26.
- REIS, R. R. Soberania, direitos humanos e migrações internacionais. *RBCS*, v. 19 n. 55, p. 149-164, jun. 2004.
- ROMIZI, F. As políticas migratórias e suas matrizes étnicas. In: BETTIOL LANZA, L. M.; FAQUIN, E. S.; ROMIZI, F. (org.). *A mobilidade humana internacional: entre direitos ideais e políticas reais*. São Carlos: Pedro & João Editores, 2021. p. 119-146.

- SANTOS, L. dos R. S. O Estado brasileiro: entre o velho e o novo contexto do capitalismo dependente. In: PEREIRA, P. A. P. (org.). *Ascensão da nova direita e colapso da soberania política: transfigurações da política social*. São Paulo: Cortez. 2020. p. 221-252.
- SASSEN, S. *Expulsões: brutalidade e complexidade na economia global*. Tradução de Angélica Freitas. Rio de Janeiro / São Paulo: Paz e Terra, 2016.
- SAYAD, A. *A imigração ou os paradoxos da alteridade*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1998.
- SILVA, M. O. da S.; O Padrão de Proteção Social e a reforma das políticas sociais no Brasil. *Revista de Políticas Públicas*, v. 4, n. 1, p. 27-50, 2000.
- SOARES, J. T. *Os custos sociais do ajuste neoliberal na América Latina*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2009.
- UNHCR. *Global Trends 2021*. Copenhagen, Dinamarca: United Nations High Commissioner for Refugees, 2022.
- VILLEN, Patricia. *(In) visíveis globais: imigração e trabalho no Brasil*. São Paulo: Alameda, 2018.
- KREUTZ, Ineiva Terezinha. *Migrações internacionais, trabalho e capital: seletividades persistentes e promessas ilusórias do direito à dignidade humana*. 2021. 324 f. Tese (Doutorado em Serviço Social) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/227035>. Acesso em: 07 jan. 2024.

O Imigrante: Cidadão ou Trabalhador Global?

The Immigrant: Citizen or Global Worker?

Alex Fabiano de Toledo¹

Ineiva Terezinha Kreutz²

João Ricardo Lemes³

Sumário: 1. Introdução; 2. Migrações e capitalismo; 3. Migrações, direitos humanos e cidadania; 4. Entre as fronteiras territoriais e fronteiras da cidadania; 5. Considerações Finais.

Resumo: Este artigo problematiza a relação entre migrações internacionais, trabalho e capital. Apoiada na revisão bibliográfica e orientado pela abordagem teórica do materialismo histórico-dialético, a reflexão proposta constata que a imagem de “mobilidade” e de “cidadania global” mascara a condição de classe da população migrante, esta que é funcional e necessária ao atual estágio do desenvolvimento do sistema capitalista no contexto mundial. Para além dos constrangimentos colocados a “classe que vive do trabalho”, a classe trabalhadora migrante encontrará outras fronteiras em suas vidas para além das geográficas: são as fronteiras da cidadania, dos direitos, da proteção social, do trabalho, das desigualdades sociais, da xenofobia e do racismo entre outras.

Palavras-chave: Capitalismo; Trabalho; Migrações Internacionais; Subalternidade; Desigualdade.

Abstract: This article problematizes the relationship between international migration, work and capital. Supported by the bibliographical review and guided by the theoretical approach of historical-dialectical materialism, the proposed reflection finds that the image of “mobility” and “global citizenship” masks the class condition of the migrant population, which is functional and necessary at the current stage of the development of the capitalist system in the global context. In addition to the constraints placed on the “class that lives off work”, the migrant working class will find other borders in their lives beyond the geographical ones: these are the borders of citizenship, rights, social protection, work, social inequalities, xenophobia and racism among others.

Keywords: Capitalism; Work; International Migrations; Subalternity; Inequality.

1. Introdução

Me dicen el clandestino,
Por no llevar papell
(Manu Chao, Clandestino)

As discussões sobre a temática da migração tem ocupado um papel de destaque na atualidade, sendo foco de estudos e discussões a nível acadêmico e na própria sociedade. A relevância desta temática se observa na repercussão dada pelos meios de comunicação das

¹ Assistente Social e Professor Pós-Doutor de Serviço Social do Instituto Politécnico de Viseu, ESTGL - Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Lamego, Portugal. E-mail: alextoledo@hotmai.com

² Assistente Social e Professora Doutora de Serviço Social da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, campus de Toledo, Paraná, Brasil. E-mail: ineivakreutz@gmail.com

³ Assistente social e Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Serviço Social e Política Social da Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: rcrdlemes@gmail.com

chamadas “emergências migratórias” com o crescente número de mortes nos caminhos das travessias, sejam elas terrestres como no caso da fronteira do México com os Estados Unidos, ou marítimas com destaque a travessia do Mar Mediterrâneo dos migrantes do continente africano para entrarem na Europa.

Casos de violência em seus vários tipos e gravidades diversas motivadas pela xenofobia, racismo e preconceitos também são noticiadas com maior frequência e passam a ganhar destaque nos noticiários tendo maior repercussão e visibilidade com o uso das redes sociais, e chamando a atenção para esta questão. Discursos e propostas políticas em diversos países, incorporam sem qualquer pudor ou vergonha e reproduzem ideias conservadoras e segregacionistas em suas plataformas, fato este que pode ser constatado com a ascensão ao poder de partidos de extrema direita no cenário político mundial.

Discursos conservadores, nos países centrais ou ditos “desenvolvidos” retratam a população migrante como invasores e culpados pelos problemas e crises que atravessam escamoteando e falseando as suas verdadeiras causas existentes.

Homens, mulheres e crianças passam a ser adjetivados de forma estereotipada como “ilegais”, “indocumentados”, “clandestinos”, dando assim menor relevo às suas histórias por vezes marcada pela miséria, pobreza, a fome e a violência não apenas nos países de origem, mas também no que se refere ao próprio ato de migrar ou mesmo a sua permanência nos países de destino.

A produção de guerras e conflitos em diversos pontos do mundo em pleno século XXI, tem como mola propulsora como observa Losurdo (2020) a busca por hegemonia e são necessárias à ocupação e domínio de territórios e nações próprias da atual investida imperialista, potencializam o contingente migratório e de refugiados pelo mundo.

É neste cenário complexo que devemos nos perguntar quem são e quantos são os sujeitos migrantes, nas palavras de Florestan Fernandes (1976) que formam estas “grandes levas anônimas”? Quem é essa “humanidade em trânsito” a que se refere Sebastião Salgado (2000)? Quem é essa humanidade à deriva, que “se põem a caminho”? (Hobsbawm, 1982).

Para buscar responder a estas questões é preciso considerar que são múltiplos os fatores estruturalmente determinantes nos processos migratórios e na (re)orientação dos deslocamentos espaciais, assim sua apreensão teórico-metodológica não se limita apenas ao ato de ir, atravessar ou ficar nas ou entre as fronteiras dos Estados nacionais, mas exige novas interpretações de seus nexos semânticos mais profundos e estruturais, o que afasta, de imediato, o indivíduo ou a família como unidades explicativas das migrações internacionais.

Nesse contexto e conexo à governança ancorada na racionalidade tecnocrática originada do regime global de controle das migrações internacionais, a vida dos sujeitos migrantes e dos movimentos migratórios compreendiam intrincadas relações que transpunham fronteiras geográficas, econômicas, políticas e culturais.

Assim este artigo busca examinar as funcionalidades da classe trabalhadora migrante, conveniente à superexploração da força de trabalho e à reprodução do exército industrial de reserva, como condição basilar de existência e sobrevivência do próprio modo de produção capitalista e, simultaneamente, produto e alavanca da acumulação.

Em sendo resultado de revisão bibliográfica e orientado pela abordagem teórica do materialismo histórico-dialético, podemos inferir que o atual estágio do desenvolvimento do sistema capitalista marcado pela financeirização e orientado pela perspectiva ultraneoliberal, que ataca os direitos sociais, econômicos e políticos, tem reflexos sobre as migrações internacionais enquanto uma parte imanente do sistema capitalista.

No que se refere a condição de migrante, este se situa não na condição de sujeito de direito a uma “cidadania global”, mas sim como parte da classe subalterna⁴ e que vive do trabalho com todos os constrangimentos desta condição e que a ela é agregada ainda a situação de migrante em todos os sentidos.

2 Migrações Internacionais e Capitalismo

Ainda que constantes na história da humanidade os movimentos migratórios e migrações internacionais não ocorrem em um vácuo econômico-social, nem se explicam em si mesmos, como se fossem desvinculados da totalidade concreta e das múltiplas determinações constitutivas da realidade, isto é, de uma estabelecida base material da vida social que os forjam e permitem a sua produção e reprodução social.

É, sobretudo, no desenvolvimento e expansão do capitalismo, ao alterar significativamente o modo da reprodução da vida social em seus múltiplos aspectos e, com efeito, forjar um tipo particular de força de trabalho “adequado ao novo tipo de trabalho e de processo produtivo” (Gramsci, 2007: 248), que os sujeitos migrantes e a diversidade dos fluxos migratórios internacionais se inscrevem, se explicam, assumem centralidade, novos significados e dinamismos.

Como observa Chesnais (1996) a mundialização do capital com o crescente predomínio dos processos financeiros e as mudanças ocorridas nos padrões das relações de

⁴ Para aprofundamento na discussão sobre subalternidade, “classes e grupos subalternos” ver: TOLEDO, 2016.

produção aprofundam as expressões da “questão social” e as assimetrias territoriais, com consequências nas transformações dos espaços da vida social e do mundo do trabalho.

A hipermobilidade exigida pela lógica do capital requer a necessária e contínua circulação de mercadorias, sobretudo, a mercadoria força de trabalho. Assim, se por um lado, uma força de trabalho móvel torna-se uma necessidade para o capitalismo, de outro lado e em relação contraditória, “[...] não pode ser tão móvel a ponto de escapar inteiramente do controle do capital” (Harvey, 2013: 268). Decorre daí uma indagação: mobilidade do quê, de quem e em relação a quê?

Apesar do uso como sinônimos por Organismos internacionais, pesquisadores ou mesmo Estados nacionais os conceitos de migração e mobilidade são diversos. O uso do termo mobilidade como sinônimo de migração, difundido nos marcos da governança global migratória, pressupõe uma pretensa neutralidade, objetividade técnica e científica para explicar, controlar, classificar, qualificar e regular os processos migratórios e estabelecer parâmetros básicos para a planificação de políticas migratórias.

Seu uso assim tem centralidade em aspectos vinculados ao movimento que envolve pessoas que cruzam os territórios, concentrando-se nos pontos de partida (o lugar de onde se vem), nas fronteiras (o lugar de travessia) e nos pontos de chegada (o lugar para onde se vai) entre Estados nacionais.

Como afirma Sayad (1998: 16), “o imigrante só existe na sociedade que assim o denomina a partir do momento em que atravessa suas fronteiras e pisa seu território; o imigrante ‘nasce’ nesse dia para a sociedade que assim o designa”. Dessa forma, tanto os Estados nacionais, os organismos internacionais e a sociedade em geral se arrogam “ao direito de desconhecer tudo o que antecede esse momento, a esse nascimento” (Sayad, 1998: 16).

Somente nesta ótica do “nascimento da migração” que, excepcionalmente, o Estado e a sociedade começam a interrogar seu significado, mas usualmente levados “por uma espécie de etnocentrismo de ordem totalmente prática, visão endógena de uma realidade que é exterior e que ultrapassa o campo de suas atribuições e de suas competências” (Sayad, 1998: 17).

Estas reflexões são fundamentais uma vez que a mobilidade do capital, e o deslocamento constrangido da classe trabalhadora caminham a par e passo com o desenvolvimento das forças produtivas. Nessa direção, a migração forçada “[...] alude al desplazamiento de personas que son literalmente expulsadas de sus territorios y que buscan acceder a medios de subsistencia (Delgado Wise, 2016: 162).

Assim, é crucial compreender quem são os sujeitos das migrações internacionais para desmistificar, ante a predominância da visão teórica e política dominante, as determinações estruturais, os processos, os movimentos, as contradições inerentes aos fluxos migratórios e sua condição de classe trabalhadora, em movimento.

A emergência do paradigma da mobilidade reflete as políticas de migração específicas e caracterizadas por uma visão instrumental da migração internacional, com abordagens e perspectivas analíticas fragmentadas, cuja unidade de análise é o indivíduo e ou a família e sua racionalidade decisória singular e sem vínculo de classe⁵, fortalecidas pelas narrativas da “iniciativa empreendedora” do ato de migrar (Covarrubias e Delgado Wise, 2012; Pellerin, 2011; Vendramini, 2018; Villen, 2015a).

Esse viés analítico e ideológico deixa de lado o conjunto de constrangimentos (econômicos, sociais, culturais, políticos e clivagens étnico-raciais) com os quais os migrantes se defrontam e, ao mesmo tempo, oculta a sua condição de existência como classe trabalhadora e as desigualdades econômico-sociais associadas ao funcionamento econômico do sistema capitalista.

Na configuração geopolítica do capital os movimentos migratórios se constituem: de famílias de trabalhadores expropriados fugindo dos campos para as cidades; migrantes fugindo das perseguições políticas e étnicas; migrantes fugindo de países esgotados por conflitos forjados pelos mercadores de armas e da descomunal violência das guerras tramadas e provocadas pelo capital-imperialista; migrantes fugindo da condição de pobreza, fome, desemprego e desproteção social.

Biondi (2017) nos faz lembrar que as condições que governam o amplo e complexo universo da mobilidade e imobilidade da força de trabalho, incluindo os migrantes, são muito especiais no movimento do capital, pois ao adentrarem um novo território, os sujeitos migrantes

“Deparam-se com legislações que variam no seu nível de restrição, mas que de qualquer modo estabelecem discriminações legais em face dos trabalhadores nacionais. Guetificado, o proletariado imigrante ocupa os postos de trabalho mais precarizados, ampliando a lucratividade do capital. E é preciso observar também que esse tipo de legislação não se deve tão somente à política de tal ou qual governo, e sim à pluralidade da forma política estatal: os diversos Estados delimitam as suas fronteiras e os seus cidadãos, mesmo que em contraste com a dimensão internacional das forças produtivas do capitalismo moderno” (Biondi, 2017: 10).

⁵ “A capacidade da família [e do indivíduo] de prover as necessidades de seus membros encontra-se estreitamente dependente da posição que ocupa nas relações de produção e no mercado de trabalho” Yamamoto (2010: 266). Significa pensar, ainda, que o/a migrante não é “[...] apenas quem migra, mas o conjunto da unidade social de referência do migrante que se desloca” (Martins, 2002: 145).

Em tempos atuais, são poucas as pessoas realmente livres, que podem deslocar-se facilmente através das fronteiras sem serem submetidas a controles invasivos e às barreiras físicas e jurídicas que geram, por consequência, violações de múltiplos direitos. Castles (2010: 15), argumenta que “[...] o direito à mobilidade é hoje mais seletivo e dependente da classe social do que antes”. Nessa direção, a contratação internacional da força do trabalhador migrante especializada é considerada valiosa, enquanto os trabalhadores migrantes sem qualificação são condenados como migração indesejada.

O direito humano de migrar, tradicionalmente localizado na órbita da soberania estatal absoluta que possui o monopólio de legitimar os deslocamentos humanos transfronteiriços, se encontra mediante flagrantes, sucessivas e gravíssimas violações aos direitos da população migrante, principalmente daqueles provenientes das classes subalternas de países periféricos e dependentes da economia mundial.

Assim, se por um lado, as fronteiras estão cada vez mais abertas para a livre circulação de capitais/mercadorias, por outro, se ampliam as construções de velhas e novas fronteiras e muros, com regimes seletivos que estabelecem uma hierarquia entre seres humanos, isto é, entre os migrantes desejáveis e aqueles indesejáveis, entre os seres humanos que podem e os que não podem migrar livremente.

3. Migrações, Direitos Humanos e Cidadania

No campo das disputas ideopolíticas que buscam se legitimar, as migrações internacionais colocam em relevo a colisão de projetos societários tensionados pelos antagonismos de classes e carregados de categorias sociais e político-jurídicas, passíveis de obstaculizar as redes de proteção e fortalecimento dos direitos humanos da população migrante. Todo direito é construção histórica, assim existem determinações sócio-históricas para que existam direitos, dentre os quais, o direito à proteção social da população migrante.

A proteção social, assumida pelo Estado, reconhecida pela sociedade como função legal e legítima, se institucionaliza e toma formas concretas através de políticas de caráter social (Giovanni, 1998). Trata-se, pois, da intervenção (ou não) do Estado no processo de reprodução e distribuição da riqueza, para garantir o bem estar dos cidadãos, expresso pela conquista da equidade, o respeito à diversidade e à diferença, sem discriminação e apartações (Sposati, 2009), o que inclui a proteção contra todas as formas predatórias da dignidade, cidadania, rupturas, privações, vulnerabilidades sociais, violência e violação de direitos das e dos imigrantes, em qualquer momento e ou circunstância da vida e independentemente do território onde vivem.

A materialização de políticas públicas comprometidas com a defesa de direitos humanos internacionalmente consagrados e previstos nos tratados e atos jurídico-normativos internacionais e nacionais se revestem de maior importância e um grande desafio quando se trata das políticas de proteção social orientadas pelo reconhecimento de direitos e, com eles, da extensão da cidadania, da defesa da vida e da dignidade humana: o reconhecimento do direito a ter direitos para além das fronteiras e em face de um Estado-Nação, ou seja, da população migrante.

Assim é preciso considerar que a arbitrariedade dos Estados-Nacionais e seus mecanismos de controle, as restrições e barreiras burocráticas tendem a impor aos migrantes – sem pertença ou identidade nacional a partir de um vínculo político de nacionalidade –, um “não lugar”, ou um “lugar a ser justificado” na ordem político-jurídica nacional, notadamente no que diz respeito aos direitos humanos, cidadania e proteção social.

As possibilidades e intencionalidade dos Estados em dar estas respostas ou se omitir/ignorar dependem, em grande medida, das perspectivas e das prioridades (ou não) assumidas pelos governos – que detêm o mandato de poder político – sobre o lugar ocupado das migrações no território nacional e internacional.

Por decorrência, tais perspectivas e (ou ausência de) prioridades se articulam, de um lado, entre o direito soberano dos Estados em decidir, controlar, permitir e impedir sobre quem pode entrar e quem deve sair nos e dos limites de seus territórios e para qual finalidade e, de outro lado, ao reconhecimento ou não do direito dos/as migrantes a ter direitos.

Nos limites estruturais da sociedade capitalista, não se pode negar que os direitos humanos, sociais e políticos estão perpassados pelo núcleo da estrutura própria da reprodução do capitalismo e atualmente marcados por medidas neoliberais e dentro da lógica da sociedade de controle globalizado, em que o máximo possível é o mercantilizado e o privatizado, com o agravante no desmonte dos direitos humanos.

4. Entre as Fronteiras Territoriais e Fronteiras da Cidadania

Há muitas implicações e desafios a serem enfrentados no que diz respeito à cidadania e direitos da classe trabalhadora migrante (saúde, educação, previdência, assistência social, segurança alimentar, habitação). Além de transpor a fronteira geopolítica, outras fronteiras se apresentam e se impõem em suas vidas: são as fronteiras da cidadania, dos direitos, da proteção social, do trabalho, das desigualdades sociais, da xenofobia, do racismo, da liberdade, da mobilidade, etc.

Foi notadamente a partir do século XX que as reações anti-migratórias segundo Hobsbawm (1995), se alastraram, nos países do capitalismo central da Europa Ocidental e Estados Unidos devido à crescente ideologia nacionalista e xenofóbica originada nas 1ª e 2ª Guerras Mundiais, assim como a Guerra Fria.

A partir da segunda metade do século XX, com as economias dos países do capitalismo central consolidadas e exaurida, em parte, a necessidade de força de trabalho migrante qualificada, os movimentos migratórios passaram a ser uma questão social, política e econômica delicada e indesejada (Hobsbawm, 1995).

De fato, a ressignificação das migrações internacionais tomou novo rumo no âmbito da ofensiva neoliberal instaurada a partir da década de 1970. E não tardou para que aparecessem as legislações restritivas a migração e que consolidam o fechamento das fronteiras, segundo os padrões de seletividade adotados pelos Estados nacionais e, o mais grave, deixam explícita a convergência estatal anti-migratória,

Parcelas da sociedade civil recusam o debate das migrações no âmbito de seus fundamentos e dos direitos humanos, sociais e políticos, evidenciado nas manifestações tensionadas entre a proteção e direitos dos migrantes e o aumento dos manifestos de discriminação xenofóbica.

Para incontáveis migrantes, as fronteiras parecem não ter desaparecido, mas pelo contrário, os muros estão cada vez mais altos, tornando-se verdadeiras fortalezas ou feudos modernos para conter a suposta ameaça migratória à segurança e a soberania nacional, difundida e adotada como retórica protecionista/nacionalista por governos autoritários e, geralmente, conservadores e xenófobos (López-Cifuentes, 2008).

Além das fronteiras geopolíticas e econômicas vinculadas à obsessiva disposição do capital e dos Estados nacionais em controlarem suas fronteiras territoriais, os fluxos migratórios internacionais igualmente se deparam com outras fronteiras, circunscritas pelas dimensões raciais, étnicas, culturais, linguísticas e religiosas, nas quais “[...] a xenofobia, a intolerância e o nacionalismo fecham fronteiras, desumanizam, alimentam o ódio e a perda de sentido do humano genérico” (Boschetti, 2017: 57).

As fronteiras retratam “significados repletos de simbolismo e ambiguidades, reportando-se às relações de poder que ora autorizam a passagem, ora obstaculizam a transposição, num terreno fértil a múltiplas configurações, olhares e entendimentos” (Cunha, Gritti e Hammes, 2019: 425).

Ao abordar a questão de conceitos e termos utilizados para a compreensão dos fenômenos migratórios, Vianna (2017) argumenta existir, por razões diversas, uma confusão

semântica que emprega indiscriminadamente termos equívocos, conceitos não definidos, generalizações abusivas que confundem e difundem uma ideologia que defende a visão de uma sociedade higienizada, obcecada por controle e segurança absoluta, onde são estabelecidas hierarquias entre grupos humanos e com suspeitas sistemáticas em relação à população migrante, transformando-a em culpados de infrações, criminalizados, detidos, enxotados e novamente transformados em culpados.

Algumas expressões fomentam a discriminação e oposição entre “nós” e o “outro”, sendo incorporadas tanto nas políticas públicas quanto assimiladas pelo senso comum.

As manifestações preconceituosas e intolerantes (violências expressas) dirigidas aos “estrangeiros” tornam-se mais evidentes quando a população migrante é constituída por grupos étnico-raciais-culturais diferentes da população local do país de destino. Declaradamente, “[...] as pessoas vistas como *de origem estrangeira* são os africanos, árabes e em geral todas aquelas que têm uma aparência ‘não europeia’” (Vianna, 2017: 53).

Além disso, observa-se ainda a tendência xenófoba e simplificadora que está na substituição do termo imigrante indocumentado para o uso do vocábulo ‘imigrante ilegal’⁶, sem levar em conta o sentido próprio da palavra. A palavra “imigrante ilegal”, carregada de uma conotação depreciativa da situação de ser migrante, passa a ideia de que migrar é considerada, em si, uma atividade ilícita, enquanto deveria ser considerado um direito humano.

Winckler (2004) destaca que a situação jurídica dos migrantes no cenário internacional evidencia que a “Organização das Nações Unidas não logrou implantar um sistema de proteção aos direitos humanos realmente eficaz, na ordem internacional. Muitas desigualdades convivem com os sistemas nacionais de garantia dos direitos humanos” (Winckler, 2004: 21).

A exclusão no âmbito da proteção social e direitos humanos pode ocorrer de várias formas. De um lado, na forma mais radical, “quando o ser humano é privado do direito de pertencer a uma comunidade política, pela negação da nacionalidade” e, conseqüentemente, do vínculo jurídico da cidadania e, de outro lado, de forma sutil, “pela negação dos espaços de participação, da ação e da palavra, o que equivale à supressão do espaço público” (Winckler, 2004: 21).

⁶ “A figura do ‘imigrante ilegal’ assumiu centralidade em termos mundiais no contexto das turbulentas transformações do capitalismo iniciadas no começo dos anos setenta – e que conduziram, por exemplo, ao fim do sistema de “trabalhadores hóspedes” na Alemanha Ocidental e em outros países da Europa. Não é difícil compreender o nexo entre o aparecimento desta figura e os processos de flexibilização dos mercados de trabalho e das economias que têm acompanhado essas transformações” (Mezzadra, 2015:15).

Logo, se compreendem as migrações internacionais como parte integrante, recorrente e contraditória vinculadas ao caráter assimétrico das relações sociais, políticas e econômicas próprias da sociedade de produção capitalista global, organizada politicamente em Estados nacionais legalmente soberanos e mutuamente excludentes.

Contexto este que, em tempos de crise estrutural do capital e suas repercussões na vida social, exige contínuos debates acerca da contrarreforma do Estado e das orientações ideopolíticas que direcionam a concepção e execução de políticas públicas ou ações estatais e governamentais para o atendimento (ou propositalmente não) de novas e importantes demandas sociais da população migrante no campo da cidadania e da universalidade dos direitos fundamentais de todo ser humano.

A ausência da análise e compreensão relativa à significação e ao sentido sócio-histórico e político atribuídos às migrações internacionais e o modo como são categorizados ou diferenciados os/as migrantes (tais como, refugiado, asilado, apátrida, migrante econômico, migrante ambiental, migrante indocumentado, etc.) têm impacto na vida e nos destinos da população migrante. Esse agravamento recai, ainda, na formulação de normativas internacionais e nacionais, dispositivos jurídicos e políticas públicas que podem intensificar a seletividade – de indivíduos e de coletividades – do imigrante com direito ou não à proteção e cidadania (Jardim, 2016).

Ou seja, é o aparato legal que orienta os procedimentos administrativos dos Estados nacionais – através de agentes da burocracia que corporificam o Estado –, para identificar, selecionar, categorizar e inserir os imigrantes em categorias jurídicas que facultam a sua elegibilidade e admissão (ou não) no Estado receptor.

5. Considerações Finais

A “questão social” e a desigualdade são elementos estruturantes da sociabilidade burguesa que se reformula e se redefine, mas permanece substantivamente a mesma por se tratar de uma questão estrutural e resultado da divisão da sociedade em classes e da disputa pela riqueza socialmente construída, cuja apropriação é profundamente desigual no capitalismo.

Na atual conjuntura mundial, muitos são os desafios postos para a classe trabalhadora, especialmente a classe trabalhadora migrante. As respostas a crise estrutural do capital, com o aprofundamento do ciclo neoliberal se constitui em um novo tipo de imperialismo, mas que segundo Boron (2007) assim como antes, conserva seus pressupostos

iniciais: “o imperialismo segue existindo e oprimindo povos e nações, semeando dor, destruição e morte” (BORON, 2007, p. 514).

O avanço das contrarreformas em curso inclusive nos países do chamado capitalismo central, atacam os direitos sociais historicamente conquistados, abrindo espaços assim para a mercantilização das necessidades humanas. O ataque ao Estado e as políticas sociais visam a sua transformação em políticas residuais focalizadas e seletivas para a abertura e liberação do fundo público para ser apropriado pelo capitalismo em especial do capital financeiro.

A investida contra as políticas sociais com a ideia do Estado mínimo para o social e máximo para o capital, tem tido reflexos na degradação das condições de vida da população também das economias centrais do sistema capitalista evidenciada pela grave crise nos sistemas de habitação, saúde, educação, segurança social, precarização dos mercados de trabalho. E neste contexto que se insere a classe trabalhadora migrante, que além dos obstáculos ao acesso as políticas públicas e sociais para o exercício da sua cidadania ainda estará sujeita a violência dos discursos e ações preconceituosos, racistas e xenófobos que encontram eco na atualidade.

Nessa direção, como observa Pereira (2017), a luta em defesa das políticas públicas se constitui na atual conjuntura de restrição de direitos é um ato de resistência política à onda neoliberal. Assim diante do momento histórico e mantendo o “otimismo da vontade” parafraseando Antonio Gramsci se faz necessário refletir sobre a história e o papel do migrante enquanto constitutivo da classe que vive do trabalho e que deve construir sua autonomia e organização para a conquista de direitos e exercício de sua cidadania.

Referências Bibliográficas

BIONDI, Pablo. 2017. *O fenômeno migratório e a lógica do capital: algumas reflexões iniciais*. Teoria e Revolução. <https://teoriaerevolucao.pstu.org.br/tag/fenomeno-migratorio/>

BOSCHETTI, Ivanete. 2017. *Agudização da barbárie e desafios ao Serviço Social*. *Serv. Soc. Soc.*, n. 128: 54-71. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282017000100054&lng=en&nrm=iso.

BORON, A. A. *A questão do imperialismo*. In: Boron, A. A.; Amadeo, J. Gonzalez, S. A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas. CLACSO, Buenos Aires, 2007, p. 501 – 527.

CASTLES, Stephen. 2010. *Entendendo a migração global. Uma perspectiva desde a transformação social*. *Revista Internacional de Mobilidade Humana*, 35:11-43. <http://www.csem.org.br/remhu/index.php/remhu/article/view/227/210>.

CHESNAIS, François. 1996. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xamã.

COVARRUBIAS, Humberto Márquez; DELGADO WISE, Raúl. 2012. *Espejismos del Río de Oro: dialectica de la migración y el desarrollo en México*. Universidad Autónoma de Zacatecas: Editora Miguel Ángel Porrúa.

- CUNHA, Vagner Silva da GRITTI, Silvana Maria e Hammes Lúcio Jorge. 2019.. *As interfaces entre violência, fronteira e direitos humanos*. *EDUCA: Revista Multidisciplinar em Educação*, 6(16): 424-442. <https://www.periodicos.unir.br/index.php/EDUCA/article/view/4554/3113>.
- DELGADO WISE, Raúl. 2016. *Notas sobre la cuestión laboral y migratoria hoy: migración forzada, desarrollo desigual e imperialismo*. *Revista THEOMAI*. 16: 157-173. http://revista-theomai.unq.edu.ar/numero_33/11.Art_Delgado_Wise.pdf.
- GIOVANNI, Geraldo Di. 1998. *Sistemas de proteção social: Uma introdução conceitual*. In Oliveira, M. A. (org.). *Reforma do Estado e políticas de emprego no Brasil*. Campinas, SP: UNICAMP. IE.
- GRAMSCI, Antonio. 2007. *Cadernos do cárcere*. 4(2). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- HARVEY, David. 2013. *Os limites do capital*. São Paulo: Boitempo.
- HARVEY, David. 2016. *17 contradições e o fim do capitalismo*. São Paulo: Boitempo.
- HOBSBAWM, Eric J. 1982. *A era do capital (1848-1875)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- HOBSBAWM, Eric J. 1995. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras.
- JARDIM, Denise F. 2016. *Imigrantes ou refugiados? As tecnologias de governamentalidade e o êxodo palestino rumo ao Brasil no século XX*. *Horizontes Antropológicos*, ano 22, 46: 243-271. <http://www.scielo.br/pdf/ha/v22n46/0104-7183-ha-22-46-0243.pdf>.
- LOSURDO, D. *Colonialismo e luta anticolonial: desafios da revolução no século XXI*. Tradução de Diego Silveira, Federico Losurdo, Guilio Gerosa, Marcos Aurélio da Silva, Maria Lucia Ruy, Maryse Farhi, Modesto Florezano e Victor Neves. São Paulo: Boitempo, 2020.
- LÓPEZ-CIFUENTES, Javier. 2008. *Os 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua relevância para migrantes e refugiados*. *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, 3(3): 7-11, http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2009/cadernos/Caderno_de_Debates_3.pdf?view=1.
- MARTINS, José de Souza. 2002. *A sociedade vista do abismo: novos estudos sobre exclusão, pobreza e classes sociais*. Petrópolis: Vozes.
- MEZZADRA, Sandro. 2015. *Multiplicação das fronteiras e práticas de mobilidade*. *REMHU – Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.* 23(44): 11-30. <http://www.scielo.br/pdf/remhu/v23n44/1980-8585-REMHU-23-44-011.pdf>.
- PELLERIN, Helene. 2011. *Da migração à mobilidade: mudança de paradigma na gestão da migração. O caso do Canadá*. *Revue Européenne des Migrations Internationales*, 27(2), 57-75, 2011. <https://journals.openedition.org/remi/5435>.
- PEREIRA, P. 2017. *O Sistema de Assistência Social no Brasil: uma realidade em movimento*. São Paulo: Cortez.
- SALGADO, Sebastião. *Êxodos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SAYAD, Abdelmalek. 1998. *A Imigração ou os paradoxos da alteridade*. São Paulo: Edusp.
- SPOSATI, Aldaiza. 2009. *Modelo brasileiro de proteção social não contributiva: concepções fundantes*. In *Concepção e gestão da proteção social não contributiva no Brasil*. Brasília: MDS/UNESCO.
- TOLEDO, A. F. 2016. “*Alguns apontamentos sobre a categoria classes e grupos subalternos de Antonio Gramsci*”. En. Yazbek, M.C. *Classes Subalternas e Assistência Social*. 9 ed. São Paulo, Cortez.

VENDRAMINI, Célia Regina. 2018. *A categoria migração na perspectiva do materialismo histórico e dialético*. *Revista Katálysis*, 21(2), 239-260. <https://doi.org/10.1590/1982-02592018v21n2p239>.

VIANNA, Pedro. 2017. *Confusões semânticas e migrações internacionais. Mediações - Dossiê Migrações Internacionais Contemporâneas*. *Revista de Ciências Sociais*, 22(1): 48-79. <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/30762>.

VILLEN, Patrícia. 2015a. *Imigração na modernização dependente: “braços civilizatórios” e a atual configuração polarizada*. Tese (Doutorado em Sociologia) Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP. <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000950564&fd=y>

WINCKLER, Silvana. 2004. *Igualdade e cidadania em Hannah Arendt*. *Direito em Debate*, 13(22): 7-22. <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/711>.

Aconselhamento Genético como Mecanismo para a Efetivação do Direito ao Planejamento Familiar no Brasil: uma Visão Bioética e Sob o Aspecto da Responsabilidade Civil.

Genetic Counseling as a Mechanism for Implementation of the Right to Family Planning in Brazil: A Bioethical View and Under the Aspect of Civil Liability.

Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti¹

Maíra Feltrin Alves²

Sumário: Introdução. 1. Conceito de Aconselhamento genético. 2. Planejamento familiar como direito fundamental. 3. Conceito de eugenia na sociedade moderna. 4. Aconselhamento genético e responsabilidade civil. 5. Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho aspira analisar se o Aconselhamento Genético pode ser considerado como um mecanismo eficaz e bioético para a efetivação do direito ao planejamento familiar no Brasil. Para tanto, a pesquisa aborda questões como conceito de Aconselhamento Genético; planejamento familiar como direito fundamental e o significado de eugenia na sociedade atual, com o intuito, também, de verificar se o Aconselhamento Genético pode causar responsabilidade civil. O problema principal calca-se na análise da possibilidade do Aconselhamento Genético usado com o intuito de informar a pessoa ou o casal em idade fértil sobre a possibilidade de transmissão de características genéticas para sua prole, ser considerado como mecanismo de efetivação de direito fundamental à vida e saúde ou se, por outro lado, poderia ser considerado como eugenia. E, no que tange à questão da responsabilidade civil, realizou-se a análise de eventuais ações decorrentes da falha ou ausência do Aconselhamento Genético, situações conhecidas como *wrongful birth* (erro de nascimento) e *wrongful life* (erro de existência/vida) no judiciário brasileiro. A pesquisa pautou-se na linha de pesquisa jurídico-dogmática, com abordagem dedutiva, bibliográfica e descritiva, trabalhando com os elementos do ordenamento jurídico brasileiro, além da doutrina e jurisprudência nacional. Conclui-se que, o Aconselhamento Genético é importante para a efetivação do direito ao planejamento familiar, mas que, a técnica pode ser encarada como eugenia, caso seja entendida como mecanismo que afasta nascimento de pessoas com determinadas características genéticas. Além disso, a falta ou ausência do Aconselhamento Genético pode acarretar ações judiciais indenizatórias de difícil conteúdo. Neste aspecto, apesar da discussão sobre o tema ser relevante e necessária, é preciso que técnicos da área da biologia, parlamentares e juristas trabalhem juntos para que as normativas respeitem a condição humana. Imperioso pensar na ciência para beneficiar a humanidade.

Palavras-Chave: Aconselhamento genético; Planejamento familiar; Biodireito; Responsabilidade Civil.

¹ Doutora e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora da Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU em São Paulo. Pesquisadora e Advogada. E-mail: aelwc@terra.com.br

² Advogada. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de graduação e pós-graduação na Escola de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Professora de pós-graduação modalidade EaD na Pontifícia Universidade de Campinas e na Faculdade Legale. Endereço eletrônico: maira.alves@feltrin Alves.com.br

Abstract: This paper aims to analyze whether genetic counseling can be considered an effective and bioethical mechanism for making the right to family planning a reality in Brazil. To this end, the research addresses issues such as the concept of genetic counseling; family planning as a fundamental right and the meaning of eugenics in the modern society, with the aim of also verifying whether genetic counseling can cause issues of civil liability. The main problem lies in analyzing whether genetic counseling, used to inform a person or couple of childbearing age about the possibility of passing on genetic characteristics to their offspring, can be considered a mechanism for implementing the fundamental right to life and health or whether, on the other hand, it could be considered eugenics. And regarding the issue of civil liability, an analysis was made of possible lawsuits arising from the failure or absence of genetic counseling, situations known as *wrongful birth* and *wrongful life* in the Brazilian judiciary. The research was based on the legal-dogmatic line of research, with a deductive, bibliographical, and descriptive approach, working with the elements of the Brazilian legal system, as well as national doctrine and case law. It can be concluded that genetic counseling is important for making the right to family planning a reality, but that the technique can be seen as eugenics if it is understood as a mechanism that prevents the birth of people with certain genetic characteristics. In addition, the lack or absence of genetic counseling can lead to legal actions for damages that are difficult to resolve. In this respect, although the discussion on the subject is relevant and necessary, it is necessary for biologists, parliamentarians, and lawyers to work together so that the regulations respect the human condition. It is imperative to think of science to benefit humanity.

Keywords: Genetic counseling; Family planning; Bio-law; Civil liability.

Introdução

A presente pesquisa tem como ponto de partida notícia veiculada pelo Senado Federal Brasileiro sobre audiência pública da Subcomissão de Direitos das Pessoas com Doenças Raras – subcomissão da Comissão de Assuntos Sociais realizada em novembro de 2023, que entendeu ser necessário que o Governo Federal brasileiro invista em políticas de genética clínica, em especial na triagem de mutações genéticas para doenças recessivas em casais em idade reprodutiva, com o intuito prevenir o nascimento de pessoas afetadas por doenças não tratáveis ou de alto custo como a amiotrofia espinhal (AME), hemofilia e anemia falciforme. De acordo com a audiência, o Aconselhamento Genético, além de permitir o planejamento familiar adequado aos interesses dos envolvidos, permitiria também uma economia nos custos da saúde pública com estas doenças³.

Segundo os geneticistas ouvidos na ocasião, o Aconselhamento Genético pode prevenir o desenvolvimento de doenças e até mesmo oferecer tratamento precoce, além de permitir que uma pessoa ou um casal possa decidir sobre seus direitos reprodutivos e planejamento familiar de forma consciente e esclarecida. No que tange ao planejamento familiar, sabe-se que a legislação brasileira trabalha sua proteção jurídica na Constituição

³ AGÊNCIA SENADO. Brasil precisa investir no aconselhamento genético, aposta audiência. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/11/14/brasil-precisa-investir-no-aconselhamento-genetico-aponta-audiencia>. Acesso em 20/11/2023.

Federal de 1988 (art. 226 § 7º) como direito fundamental e que a Lei 9.263 de 1996 reconhece a sua importância e destaca sua condição de direito comum a todos os cidadãos, devendo ser oferecido, inclusive, pelo SUS – Sistema Único de Saúde.

O Projeto de Lei 5899 de 2009 que traz à baila a questão do Aconselhamento Genético foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados em dezembro de 2023 e visa incluir, nos casos em que haja indicação clínica, o Aconselhamento Genético nas ações de planejamento familiar oferecidas pelo SUS, alterando a lei 9.263 de 1996 (Lei de Planejamento Familiar)⁴. O projeto agora será encaminhado novamente ao Senado para finalização do processo.

Resta saber se, o Aconselhamento Genético como propôs o parlamento brasileiro, será aplicado a todos os cidadãos, respeitando-se a possibilidade de autonomia da vontade e, como será a questão da responsabilidade civil sobre eventuais falhas ou ausência de aconselhamento.

A pergunta que se pretende responder é se o aconselhamento genético usado com o intuito de informar a pessoa ou o casal em idade fértil sobre a possibilidade de transmissão de características genéticas para sua prole, pode ser considerado como mecanismo de efetivação de direito fundamental à vida e saúde ou poderia ser considerado como eugenia.

Como hipóteses para a resposta ao questionamento proposto, será utilizada em primeiro lugar, a ideia de que o Aconselhamento Genético permite que o indivíduo acometido por alguma condição genética, seja informado adequadamente dos riscos e desenvolvimento de doenças em sua prole e se posicionar sobre a decisão positiva ou negativa de ter filhos naturais, reconhecendo-se a importância do princípio bioético da autonomia. E, em segundo lugar, a concepção de parte da doutrina moderna sobre a possibilidade de eugenia positiva como forma de se cumprir os princípios bioéticos da não-maleficência e responsabilidade.

A metodologia de pesquisa para o presente trabalho, pauta-se na linha jurídico-dogmática, com abordagem dedutiva, bibliográfica e descritiva, trabalhando com os elementos do ordenamento jurídico brasileiro, além da doutrina e jurisprudência nacional.

1. Conceito de Aconselhamento Genético

A Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos – UNESCO – 2004, no seu art. 2º, XIV define como Aconselhamento Genético como o “procedimento que

⁴ AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. Comissão aprova aconselhamento genético em ações de planejamento familiar do SUS. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1020048-comissao-aprova-aconselhamento-genetico-em-aco-es-de-planejamento-familiar-do-sus/>. Acesso em: 02/01/2024.

consiste em explicar as consequências possíveis dos resultados de um teste ou de um rastreio genético, suas vantagens e seus riscos e, se for caso disso, ajudar o indivíduo a assumir essas consequências a longo prazo. O aconselhamento genético tem lugar antes e depois do teste ou do rastreio genético”.

O termo Aconselhamento Genético (AG) foi introduzido por Reed em 1947, descrevendo um novo campo de trabalho clínico para geneticistas e hoje pode ser definido como um processo que tem por finalidade auxiliar as pessoas a compreender e se adaptar às implicações médicas, psicológicas e familiares decorrentes da contribuição genética para determinada afecção.⁵ Assim, o Aconselhamento Genético tem o intuito de orientar e informar pessoas sobre a ocorrência de doenças e anomalias genéticas em sua família e que podem ser transmitidas aos seus descendentes pela procriação. O procedimento deve ser realizado por técnicos que tenham competência e preparo para a tratativa com o paciente e seus familiares. A proposta do Aconselhamento Genético não é modificar comportamentos, mas aumentar as informações para as tomadas de decisões, busca-se, portanto, informar para que o indivíduo tome suas decisões de forma consciente e autônoma.

O processo de Aconselhamento Genético envolve etapas como: definição e/ou confirmação do diagnóstico; 2. Estimativa de riscos; 3. Comunicação; 4. Tomada de decisão.⁶ E pode acontecer em momento anterior à gestação (pré-conceptivo), como prevenção, em situação pré-implantatário no caso de Reprodução Humana Medicamente Assistida na figura do Diagnóstico Genético Pré-implantacional – DGPI, situações que podem nos levar ao questionamento da eugenia, como veremos adiante, e, em momento posterior à concepção em casos de pré-natal, possibilitando informações sobre a condição do feto e eventuais procedimentos necessários antes ou logo após o nascimento, inclusive, em momento pós nascimento. Na hipótese de ocorrência em período pré-natal, fundamenta um eventual interesse dos genitores pela interrupção da gestação, para os países que permitem, situação que também pode ensejar discussão quanto ao conceito de eugenia.

2. Planejamento Familiar como Direito Fundamental

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no seu artigo 12, sustenta que: "Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, **na sua família**, no seu lar ou

⁵ BERTOLLO, Eny Maria Goloni; CASTRO, Rodrigo; CINTRA, Mariângela; PAVARINO, Érika Cristina. O processo de Aconselhamento Genético. Arquivos Ciência e Saúde, 2013. Jan-mar 20 (1) p. 30.

⁶ BERTOLLO, Eny Maria Goloni; CASTRO, Rodrigo; CINTRA, Mariângela; PAVARINO, Érika Cristina. O processo de Aconselhamento Genético. Arquivos Ciência e Saúde, 2013. Jan-mar 20 (1) p. 32.

na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra essas interferências ou ataques" (grifos nossos).

Da leitura do mencionado artigo pode-se entender que, toda pessoa tem direito e autonomia em relação à formação da sua família. É fato que a procriação não é elemento essencial para a formação de uma entidade familiar, mas faz-se necessário assegurar àqueles que queiram ter filhos, o direito à formação da sua família por meio da procriação natural ou de forma assistida, bem como o direito a não procriar, para aqueles que não pretende ter filhos, como forma de respeito, também, ao direito à intimidade e à dignidade do indivíduo, igualmente direitos fundamentais.

A Constituição Federal do Brasil de 1988, ao tratar em seu art. 226 § 7º determina que:

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o **planejamento familiar** é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (Grifos nossos)

Tendo em vista o disposto na Constituição Federal vigente no Brasil, reconhece-se o direito ao planejamento familiar como um direito fundamental. Além disso, não se pode deixar de ressaltar que a Organização Mundial da Saúde - OMS – inclui no direito à saúde, tanto a saúde física como a saúde mental, além da concretização do bem-estar e da ausência de doenças e outros agravos. E, é fato que o planejamento familiar pode sim interferir na saúde de um indivíduo.

Apenas à guisa de informação, de forma infraconstitucional, o planejamento familiar no Brasil é tratado tanto no art. 1565 do Código Civil que determina no seu § 2º: "O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas" e na Lei 9.263 de 1996, conhecida justamente como Lei do Planejamento Familiar, que define:

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta lei.

Art. 2º Para fins desta lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Parágrafo único: É proibida a utilização das ações a que se refere o *caput* para qualquer tipo de controle demográfico.

E, posteriormente, nos artigos seguintes da Lei 9.263 de 96, resta esclarecido que o direito ao planejamento familiar é parte integrante do direito à saúde e como tal deve ser garantido e oferecido no Sistema Único de Saúde (art. 3º) e que o planejamento familiar se orienta por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade (art. 4º), como por exemplo, métodos de concepção e contracepção.

Verifica-se, inicialmente, a importância do Aconselhamento Genético para a efetivação do direito ao planejamento familiar consciente e saudável, justificando, inclusive o seu oferecimento pelo Sistema Único de Saúde, permitindo-se que todas as pessoas possam ter acesso a informações dessa natureza.

3. Conceito de Eugenia na Sociedade Moderna

O termo eugenia vem da junção do radical grego “eu” que significa “bom ou belo” e do sufixo “genia” que significa “gene ou gerar”. Ou seja, pode-se dizer que eugenia significa o “bom gene”.

A preocupação com a eugenia iniciou-se, de forma mais contundente e em âmbito internacional, após os eventos nazistas ocorridos na Segunda Grande Guerra, na Alemanha⁷. Em 1947 o Código de Nuremberg deixou claro que as pesquisas com seres humanos devem seguir preceitos humanos e bioéticos fundamentais. Para além da importância do Código de Nuremberg no que diz respeito ao uso da ciência responsável, pode-se dizer que este também foi um instrumento para trazer à lume a discussão sobre a necessidade de se colocar fim à ideia de poder e superioridade de uma pessoa sobre outra por questões genéticas, religiosas, sociais e econômicas, situação que, apesar de antiga, ainda visita as relações humanas modernas.

A eugenia advém da ideia de melhoramento da raça humana, partindo-se da genética e hereditariedade. Assim, a hereditariedade marcaria a superioridade ou inferioridade de uma raça, de um grupo de pessoas. O estudo da eugenia, inicia-se no século 19 com Francis Galton, na Inglaterra, partindo-se da ideia de que alguns seres são mais fortes e relevantes do que outros. Inicialmente a ideia era utilizar a ciência para evitar nascimento de pessoas com deficiência, utilizando-se de exames pré-nupciais, configurando a chamada eugenia positiva, mais tarde, o conhecimento de fatos que ensejassem características genéticas, ditas não adequadas para a procriação, ensejaram medidas como a esterilização compulsória, por

⁷ LOPES, José Agostinho. Bioética- uma breve história: de Nuremberg (1947) a Belmont (1979). Revista Médica de Minas Gerais. V. 24, n.02. p. 262 a 273. 2014. Disponível em: <https://rmmg.org/artigo/detalhes/1608>. Acesso em 02/12/2023.

exemplo, como ocorreu em boa parte dos Estados nos Estados Unidos da América em 1924, situação tratada como eugenia negativa, seguida posteriormente pela Alemanha, como dito acima. No Brasil, a situação não foi diferente, a segregação inicia-se com a escravidão e, posteriormente com os movimentos contrários aos casamentos entre brancos e negros, evitando-se a “mistura” racial pela procriação⁸. Claro é que a história e evolução do estudo da eugenia é longo e muito interessante, mas não é o objetivo central desta pesquisa. Portanto, verifica-se que a eugenia para alguns pode ser considerada positiva e ou negativa para outros.

Para os que entendem existir essa diferença entre eugenia positiva e eugenia negativa, a eugenia positiva seria utilizada para propiciar algo positivo para a espécie, para a sociedade humana, ou seja, não seria a seleção reprodutiva para uniformizar uma espécie ou somente permitir a existência de certas características genéticas, como aconteceu no Alemanha nazista, por exemplo, mas sim, o uso da ciência da Engenharia Genética para beneficiar as pessoas, melhorar a vida e a saúde, permitir aprimoramento dos genes para um bom viver.

A ideia é muito sedutora. Parece simples. A linha que separa as duas formas é muito tênue. Se é para melhorar a vida das pessoas, qual seria o problema? O problema é que, tecnicamente, a seleção de genes é uma forma de buscar a “boa genia”. Qual a diferença entre fazer pesquisas com seres humanos, proibir certos relacionamentos e o aconselhamento familiar? Seria o Aconselhamento Genético uma forma de eugenia?

Apesar de pensamentos discordantes, a pesquisa que ora se defende, vai no sentido de compreender que a diferença principal entre o Aconselhamento Genético e a eugenia negativa se fixa na autonomia da vontade. Na possibilidade de decisão. Ou seja, no Aconselhamento Genético, não há impeditivo para o relacionamento ou procriação, por exemplo, o que há é informação. Informação sobre as possíveis condições genéticas que pode acometer a descendência de uma pessoa ou de um casal. Não se busca o extermínio, mas sim o conhecimento, a busca por soluções ou ao menos de preparativos para o que está por vir. Neste sentido, o aconselhamento tem seu lugar positivo. Apesar disso, percebe-se que a defesa dessa ideia não é fácil. A decisão também pode ser considerada eugênica? Não seria também uma situação de eugenia?

É fato que o uso da ciência na decisão reprodutiva é um problema bioético persistente, não é de hoje que se discute essa questão. E, no que tange ao Aconselhamento Genético como forma de efetivação do Planejamento Familiar também poderá ser visto

⁸ SILVA, Gabriela Tavares da Silva. PITTA, Ana Maria Fernandes. Eugenia, Bioética e Ética em pesquisa com seres humanos no Brasil: uma revisão sistemática. Anais da 23ª Semana de Mobilização Científica – SEMOC. 2020.

dentro desta perspectiva eugênica. Contudo, possibilitar que uma pessoa tenha informação sobre sua carga genética e como essa carga genética pode interferir na sua descendência, parece ser um instrumento que veio para ficar. Um instrumento que permite ao indivíduo exercer seu direito de reprodução de forma consciente e esclarecido. Precisa-se apenas ter certeza de que o aconselhamento será utilizado adequadamente e para esta finalidade. Não há que se falar em melhor ou pior, superior ou inferior e este pode ser o maior desafio do uso da ciência reprodutiva moderna.

4. Aconselhamento Genético e Responsabilidade Civil.

Em que pese o lado positivo do Aconselhamento Genético, seu uso pode também gerar a incidência de responsabilidade civil. Importante lembrar que, como princípio bioético, a autonomia somente poderá ser atingida mediante a correta informação, elemento essencial para que a pessoa possa exercer seu direito ao planejamento familiar.

Quando realizado adequadamente, o Aconselhamento Genético atinge seus objetivos, fazendo com que as pessoas envolvidas possam buscar soluções que achem suficientes para mitigar ou manejar os riscos advindos de características genéticas detectadas e transmitidas pela procriação. Contudo, algumas questões podem ser suscitadas, gerando responsabilidade civil médica. Especialmente no caso do *wrongfull bith* (nascimento injusto ou indevido) e *wrogfull life* (vida injusta ou indevida)⁹ como veremos a seguir.

No caso do *wrongfull bith*, em que no pré-natal, ou mesmo antes da concepção, não foi dada a oportunidade de os genitores decidirem pelo nascimento do filho com síndromes, deficiências ou más-formações. Poderiam os genitores acionarem o médico ou profissional envolvido no aconselhamento pré-natal que resultou no nascimento de um filho com deficiência, por exemplo, alegando que perderam a chance de decidir sobre o nascimento ou não de um filho com condições difíceis de vida? De quem é a responsabilidade do *wrongfull birth*? Está-se diante de uma situação considerada como de responsabilidade médica? Trata-se de um nascimento indevido? Seria uma falha na relação entre médico e paciente?

No que se refere ao *wrogfull life*, a proposta de indenização vem da pessoa nascida com a deficiência ou condição genética em face dos profissionais que falharam no aconselhamento ou mesmo dos genitores. É possível se falar em indenização por nascer com determinadas características? Há o direito a nascer saudável? Ou não nascer com determinada

⁹ PINTO. Paulo Mota. Ainda a indenização por nascimento indevido *wrongful birth* e vida indevida *wrongful life*. Responsabilidade em saúde: diálogo com o professor Doutor Jorge Sinde Monteiro. Faculdade de Direito. 2021. Disponível em: www.centrodedireitobiomedico.org. Acesso em 02/12/2023.

condição genética que o leva à sofrimento? É caso de vida injusta? A situação aqui é ainda mais complexa, trata-se de responsabilização pela existência da pessoa.

A responsabilidade nas duas hipóteses, se for possível a aplicação, deve-se ater à regra da Teoria Geral da Responsabilidade Civil e, neste caso, estaríamos diante da responsabilidade subjetiva, com a necessidade de comprovação da culpa (negligência, imprudência, imperícia) ou dolo do agente, demonstrando-se ainda, o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta danosa. Importa ressaltar que a culpa neste caso, seria pela falha na atividade profissional individual do médico ou profissional da saúde (art. 186 e art. 927 do Código Civil), aplicando-se, entretanto, a responsabilidade objetiva para o caso da aplicação da responsabilidade a uma pessoa jurídica, hospital, clínica ou laboratório, por exemplo, como determina o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, em especial no seu art. 14.

Verifica-se que não se está falando em responsabilidade pela má-formação, deficiência, condição genética ou nascimento indevido em si, mas sim da possibilidade de responsabilidade pela falha na atividade profissional, no caso, falha na informação, ou seja, informação defeituosa ou ausente, impedindo o exercício da autonomia da vontade de forma livre e consciente.

Ressalta-se ainda, que essa questão da responsabilidade nos casos de *wrongfull birth e wrogfull life*, já vem sendo discutida há algum tempo nos tribunais de diversos países, sem, contudo, haver uma posição pacificada, em situações esporádicas, quando há o reconhecimento do direito à indenização, constata-se o reconhecimento da falha da relação entre médico-profissional e paciente como no caso de ausência de informação adequada que permita o exercício do direito à autonomia e não o reconhecimento de indenização pela deficiência ou pelo nascimento indevido, não se trata de um direito à não existência.

De forma geral, é mais fácil a responsabilização no caso de *wrongfull birth* do que no caso de *wrogfull life*. Ocorre que os casos de *wrongfull birth* versam sobre o direito da perda de uma chance que envolve um erro, uma falha de diagnóstico pré-natal ou pré-implantacional (no caso de Reprodução Humana Assistida) médico que resulta no nascimento de uma pessoa com deficiência, má-formação ou síndromes genéticas, ao passo que para o *wrogfull life*, o autor é o próprio nascido, e estão presentes ao caso valores pessoais metajurídicos como ética, religião e moral, refletindo medos e anseios das pessoas, tema muito complexo e que não tem encontrado respaldo nos Tribunais, muito pela complexidade que demonstra o tema, mensurar a não existência ou dizer que teria sido melhor não ter nascido do que viver

com a deficiência, são conceitos delicados, complicados de construir e que afetam toda a sociedade.¹⁰

Importa ressaltar que, no caso do *wrongfull bith*, há lesão à autonomia do sujeito, lesão à boa-fé objetiva e planejamento familiar, daí a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil tanto no aspecto extra como no patrimonial. Importante ressaltar que “pode” se enquadrar e não “obrigatoriamente”, cada caso é um caso e deve ser individualmente verificado, há que se caracterizar o dano, o nexo de causalidade, e a culpa no ato realizado ou não realizado pelo profissional encarregado do aconselhamento.

Entretanto, a preocupação que esta pesquisa traz, é no que tange à realidade brasileira e a situação da mudança legislativa para incluir o Aconselhamento Genético como uma obrigação do Sistema único de Saúde no Brasil. O país está preparado para esta obrigação?

5. Considerações Finais

Partindo-se da ideia do Aconselhamento Genético como mecanismo para efetivação do planejamento familiar como quer o Projeto de Lei 5899 de 2009, recentemente aprovado pela Câmara dos Deputados do Brasil, resta indagar se o Brasil está preparado para tal regramento.

É fato que o Sistema Único de Saúde brasileiro (SUS) é utilizado pela grande maioria dos brasileiros que não possuem condições econômicas de adquirir plano de saúde particular e que, por conta da diferença econômica que divide a sociedade brasileira, alguns que podem pagar tem acesso mais fácil a tratamentos médicos do que outros que dependem exclusivamente do sistema de saúde pública. Importante dizer que, não se está afirmando que o Sistema Único de Saúde – SUS não seja boa qualidade, muito pelo contrário, sabe-se da excelência técnica dos profissionais envolvidos e dos serviços prestados, em sua grande maioria, contudo, é um Sistema que tem ou deve assumir a responsabilidade de atendimento a milhares de pessoas e, pelo volume de ocorrências, muitas vezes sua atuação não é satisfatória, principalmente, a depender da região do país.

A questão que se levanta é quanto à implementação do Aconselhamento Genético como parte integrante do Planejamento Familiar, como direito fundamental. Como o Estado brasileiro atuará na implementação dessa nova obrigação?

Necessário será a capacitação de profissionais da área da saúde, disponibilidade de maquinário para a realização de exames para obter diagnósticos e, criar mecanismos para que

¹⁰ SPOSATO, Karyna Batista. LAGE, Renata Carvalho Martins. A responsabilidade civil nas ações de *wrongful actions* em decorrência de condutas médicas. Anais do XXVII Congresso Nacional CONPEDI Porto Alegre – RS, Direito Civil Contemporâneo I, 2018. Disponível em www.conpedi.br.

o aconselhamento ocorra em tempo adequado, ou seja, preferencialmente antes da concepção, uma vez que no Brasil, não se permite, por exemplo, a interrupção da gestação por situações de síndromes e má-formação do feto, a exceção fica com a anencefalia, permitida por decisão do STF.

A presença de políticas públicas será essencial para o bom cumprimento dessa nova obrigação. Mas, além disso, informar a população sobre esse direito, sobre o direito à informação da sua condição genética e de como essa condição genética poderá atingir a sua hereditariedade e da sua autonomia da vontade em relação aos seus direitos reprodutivos, parece ser o maior dos desafios. Se no país já é difícil o planejamento familiar consciente, tanto na forma contraceptiva como para concepção, bem como o acompanhamento pré-natal, em especial em algumas regiões mais distantes do país, como seria realizado o Aconselhamento Genético? Atender a uma parcela de pessoas e deixar de atender a outra, é mais uma vez fazer diferença.

Educação é, possivelmente, a principal resposta, a base para a solução da grande maioria dos problemas enfrentados pelo mundo moderno e, no que tange ao Aconselhamento Genético, vemos a mesma direção, contudo, é preciso que o Estado cumpra sua função e espera-se que o Estado brasileiro consiga cumprir o que está vindo de novidade no planejamento familiar.

Além disso, importante dizer que a falha ou ausência de Aconselhamento Genético, como visto, poderá sim gerar situações de indenização tanto de dano moral como de dano existencial, levando-se em consideração a Teoria Geral da Responsabilidade Civil. Apesar de não existir uma definição sobre o assunto, pode-se analisar no caso concreto a presença dos elementos que caracterizam a responsabilidade civil, como no caso das ações conhecidas como *wrongful birth*, em especial.

E, finalizando, faz-se necessária a reflexão sobre o conceito de eugenia, bem como da eugenia positiva e eugenia negativa. Tanto uma como outra, trabalha com a seleção de genes e características. Não é de hoje que o comportamento humano tem uma certa postura eugênica. A ciência trouxe novos conhecimentos, novas possibilidades e isso afasta o conceito negativo da eugenia? O mundo precisa se debruçar sobre a questão do significado atual da eugenia e, o Aconselhamento Genético enquadra-se nesse questionamento.

Referências Bibliográficas:

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. Comissão aprova aconselhamento genético em ações de planejamento familiar do SUS. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/noticias/1020048-comissao-aprova-aconselhamento-genetico-em-aco-es-de-planejamento-familiar-do-sus/>. Acesso em: 02/01/2024.

AGÊNCIA SENADO. Brasil precisa investir no aconselhamento genético, aposta audiência. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/11/14/brasil-precisa-investir-no-aconselhamento-genetico-aponta-audiencia>. Acesso em 20/11/2023.

BERTOLLO, Eny Maria Goloni; CASTRO, Rodrigo; CINTRA, Mariângela; PAVARINO, Érika Cristina. O processo de Aconselhamento Genético. Arquivos Ciência e Saúde, 2013. Jan-mar 20 (1) p. 30 - 39.

COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque. Direitos reprodutivos, planejamento familiar e reprodução humana assistida no Brasil no atual estado da arte. Cadernos iberoamericanos de Direito Sanitário, Brasília 5(3):80-103, jul-set, 2013.

LOPES, José Agostinho. Bioética- uma breve história: de Nuremberg (1947) a Belmont (1979). Revista Médica de Minas Gerais. V. 24, n.02. p. 262 a 273. 2014. Disponível em: <https://rmmg.org/artigo/detalhes/1608>. Acesso em 02/12/2023.

LOUREIRO, Claudia. DINIZ, Maria Helena. Biodireito e Direito da Personalidade: Questões polêmicas. Londrina, PR: Editora Thoth. 2023.

OTERO, Paulo. Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética. Almedina. Coimbra. 1999.

PINTO. Paulo Mota. Ainda a indenização por nascimento indevido wrongful birth e vida indevida wrongful life. Responsabilidade em saúde: diálogo com o professor Doutor Jorge Sinde Monteiro. Faculdade de Direito. 2021. Disponível em: www.centrodedireitobiomedico.org. Acesso em 02/12/2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2015.

SILVA, Gabriela Tavares da Silva. PITTA, Ana Maria Fernandes. Eugenia, Bioética e Ética em pesquisa com seres humanos no Brasil: uma revisão sistemática. Anais da 23ª Semana de Mobilização Científica – SEMOC. 2020.

SILVA. Sara Elisabete Gonçalves da. A vida indevida (wrongful life) e direito à não existência. Revista Jurídica Luso Brasileira. Coimbra, ano19, n. 21. Dez 2021. p. 907-956. Disponível em: www.cidp.pt/revistas/rjlb. Acesso em 02/12/2023.

SPOSATO, Karyna Batista. LAGE, Renata Carvalho Martins. A responsabilidade civil nas ações de *wrongful actions* em decorrência de condutas médicas. Anais do XXVII Congresso Nacional CONPEDI Porto Alegre – RS, Direito Civil Contemporâneo I, 2018. Disponível em www.conpedi.br.

O Direito Humano ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e o Código Florestal

The Human Right to an Ecologically Balanced Environment and the Forest Code

Ana Luisa Sabino Werkema¹

Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro²

Resumo: O presente trabalho aborda o Código Florestal brasileiro de 2012, substituto do diploma de 1965, no que se refere às mudanças nas Áreas de Preservação Permanente e Reservas Legais, com ênfase na relação entre o Código e o princípio constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado. O objetivo principal é investigar como o direito humano ao meio ambiente equilibrado influencia a interpretação e aplicação das leis ambientais, influenciadas pelo viés antropocêntrico. O objetivo específico do trabalho é analisar a importância dos serviços ecossistêmicos dessas áreas e seu impacto na produção agropecuária e na manutenção de componentes essenciais à vida humana. O artigo explora o princípio do direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, fundamentado no artigo 225 da Constituição Federal brasileira. A interseccionalidade entre direitos humanos e meio ambiente e o esverdeamento dos direitos humanos, *greening*, é enfatizada como crucial para o desenvolvimento sustentável. Conclui-se que o atual Código Florestal, ao apresentar um viés menos protetor, compromete o direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Optou-se pelo método dedutivo, com a revisão bibliográfica e análise da legislação e da jurisprudência relativa ao tema, com a finalidade de proporcionar uma visão mais holística do documento em análise.

Palavras-chave: Direitos Humanos; meio ambiente; Código Florestal; *greening*.

Abstract: This paper discusses the 2012 Brazilian Forest Code, which replaced the 1965 law, with regard to changes in Permanent Preservation Areas and Legal Reserves, with an emphasis on the relationship between the Code and the constitutional principle of an ecologically balanced environment. The main objective is to investigate how the human right to a balanced environment influences the interpretation and application of environmental laws, which are influenced by an anthropocentric bias. The specific objective of the work is to analyze the importance of the ecosystem services of these areas and their impact on agricultural production and the maintenance of essential components for human life. The article explores the principle of the human right to an ecologically balanced environment, based on Article 225 of the Brazilian Federal Constitution. The intersectionality between human rights and the environment and the greening of human rights is emphasized as crucial for sustainable development. It is concluded that the current Forest Code, by presenting a less protective bias, compromises the human right to an ecologically balanced environment.

¹ Graduanda em bacharel em Direito na Universidade Federal de Uberlândia. Bolsista CNPQ de Iniciação Científica. E-mail: anawerkema1302@gmail.com

² Coordenadora da Cátedra Jean Monnet da Universidade Federal de Uberlândia. Professora Permanente do PPGDI/UFU. Professora de Biodireito e de Direito Ambiental FADIR/UFU. Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Estágio de Pesquisa Pós-Doutoral em Direito concluído em FDUC (2006); FADUSP (2019) e NOVA School of Law (2022). Coordenadora do Grupo Biodireito, Bioética e Direitos Humanos/UFU. Coordenadora do Observatório Interamericano e Europeu dos ODS/UFU. Coordenadora da Clínica Humanitas/UFU. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8808192737927290>.

We opted for the deductive method, with a literature review and analysis of legislation and case law on the subject, in order to provide a more holistic view of the document under analysis.

Keywords: Human rights; environment; Forest Code; greening.

1. Introdução

A Lei de Proteção a Vegetação Nativa, Lei nº 12.615/2012, mais comumente conhecida como Código Florestal, veio em substituição ao Diploma Legal de 1965, lei nº 4.771, que determina, de forma geral, as parcelas de áreas dentro de uma propriedade rural que devem ser destinadas para a produção e para a preservação da vegetação nativa³.

O Código em vigência, em comparação ao anterior, de 1965, é considerado em sua amplitude com um viés menos protecionista ao meio ambiente, principalmente ao se analisar dois tipos de Espaços Territoriais Especialmente Protegidos que são regulados dentro dessa legislação, tais como as Áreas de Preservação Permanente e as Reservas Legais.

Nesse sentido, o objetivo geral do presente trabalho é abordar a relação intrínseca entre o Código Florestal e o princípio do meio ecologicamente equilibrado, na qual este influencia a releitura crítica daquele. Tal princípio se encontra na Carta Magna brasileira, em seu artigo 225, sendo um direito fundamental humano.

Por sua vez, o objetivo específico é analisar a importância dos serviços ecológicos prestados pelas Áreas de Preservação Permanente e pelas Reservas Legais, tanto para a produção agropecuária, como para a manutenção de vários componentes essenciais à existência humana e como as alterações do novo Código Florestal influenciam diretamente nesses serviços, que, por conseguinte, interferem no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, a pesquisa pretende responder ao seguinte problema: como o direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado influencia a ressignificação dos diplomas legais, institutos jurídicos e políticas públicas outrora cunhadas sob o viés antropocentrista.

O objetivo e o problema propostos serão trabalhados de acordo com a pesquisa teórica, com investigação bibliográfica, com a análise da jurisprudência, doutrina e legislação acerca dos temas envolvendo o objeto principal ora proposto. A pesquisa utiliza-se do método dedutivo, com técnica da documentação indireta.

³ BRANCALION, Pedro H.s.; GARCIA, Letícia C.; LOYOLA, Rafael; RODRIGUES, Ricardo R.; PILLAR, Valério D.; LEWINSOHN, Thomas M. Análise crítica da Lei de Proteção da Vegetação Nativa (2012), que substituiu o antigo Código Florestal: atualizações e ações em curso. *Natureza & Conservação*, [S.L.], v. 14, n. 1, p. 1-16, abr. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.ncon.2016.03.004>. Acesso em: 07 dez. 2023.

2. Generalidades Acerca do Código Florestal

De início, para uma correta categorização acerca do funcionamento do Código Florestal, é de suma importância analisar a distribuição dos remanescentes de vegetação nativa (VN) no território brasileiro, tendo em vista que o Código Florestal regula dois tipos de Espaços Territoriais Especialmente Protegidos (ETEPs), quais sejam, as Áreas de Preservação Permanente (APPs) e as Reservas Legais (RL), que serão posteriormente devidamente contextualizadas.

Dessa forma, observa-se que 47% dos remanescentes de vegetação nativa encontram-se distribuídos em Unidades de Conservação (UC) e Terras Indígenas (TI), outras modalidades de ETEPs, enquanto o restante, 53%, se encontra dentro de propriedades rurais particulares, na qual tais remanescentes são APPs ou RLs, reguladas pelo Código Florestal.⁴

A explicação para tal distribuição percentual se dá no fato de que onde a ocupação de terras se torna mais consolidada, a proporção de UC e TI em relação ao total de VN é muito pequena, fazendo com a maior parte dos remanescentes entejam no interior de propriedades privadas⁵.

Nesse sentido, a importância do Código Florestal se dá justamente na condição de que é o “principal instrumento legal que incide sobre a proteção e restauração da vegetação natural, por ele regular sua proteção em terras privadas”⁶, sendo que é a legislação com a maior interferência em relação a preservação dos biomas brasileiros, já que rege a maior parte desses remanescentes, quais sejam as APPs e RLs.

“Esta realidade mais do que justifica a manutenção do Código Florestal como instrumento essencial ao equilíbrio entre o interesse privado da produção agrícola e o interesse coletivo da preservação ambiental e seu aprimoramento.”⁷

Após a explicitação da importância do Código Florestal para a preservação natural no território brasileiro, parte-se para a explicação acerca dos principais instrumentos necessários a esse fim, quais sejam, as Áreas de Preservação Permanente e as Reservas Legais, que, ressalte-se, são Espaços Territoriais Especialmente Protegidos, nesse caso, protegidos em sentido amplo, admitindo, em caráter excepcional, determinadas intervenções.⁸

⁴ SPAROVEK, Gerd; BARRETTO, Alberto; KLUG, Israel; PAPP, Leonardo; LINO, Jane. A Revisão do Código Florestal Brasileiro. **Novos Estudos**, [S.I.], v. 98, n. 11, p. 111-135, mar. 2011.

⁵ SPAROVEK, Gerd; BARRETTO, Alberto; KLUG, Israel; PAPP, Leonardo; LINO, Jane. A Revisão do Código Florestal Brasileiro. **Novos Estudos**, [S.I.], v. 98, n. 11, p. 111-135, mar. 2011.

⁶ SPAROVEK, Gerd; BARRETTO, Alberto; KLUG, Israel; PAPP, Leonardo; LINO, Jane. A Revisão do Código Florestal Brasileiro. **Novos Estudos**, [S.I.], v. 98, n. 11, p. 111-135, mar. 2011, p. 117.

⁷ SPAROVEK, Gerd; BARRETTO, Alberto; KLUG, Israel; PAPP, Leonardo; LINO, Jane. A Revisão do Código Florestal Brasileiro. **Novos Estudos**, [S.I.], v. 98, n. 11, p. 111-135, mar. 2011, p. 118.

⁸ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 932

Assim, as APPs são definidas no atual Código Florestal como “área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”.⁹

Por outro lado, as RLs são uma

área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural [...] com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa.¹⁰

Nesse sentido, a Reserva Legal assegura um mínimo legal da parcela de vegetação nativa, além da APP, que deve ser destinada para a preservação. No Código de 1965, esse percentual mínimo era de 50% na Amazônia Legal¹¹ e 20% no restante do país¹², enquanto que no Código em vigência esse percentual é de 80% na Amazônia Legal, 35% no Cerrado e 20% no restante dos biomas.¹³

As APPs podem ser instituídas por lei, *ope legis*, ou por ato do Poder Público. No primeiro caso, o legislador englobou as áreas úmidas interiores, as áreas úmidas associadas ao litoral e os acidentes topográficos.¹⁴

Dessa forma, o Código define que as áreas úmidas interiores são “as faixas marginais de qualquer curso d’água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular”¹⁵ e “as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais”.¹⁶ Essas primeiras definições apresentam as larguras mínimas de tais medidas.

Outras áreas úmidas definidas são “as áreas no entorno dos reservatórios d’água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d’água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento”,¹⁷ “as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d’água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros”¹⁸

no topo de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25°, as áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura

⁹ BRASIL. **Lei nº 12.651**, de 25 de maio de 2012. DOU, Brasília, DF: PR, 2012, art. 3º, II.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 12.651**, de 25 de maio de 2012. DOU, Brasília, DF: PR, 2012, art. 3º, III.

¹¹ BRASIL. **Lei nº 4.771**, de 15 de setembro de 1965. DOU, Brasília, DF: PR, 1965, art. 44, caput.

¹² BRASIL. **Lei nº 4.771**, de 15 de setembro de 1965. DOU, Brasília, DF: PR, 1965, art. 16, § 2º.

¹³ BRASIL. **Lei nº 12.651**, de 25 de maio de 2012. DOU, Brasília, DF: PR, 2012, art. 12, I.

¹⁴ MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 932 p.

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 12.651**, de 25 de maio de 2012. DOU, Brasília, DF: PR, 2012, art. 4º, I.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 12.651**, de 25 de maio de 2012. DOU, Brasília, DF: PR, 2012, art. 4º, II.

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 12.651**, de 25 de maio de 2012. DOU, Brasília, DF: PR, 2012, art. 4º, III.

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 12.651**, de 25 de maio de 2012. DOU, Brasília, DF: PR, 2012, art. 4º, IV.

mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação.¹⁹

Em relação ao inc. I do art. 4º do Código Florestal em vigor, que delimita a largura mínima da faixa marginal de um curso d'água natural perene e intermitente, observa-se que tal definição é distinta daquela encontrada no antigo Código Florestal, que afirmava que uma das modalidades de APP seriam as florestas e demais formas de vegetação natural situadas “ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal”,²⁰ também, definindo a largura mínima dessa área.

Verifica-se a partir desses instrumentos legais, que, enquanto o Código de 1965 definia que a largura da APP em matas ciliares seria medida a partir do nível mais alto da faixa marginal, o Código de 2012 define que tal medida será a partir da borda da calha do leito regular.

Tal mudança de texto causa um impacto direto na quantidade de vegetação nativa legalmente destinada à preservação, favorecendo o desmatamento e ocupação antrópica. Isso se dá pelo fato de que os rios têm diferentes níveis hídricos ao longo do tempo, na qual pode haver uma diferença muito significativa entre seu nível mínimo e máximo.

Assim, no caso de um rio na qual o seu nível máximo tem 20m e o seu nível regular tem 10m, o Código de 1965 consideraria o seu nível máximo, em que a largura mínima de área preservada deveria ser de 50m.²¹ Por outro lado, a atual legislação consideraria o seu nível regular, de 10m, em que a largura mínima diminuiria para 30m.²² Nesse caso hipotético, o mesmo rio teria 100m de largura de mata protegida pela antiga lei e 60m segundo a atual lei, resultando em uma diminuição de 40% de largura da área protegida.

Na região Amazônica, por exemplo, é de 10m a diferença entre os níveis mais altos e baixos de alguns rios, uma média de 400.000 Km², na qual a medição do curso d'água a partir do leito regular faz com que áreas como essas fiquem perigosamente desprotegidas, principalmente ao se considerar os riscos de alagamento e de favorecimento da ocupação antrópica devido a essa permissão de desmatamento.²³

¹⁹ BRASI. **Lei nº 12.651**, de 25 de maio de 2012. DOU, Brasília, DF: PR, 2012, art. 4º, IX.

²⁰ BRASIL. **Lei nº 4.771**, de 15 de setembro de 1965. DOU, Brasília, DF: PR, 1965, art. 2º, a.

²¹ BRASIL. **Lei nº 4.771**, de 15 de setembro de 1965. DOU, Brasília, DF: PR, 1965, art. 2º, a, 1.

²² BRASIL. **Lei nº 12.651**, de 25 de maio de 2012. DOU, Brasília, DF: PR, 2012, art. 4º, I, a.

²³ PIEDADE, Maria Teresa Fernández; JUNK, Wolfgang J.; SOUSA JUNIOR, Paulo Teixeira de; CUNHA, Catia Nunes da; SCHÖNGART, Jochen; WITTMANN, Florian; CANDOTTI, Ennio; GIRARD, Pierre. As áreas úmidas no âmbito do Código Florestal brasileiro. In: SOUZA, Gilberto; JUCÁ, Kenzo; WATHELY, Marussia (org.). **Código Florestal e a Ciência: o que nossos legisladores ainda precisam saber**. Brasília: Comitê Brasil em Defesa das Florestas e do Desenvolvimento Sustentável, 2012. Cap. 1. p. 9-18.

Afirma-se, no entanto, que a medição para aferição da mata ciliar deveria ser iniciada a partir do maior leito sazonal, assim como previa o Código revogado, prevendo que, com a medição a partir da calha do leito regular, como dita a nova lei, pode ocorrer uma redução drástica da preservação dos rios, podendo chegar a 50% de diminuição da proteção dos rios no Cerrado e na Mata Atlântica. Em áreas de ampla variação sazonal dos leitos hídricos, como o Pantanal e a Amazônia, suas vegetações ciliares não mais serão protegidas legalmente e ficarão sujeitas ao desmatamento.²⁴

Nesse sentido, a partir da noção da quantidade de vegetação nativa dentro do território brasileiro que é regulada pelo Código Florestal e como a mudança da medição de APP a partir do leito regular do rio afeta a preservação ambiental, considera-se que tal instrumento supracitado contribui diretamente para a diminuição dos serviços ecossistêmicos que uma mata nativa pode fornecer.

Desse modo, considera-se que os serviços ecossistêmicos

são benefícios à humanidade providos por múltiplos produtos e processos mantidos por ecossistemas naturais, como a purificação da água, a proteção do solo e controle biológico de pragas na agricultura. Caso os ecossistemas nativos sejam destruídos ou degradados, parte desses serviços pode deixar de ser prestado e resultar, entre outras consequências, na falta de água nas cidades, em desastres ambientais causados por grandes deslizamentos de terra e perda de produção agrícola pelo desequilíbrio de pragas e falta polinizadores, além da degradação da saúde e qualidade de vida humanas. No sentido inverso, a recuperação desses ecossistemas permite que parte desses serviços seja restabelecida em regiões já historicamente degradadas, onde vive hoje a maior parte da população brasileira, contribuindo para o desenvolvimento econômico e bem-estar das pessoas.²⁵

Nesse sentido, observa-se que o Código Florestal, ao regular grande parte dos remanescentes de vegetação nativa, tem a possibilidade de interferir diretamente nos serviços ecossistêmicos que essas áreas podem oferecer ao mundo e para a humanidade.

Assim, caso a legislação possibilite uma diminuição da quantidade mínima de vegetação nativa que deve ser destinada à preservação do meio ambiente, em pequena ou

²⁴GARCIA, Letícia Couto; ELLOVITCH, Mauro da Fonseca; RODRIGUES, Ricardo Ribeiro; BRANCALION, Pedro H.S.; MATSUMOTO, Marcelo H.; GARCIA, Fernanda Couto; LOYOLA, Rafael; LEWINSOHN, Thomas Michael. **Análise científica e jurídica das mudanças no Código Florestal, a recente Lei de Proteção da Vegetação Nativa**. Rio de Janeiro: Abeco, 2016. 44 p.

²⁵ BRANCALION, Pedro H.s.; GARCIA, Letícia C.; LOYOLA, Rafael; RODRIGUES, Ricardo R.; PILLAR, Valério D.; LEWINSOHN, Thomas M. Análise crítica da Lei de Proteção da Vegetação Nativa (2012), que substituiu o antigo Código Florestal: atualizações e ações em curso. **Natureza & Conservação**, [S.L.], v. 14, n. 1, p. 1-16, abr. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.ncon.2016.03.004>. Acesso em: 07 dez. 2023. P. 3

larga escala, pode haver um desequilíbrio, ferindo diretamente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

3. O Direito Humano ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado

O Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, como direito fundamental da pessoa humana, se encontra no *caput* do artigo 225 da Constituição Federal Brasileira, que afirma que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Tal direito, apesar de estar fora do rol de direitos fundamentais da Carta Magna, que se encontra no art. 5º do Título II, conecta-se com os direitos fundamentais de 3º dimensão associados ao meio ambiente, inseridos nos textos constitucionais dos Estados Democráticos de Direito.²⁶

É um valor que se comporta como estável, inato e definitivo, não estando sujeito a qualquer erosão do tempo, sendo um direito que se configura como uma extensão ao da vida em sua dimensão física, uma vez que confere dignidade a essa existência, fazendo com que seja uma vida que valha a pena ser vivida, na qual o ser humano tenha o direito de desfrutar de adequadas condições de vida em um ambiente saudável, em um ambiente ecologicamente equilibrado.²⁷

Dessa forma, ao ser consolidado enquanto um direito da personalidade, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado carrega a valorização da vida humana e a consagração do direito a ela, em que todos os outros direitos derivam disso. Dessa forma, a pessoa humana não tem só o direito à vida, mas também à possibilidade de plena realização da personalidade humana.²⁸

Isso se dá pelo fato de que devem existir requisitos mínimos para que o homem possa viver com dignidade e, nesse caso, afirma-se que não existe uma qualidade de vida sem a qualidade ambiental, o que pressupõe o acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.²⁹

Nesse sentido, ao considerar o meio ambiente como direito fundamental da pessoa humana, o movimento denominado de *greening* se destaca, por ser considerado o esverdeamento dos direitos humanos, que proporciona a intersecção entre estes e o meio

²⁶ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 932 p.

²⁷ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 932 p.

²⁸ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 932 p.

²⁹ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 932 p.

ambiente ecologicamente equilibrado. O *greening* não seria um novo direito, mas sim uma intersecção, como manifestado pela ONU no relatório n° A/HRC/22/43, sendo um método de interpretar e aplicar leis, princípios gerais de direito e tratados internacionais.³⁰

A justificativa para tanto se dá no fato de que, para o exercício de todos os outros direitos, os civis, econômicos, políticos, culturais e sociais, tem-se como requisito o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, não basta apenas reconhecer o direito humano ou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado de forma isolada, mas sim reconhecer a interdependência entre eles.³¹

O contexto do *greening* se dá pela pressão na Terra a partir do crescimento populacional, consumismo e os efeitos da globalização e, a partir disso, essa interseccionalidade precisa ser reconhecida e efetivada tanto no aspecto normativo, quanto no ético e institucional. Deve haver, então, a humanização do antropoceno, sendo isso um caminho para o desenvolvimento sustentável, tendo em vista que o antropoceno coloca a espécie humana no centro do mundo, o que gerou grandes crises ecológicas, devendo-se dar espaço ao ecoceno, com uma era de harmonia entre todas as espécies vivas da terra.³²

A humanização do antropoceno se dá pela adoção de medias legislativas adequadas, com a interdisciplinaridade entre meio ambiente e direitos humanos e com a implantação de uma governança global a fim de tornar os indivíduos cidadãos planetários no contexto de uma ética ecológica.³³

Isso se dá ao observar que a proteção ambiental não é mais exclusiva do direito ambiental, mas sim um direito humano, ainda mais se levando em conta de que essa proteção é uma demanda da nova ordem global, estando na Agenda 2030 e nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.³⁴

A Resolução n° 10/04 de 2009 trata da interferência das mudanças climáticas no exercício dos direitos humanos, assim como a Resolução n° 2005/60 de 2005, ambas do

³⁰ LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Greening: o esverdeamento dos direitos humanos e o protagonismo da corte interamericana de direitos humanos. **Relações Internacionais do Mundo Atual- Unicuritiba**, Curitiba, v. 5, n. 38, p. 216-236, 04 mar. 2022.

³¹ LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Greening: o esverdeamento dos direitos humanos e o protagonismo da corte interamericana de direitos humanos. **Relações Internacionais do Mundo Atual- Unicuritiba**, Curitiba, v. 5, n. 38, p. 216-236, 04 mar. 2022.

³² LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Greening: o esverdeamento dos direitos humanos e o protagonismo da corte interamericana de direitos humanos. **Relações Internacionais do Mundo Atual- Unicuritiba**, Curitiba, v. 5, n. 38, p. 216-236, 04 mar. 2022.

³³ LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Greening: o esverdeamento dos direitos humanos e o protagonismo da corte interamericana de direitos humanos. **Relações Internacionais do Mundo Atual- Unicuritiba**, Curitiba, v. 5, n. 38, p. 216-236, 04 mar. 2022.

³⁴ LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Greening: o esverdeamento dos direitos humanos e o protagonismo da corte interamericana de direitos humanos. **Relações Internacionais do Mundo Atual- Unicuritiba**, Curitiba, v. 5, n. 38, p. 216-236, 04 mar. 2022.

Conselho de Direitos Humanos da ONU, que tratam da influência do desenvolvimento sustentável na relação entre direitos humanos e meio ambiente. O Parecer Consultivo nº 23/2017 trata da intrínseca relação entre direitos e meio ambiente e também aborda referida interseccionalidade.³⁵

Dessa forma, o *greening* contribui para a ressignificação dos institutos jurídicos destinados à proteção ao meio ambiente em consonância com os *standards* de direitos humanos, com a finalidade de proporcionar uma vida digna a todos os seres humanos que nascem livres e iguais em direitos e dignidade.³⁶

4. Considerações Finais

Compreende-se da pesquisa realizada que o atual Código Florestal apresenta um viés menos protecionista ao meio ambiente, principalmente ao se analisar o tratamento que tal legislação deu para as matas ciliares ao iniciar sua medição, não pelo nível hídrico máximo, mas sim pelo regular.

O novo Código mantém um padrão de diminuição do percentual mínimo legal de vegetação nativa a ser mantido, resultando em um aumento exponencial de áreas sujeitas a desmatamento. Tal fator contribui diretamente para a diminuição da potencial contribuição dos serviços ecossistêmicos que biomas preservados podem oferecer, o que desfavorece, conseqüentemente, o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Parte-se do pressuposto de que existe uma intrínseca relação entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto na Constituição Federal brasileira, em seu artigo 225, com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que influencia diretamente a compreensão, a interpretação e a aplicação do Código Florestal brasileiro.

Observa-se, nesse sentido, que a tutela do meio ambiente não pode se restringir somente à perspectiva econômica, mas deve considerar as perspectivas ambiental e social, de acordo com a perspectiva interseccional do conceito de desenvolvimento sustentável cunhada pelo Relatório Brundtland. Desse modo, a exploração dos recursos naturais existentes no Planeta Terra deve se dar em consonância com a proteção ao meio ambiente, o que se coaduna com o movimento *greening*, ou seja, o esverdeamento dos direitos humanos.

³⁵ LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Greening: o esverdeamento dos direitos humanos e o protagonismo da corte interamericana de direitos humanos. **Relações Internacionais do Mundo Atual- Unicuritiba**, Curitiba, v. 5, n. 38, p. 216-236, 04 mar. 2022.

³⁶ LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Greening: o esverdeamento dos direitos humanos e o protagonismo da corte interamericana de direitos humanos. **Relações Internacionais do Mundo Atual- Unicuritiba**, Curitiba, v. 5, n. 38, p. 216-236, 04 mar. 2022.

Assim, afirma-se que existe o direito humano ao meio ambiente, que provoca a ressignificação do Código Florestal, sendo que a Constituição brasileira de 1988 dialoga com o *corpus iuris* do Direito Internacional Ambiental, consolidando o caráter fundamental do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de acordo com a perspectiva interseccional do desenvolvimento sustentável, ou seja, ambiental, social e cultural.

5. Referências

BRANCALION, Pedro H.s.; GARCIA, Letícia C.; LOYOLA, Rafael; RODRIGUES, Ricardo R.; PILLAR, Valério D.; LEWINSOHN, Thomas M. Análise crítica da Lei de Proteção da Vegetação Nativa (2012), que substituiu o antigo Código Florestal: atualizações e ações em curso. *Natureza & Conservação*, [S.L.], v. 14, n. 1, p. 1-16, abr. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.ncon.2016.03.004>. Acesso em: 07 dez. 2023.

BRASIL. Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965. DOU, Brasília, DF: PR, 1965.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. DOU, Brasília, DF: PR, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. DOU, Brasília, DF: PR, 1988.

GARCIA, Letícia Couto; ELLOVITCH, Mauro da Fonseca; RODRIGUES, Ricardo Ribeiro; BRANCALION, Pedro H.S.; MATSUMOTO, Marcelo H.; GARCIA, Fernanda Couto; LOYOLA, Rafael; LEWINSOHN, Thomas Michael. Análise científica e jurídica das mudanças no Código Florestal, a recente Lei de Proteção da Vegetação Nativa. Rio de Janeiro: Abeco, 2016. 44 p.

LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Greening: o esverdeamento dos direitos humanos e o protagonismo da corte interamericana de direitos humanos. *Relações Internacionais do Mundo Atual- Unicuritiba*, Curitiba, v. 5, n. 38, p. 216-236, 04 mar. 2022.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 932 p.

PIEDADE, Maria Teresa Fernandez; JUNK, Wolfgang J.; SOUSA JUNIOR, Paulo Teixeira de; CUNHA, Catia Nunes da; SCHÖNGART, Jochen; WITTMANN, Florian; CANDOTTI, Ennio; GIRARD, Pierre. As áreas úmidas no âmbito do Código Florestal brasileiro. In: SOUZA, Gilberto; JUCÁ, Kenzo; WATHELY, Marussia (org.). *Código Florestal e a Ciência: o que nossos legisladores ainda precisam saber*. Brasília: Comitê Brasil em Defesa das Florestas e do Desenvolvimento Sustentável, 2012. Cap. 1. p. 9-18.

SOARES-FILHO, Britaldo; RAJÃO, Raoni; MACEDO, Marcia; CARNEIRO, Arnaldo; COSTA, William; COE, Michael; RODRIGUES, Hermann; ALENCAR, Ane. Cracking Brazil's Forest Code. *Science*, [S.L.], v. 344, n. 6182, p. 363-364, 25 abr. 2014. Disponível em: [10.1126/science.1246663](https://doi.org/10.1126/science.1246663). Acesso em: 07 dez. 2023.

SPAROVEK, Gerd; BARRETO, Alberto; KLUG, Israel; PAPP, Leonardo; LINO, Jane. A Revisão do Código Florestal Brasileiro. *Novos Estudos*, [S.I.], v. 98, n. 11, p. 111-135, mar. 2011.

Autonomia Existencial da Pessoa com Deficiência Mental: Principais Aproximações e Afastamentos entre o Sistema Brasileiro e o Regime Português

Alinne Arquette¹

Erika Neder²

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Dignidade da pessoa humana: a personalização do direito; 3. Teoria das incapacidades: evolução e tratamento legislativo no Brasil e em Portugal; 4. Autonomia existencial da pessoa com deficiência mental: os sistemas brasileiro e português de apoio; 5. Considerações finais; 6. Referências.

Resumo: A autonomia existencial, como viés do direito humano e fundamental à liberdade, é concebida como instrumento de concreção da dignidade da pessoa humana. Se a todas as pessoas deve ser garantida a igual dignidade, os Estados de Direito precisam estabelecer medidas para sua realização prática e isso importou em transformar a teoria das incapacidades. No Brasil e em Portugal houve importantes mudanças legislativas em relação ao regime da capacidade civil, introduzidas respectivamente pela Lei nº 13.146/2015 e pela Lei nº 49/2018, com a exclusão da incapacidade absoluta para os maiores de idade e com a preservação da autonomia existencial para as pessoas com deficiência mental, permitindo que tenha direito a não sofrer interferências nas suas escolhas pessoais e na construção de seus projetos de vida, ainda que submetidas à curatela ou ao regime de acompanhamento. Partindo da mudança axiológica proporcionada pela dignidade da pessoa humana, passando pela compreensão da autonomia existencial, esse artigo, através de pesquisa bibliográfica e metodologia qualitativa, buscou analisar a transformação da teoria das incapacidades nos dois sistemas jurídicos, inspiradas na Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, examinando algumas aproximações e diferenças entre as suas normativas e concluindo que, em todos os casos, deve ser preservada e respeitada qualquer parcela de discernimento da pessoa com deficiência mental para garantia de sua dignidade.

Palavras-chave: Autonomia existencial; Pessoas com deficiência mental; Curatela; Acompanhamento; Direitos brasileiro e português.

Abstract: Existential autonomy, as part of the fundamental human right to freedom, is seen as an instrument for realizing the dignity of the human person. If all people are to be guaranteed equal dignity, states governed by the rule of law need to establish measures for its practical realization, and this has meant transforming the theory of disabilities. In Brazil and Portugal, there have been important legislative changes in relation to the civil capability regime, introduced respectively by Law No. 13.146/2015 and Law No. 49/2018, with the exclusion of absolute disability for adults and the preservation of existential autonomy for people with mental disabilities, allowing them the right not to suffer interference in their personal choices and in the construction of their life projects, even if they are subject to curatorship or the accompaniment regime. Starting from the axiological change brought about by the dignity of the human person, passing through the understanding of existential autonomy, this article, through bibliographical research and qualitative methodology, sought

¹ Doutoranda em Cognição e Linguagem pela UENF, em doutorado sanduíche na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Mestra em Direito Civil pela UERJ; Graduada em Direito pela UFV; Juíza de Direito do TJMG; e-mail: alinnearquette@gmail.com.

² Doutoranda em Ciências Sociais pela UFJF, em doutorado sanduíche na Universidade Nova de Lisboa – FCSH; Mestra em Direito pela UFJF; Graduada em Direito pela UERJ; Advogada; e-mail: erika.neder@gmail.com.

to analyze the transformation of the theory of disabilities in the two legal systems, inspired by the International Convention for Persons with Disabilities, examining some approximations and differences between their regulations and concluding that, in all cases, any portion of the mentally disabled person's discernment must be preserved and respected in order to guarantee their dignity.

Keywords: Existential autonomy; Mentally disabled people; Curatorship; Accompaniment; Brazilian and Portuguese law.

1. Considerações Iniciais

Para além de meramente sobreviver, a vida humana deve estar necessariamente associada à garantia dos demais direitos humanos e fundamentais para que seja considerada uma vida digna. O direito humano e fundamental à liberdade se caracteriza, de forma especial, como instrumento essencial à concreção da dignidade da pessoa humana, na medida em que proporciona o exercício da autonomia privada, especialmente no âmbito existencial, para proporcionar escolhas e realizações maiores e mais importantes que aquelas de natureza patrimonial que outrora circunscreveram o campo de atuação da autonomia privada como princípio.

Com a adoção de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, os Estados de Direito, como Brasil e Portugal, se comprometeram a garantir a igual dignidade a todas as pessoas, sem condicionamento, realizando a transformação da teoria das incapacidades, desenvolvendo regimes protetivos não excludentes para a pessoa com deficiência mental, afastando a incapacidade do campo existencial. No Brasil, a reformulação da teoria das incapacidades ocorreu com a promulgação da Lei nº 13.146/2015. Em Portugal, a Lei nº 49/2018 modificou o Código Civil, excluindo dele as figuras da interdição e da inabilitação, para estabelecer o regime do maior acompanhado. A partir dessas mudanças legislativas nacionais, inspiradas na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ocorreram avanços na inclusão das pessoas com deficiência.

Por meio desse estudo, valendo-se da metodologia qualitativa, com pesquisa bibliográfica e legislativa, buscou-se analisar, de forma sucinta, as principais aproximações e diferenças entre as alterações legislativas proporcionadas pela tentativa de atendimento, por parte do Brasil e de Portugal, dos ditames da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, notadamente em relação àquelas pessoas que tenham a capacidade de autodeterminação comprometida.

2. Dignidade da Pessoa Humana: a Personalização do Direito

Depois que a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, reconheceu a centralidade da pessoa humana para o Direito e para os Estados de Direito, as

legislações estatais começaram, paulatinamente, a incorporar em seus sistemas jurídicos essa mudança paradigmática, ocorrendo o que a doutrina costuma denominar de personalização do direito³. Isso levou a que as Constituições dos países passassem a consagrar a dignidade da pessoa humana como ápice axiológico dos sistemas, passando-se, em seguida, a uma fase de implementação de medidas para atendimento desse primado e sua realização concreta.

Então, a pessoa humana passou a receber uma tutela qualitativamente diversa⁴, que deixou de ser embasada no indivíduo abstrato para fundar-se na pessoa concreta, cujas realizações pessoais e projetos de vida devem ser particularmente considerados para a concreção de sua dignidade. Assim, embora a noção de dignidade seja muito antiga, sua consagração como princípio jurídico decorre mesmo da citada Declaração Universal, elaborada após a Segunda Guerra Mundial e justamente como consequência dos horrores nela ocorridos.⁵ A Constituição da República Portuguesa de 1976 consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, o que também fez o legislador constituinte brasileiro de 1988 que, na Constituição da República Federativa do Brasil, estabeleceu a dignidade como fundamento da república, ao lado dos preceitos da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, ainda, do pluralismo político, conforme seu art. 1º. Por óbvio, não é por acaso que a dignidade inaugura os textos constitucionais de Portugal e do Brasil, correspondendo a uma opção constituinte de estabelecer tal princípio como valor fundamental em que todos os demais dispositivos constitucionais e, além disso, todas as demais normas jurídicas, devem se inspirar.

Dignidade da pessoa humana é, portanto, o axioma que proporcionou a personalização do direito e a partir do qual todos os direitos humanos e fundamentais ganharam uma visão mais personalista e menos patrimonialista, devendo ser entendida, conforme propõe Ingo Wolfgang Sarlet, como a qualidade intrínseca que distingue cada ser humano e o faz merecer o mesmo respeito e consideração pelo Estado e pela comunidade, formando uma série de direitos e deveres fundamentais de proteção contra atos degradantes

³ TEIXEIRA, Ana Carlina Brochado. Autonomia Existencial. In: Revista Brasileira de Direito Civil – *RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018. 2018. p. 75-104. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232>. Acesso em 17 nov. 2023. p. 78.

⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Tradutora Maria Cristina De Cicco. 3 eds. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 34.

⁵ Jorge Reis Novais afirma que, a partir da Segunda Grande Guerra, os documentos internacionais de direitos humanos e as Constituições passaram a ser elaborados com o acolhimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, cuja história passou a ter um “sucesso avassalador”. NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2023. p. 29.

e desumanos e de garantia de condições mínimas para uma vida saudável, assegurando sua participação ativa e responsável sobre sua vida e sua coexistência⁶.

Assim, se mostra indiscutível a existência de uma relação extremamente forte entre a dignidade e a liberdade, havendo mesmo quem entenda que a liberdade é o direito que mais concretiza a dignidade.⁷ De fato, os direitos humanos e os direitos fundamentais⁸ devem ser garantidos e exercidos como formas de materialização da dignidade, existindo entre eles uma forte relação, “ainda que de modo e intensidade variáveis”.⁹ Então, o direito à liberdade está mesmo no cerne do conceito de dignidade da pessoa humana. Aliás, Kant já afirmava essa ligação, ao concluir que a “[a]utonomia é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional.”¹⁰ Para Ingo Wolfgang Sarlet, a noção de dignidade repousa, ainda que sem exclusividade, na autonomia pessoal, concebida como a liberdade, no sentido de capacidade para a liberdade que a pessoa humana possui de formatar sua própria existência, de modo que a “liberdade e os direitos fundamentais inerentes à sua proteção constituem simultaneamente pressuposto e concretização direta da dignidade.”¹¹ Portanto, no sentido de liberdade como capacidade para a liberdade, evidencia-se a universalidade da dignidade, pois “esta liberdade (autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto”¹².

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. (Portuguese Edition). Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle. Posição 1169. Depois de constatar a dificuldade de conceituar o princípio, passando por vários pensadores, o autor propõe que a dignidade da pessoa humana é “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.”

⁷ Ana Carolina Brochado Teixeira afirma que “não é possível a construção de conceito apriorístico e universal de dignidade, pois, num mundo plural, todos têm o direito de construir a própria ideia de dignidade e viver de acordo com ela”, de modo que, “[d]iante disso, pode-se afirmar que, não obstante a dignidade seja conformada por vários valores, seu principal pilar é a liberdade. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, cit., p. 78. Ingo Wolfgang Sarlet também tem esse entendimento, ao anunciar que “a liberdade e, por conseguinte, também o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade (e dos direitos fundamentais de um modo geral), constituem uma das principais (senão a principal) exigências da dignidade da pessoa humana.” SARLET, Ingo Wolfgang, cit., posição 922.

⁸ Direitos humanos entendidos como aqueles consagrados na ordem internacional e direitos fundamentais aqueles previstos no direito nacional e que espelham internamente os direitos humanos, conforme RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 51-54.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, cit., posição 2506.

¹⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995. p. 79

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang, cit., posição 3029.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang, cit., posição 917.

Portanto, “não obstante a importância da liberdade para a concreção da dignidade, esta não se limita àquela, na medida em que há pessoas sem capacidade de autodeterminação que, ainda assim, têm preservada a sua dignidade.”¹³ Daniel Sarmiento endossa essa posição, afirmando que “a centralidade da autonomia para a dignidade humana não implica negar a dignidade dos seres humanos que não sejam capazes de exercitá-la”, revelando-se a liberdade no respeito e consideração das vontades deles na medida do possível e também na exigência de medidas políticas de promoção de sua autonomia.¹⁴

A liberdade, no viés da autonomia existencial, precisa ser garantida a todas as pessoas e cabe ao Estado promovê-la em conjunto com outros direitos fundamentais que permitem a realização da dignidade, como a igualdade material, a integridade psicofísica e a solidariedade social, permitindo a cada pessoa a convivência social respeitosa e equilibrada, independentemente das suas diferenças e revelando “a necessidade de construir o conteúdo de dignidade à luz das particularidades humanas.”¹⁵

3. Teoria das Incapacidades: Evolução e Tratamento Legislativo no Brasil e em Portugal

“Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, conforme estabelece o art. 1º do Código Civil brasileiro ou, em outras palavras, “[a]s pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário: nisto consiste a sua capacidade jurídica”, como enuncia o art. 67º do Código Civil português. Essas previsões legais referem-se à denominada capacidade de direito que é, portanto, inerente a todo ser humano. Entretanto, essa capacidade de gozo “não está obrigatoriamente associada à capacidade de fato e esse reconhecimento fez surgir a necessidade de criar meios para o exercício dos direitos pelas pessoas desprovidas de condições fáticas de exercê-los pessoalmente”¹⁶.

¹³ ARQUETTE L. N., Alinne; ROBLES-LESSA, Moyana Mariano; CABRAL, Hideliza L. T, Boechat. Autonomia existencial da pessoa com deficiência: uma análise necessária sobre seus contornos e limites. In: ARQUETTE L. N., Alinne; CABRAL, Hideliza L. T; MOREIRA, Raquel Veggi. *Tratado de bioética jurídica*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 399.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 138-139.

¹⁵ ARQUETTE L. N., Alinne; ROBLES-LESSA, Moyana Mariano; CABRAL, Hideliza L. T, Boechat, 2022, cit., p. 400.

¹⁶ ARQUETTE, Alinne; ROBLES-LESSA, Moyana; BOECHAT, Hideliza. Da autodeterminação ao discernimento: autonomia existencial da pessoa curatelada e evolução da manifestação de vontade no direito civil brasileiro. In: SANTIAGO, Maria Cristina Paiva; MENEZES, Joyceane Bezerra de; NERY, Maria Carla Moutinho (Org.). *20 anos do Código Civil Brasileiro: uma (re) leitura dos institutos do direito civil sob as perspectivas de gênero e vulnerabilidade*. Rio de Janeiro: Processo, 2023. p. 359.

Assim, passou-se a reconhecer que, não obstante toda pessoa humana, adquirindo personalidade civil com o nascimento com vida e a perdendo com a morte¹⁷, também tenha capacidade de direito¹⁸, pode não ter capacidade de fato ou de exercício, pois em determinadas situações concretas uma pessoa pode não preencher as condições para o exercício pessoal da sua capacidade, de modo que o direito desenvolveu a teoria das incapacidades, criando instrumentos para suprir a impossibilidade fática de atuação pessoal.

Para além dos critérios jurídicos para a limitação da capacidade civil, é fato que o tratamento social das pessoas com deficiência passou por várias fases. Nos primórdios, o chamado modelo clássico ou da prescindência da teoria das incapacidades permitiu o extermínio¹⁹ e depois a segregação²⁰ das pessoas com deficiência, tidas como imperfeitas, defeituosas e indesejadas. Os horrores da Primeira Guerra Mundial motivaram a rejeição do modelo de intolerância ou clássico, ante a sobrevivência de soldados com amputações e traumas, iniciando-se o desenvolvimento do modelo médico, de base assistencialista, que entendia a deficiência como um defeito ou um problema individual. A Segunda Guerra Mundial reforçou a necessidade de proteção das pessoas com deficiência, tanto em razão dos soldados sobreviventes com alguma seqüela física ou psicológica, quanto por causa do extermínio de pessoas com deficiência pelos nazistas, de modo que o modelo médico também começou a se tornar inconsistente.

À Segunda Guerra sobreveio, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, estabelecendo a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, tornando o modelo médico de deficiência incapaz de corresponder a esse valor, evoluindo para o modelo social, “refletindo a necessidade de respeito à igualdade substancial e à solidariedade.”²¹ No modelo social, a deficiência deixa de ser um problema individual e passa a ser concebida como uma questão social, exigindo que a sociedade cumpra deveres, na medida em que as causas da deficiência, longe de serem somente médicas, são

¹⁷ Assim estabelecem os Códigos Civis do Brasil e de Portugal, o primeiro no seu art. 2º e o segundo no seu art. 66º.

¹⁸ Há uma sutil diferença entre personalidade jurídica e capacidade de direito, embora haja juristas que não a considere. A esse respeito, Viviane Cristina de Souza Limongi afirma que “[o] tema capacidade passou a guardar, portanto, relação intrínseca com a definição de personalidade, embora hoje não mais se confundam”. LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. *A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 12. Em seguida, nas páginas 13 a 21 da mesma obra, a autora traz o entendimento de vários juristas sobre o tema.

¹⁹ Embora comum na Idade Antiga, é inegável a ocorrência da prescindência eugênica nos campos de concentração alemães da Segunda Guerra Mundial e, ainda, em tribos indígenas isoladas, conforme relata Vítor Almeida, em ALMEIDA, Vítor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 41-44.

²⁰ A partir da Idade Média as pessoas com deficiência eram mantidas vivas, mas segregadas do convívio social e familiar e depositadas em hospícios, colônias ou manicômios.

²¹ ARQUETTE, Alinne; ROBLES-LESSA, Moyana; BOECHAT, Hildeliza, 2022, cit., p. 402.

eminentemente sociais.²² Portanto, a partir desse modelo, a deficiência deixa de ser encarada como um atributo da pessoa para ser entendida como um problema da sociedade, “uma consequência de um conjunto complexo de situações, das quais um número razoável é criado pelo meio ambiente social.”²³

No Brasil e em Portugal, conquanto suas Constituições tenham adotado a dignidade humana como princípio fundamental, os seus Códigos Civis não adotaram, inicialmente, o modelo social da deficiência, mantendo a influência do modelo médico e, com base nele, estabelecendo os seus regimes de incapacidades. Em Portugal, a versão inicial do Código Civil de 1966 trazia os regimes da interdição e da inabilitação, dois graus de restrição da capacidade de exercício, embasados, conforme lição de Mafalda Miranda Barbosa, “nas ideias de necessidade e proporcionalidade”, indicando que “a interdição só devia ser decretada como medida de última *ratio*, quando a proteção do incapaz não fosse possível por via da inabilitação.”²⁴ O mesmo ocorria no Brasil, em que o Código Civil de 2002 previa a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa, embora a medida judicial em ambos os casos fosse a interdição, havendo diferença apenas nos limites da curatela, que deveriam ser estabelecidos na sentença respectiva. Esses regimes mostraram-se inaptos a apresentar boas soluções, na medida em que não permitiam considerar as necessidades concretas da pessoa com deficiência, sendo modelos generalizantes, rígidos e estigmatizantes.²⁵

Preocupada com a discriminação e a exclusão que imperava nos regimes jurídicos nacionais em relação às pessoas com deficiência, a ordem internacional percebeu a necessidade de traçar parâmetros mínimos de atuação dos Estados na realização da dignidade humana para essas pessoas. Assim, foi elaborada, no âmbito da Organização das Nações Unidas, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificada, no Brasil, pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição, por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008, e promulgada pelo

²² ALMEIDA, Vitor, cit., p. 66.

²³ KASSEM, Jamile Sumaia Serea. A identidade da pessoa com deficiência como direito da personalidade. In: FILHO, Eduardo Tomasevicius (Coord.). *Os direitos civis da pessoa com deficiência*. (Portuguese Edition). Almedina Brasil. Edição do Kindle. p. 64-65.

²⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda, cit., p. 26.

²⁵ Mafalda Miranda Barbosa (cit., p. 39-41) analisa os problemas apontados pelos juristas portugueses ao regime da interdição e da inabilitação, apontando esses problemas que, aliás, também são apontados para o regime brasileiro da incapacidade absoluta e relativa e da interdição, afirmando Joyceane Bezerra de Menezes, Francisco Luciano Lima Rodrigues e Maria Celina Bodin de Moraes que, “[e]m síntese, o tradicional regime de incapacidades que vigia no Brasil, antes da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n.13.146. De 06 de junho de 2015, era marcado pela rigidez legislativa fincada na ficção jurídica que associava a deficiência à completa ausência de entendimento.” BEZERRA DE MENEZES, J.; RODRIGUES, F. L. L.; BODIN DE MORAES, M. C. A capacidade civil e o sistema de apoios no Brasil. *civilistica.com*, v. 10, n. 1, p. 1-28, 2 maios 2021. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/705/520>. Acesso em: 19 nov. 2023. p. 8.

Decreto Presidencial nº 6.949/2009 e, em Portugal, aprovada pela Resolução da Assembleia da República nº 56/2009, de 30 de julho de 2009 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 71/2009, da mesma data.

Assumindo o compromisso de cumprir a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Brasil e Portugal precisaram modificar seus regimes referentes à teoria das incapacidades, para definitivamente consagrar a dignidade a toda pessoa humana. Com base nessa Convenção, em terras brasileiras foi elaborada e promulgada a Lei nº 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão, enquanto em Portugal foi realizada a alteração legislativa por meio da Lei nº 49/2018, ambas reformulando a teoria das incapacidades, contemplando o modelo social que, aliás, é um modelo em constante desenvolvimento, na medida em que o próprio conceito de deficiência também precisa estar em evolução.²⁶

Essa reformulação, operada em ambos os países, alterou profundamente o regime da capacidade civil, dissociando incapacidade e deficiência. No Brasil, houve a supressão de todas as causas de incapacidade que faziam referência ao estado mental da pessoa²⁷, não havendo mais, no respectivo Código Civil, menção à deficiência como causa de incapacidade. No estatuto português, contudo, embora abolidas a interdição e a inabilitação, a disciplina do maior acompanhado prevê a medida para pessoa com deficiência que não puder exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou cumprir os seus deveres, de modo que a restrição da capacidade não decorre, *de per se*, da deficiência.

4. Autonomia Existencial da Pessoa com Deficiência Mental: os Sistemas Brasileiro e Português de Apoio

Por autonomia existencial pode-se conceber a possibilidade, pautada no direito à liberdade, de a pessoa humana fazer suas escolhas de vida, elegendo os projetos relativos aos seus interesses existenciais, sem qualquer discriminação. Desse modo, “no âmbito das relações existenciais a autonomia privada acaba por assumir importante papel na regulamentação de interesses sem os quais seu titular não se desenvolve como pessoa.”²⁸

²⁶ BRASIL. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Coordenação de Ana Paula Crosara Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. 2008. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/acesibilidade-digital/convencao-direitos-pessoas-deficiencia-comentada.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2023.

²⁷ FRANCISCO, Ronaldo Vieira. *Vedação do retrocesso ao absolutamente incapaz*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 55.

²⁸ GOZZO, D.; MONTEIRO, J. R. A concretização da autonomia existencial e a Lei n. 13.146/15: apontamentos sobre o casamento da pessoa com deficiência. *civilistica.com*, v. 8, n. 1, p. 1-23, 28 abr. 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/402/336>. Acesso em: 19 nov. 2023. p. 9.

Correspondendo a forma de realização da dignidade da pessoa humana, a autonomia existencial precisa ser garantida indistintamente a todas as pessoas, o que ocorreu, no Brasil, com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015. Essa normativa, além de estabelecer de forma clara que a deficiência, por si só, não afeta a plena capacidade civil da pessoa, definiu a regra da capacidade e modificou o Código Civil, excluindo do rol dos incapazes todas as pessoas com deficiência, de qualquer tipo e em qualquer grau, dispondo que somente haverá incapacidade para as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, sejam deficientes ou não, e que tal incapacidade será relativa a certos atos ou à maneira de os exercer²⁹.

No direito português, ao seu turno, a modificação ocorreu por meio da Lei nº 49/2018, que alterou o Código Civil e entrou em vigor em 11 de fevereiro de 2019, para revogar os institutos da interdição e da inabilitação e estabelecer o regime do maior acompanhado, atendendo à “doutrina da alternativa menos restritiva, defensora de uma mínima limitação dos direitos fundamentais das pessoas com capacidade diminuída.”³⁰.

Ambos os sistemas jurídicos eliminaram, então, a incapacidade absoluta para pessoas maiores de idade, de modo que, mesmo para as pessoas que não possam expressar sua vontade, no máximo poderá haver a incapacidade relativa, termo usado no Brasil quando estabelecida a curatela.³¹ Em Portugal não foi utilizada a expressão incapacidade relativa, se referindo sua lei ao acompanhamento. Em ambos os casos, incapacidade relativa e regime de acompanhamento do maior, os atos praticados sem o curador ou o acompanhante são anuláveis, conforme se observa no art. 171, I, do Código Civil brasileiro e no art. 154º, 1, do Código Civil português.

Enquanto no regime brasileiro não há mais referência à deficiência como causa de incapacidade jurídica, conforme se depreende do já citado art. 4º da Lei nº 10.406, de 2002, o regime lusitano ainda se refere à deficiência como causa de incapacidade, se esta deficiência impossibilitar o pleno, pessoal e consciente exercício dos direitos e cumprimento dos deveres, nos termos do art. 138º do Código Civil. A utilização, em Portugal, do termo

²⁹ Conforme art. 4º, III, do Código Civil.

³⁰ PINTO, Catarina Duarte Marques. *O regime jurídico do maior acompanhado: prazo e legitimidade para arguir a anulabilidade dos atos praticados pelo acompanhado, à luz do artigo 154.º do Código Civil*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Escola do Porto, Universidade Católica Portuguesa. Porto, 2020. Disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/33652/1/00685_02_catarina-marques-pinto-340114010-dissertacao-integral.pdf. Acesso em 19 nov. 2023. p. 1.

³¹ O Estatuto da Pessoa com Deficiência modificou a redação dos arts. 3º e 4º do Código Civil, de modo que permaneceu absolutamente incapaz apenas os menores de dezesseis anos, havendo incapacidade relativa para os menores com idade entre dezesseis e dezoito anos, bem como para os ébrios habituais e os viciados em tóxico, para aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e para os pródigos.

deficiência para indicar causa de acompanhamento contrasta com a opção brasileira de excluir o termo, o que fez justamente para afastar o estigma social decorrente da ligação entre deficiência e incapacidade e, mais ainda, diversamente do sistema brasileiro, que não mais se refere a recuperação da pessoa curatelada, justamente para não discriminar a pessoa com deficiência, o sistema português estabelece que o objetivo do acompanhamento é “assegurar o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, salvo as exceções legais ou determinadas por sentença”, conforme art. 140º, 1, do Código Civil.

Por outro lado, o novo regime português eliminou a interdição e a inabilitação, deixando de fora a incapacidade para além da menoridade, de modo que, atingindo a maioridade civil, o cidadão português passa a ser capaz e não poderá ser interditado, podendo apenas ser submetido ao regime de acompanhamento³². Mas, enquanto isso, no Brasil o termo interdição continua a ser usado, tanto no Código Civil³³ quanto no Código de Processo Civil³⁴, o que contrasta muito como o novo regime estabelecido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Por isso, Paulo Lôbo entende que não há que se falar mais de interdição, mas de estabelecimento da curatela.³⁵ Flávio Tartuce, ao seu turno, também entende que a interdição não é compatível com a Lei Brasileira de Inclusão, mas conclui pela necessidade de uma mudança legislativa para excluir o instituto.³⁶ Gilberto Fachetti Silvestre, diversamente, entende que a curatela das pessoas com deficiência prevista na Lei nº 13.146/2015, em que não pode haver interdição, difere da curatela prevista no Código Civil para as pessoas que não puderem exprimir a sua vontade, essa acompanhada de interdição.³⁷

³² MOREIRA, Sônia. A reforma do regime das incapacidades: o maior acompanhado. In: CRORIE, Benedita Mac; ROCHA, Miriam; MOREIRA, Sônia. *Temas de Direito e Bioética* – Vol. I – Novas questões do Direito da Saúde. p. 227-250. Disponível em: <http://bit.ly/direito-bioetica-ebook>. Acesso em: 19 nov. p. 227.

³³ A propósito, o termo interdição consta dos arts. 9º, 674, 682, 974, § 2º, 1.759 e 1.782, enquanto o termo interdito aparece nos arts. 814, 974, § 1º, 975, § 2º e 1.775 e interditado está no art. 1.570, todos do Código Civil.

³⁴ No Código de Processo Civil, a palavra interdição aparece quinze vezes, enquanto o termo interdito é usado quatorze vezes e interditado aparece uma vez.

³⁵ LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes/>. Acesso em: 19 nov. 2023. s/p.

³⁶ TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II. In: *Migalhas Família e Sucessões*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucesoes/225871/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei-13146-2015-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia--repercussoes-para-o-direito-de-familia-e-confrontacoes-com-o-novo-cpc-parte-ii>. Acesso em: 19 nov. 2023. s/p.

³⁷ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A curatela dos doentes de Alzheimer após a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015): aspectos materiais e processuais. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 27. Ano 8. p. 233-263. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2021. p. 243-244. O autor afirma que a pessoa com deficiência curatelada sequer é interditada e, portanto, não perde a plena capacidade civil, se submetendo a uma curatela *sui generis*, somente havendo a interdição em caso de subsunção à situação prevista no art. 4º, III, do Código Civil.

No Brasil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência redimensionou a curatela, medida reafirmada como extraordinária, ao estabelecer no art. 85 que a sua instituição afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não alcançando, portanto, os atos relacionados aos direitos existenciais, notadamente “o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.”³⁸ Para além disso, a mesma lei criou outro modelo de apoio, a tomada de decisão apoiada, instituto que, diversamente da curatela, não afasta a plena capacidade civil da pessoa com deficiência, mas visa “assegurar alguma segurança à pessoa com deficiência nas decisões mais complexas, sem subtrair a sua autonomia e a sua capacidade jurídica.”³⁹ Em Portugal, no regime do maior acompanhado, este tem preservada a sua “capacidade negocial de gozo para celebrar negócios estritamente pessoais e para cuidar da sua vida pessoal, exercendo por acto próprio os seus direitos pessoais”⁴⁰, significando que no seu ordenamento também é preservada a autonomia existencial do maior acompanhado. Contudo, a lei portuguesa permite que a sentença judicial restrinja o exercício de direitos pessoais, conforme previsão do art. 147º, nº 1, do Código Civil, que estão arrolados exemplificativamente no art. 147º, nº 2, do mesmo código, o que não ocorre no regime brasileiro. Célia Barbosa Abreu afirma que, no plano prático, o disposto no art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência pode gerar dificuldades, entendendo a autora que “nada impede que uma pessoa com deficiência necessite de cuidados de ordem existencial.”⁴¹ Para Heloísa Helena Barboza e Vítor Almeida, é necessário entender a intangibilidade dos direitos existenciais da pessoa curatelada com razoabilidade, de modo que o respeito a esses direitos não implique em deixar a pessoa tomar suas próprias decisões sem que tenha condições para tanto, o que, por óbvio, não foi o objetivo da norma e não é interpretação aceitável e condizente com a normativa constitucional.⁴²

Além disso, enquanto no sistema português, “o acompanhamento tem que ser requerido pelo próprio maior carecido de proteção ou, mediante autorização deste, pelo

³⁸ Conforme estabelece o § 1º do art. 85 da Lei nº 13.146/2015.

³⁹ MENEZES, J. B. DE. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *civilistica.com*, v. 4, n. 1, p. 1-34, 8 ago. 2015. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/199/163>. Acesso em: 19 nov. 2023. p. 29.

⁴⁰ MOREIRA, Sónia, cit., p. 240.

⁴¹ ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo CPC. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 624.

⁴² BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA, Vítor. A capacidade à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. 2. ed. Org. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 332.

cônjuge, pelo unido de facto ou por qualquer parente sucessível⁴³, somente dispensando-se essa autorização quando não possa ser prestada de forma livre e consciente, caso em que será judicialmente suprida ou a medida terá a iniciativa do Ministério Público⁴⁴, no Brasil não há previsão de pedido de estabelecimento de curatela pelo próprio destinatário da proteção, que não precisa consentir, embora não se ignore a validade da autocuratela⁴⁵, sendo legitimados aqueles dispostos no art. 747 do Código de Processo Civil. Ademais, no sistema brasileiro, o Ministério Público somente tem legitimidade para pedir a curatela em casos de doença mental grave e se os legitimados não existirem, não agirem ou forem também incapazes, segundo previsão do art. 748 da Lei de Ritos. No caso da tomada de decisão apoiada, diversamente, a pessoa com deficiência elege, escolhe, pelo menos “duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade⁴⁶, nos termos do art. 1.783-A, do Código Civil.

Para além dessas aproximações e afastamentos, há outros que, contudo, extrapolam os limites desse estudo. Ocorre que, no cerne de todas as questões envolvendo a pessoa com deficiência mental, deve estar a busca pelo respeito a qualquer parcela de seu discernimento. Assim, se outrora a capacidade estava intrinsecamente agregada à ideia de plena autodeterminação, a partir das concepções trazidas pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, embasada nos ideais da dignidade da pessoa humana, “a capacidade está associada à ideia de realização da dignidade, como o respeito pelo mínimo discernimento da pessoa com deficiência mental ou intelectual nas relações existenciais.”⁴⁷

5. Considerações Finais

A teoria das incapacidades, antes fundada em um modelo de prescindência e, depois, num modelo médico e assistencialista, que continuou discriminatório, precisou ser reinventada para corresponder à dignidade da pessoa humana, centro do sistema de direitos

⁴³ BARBOSA, Mafalda Miranda, cit., p. 52.

⁴⁴ Assim dispõe o art. 141º do Código Civil português: “Artigo 141.º (Legitimidade) 1 - O acompanhamento é requerido pelo próprio ou, mediante autorização deste, pelo cônjuge, pelo unido de facto, por qualquer parente sucessível ou, independentemente de autorização, pelo Ministério Público. 2 - O tribunal pode suprir a autorização do beneficiário quando, em face das circunstâncias, este não a possa livre e conscientemente dar, ou quando para tal considere existir um fundamento atendível. 3 - O pedido de suprimento da autorização do beneficiário pode ser cumulado com o pedido de acompanhamento.”

⁴⁵ Embora não conste do Código Civil brasileiro, é reconhecida a possibilidade de instituição da autocuratela, em que a pessoa escolhe, previamente, quem será seu curador ou seus curadores, em caso de futura incapacidade, deixando sua decisão consignada em escritura pública. Para mais aprofundamento, indica-se: COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes Coelho. *Autocuratela*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁴⁶ Assim estabelece o art. 1.783-A do Código Civil, incluído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

⁴⁷ ARQUETTE, Alinne; ROBLES-LESSA, Moyana; BOECHAT, Hildeliza, 2023, cit., p. 374.

humanos adotado pela ONU com a sua Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Assim, evoluiu a citada teoria para o modelo social, mas isso não repercutiu imediatamente nos sistemas jurídicos nacionais do Brasil e de Portugal, que inicialmente mantiveram o tratamento da incapacidade com base no modelo médico.

Somente com a Lei nº 13.146/2015, no Brasil, e com a Lei nº 49/18, em Portugal, houve a efetiva adoção do modelo social da deficiência, para transformar a teoria das incapacidades. A partir das mudanças, que pretenderam minimizar o estigma jurídico e social que recaía sobre as pessoas com deficiência, foi estabelecido que todas as pessoas maiores de idade têm capacidade para os atos existenciais, podendo, com liberdade e autonomia, planejar e executar seus projetos de vida.

Embora com diferenças importantes, como a denominação, a possibilidade de interdição, a escolha do terceiro pela pessoa com deficiência, a sua autorização para nomeação do terceiro, entre outras, é fato que os atuais sistemas brasileiro e português de proteção da pessoa com deficiência visam a preservação da sua autonomia existencial, buscando corresponder ao primado da dignidade da pessoa humana.

6. Referências

ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo CPC. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 611-634.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de; SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de. Estatuto das pessoas com deficiência e a nova teoria das incapacidades: a operabilidade em risco. In: FIUZA, César; SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de. *Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexos no ordenamento jurídico brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 33-82.

ARQUETTE L. N., Alinne; ROBLES-LESSA, Moyana Mariano; CABRAL, Hildeliza L. T, Boechat. Autonomia existencial da pessoa com deficiência: uma análise necessária sobre seus contornos e limites. In: ARQUETTE L. N., Alinne; CABRAL, Hildeliza L. T; MOREIRA, Raquel Veggi. *Tratado de bioética jurídica*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 391-465.

ARQUETTE, Alinne; ROBLES-LESSA, Moyana; BOECHAT, Hildeliza. Da autodeterminação ao discernimento: autonomia existencial da pessoa curatelada e evolução da manifestação de vontade no direito civil brasileiro. In: SANTIAGO, Maria Cristina Paiva; MENEZES, Joyceane Bezerra de; NERY, Maria Carla Moutinho (Org.). *20 anos do Código Civil Brasileiro: uma (re) leitura dos institutos do direito civil sob as perspectivas de gênero e vulnerabilidade*. Rio de Janeiro: Processo, 2023. p. 357-382.

BARBOSA, Mafalda Miranda. *Maiores acompanhados: a disciplina da Lei nº 49/2018 de 14 de agosto*. 3 ed. Coimbra: Gestlegal, 2023.

BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA, Vítor. A capacidade à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). *Direito das pessoas com deficiência*

psíquica e intelectual nas relações privadas. 2. ed. Org. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 315-342.

BEZERRA DE MENEZES, J.; RODRIGUES, F. L. L.; BODIN DE MORAES, M. C. A capacidade civil e o sistema de apoios no Brasil. *civilistica.com*, v. 10, n. 1, p. 1-28, 2 maios 2021. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/705/520>. Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Coordenação de Ana Paula Crosara Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. 2008. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/acessibilidade-digital/convencao-direitos-pessoas-deficiencia-comentada.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2023.

COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes Coelho. *Autocuratela*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FRANCISCO, Ronaldo Vieira. *Vedação do retrocesso ao absolutamente incapaz*. Salvador: JusPodivm, 2020.

GOZZO, D.; MONTEIRO, J. R. A concretização da autonomia existencial e a Lei n. 13.146/15: apontamentos sobre o casamento da pessoa com deficiência. *civilistica.com*, v. 8, n. 1, p. 1-23, 28 abr. 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/402/336>. Acesso em: 19 nov. 2023.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995.

KASSEM, Jamile Sumaia Serea. A identidade da pessoa com deficiência como direito da personalidade. In: FILHO, Eduardo Tomasevicius (Coord.). *Os direitos civis da pessoa com deficiência*. (Portuguese Edition). Almedina Brasil. Edição do Kindle. p. 56-87.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. *A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes/>. Acesso em: 19 nov. 2023

MENEZES, J. B. DE. O direito protetivo no brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *civilistica.com*, v. 4, n. 1, p. 1-34, 8 ago. 2015. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/199/163>. Acesso em: 19 nov. 2023.

MOREIRA, Sónia. A reforma do regime das incapacidades: o maior acompanhado. In: CRORIE, Benedita Mac; ROCHA, Miriam; MOREIRA, Sónia. *Temas de direito e bioética – Vol. I – Novas questões do Direito da Saúde*. p. 227-250. Disponível em <http://bit.ly/direito-bioetica-ebook>. Acesso em 12 fev. 2023.

NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2023.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINTO, Catarina Duarte Marques. *O regime jurídico do maior acompanhado: prazo e legitimidade para arguir a anulabilidade dos atos praticados pelo acompanhado, à luz do artigo 154.º do Código Civil*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Escola do Porto, Universidade Católica Portuguesa. Porto, 2020. 39 p. Disponível em

https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/33652/1/00685_02_catarina-marques-pinto-340114010-dissertacao-integral.pdf. Acesso em 19 nov. 2023.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. (Portuguese Edition). Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A curatela dos doentes de Alzheimer após a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015): aspectos materiais e processuais. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 27. Ano 8. p. 233-263. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2021.

TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II. In: *Migalhas Família e Sucessões*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/225871/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei-13146-2015-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia--repercussoes-para-o-direito-de-familia-e-confrontacoes-com-o-novo-cpc-parte-ii>. Acesso em: 19 nov. 2023.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia Existencial. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*. Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018. 2018. p. 75-104. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232>. Acesso em 27 mai. 2021.

Cidadania Global em Tempos de Autocratização

Global Citizenship in Times of Autocratization

Caio Ferreira de Souza¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Cidadania global: uma proposta; 3. Autocratização e políticas anti-imigração: uma reação; 4. Considerações Finais; Referências bibliográficas.

Resumo: A migração é um fenômeno inerente à humanidade. Na contemporaneidade, a dinâmica migratória demanda rediscussões sobre democracia, direitos humanos e pertencimento. O presente trabalho tematiza a cidadania global enquanto expressão do multiculturalismo e emancipação do sujeito imigrante em uma comunidade internacional globalizada. Esse fenômeno integrativo é analisado em contraposição à autocratização, um processo de enfraquecimento democrático em curso em diversos regimes políticos. Desse modo, o artigo busca investigar em que medida a crise das democracias liberais afeta as políticas migratórias e, por consequência, a concretização de uma cidadania global. O objetivo da pesquisa consiste em comparar duas cosmovisões que, antagônicas, geram diferentes repercussões para os migrantes. Sob método dedutivo, a pesquisa adota uma abordagem qualitativa pautada na revisão bibliográfica de ambas as perspectivas em conflito. O artigo está estruturado em duas seções principais. A primeira aprofunda a noção de cidadania global, que visualiza no imigrante um sujeito vocacionado a contribuir nas realidades em que ingressa. A segunda seção, por seu turno, investiga a ascensão de líderes antidemocráticos que, infensos à democracia liberal, dentre outros elementos, defendem um projeto político repressivo anti-imigratório, marcado pela securitização de fronteiras e pela instituição de leis penais que criminalizam a migração. A pesquisa evidencia que as crises contemporâneas da democracia afetam negativamente a questão migratória tanto em dimensões comunicativas quanto concretas. Conclui-se que a construção de sociedades multiculturais está atrelada à proteção de direitos humanos e ao cultivo da democracia, cenário em que os imigrantes se tornam cidadãos de fato e de direito, agentes fundamentais ao desenvolvimento socioeconômico dos Estados.

Palavras-chave: Cidadania global; Migração; Autocratização.

Abstract: Migration is an inherent phenomenon in humanity. In contemporary times, migratory dynamics call for reconsiderations of democracy, human rights, and belonging. This paper explores global citizenship as an expression of multiculturalism and the emancipation of the immigrant in a globalized international community. This integrative phenomenon is analyzed in contrast to autocratization, an ongoing process of democratic weakening in various political regimes. Thus, the article seeks to investigate to what extent the crisis of liberal democracies affects migratory policies and, consequently, the achievement of a global citizenship. The research aims to compare two opposing worldviews that generate different repercussions for migrants. Employing a deductive method, the study adopts a qualitative approach based on the literature review of both conflicting perspectives. The article is structured into two main sections. The first delves into the concept of global citizenship, envisioning the immigrant as an individual inclined to contribute to the realities

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Graduado em Direito pela mesma instituição. Bolsista CAPES/BRASIL. Membro do grupo de pesquisa Politeia: cultura política, teoria e identidade constitucional. E-mail: caioferreirasouza@ufu.br.

they enter. The second section, in turn, investigates the rise of antidemocratic leaders who, averse to liberal democracy, among other elements, advocate for a repressive anti-immigrant political project marked by border securitization and the enactment of laws that criminalize migration. The research highlights that contemporary crises of democracy adversely affect the migration issue in both communicative and concrete dimensions. It is concluded that the construction of multicultural societies is linked to the protection of human rights and the strengthening of democracy, a scenario in which immigrants become true citizens, fundamental agents for the socio-economic development of states.

Keywords: Global citizenship; Migration; Autocratization.

1. Introdução

A dinâmica migratória adquire novos contornos com o advento da globalização. Isso porque esse paradigma, avesso à concepção hermética de Estados e favorável à integração da comunidade internacional, influi sobre os fluxos migratórios e redefine as noções de cidadania. Erige-se uma cosmovisão cooperativa e multicultural, na qual o imigrante é cidadão global, partícipe da comunidade e potencial transformador da realidade em que se insere².

A globalização, contudo, provoca consequências. Em que pese a integração econômica, incentivada em razão do êxito comercial, a integração em sentido sociocultural é por vezes repudiada. Observa-se, por exemplo, a imigração concentrada no Norte Global, onde não são incomuns políticas de securitização de fronteiras, intolerância contra imigrantes e desrespeito à sua expressão cultural. Nesse viés, “fluxo migratório” se converte em “crise migratória”.

Tais medidas são agravadas em um momento crítico da contemporaneidade: a crise das democracias liberais. Em diversas localidades, percebe-se uma terceira onda de autocratização³ dos regimes políticos, em que a própria democracia é vítima de um processo de deterioração de suas estruturas e substâncias. Regularmente eleitos, conquanto autocratas em potencial, tais lideranças pervertem o sistema eleitoral, enfraquecem as instituições e contribuem para a violação de liberdades individuais. Os desdobramentos são múltiplos, e a questão migratória não só não passa despercebida, como é pauta reiteradamente debatida – e instrumentalizada. Do imigrante, extrai-se um inimigo.

Constatam-se, de imediato, duas cosmovisões em conflito. Entre multiculturalismos e autoritarismos, este artigo prioriza a compreensão da migração a partir de tais visões em

² LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. O imigrante como cidadão global: uma perspectiva multicultural. *Latin American Journal of European Studies*. Florianópolis-SC, v. 1, n. 2, p. 74-95, 2021.

³ “Autocratização”, oposto de “democratização”, corresponde à transformação de um regime em uma autocracia. É um conceito analítico abrangente, utilizado para descrever a perda dos elementos institucionais essenciais em diversos sistemas jurídico-políticos. LÜHRMANN, Anna; LINDBERG, Staffan Ingemar. 2019. A third wave of autocratization is here: what is new about it? *Democratization*, v. 26, n. 7, pp. 1095-1113, 2019.

disputa. Noutras palavras, concentra esforços em compreender a noção de cidadania global em tempos de autocratização – e negação de direitos humanos.

É, essencialmente, um trabalho preocupado com a dualidade. Nesse sentido, o problema deste trabalho é investigar de que modo o fenômeno do declínio democrático afeta as políticas migratórias atuais e, conseqüentemente, a consolidação de uma cidadania global. Em síntese: como as crises democráticas afetam o fluxo migratório na contemporaneidade?

O objetivo da pesquisa reside em aproximar os estudos sobre migração e cidadania com as contribuições teóricas sobre a recessão democrática. O intercâmbio entre tais campos contribui para o debate, não somente por sua estreita conexão, mas porque o comportamento autoritário antecede e justifica políticas de controle e repressão à migração. E isso, evidentemente, compromete o modelo da cidadania global. Não basta, assim, compreender uma nova concepção de cidadania isoladamente; é preciso contextualizá-la e verificar seus obstáculos.

No âmbito metodológico, a pesquisa possui finalidade básica estratégica, pois visa sistematizar as contribuições acadêmicas sobre o tema, com o objetivo de elaborar considerações pertinentes a uma situação crítica. A abordagem é qualitativa, pois as informações coletadas são analisadas criticamente, como forma de conceber um estudo mais preciso sobre o objeto de pesquisa. A pesquisa também adota o método dedutivo, pois constrói o conhecimento a partir das circunstâncias gerais, empregáveis em situações particulares e concretas, observáveis em diversas realidades. O procedimento, para tanto, é bibliográfico, pautado na revisão da literatura sobre as duas perspectivas em contraste.

Para a compreensão do real impacto da autocratização na condução de políticas migratórias, o artigo é dividido em duas seções. Na primeira, aprofunda-se o significado de cidadania global, com enfoque ao papel do imigrante em um modelo de sociedade multicultural e globalizada. No segundo momento, analisa-se a contraposição. Discute-se, enfim, a ascensão de movimentos antidemocráticos e anti-imigração, com o intuito de verificar quais são as políticas adotadas, tanto em discursos quanto em ações concretas, em desfavor dos imigrantes.

As implicações finais são de que tais movimentos infensos à democracia liberal instrumentalizam a questão migratória, propagandeam discursos nacionalistas e fomentam o medo e a polarização na esfera pública, com o esforço de demonizar a figura do imigrante, lograr êxito político e obstar um modelo de comunidade internacional pautado na diversidade cultural.

2. Cidadania Global: Uma Proposta

A migração é um fenômeno histórico, inevitável e próprio da condição humana: “a marcha da Humanidade é, literalmente, uma incessante marcha migratória”⁴. A busca por melhores condições de vida, as oportunidades profissionais, as condições adversas e os vínculos afetivos ensejam o deslocamento periódico de pessoas rumo a diferentes localidades. As causas são, pois, diversas e abrangem questões políticas, religiosas, econômicas e ambientais.

A dinâmica migratória pode cingir-se a fluxos entre unidades geográficas de um mesmo país – migração interna – ou transcender as fronteiras de Estados, naquilo conhecido como migração internacional. Na medida em que invoca discussões sobre soberania, cidadania e o papel dos Estados em uma comunidade de nações, a migração é fenômeno social e político. Se voluntária, decorre da manifesta vontade pelo deslocamento; se involuntária, promana de momentos críticos, nos quais os imigrantes são forçados à locomoção⁵.

Assim, tais deslocamentos nem sempre são desejados ou minimamente pacíficos, motivo pelo qual, em determinadas ocasiões, as vivências suportadas por imigrantes em Estados receptores lhes implicam vulnerabilidade. Nessa configuração, imigrar e emigrar, comportamentos humanos esperados, são complexificados. Noutras palavras, a migração é um fato, mas, sobre esse fato, muito se conjectura – positiva e negativamente.

A globalização é um importante fator para a compreensão da migração internacional contemporânea. Cuida-se, essencialmente, de um paradigma transformador, visualizado na redefinição do papel do Estado, na relativização de sua soberania, no estímulo à interdependência global e na multiplicação de novos atores internacionais⁶.

Como consequência, operam-se o fortalecimento dos mercados globais, a concentração de riquezas, o reconhecimento de direitos humanos e a constituição de uma sociedade interdependente e diversificada “em que já não é mais local nem nacional, tampouco internacional”⁷. Essa conjuntura dá azo a novas concepções de cidadania,

⁴ “Não é mais preciso lembrar que o fato fundador da Humanidade – o início de seu processo de hominização se confunde com a história das migrações que, como sabemos, começou há, pelo menos, 70.000 anos com a saída do *homo sapiens, sapiens* da África e seu enxameamento pelo mundo. Desde os primeiros agrupamentos e assentamentos humanos, passando pelas primeiras cidades, primeiros reinos e impérios, até a atual configuração do mundo, marcada pela divisão do planeta em estados nacionais, pelo processo de globalização e fluxos transnacionais [...]”. ELHAJJI, Mohammed. Comunidades diaspóricas e cidadania global: o papel do intercultural. *Esferas*, [S. l.], n. 3, p. 145-151, 2014, p. 146.

⁵ COSTA, Marli Marlene Moraes; REUSCH, Patrícia Thomas. 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, 2016.

⁶ HAMEL, Marcio Renan. Crise da Democracia? Presente e futuro do Estado-nação. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 123, p. 581-614, 2021.

⁷ *Ibidem*, p. 600-601.

migração e pertencimento. O “nacional” cede espaço ao “global”⁸. A ideia de “cidadania global” deve ser compreendida em tais circunstâncias:

A imigração deixou de ser um problema dos Estados e passou a ser um tema de interesse da comunidade internacional e, por isso, sua perspectiva global, que decorre da sociedade de risco e da globalização, deve ser estudada, institucionalizada e analisada à luz dos standards dos direitos humanos, no contexto do cosmopolitismo. Além disso, a cidadania global do imigrante deve ser consolidada através da perspectiva multicultural e com a prevalência do direito à diferença⁹.

A proposta de cidadania global inova em muitos aspectos. Para esta noção, o imigrante, recém-ingressante em determinada localidade, é sujeito de direitos e deveres. A cidadania lhes alcança. Mais que isso, a cidadania ultrapassa sua dimensão estática e é força ativa¹⁰ e dinâmica, que confere ao imigrante o poder de influir e atuar vividamente na construção da realidade.

Há também força na dinâmica da interculturalidade. Para a perspectiva em debate, os fluxos migratórios impulsionam o diálogo intercultural. Ao fazê-lo, legitimam diferentes expressões culturais, promovem o intercâmbio entre diferentes povos e refutam insurgências etnocêntricas, obstando a afirmação de determinadas culturas como superiores ou inferiores.

Por tais razões, o contato entre povos diversos, conviventes em um mesmo espaço, é algo positivo, “pois busca superar o horizonte da tolerância das diferenças, e propõe o desenvolvimento de práticas de enriquecimentos mútuos para gerar, no nível teórico e prático, processos de transformações culturais nas culturas em diálogo”¹¹. Na medida da multiculturalidade, a migração faz-se fenômeno integrativo e inclusivo.

Dessa forma, se a expressão democrática em sua acepção liberal pressupõe a garantia de liberdades individuais aos cidadãos, admite a coexistência pacífica de grupos dissidentes e se desenvolve a partir da tolerância e da igualdade, vedadas as manifestações discriminatórias,

⁸ No presente trabalho, a discussão sobre globalização limita-se à compreensão descritiva do cenário em que as noções de cidadania e imigração são redimensionadas. Dessa forma, não são objetivos da pesquisa a problematização e o subsequente aprofundamento sobre as consequências, positivas e negativas, ocasionadas pelo fenômeno.

⁹ LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. O imigrante como cidadão global: uma perspectiva multicultural, *op. cit.*, p. 76.

¹⁰ “A cidadania deve ser entendida como tomada de consciência histórica de si, ação proativa, crítica e reivindicativa [...] a cidadania global ou transnacional ultrapassa a ordem social, econômica e política tradicional para se afirmar enquanto atitude ética que transborda o local sem negá-lo, mas sim o entrelaçando com o nacional, o regional e o global. Situa o global dentro do local e o local dentro do global, sem buscar livrar-se de um ou outro, mas sim relendo o local e o nacional dentro de uma perspectiva global e transnacional”. ELHAJJI, Mohammed. Comunidades diaspóricas e cidadania global: o papel do intercultural, *op. cit.*, p. 150.

¹¹ SANCHEZ, Wagner Lopes; BARROS, Wellington da Silva de. Migração e identidade cultural. Desafios a partir da intelectualidade. In: BAPTISTA, Dulce Maria Tourinho; MAGALHÃES, Luís Felipe Aires. *Migrações em expansão no mundo em crise*. São Paulo: EDUC, 2020, p. 331.

a migração é aspecto sintonizado com a qualidade democrática de um Estado. A relação é evidente.

Por esse motivo, é possível conceber que “a maior ou menor receptividade do imigrante internacional pode ser vista como um indicador não convencional de democracia”¹². Voltada ao acolhimento do “outro”, a prática da alteridade é elemento fundamental ao aprimoramento da democracia. E esse “outro” comumente será o sujeito imigrante.

Ato contínuo, se, com o advento da globalização e o fortalecimento de mecanismos internacionais, as democracias se robustecem com a afirmação dos direitos humanos, é mister relacioná-los à construção da cidadania global. Propõe-se, em verdade, que os migrantes sejam compreendidos sob a ótica dos direitos humanos, resguardados os direitos à igualdade, à diferença, à diversidade e ao reconhecimento.

A cidadania global demanda um tratamento especial à comunidade migrante, pautada não apenas na garantia de direitos como também no enfrentamento de injustiças e condutas discriminatórias. “Rompe-se, assim, com a indiferença às diferenças”¹³, e isso implica a proteção de sua integridade física e moral, de sua identidade cultural e da dignidade da pessoa humana. FLÁVIA PIOVESAN propõe que os direitos humanos, expressão de alteridade, orientem a implementação de políticas em favor dos imigrantes, sendo sete os desafios centrais:

Compreender a imigração e o refúgio como um fenômeno complexo e dinâmico [...] Fomentar dados e estatísticas sobre a geografia da migração e o refúgio [...] Fomentar dados e estatísticas sobre o perfil dos migrantes e dos refugiados [...] Compreender as causas da migração e do refúgio [...] Identificar o alcance dos deveres dos Estados com relação aos direitos dos migrantes e dos refugiados [...] Fortalecer o combate à xenofobia e a outras práticas de intolerância [...] Avançar na cooperação internacional visando a proteção dos direitos dos migrantes e refugiados¹⁴.

Em suma, a cidadania global propugna um modelo social que incentiva manifestações interculturais e estimula a proteção aos direitos humanos, para a qual o imigrante não é fardo, mas agente potencialmente contributivo ao bem-comum. Assim sendo, a partir dos fluxos

¹² MATOS, Ralfó; LOBO, Carlos. Migração como indicador de democracia, sobrevivência econômica e necessidades básicas especiais. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Urbana*. Brasília, DF, ano XX, n. 38, p. 213-232, 2012, p. 230.

¹³ PIOVESAN, Flávia. Migrantes sobre a perspectiva dos Direitos Humanos. *Revista Praia Vermelha: Estudos de Política e Teoria Social*. Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 15-25, 2015, p. 18.

¹⁴ *Ibidem*, p. 21-24.

migratórios, “a comunidade internacional vai tomando consciência de que o desconhecido imigrante é, na verdade, um cidadão com capacidade de ação no contexto global”¹⁵.

3. Autocratização e Políticas Anti-Imigração: uma Reação

O modelo descrito não é endossado com unanimidade. A economia globalizada demanda comércio, investimento e imigração internacional, uma vez que os imigrantes constituem a mão de obra necessária ao projeto econômico. Curiosamente, no entanto, a lógica predominante é o fechamento de fronteiras e a negação de cidadania à comunidade ingressante. Conquanto almejem lucro, são desfavoráveis aos agentes que o possibilitam. Eis o “paradoxo liberal”¹⁶, em que mercados são abertos, mas as comunidades permanecem cerradas.

Além disso, é incorreto supor que as políticas anti-imigração são particulares à contemporaneidade ou não ocorrem em regimes democráticos; afinal, a aceitação ou o repúdio à imigração são posicionamentos em constante disputa na história humana. Entretanto, tais medidas repressivas têm sido intensificadas com a crise das democracias liberais da atualidade:

Há um quarto de século, a maioria dos cidadãos das democracias liberais estava muito satisfeita com seus governos e o índice de aprovação de suas instituições era elevado; hoje, a desilusão é maior do que nunca. Há um quarto de século, a maioria dos cidadãos tinha orgulho de viver numa democracia liberal e rejeitava enfaticamente uma alternativa autoritária a seu sistema de governo; hoje, muitos estão cada vez mais hostis à democracia. E há um quarto de século, adversários políticos eram unidos em seu respeito mútuo pelas regras e normas democráticas básicas; hoje, candidatos que violam as normas mais fundamentais da democracia liberal ganham grande poder e influência¹⁷.

O nacionalismo excludente, as desigualdades globais impulsionadas pelo neoliberalismo e as crises de representação política configuram um cenário em que a “democracia não só perde capacidade de oferecer respostas a partir de políticas públicas eficientes, como também entram em cena políticos populistas e também de extrema-direita em uma nova ordem mundial de disseminação do ódio e de repúdio ao diferente”¹⁸.

¹⁵ LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. O imigrante como cidadão global: uma perspectiva multicultural, *op. cit.*, p. 93.

¹⁶ “Since the end of World War II, international economic forces (trade, investment, and migration) have been pushing states towards greater openness, while the international state system and powerful (domestic) political forces push states towards greater closure. This is a liberal paradox because it highlights some of the contradictions inherent in liberalism, which is the quintessentially modern political and economic philosophy and a defining feature of globalization”. HOLLIFIELD, James F. The Emerging Migration State. *The International Migration Review*, v. 38, n. 3, p. 885-912, 2004, p. 886.

¹⁷ MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 18.

¹⁸ HAMEL, Marcio Renan. Crise da Democracia? Presente e futuro do Estado-nação, *op. cit.*, p. 609-610.

O cenário oportuniza a ascensão de líderes potencialmente autoritários, os quais recorrem a soluções simplistas – comumente inefetivas, mas eleitoralmente viáveis – para a resolução de problemas complexos. Mais que isso, deslegitimam a oposição e silenciam manifestações dissonantes, comprometendo a própria normalidade institucional. Sua “agenda política é implementada recorrendo a três técnicas de governo: a ocupação do Estado; o clientelismo em massa; e a repressão a sociedade civil”¹⁹.

Com base em indicadores de qualidade democrática de diversos regimes, sugere-se uma terceira onda de autocratização, uma chave analítica abrangente aplicável tanto a democracias em declínio quanto a regimes autoritários. Dela extrai-se que, na atualidade, os novos líderes, sob procedimentos graduais e sutis, ascendem ao poder pelo voto e fazem uso dos próprios mecanismos democráticos para promover a sua subversão²⁰.

Num cenário de medo, insegurança e descrença, a perspectiva antidemocrática age contra a globalização e seus desdobramentos – dentre eles, o crescimento do fluxo migratório²¹. Embora não seja exclusiva de regimes autoritários, a anti-imigração é um sintoma de erosão democrática. Desse modo, a crise favorece a pauta xenofóbica e a implementação de políticas anti-imigração. Nesse viés, a dimensão autoritária em relação aos imigrantes – e à cidadania global – é tanto (i) discursiva quanto (ii) concreta.

(i) para MARIJANE LISBOA, a política anti-imigratória deve ser compreendida em dois fatores principais: o mecanismo do bode expiatório e a xenofobia. Não se trata de fenômenos idênticos, mas relacionáveis, na medida em que suas consequências geram prejuízos à comunidade imigrante.

Para o primeiro fator, “à falta de compreender as causas reais de males e temores vividos por um país e sua população em determinadas circunstâncias históricas, atribui-se a um grupo determinado a responsabilidade por eles”²². A insatisfação e a descrença contra

¹⁹ NEVES, Maria do Céu Patrão; TEIXEIRA, Nuno Severiano. (A moral d) os direitos humanos e a democracia (política). In: NEVES, Maria do Céu Patrão; TEIXEIRA, Nuno Severiano (coord.). *Ética aplicada: relações internacionais*. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 20.

²⁰ “To provide a comprehensive definition of autocratization processes, we use the term democratic recession to denote autocratization processes taking place within democracies, democratic breakdown to capture when a democracy turns into an autocracy, and autocratic consolidation as designation for gradual declines of democratic traits in already authoritarian situations [...] Democratic erosion became the modal tactic during the third wave of autocratization. Here, incumbents legally access power and then gradually, but substantially, undermine democratic norms without abolishing key democratic institutions [...] Aspiring autocrats have clearly found a new set of tools to stay in power, and that news has spread”. LÜHRMANN, Anna; LINDBERG, Staffan Ingemar. A third wave of autocratization is here: what is new about it? *op. cit.*, p. 1.099-1.105.

²¹ NEVES, Maria do Céu Patrão; TEIXEIRA, Nuno Severiano. (A moral d) os direitos humanos e a democracia (política), *op. cit.*

²² LISBOA, Marijane Vieira. Ascensão da extrema-direita, xenofobia e crise do capitalismo. In: BAPTISTA, Dulce Maria Tourinho; MAGALHÃES, Luís Felipe Aires. *Migrações em expansão no mundo em crise*. São Paulo: EDUC, 2020, p. 29.

problemas generalizados e de difícil resolução são instrumentalmente canalizadas na forma de ódio e repúdio aos imigrantes. De agentes contributivos em potencial, são transformados em ameaças à paz, responsáveis pela intensificação da criminalidade e da recessão econômica. Trata-se, pois, de uma estratégia política.

Para o segundo fator, todavia, a xenofobia não é apenas pauta eleitoralmente viável, como também sintoma de um programa ideológico. Na recusa à imigração, evidencia-se um nacionalismo exacerbado, para o qual os povos estrangeiros atrapalham o desenvolvimento de uma comunidade constituída por um só povo. Não há espaço à diversidade, considerada um obstáculo ao desenvolvimento daquela coletividade. Esse segundo fator, portanto, coaduna-se precisamente ao posicionamento de políticos iliberais na atual fase de autocratização, cujos discursos reclamam unidade demográfica contra eventuais “inimigos” – aqueles que, por diversas razões, muitas vezes vulneráveis, emigram de seus países em busca de melhores condições de vida.

(ii) Tais discursos, portanto, desumanizam imigrantes e canalizam contra eles o ressentimento coletivo. No entanto, seus desdobramentos não se limitam à comunicação: práticas intolerantes e repressivas são materializadas em nome de valores difusos. Recorre-se, com frequência, à invocação difusa da segurança nacional e da soberania; a arbitrariedade e a violência estatal se legitimam, as fronteiras são endurecidas e a migração é criminalizada. Instaura-se, em verdade, um “Estado de Exceção permanente aos não nacionais”²³.

As políticas de securitização convertem as fronteiras em espaços de tensão e segregação, aptas a afastar os considerados indesejáveis, estrangeiros desprovidos de direitos e despolitizados. Centros de detenção são construídos, leis desfavoráveis são formuladas, ao passo que deportações e expulsões se tornam realidade²⁴.

Nesse sentido, a política de securitização de fronteiras estabelece relações maniqueístas – nós *vs* eles –, institucionalizando a discriminação e ensejando riscos à democracia, cujos mandatários “possuem uma liberdade quase irrestrita assegurada pela Constituição, que, se

²³ SILVA, Bianca Guimarães. Quem é o outro? Reflexões sobre a construção de um Estado de Exceção para migrantes por meio da securitização das fronteiras e da política do inimigo. In: SILVA, Eliane Cristina da; PEREIRA, Márcio José; NEVES, Ozias Paese (org.). *O estatuto da vida em tempos de exceção*. Maringá: Edições Diálogos, 2021, p. 19.

²⁴ “O migrante é tanto visto como agente, quanto vítima da violência. Neste contexto, a migração é concebida sob a dialética do ‘outro’ e ‘nós’. Colocam-se os migrantes como uma categoria de sujeitos não políticos, quando, na verdade, a migração configura-se por meio de uma relação complexa de dinâmicas, tensões e figuras sociais. A vida nua, isto é, sem direitos, na verdade é um mecanismo de apolitização de sujeitos políticos”. *Ibidem*, p. 23.

usada sem reservas institucionais, podem desintegrar a estrutura democrática baseada na tolerância mútua e no respeito às instituições e tradições”²⁵.

A realidade migratória torna-se “crise migratória”: o arbítrio é normalizado. Tais eventos, ideologicamente respaldados por narrativas discursivas, naturalizam a ilegalidade e, também, a crueldade. Não há apreço pela alteridade, pelos direitos humanos e, conseqüentemente, pela vivência democrática, máxime porque a migração torna-se questão criminal.

Denomina-se “crimigração” a postura pragmática estatal que se utiliza da lei penal em convergência com a de migração, com objetivo de criminalizar as migrações e punir os imigrantes, criando-se, dessa forma, uma fronteira institucional, conjugada ao paradoxo do etiquetamento social e securitização das fronteiras. Para tal, muitos Estados optam pela adoção de agendas crimigratórias avessas aos tratados internacionais de proteção do migrante e empregam o controle social, tipificando-o na condição jurídica de irregular ou ilegal²⁶.

Para LUIGI FERRAJOLI, o direito de imigrar (*ius migrandi*), defendido pela tradição filosófica ocidental no advento da colonização, é convenientemente abandonado quando pessoas do Sul Global, habitantes das antigas colônias, migram para os países do Norte Global, outrora colonizadores e historicamente responsáveis pela conformação atual dos países dos quais emigram. Nessa nova perspectiva, o direito de migrar deixa de ser uma realidade: não só perde a qualidade de direito, como transforma-se em conduta ilícita. Cria-se a figura do “imigrante ilegal”, e pessoas são criminalizadas. O senso comum de cunho xenofóbico e racista passa a comprometer a afirmação de direitos humanos, elemento indispensável às democracias atuais²⁷.

Os sofrimentos impostos a refugiados e imigrantes em fronteiras atestam a tolerância da sociedade em relação às políticas perpetradas contra outros seres humanos. Toda a conjuntura narrada exige a compreensão de tais indivíduos como sujeitos de direitos e deveres. A dignidade da pessoa humana é, com efeito, valor a ser reiterado, e não esquecido. Para tanto, a superação de discursos e práticas discriminatórias reclama a desconstrução dos discursos anti-imigração, os quais não encontram aderência na realidade:

[...] os estudos sociológicos sobre migrações mostram que as correntes migratórias apenas consolidam-se quando efetivamente há oportunidades de trabalho para os que emigram. E, de fato, em boa parte dos casos europeus, percebe-se uma demanda crescente de mão de obra tanto qualificada como desqualificada, devido às baixas taxas de crescimento

²⁵ FURLAN, Maria Luiza Favacho; VERBICARO, Loiane Prado. Democracia, neoliberalismo e crise humanitária: políticas anti-imigração e seus efeitos à ordem democrática. *Revista Paradigma*. Ribeirão Preto-SP, v. 31, n. 1, p. 151-180, 2022, p. 171.

²⁶ SANTOS, Josuel Belo dos; PREUSSLER, Gustavo de Souza. Crimigração: a fronteira institucional de intersecção entre a política migratória e a política criminal – o caso da União Europeia e Estados Unidos da América. *Revista Nupem*, [S. l.], v. 15, n. 35, p. 123-141. 2023, p. 123.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. Políticas contra los migrantes y crisis de la civilidad jurídica. *Revista Crítica Penal y Poder*. [Barcelona], n. 18, p. 182-193, 2019.

populacional e à superqualificação da mão de obra nativa para trabalhos não qualificados, temporários e ou perigosos. [...] Por fim, ao contrário do que os opositores da recepção de imigrantes alegam, essa população imigrante em situação irregular recorre raramente à assistência social pública, como os serviços de saúde e ajuda à moradia e bolsas de alimentação por carecer da documentação adequada e temer ser expulsa²⁸.

Dessa forma, à luz da proposta de cidadania global, a imigração pode trazer mais vantagens que desvantagens. São insustentáveis as políticas anti-imigração, inefetivas e prejudiciais à comunidade em sua inteireza, visto que as demandas por trabalho, o envelhecimento populacional, a competitividade econômica dos Estados e o equilíbrio da seguridade social são fatores que justificam a implementação de políticas inclusivas. De fato, o imigrante pode contribuir com o desenvolvimento socioeconômico de Estados e com o aprimoramento das democracias constitucionais²⁹. Muito se pode aprimorar com os fluxos migratórios e a conformação de comunidades multiculturais.

4. Considerações Finais

O trabalho buscou compreender dois fenômenos antagônicos com consequências diretas sobre a migração internacional contemporânea. Trata-se, portanto, de uma pesquisa substancialmente descritiva, mas com propósitos prescritivos implícitos. Para tanto, mediante revisão bibliográfica de estudos sobre ambas as perspectivas, foi possível analisar suas implicações.

A cidadania global, possível com a globalização – que, por sua vez, complexifica as relações internacionais e intensifica os fluxos migratórios –, é uma proposta alinhada ao multiculturalismo, à afirmação dos direitos humanos e a um modelo específico de sociedade, no qual as soberanias estatais são ressignificadas. Nessa concepção, o imigrante é legítimo cidadão, com capacidade de atuação em âmbito global.

A perspectiva antagônica, por sua vez, agrava-se a partir de uma terceira onda de autocratização, observada em diversas democracias liberais e caracterizada pela perda dos requisitos institucionais fundamentais de um regime político. Dentre outras repercussões,

²⁸ LISBOA, Marijane Vieira. Ascensão da extrema-direita, xenofobia e crise do capitalismo., *op. cit.*, p. 26-27.

²⁹ “[...] the contribution of immigration to population growth and the labor force plays a major role in a number of constitutional democracies. Furthermore, the net positive impact of immigration on the economy may come to be of increasing interest as states face increasing competition from around the world. This can be taken one step further. All that has been said so far operates within the traditional understandings of a state and state sovereignty. It is conceivable, however, that in the long run migration will help transform those concepts. This would come about through the valorizing of the human rights claims of migrants (and citizens) made under international law, which implicitly moves toward narratives of state legitimacy not grounded in popular sovereignty”. ALEINIKOFF, T. Alexander. *Inherent Instability: Immigration and Constitutional Democracies*. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018. p. 492-493.

essa visão reproduz uma abordagem anti-imigratória, na qual os imigrantes são instrumentalizados como ameaças à homogeneidade de uma comunidade, cuja recepção implicaria retrocesso, criminalidade e crise econômica. Essa visão repudia a concessão de cidadania ao imigrante e contribui para a sua inferiorização.

Compreendeu-se que a pauta anti-imigratória também é uma realidade em períodos de normalidade democrática. No entanto, verificou-se que há uma intensificação de políticas anti-imigração em momentos de crise democrática, o que tem atualmente ensejado não apenas o recrudescimento de discursos xenofóbicos, como também a adoção de medidas concretas, a verificar, por exemplo, as políticas de securitização de fronteiras, a violência estatal contra imigrantes, a criminalização dos imigrantes, a implementação de centros de detenção e os procedimentos de deportação e expulsão.

Observou-se que comportamentos arbitrários têm sido justificados em detrimento dos imigrantes, sujeitos considerados ilegais, convertendo a realidade migratória em “crise migratória”. O trabalho constatou, todavia, que as políticas anti-imigração, baseadas em argumentações sem respaldo na realidade, atendem a técnicas de estratégia política.

Ao contrário de tais discursos, pesquisas constataam que a integração do imigrante em uma comunidade tende a ser medida vantajosa. Isso porque tais países estão marcados pela demanda por força de trabalho e pelo envelhecimento da população. Os imigrantes solucionariam tais impasses econômicos e demográficos, gerando aumento na arrecadação e favorecendo a competitividade dos países.

Em síntese, migração se relaciona com democracia, e não há democracia sem cidadania. Em contextos crescentemente internacionais, cidadania do tipo global. Portanto, os imigrantes se revelam agentes potencialmente relevantes ao desenvolvimento socioeconômico dos Estados e, sobretudo, ao aprimoramento das democracias constitucionais.

Referências Bibliográficas

ALEINIKOFF, T. Alexander. Inherent Instability: Immigration and Constitutional Democracies. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018. p. 477-493.

COSTA, Marli Marlene Moraes; REUSCH, Patrícia Thomas. 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, 2016. DOI: 10.15175/1984-2503-20168204.

ELHAJJI, Mohammed. Comunidades diaspóricas e cidadania global: o papel do intercultural. *Esferas*, [S. l.], n. 3, p. 145-151, 2014. <http://dx.doi.org/10.31501/esf.v1i3.4632>.

- FERRAJOLI, Luigi. Políticas contra los migrantes y crisis de la civilidad jurídica. *Revista Crítica Penal y Poder*. [Barcelona], n. 18, p. 182-193, 2019.
- FURLAN, Maria Luiza Favacho; VERBICARO, Loiane Prado. Democracia, neoliberalismo e crise humanitária: políticas anti-imigração e seus efeitos à ordem democrática. *Revista Paradigma*. Ribeirão Preto-SP, v. 31, n. 1, p. 151-180, 2022.
- HAMEL, Marcio Renan. Crise da Democracia? Presente e futuro do Estado-nação. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 123, p. 581-614, 2021.
- HOLLIFIELD, James F. The Emerging Migration State. *The International Migration Review*, v. 38, n. 3, p. 885-912, 2004.
- LISBOA, Marijane Vieira. Ascensão da extrema-direita, xenofobia e crise do capitalismo. In: BAPTISTA, Dulce Maria Tourinho; MAGALHÃES, Luís Felipe Aires. *Migrações em expansão no mundo em crise*. São Paulo: EDUC, 2020, p. 25-40.
- LOUREIRO, Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. O imigrante como cidadão global: uma perspectiva multicultural. *Latin American journal of European Studies*. Florianópolis-SC, v. 1, n. 2, p. 74-95, 2021.
- LÜHRMANN, Anna; LINDBERG, Staffan Ingemar. A third wave of autocratization is here: what is new about it? *Democratization*, v. 26, n. 7, p. 1095-1113, 2019. DOI: 10.1080/13510347.2019.1582029.
- MATOS, Ralfo; LOBO, Carlos. Migração como indicador de democracia, sobrevivência econômica e necessidades básicas especiais. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Urbana*. Brasília, DF, ano XX, n. 38, p. 213-232, 2012.
- MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- PIOVESAN, Flávia. Migrantes sobre a perspectiva dos Direitos Humanos. *Revista Praia Vermelha: Estudos de Política e Teoria Social*. Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 15-25, 2015.
- SANCHEZ, Wagner Lopes; BARROS, Wellington da Silva de. Migração e identidade cultural. Desafios a partir da intelectualidade. In: BAPTISTA, Dulce Maria Tourinho; MAGALHÃES, Luís Felipe Aires. *Migrações em expansão no mundo em crise*. São Paulo: EDUC, 2020, p. 327-340.
- SANTOS, Josuel Belo dos; PREUSSLER, Gustavo de Souza. Crimigração: a fronteira institucional de intersecção entre a política migratória e a política criminal – o caso da União Europeia e Estados Unidos da América. *Revista Nupem*, [S. l.], v. 15, n. 35, p. 123-141. 2023. DOI: 10.33871/nupem.2023.15.35.123-141.
- SILVA, Bianca Guimarães. Quem é o outro? Reflexões sobre a construção de um Estado de Exceção para migrantes por meio da securitização das fronteiras e da política do inimigo. In: SILVA, Eliane Cristina da; PEREIRA, Márcio José; NEVES, Ozias Paese (org.). *O estatuto da vida em tempos de exceção*. Maringá: Edições Diálogos, 2021, p. 19-25.
- NEVES, Maria do Céu Patrão; TEIXEIRA, Nuno Severiano. (A moral d)os direitos humanos e a democracia (política). In: NEVES, Maria do Céu Patrão; TEIXEIRA, Nuno Severiano (coord.). *Ética aplicada: relações internacionais*. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 9-34.

A Obra *Operários* de Tarsila do Amaral como Ferramenta de Análise Acerca dos Riscos da Atividade Econômica Face ao Trabalho *Home Office* no Brasil

The Workers of Tarsila do Amaral as an analysis tool about the risks of economic activity in company with home office work in Brazil

Camila Sanchez¹

Sumário: Introdução; 1. Contexto histórico da Obra *Operários* de Tarsila do Amaral; 2. Panorama do Trabalho *Home Office* no Brasil; 3. A Jurisprudência como Fonte de Equilíbrio Contratual no Direito do Trabalho; Conclusão.

Resumo: Partindo do significativo diálogo entre Direito e Arte, o presente artigo possui como objetivo geral refletir sobre a aplicação do Princípio da Alteridade nas relações de emprego da modalidade de teletrabalho *home office*, tendo como pano de fundo as novas dinâmicas trabalhistas advindas da chamada “Quarta Revolução Industrial”, em alusão à tela modernista *Operários* de Tarsila do Amaral. Utilizando-se da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, por meio do método científico o hipotético-dedutivo, com abordagem de natureza qualitativa, apresenta-se o tema de forma a analisar como a norma legal e jurisprudência sistematizam a questão dos custos envolvidos no teletrabalho, e quais os parâmetros firmados a fim de custear ou reembolsar os dispêndios concernentes aos riscos da atividade econômica.

Palavras-chave: direito; arte; teletrabalho; princípio da alteridade, CLT.

Abstract: Starting from the significant dialogue between Law and Art, the general objective of this article is to reflect on the application of the Principle of Alterity in employment relationships in the form of home office teleworking, having as a backdrop the new labor dynamics arising from the so-called “Fourth Revolution Industrial”, in allusion to the modernist painting *Operários* by Tarsila do Amaral. Using bibliographical and jurisprudential research, through the scientific or hypothetical-deductive method, with a qualitative approach, the topic is presented in order to analyze how legal norms and jurisprudence systematize the issue of costs involved in teleworking, and what parameters are established in order to cover or reimburse expenses related to the risks of economic activity.

Keywords: right; art; teleworking; principle of otherness, CLT.

Introdução

A obra “Operários” de Tarsila do Amaral, quadro pintado no ano de 1933, tem como pano de fundo temática social, no tocante à mudança de cenário econômico e de relações de trabalho, advindo do processo de industrialização, no Brasil, a partir da década de 1930. Da análise da obra, se verifica a presença de 53 (cinquenta e três) rostos, entre homens e mulheres, das mais diferentes etnias (índigenas, africanos, asiáticos e europeus) que se

¹Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Advocacia Cível pela Faculdade de Direito da Fundação da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP e Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio Educacional. Possui graduação em História pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). *E-mail:* camilamestradouenp@gmail.com

encontram à frente de símbolos do cenário industrial, como chaminés e prédios, os quais simbolizam uma massa de trabalhadores. Colados, lado a lado, as faces demonstram melancolia e desolação e embora suas características individuais sejam claras, é possível notar um cenário de coletividade de grupo e classe.

A década de 1930 estampa um período de transição econômica do país o qual, afetado pela “Crise de 1929”, deixava de possuir o café como principal produto da economia e iniciava uma nova fase: o processo de industrialização. Assim, os investimentos que antes eram direcionados à produção agrícola, tendo a produção cafeeira como carro-chefe da economia nacional, migraram para o setor industrial, impactando nas relações trabalho. Homens e mulheres, e até mesmo crianças e adolescentes, que antes laboravam junto ao campo, se deparam com um cenário de precarização de atividades, no âmbito urbano, aliada à falta de diplomas legais que os amparassem.

A Primeira República foi marcada por uma economia agrária, lastreada no labor escravo como regime de trabalho (Constituição Imperial de 1824). Se percebe não somente a ausência de direitos trabalhistas nesse momento, mas também uma normatização nitidamente favorável ao patrão. Inicialmente, depreende-se uma “terra sem lei”, marcada pela escravidão legalizada, sequer incluía os escravizados no rol de cidadão e, ainda que os açoites e tortura já fossem proibidas, tal prática era enraizada na sociedade brasileira. Após, se viu uma desagregação do trabalho escravo deflagrando uma preocupação com a mão de obra para os senhores de terra, culminando na atração de imigrantes europeus que foram destinados, inicialmente, aos campos. Por sua vez, como consequência da crise cafeeira, a urbanização e a industrialização ganham força, deflagrando uma série de relações trabalhistas carentes de normatização.

É nesse contexto histórico e legal que nasce a obra artística de Tarsila do Amaral: grupo de indivíduos inseridos em inédita dinâmica de labor sem amparo legal, culminando em precarização do trabalho. Neste sentido, a pesquisa norteia-se pela seguinte indagação: pouco menos de um século depois, é possível perceber um cenário semelhante àquele retratado na obra, isto é, a precarização do trabalho desencadeada por uma crise econômica, culminando em um cenário de trabalhadores carentes de amparo legal?

O trabalho remoto se tornou modalidade imposta frente à crise sanitária causada pelo Coronavírus, mostrando-se, o modelo home office, a alternativa encontrada a fim de preservar a manutenção das atividades, bem como a integridade dos indivíduos. Dados do IBGE demonstram que 7,4 milhões de pessoas realizaram teletrabalho em 2022 revelando que referida modalidade laboral representa o “novo normal”. No entanto, importa ressaltar

que aquilo visto antes como possibilidade de conforto, flexibilidade de tempo e bem estar psíquico, revelou se como uma rotina exaustiva e estressante, levando o trabalhador à frustração.

Dentre as queixas, se verifica a implementação do home office sem o devido planejamento, ficando a cargo do trabalhador os dispêndios da atividade (internet mais velozes que pudesse atender a demanda, equipamentos como notebook, mobiliário adequado, o aumento da conta de energia, dentre outros), ferindo o princípio estampado no artigo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho o qual tutela o Princípio da Alteridade, expressando a defesa de que o empregado trabalha por conta alheia, não podendo correr os riscos da atividade econômica. Posto isso, a presente pesquisa apresenta como possibilidade de mitigação dessas vulnerabilidades o estímulo e reflexão acerca de uma dogmática jurídica inclusiva que alcance a complexidade dos problemas jurídico-sociais do trabalhador em *home office*.

1. Contexto Histórico da Obra *Operários* de Tarsila do Amaral

Como legado histórico cultural, a obra “Operários” de Tarsila do Amaral representa valiosa fonte de investigação do movimento industrial ocorrido no Brasil e as consequências no campo dos direitos trabalhistas, estabelecendo conexões com o passado e presente. Pintada no ano de 1933, em óleo sobre tela, estampa a face de cinquenta e uma pessoas à frente de imagens que retratam símbolos das indústrias, as quais simbolizam a massa de trabalhadores da classe operária e a diversidade étnica da sociedade brasileira. Roxane Sidney Resende de Mendonça (2016, p. 15) aponta que a artista é reconhecida como a “*musa do modernismo brasileiro*”:

Tarsila do Amaral (1886-1973), artista modernista reconhecida pelas obras que pintou, principalmente durante a década de 1920, é comumente identificada como a musa do modernismo brasileiro. Adepta do cubismo aprendido com mestres em Paris e integrada ao movimento modernista paulista, Tarsila desenvolveu uma pintura que lhe é peculiar e que foi investigada por diversos autores, sendo Aracy Amaral² a precursora, com mais de 35 anos dedicando-se aos estudos da vida e da obra da pintora.

O Modernismo brasileiro se apresenta como um movimento artístico, cultural e literário tendo como marco inicial a “*Semana de Arte Moderna*” que se realizou entre os dias 13 e 18 de fevereiro de 1922, no Teatro Municipal de São Paulo, oportunidade em que vários artistas puderam expressar, por meio de suas obras, uma nova liberdade estética, o nacionalismo, além da crítica social. Neste sentido, referida movimento se tornou marco histórico no campo da cultura e política brasileira, uma vez que profundos questionamentos

foram lançados por seus idealizadores.

Ao Brasil, mais precisamente. São Paulo, que a pintora Tarsila do Amaral transformou em cabeças multiétnicas perfiladas quase de forma militar no primeiro plano de sua tela modernista *Operários*. Fileiras de cabeças humanas pintadas em cores quentes, mestiças, aparentemente conformadas, como se uma grade invisível os contivesse contra o fundo feito pelas chaminés das fábricas que os engolem a cada amanhecer e os vomitam no fim do dia. Em que medida essas cabeças, nós, a periferia global, temos acesso ou consciência desta grade, de uma colonização ou de uma suposta (des) colonização? Somos todos realmente igualmente responsáveis em termos humanísticos, ecológicos ou existenciais nesse território supostamente sem fronteiras? Como essas pessoas enfileiradas de Tarsila lidam com os novos modelos de subserviência e de deslocamento? Como elas lidam com os conflitos e mudanças locais ou as frustrações em relação à desigualdade humana jogadas na sua cara pela “igualdade” midiática em relação à distribuição de riqueza? Como elas podem dimensionar a sua identidade perdida ou não? Afinal, a arte não se embasa na vida? (Filho, Geilson e Pamplona, 2016, p. 33).

Concomitante ao movimento, ocorria o processo de industrialização no país que aos poucos substituía o trabalho de cultivo do solo que possuía a cultura do café como sua principal fonte econômica. De acordo com Eduardo Tambelini Brasileiro (2022, p. 26):

A chamada Primeira Revolução Industrial, entre 1760 e 1840, foi marcada principalmente pela construção das ferrovias e pela invenção da máquina a vapor, com o início da produção mecânica⁷. Essa evolução permitiu que as atividades humanas manuais passassem a ser realizadas pela máquina a vapor que contribuiu para o rápido aumento da produção de mercadorias, dada a eficiência do maquinário utilizado

Os efeitos negativos advindo da crise econômica internacional que se abateu sobre o Brasil no início do século XX, contribuiu para a atividade industrial como necessidade complementar à cafeicultura. Transcorrido quase um século após o contexto histórico da obra em comento, é possível verificar novas formas de relação de emprego advindas da chamada “Quarta Revolução Industrial”, as quais foram intensificadas pela crise econômica que acometeu o país a partir de 2020, frente à Pandemia da COVID-19, e que ainda não se encontram amplamente abarcadas pelas normas trabalhistas. Ricardo Antunes (2018, p. 30) nomina esse fenômeno como o “*novo proletariado da era digital*”:

Ao contrário da eliminação completa do trabalho pelo maquinário informacional-digital, estamos presenciando o advento e a expansão monumental do *novo proletariado da era digital*, cujos trabalhos, mãos ou menos intermitentes, mais ou menos constantes, ganharam novo impulso com as TICs, que conectam, pelos celulares, as mais distintas modalidades de trabalho. Portanto, em vez do *fim do trabalho na era digital*, estamos vivenciando o *crescimento exponencial do novo proletariado de serviços*, uma variante global do que se pode denominar *escravidão digital*. Em pleno século XXI.

À vista disso, propondo analogia ao contexto histórico-social da autora, qual seja, o aceleramento do trabalho tecnológico em razão da crise econômica de 1929, ocasionando vínculos laborativos sem respaldo legal, o presente estudo direciona-se a tecer reflexões acerca das relações de trabalho e os desdobramentos legislativos de amparo à transferência dos custos dos riscos da atividade econômica ao empregado que exerce jornada em teletrabalho *home office*.

2. Panorama do Trabalho *Home Office* no Brasil

Em consequência do desenvolvimento da tecnologia da informação e de comunicação, a modalidade sob teletrabalho² foi inserida na legislação trabalhista em 2011, por meio da Lei nº 12.551, regulamentando nova forma de trabalho, qual seja, aquele realizado fora do estabelecimento empregador, via *internet*. Como gênero, o teletrabalho possui diferentes espécies, a saber, *home office*, *anywhere office* e *coworking*, os quais ultrapassam limites físicos permitindo ao empregado o cumprimento de sua jornada em localidade diversa. Maria Luiza Azevedo Fernandes (2022, p. 214-215), assim discorre:

Assim, considerando a definição do TST, como também a denominação popularmente difundida, emprega-se a expressão “*home office*” para designar especificamente o trabalho realizado na residência do empregado. [...] Com o advento da *internet*, as fronteiras físicas deixaram de ser um fator determinante para a contratação de mão de obra. Assim, o trabalho pode ser exercido de qualquer lugar: estabelecimento do empregador, domicílio do empregado, espaços de *coworking*, cafeterias, e até mesmo outros municípios, estados ou países. Essa prática é conhecida como “*anywhere office*”, cuja tradução livre significa “escritório em qualquer lugar”, e indica o trabalho que pode ser realizado em qualquer lugar do mundo. [...].

Em que pese referida positividade, referida lei se mostrou superficial frente às peculiaridades do trabalho remoto, a Lei nº 13.467/2017, chamada de “Reforma Trabalhista”, acrescentou à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT novos dispositivos com o fim de estabelecer regulamentação apropriada à nova dinâmica laboral.

Importa ressaltar que a Pandemia do Covid-19, de forma imediata, intensificou o acesso às tecnologias de comunicação e informação a qual se apresentou como recurso imprescindível no combate e minoração dos prejuízos advindos da crise econômica que acenava. É neste contexto que o teletrabalho permitiu o prosseguimento das atividades laborais ante a vigência de quarentena³ como medida para enfrentamento da emergência de

² Nos termos do artigo 75-B, §4º, da CLT, o teletrabalho não se confunde com o trabalho de teleatendimento ou *telemarketing*.

³ Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...] II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres,

saúde pública decorrente do coronavírus.

Diante da crescente inovação tecnológica, novos métodos de trabalho foram implementados e transformaram as relações dos seres humanos com o labor. Desta maneira, a mais recente inovação é o teletrabalho, o qual foi difundido amplamente no Brasil em decorrência da pandemia da Covid 19. Nesse contexto, as empresas precisaram se reestruturar para conter os avanços do coronavírus, adotar medidas de distanciamento, bem como evitar maiores prejuízos econômicos. Dessa forma, o sistema de trabalho remoto se mostrou bem-sucedido, visto que algumas empresas decidiram adotá-lo definitivamente. A possibilidade de trabalhar de casa, ou de qualquer lugar do planeta - anywhere office - traz vantagens para empregador e empregado [...] (Fernandes, 2022, p. 2013).

À vista disso, os dispositivos legais constantes da lei trabalhista permaneciam insuficiente haja vista que não correspondiam às singulares situações empregatícias que emanavam. Assim sendo, a fim de oferecer maior clareza conceitual e segurança jurídica às relações de teletrabalho foram editadas as Medidas Provisórias nº 1.046/21 (vigência encerrada) e nº 1.108/22, essa última convertida posteriormente na Lei nº. 14.442/22. Consta da exposição de motivos:

[...] 3. O teletrabalho foi adotado maciçamente durante a emergência de saúde pública causada pela Covid-19, como forma de manter o isolamento social dos trabalhadores. A ampla adoção dessa forma de trabalho, contudo, evidenciou a necessidade de se aprimorar a estrutura normativa do teletrabalho em alguns pontos. [...] 11. Espera-se que as medidas apresentadas contribuam para maior segurança jurídica ao contrato de teletrabalho, com dispositivos complementares às alterações promovidas pela Lei nº 13.467, de 2017. [...] 23. Justifica-se a veiculação da norma por meio de Medida Provisória, Sr. Presidente, pela relevância do tema, ligado à empregabilidade e nutrição do trabalhador e pela urgência em se providenciar meios para recuperação do mercado de trabalho. Assim, entraves desnecessários à empregabilidade devem ser eliminados com a presteza necessária.

Referida legislação vem ao encontro das novas perspectivas de relações trabalhistas em advento, demonstrando que o teletrabalho é o “novo normal”: “[...] *essa modalidade de trabalho tem se expandido e o mercado de trabalho se adere cada dia mais a ela, que já é tendência e continuará se expandindo gradualmente para o futuro nas relações de trabalho e emprego.*” (Alves e Rezende, 2021, p. 279).

De acordo com pesquisa datada de outubro de 2023, elaborada pelo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, principal provedor de dados e informações socioeconômicas da população brasileira, 7,4 milhões de pessoas exerciam teletrabalho em 2022, ainda que parcialmente em local alternativo, e utilizavam equipamentos de tecnologia

animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus. [...] (Lei nº 13.979/20)

da informação e comunicação (TIC) em suas atividades. Em vista disso, a significativa revolução tecnológica despontada no século XXI, tem sido nomeada como a “Quarta Revolução Industrial”, conforme afirma Brasileiro (2022, p. 23):

A chamada Quarta Revolução Industrial, inserida no cenário de sociedade globalizada, é pautada por uma revolução tecnológica de caráter disruptivo, responsável pelo rápido crescimento da tecnologia que tem impactado todos os setores da sociedade desde a economia, educação, saúde, lazer, relações interpessoais e de trabalho, tornando a tecnologia presente a todo o momento e em todo o mundo.

Mencionado cenário trouxe benefícios para ambas as partes contratuais da relação de emprego. De um lado vê-se o trabalhador que não mais necessita enfrentar o deslocamento até o local de trabalho, podendo, ainda, adaptar sua jornada aos afazeres de cunho particular, como família e lazer. Lado outro, tem-se o empregador que usufrui de redução de custos frente à possibilidade de diminuir as sedes da empresa, bem como não necessitando arcar com dispêndios do auxílio-transporte. Em suma, as inúmeras ferramentas tecnológicas à disposição tendem a propiciar melhoria na qualidade de vida dos trabalhadores ao passo reduzem os custos do empregador. Veja-se:

Esse tipo de flexibilidade espacial pode possibilitar ao trabalhador um ganho potencial na qualidade de vida, pois pode trabalhar em diferentes locais, mais confortáveis que a sede da empresa e, ainda, pelo fato de não precisar se deslocar à sede da empresa, pode ficar afastado do estresse do trânsito, sem se preocupar com o transporte ao trabalho. Além disso, o tempo antes desperdiçado no trajeto de casa ao trabalho, pode ser utilizado para outras atividades, como lazer e descanso. Por sua vez, as empresas podem contar com trabalhadores mais satisfeitos e, supostamente, menos estressados, condição esta que pode trazer mais eficiência e melhor resultado ao trabalho. Junto desse aspecto, com a possibilidade do trabalho à distância, empresas que antes não podiam ter trabalhadores que estivessem fisicamente distantes, passam a poder contar com trabalhadores conectados em qualquer lugar, o que amplia a disponibilidade de acesso aos trabalhadores, com qualificação específica (Brasileiro, 2022, p. 61).

Posto isso, depreende-se que a tecnologia que, a princípio, aparenta avanço ante sua flexibilização a novas formas de relacionamento e trabalho, também ocasiona desafios que necessitam de atenção normativa com fins de se pensar no trabalho digno como direito fundamental.

3. A Jurisprudência como Fonte de Equilíbrio Contratual no Direito do Trabalho

Em primeiro lugar, o Direito do Trabalho, alinhando-se ao Princípio da Proteção, visa corrigir as desigualdades levando em consideração tratar-se, o empregado, da parte mais

fraca da relação jurídica. Sendo assim, seu objetivo principal é reequilibrar a relação jurídica (capital/trabalho) mediante mecanismos de proteção à condição hipossuficiente do empregado. Ainda, é possível extrair subprincípios, quais sejam, Princípio da Norma Mais Favorável, Princípio da Condição Mais Benéfica e Princípio *In Dubio Pro Operário* (Resende, 2020 p. 25).

Partindo dessa premissa, o autor sugere a invocação de princípios presentes em outros segmentos do Direito, tais como o da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade à intimidade e o da proibição ao enriquecimento sem causa:

O Direito do Trabalho, como ramo jurídico especial, porém não singular ou anômalo, integra-se ao universo jurídico geral, guardando, é claro, suas especificidades, mas também se submetendo a vínculos com o núcleo jurídico principal. Parte significativa desses vínculos é formada pelos princípios gerais de Direito que atuam no ramo justabalhista, além dos princípios especiais de outros segmentos jurídicos que também cumprem papel de relevo no Direito do Trabalho. Na verdade, pode-se dizer que os princípios gerais do Direito (que, hoje, em grande medida, são princípios constitucionais), que se aplicam ao ramo justabalhista especializado, demarcam os laços essenciais que este ramo, não obstante suas particularizações, tem de manter com o restante do Direito (Delgado 2019, p. 89).

Em segundo plano, o risco da atividade econômica é assim definido por Mauricio Godinho Delgado (2019, p. 239-240): “*É que este ramo jurídico especializado coloca sob ônus do empregador os riscos do empreendimento (art. 2º, caput, CLT), independentemente do insucesso que possa se abater sobre este.*”. Insta salientar, no entanto, que o panorama atual concernente ao ressarcimento e manutenção dos custos referentes ao risco da atividade econômica (materiais de escritório, energia elétrica, plano de *internet*, computadores, celulares, mobiliário, dentro outros), demonstra que tem sido, arbitrariamente, transferidos ao empregado que exerce atividade *home office*, vulnerabilizando-o, acarretando na precarização do trabalho que, de acordo com Brasileiro (2022, p. 67), é assim definido: “[...] *pode-se afirmar que este fenômeno está associado a um processo de desvalorização do trabalho e do trabalhador, sobrevalorizando o produto do trabalho – o capital, e não a forma e condições pelas quais se chega ao resultado – o trabalho.*”.

À vista disso, é possível observar transgressão ao Princípio da Alteridade, estampado no artigo 2º, da CLT, o qual dispõe que “*Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.*”, desencadeando em precarização do trabalho do indivíduo que exerce jornada em *home office*. Ricardo Resende (2020, p. 86), explica:

Etimologicamente, alteridade significa “natureza ou condição do que é outro, do que é distinto”²⁰. No âmbito do Direito do Trabalho, e mais especificamente da relação de emprego, o requisito da **alteridade**

significa que o empregado trabalha por conta alheia, o que implica que ele não corre o risco do negócio. Este requisito (que alguns denominam princípio da alteridade) é extraído do art. 2º da CLT, segundo o qual **empregador** é “a empresa, individual ou coletiva, que, **assumindo os riscos da atividade econômica...**” (grifos nossos). [...] A alteridade é fundamental na caracterização da relação de emprego. Se não houver alteridade, haverá autonomia, e, logo, mera relação de trabalho.

Destaca, Resende (2020, p. 428):

A redação do dispositivo dá a entender que o custeio dos equipamentos (computadores, smartphones etc.) e da estrutura necessária (conexão à internet, energia elétrica etc.) poderia ser livremente negociada entre as partes. Ocorre que, sendo incontroverso que o teletrabalhador é empregado, cabe ao empregador fornecer-lhe os meios para a consecução do trabalho. Daí surge outra corrente interpretativa no sentido da qual o ajuste seria apenas a respeito de quem vai comprar os equipamentos, por exemplo. Se for o empregador, ele compra e os fornece ao teletrabalhador. Se for o empregado, ele compra, paga e depois é ressarcido pelo empregador. O fornecimento de tais utilidades ou o respectivo ressarcimento não tem natureza salarial, conforme o parágrafo único, mas isso não é novo, pois já constava do antigo art. 458, §2º, I, da CLT. Com efeito, trata-se de utilidade fornecida para o trabalho, e não como contraprestação pelo trabalho, donde se exclui qualquer possibilidade de reconhecimento de natureza salarial. Parece-me que a segunda corrente interpretativa é a mais razoável e consentânea com os princípios do direito do trabalho, mas somente o tempo dirá que interpretação prevalecerá.

O cenário de insegurança jurídica, face à ausência de normativa segura e específica no que concerne as garantias do trabalhador que exerce atividades laborais em *home office*, evidencia o importante papel da jurisprudência como fonte indireta do Direito, no tocante à aplicação da lei ao caso concreto. De acordo com Delgado (2019, p. 202-203): “*No âmbito justralbista, a presença de uma jurisprudência principiológica sempre foi marca distintiva da Justiça do Trabalho, antecipando as repercussões, no Brasil, do Constitucionalismo Humanístico e Social, desde muito antes de 1988. [...]?*”.

Para mais, a jurisprudência, complementando a interpretação normativa, garante segurança jurídica e efetivo cumprimento da lei. Resende (2020, p. 11) assim dispõe: “[...] o art. 8º da CLT arrola a jurisprudência como fonte normativa supletiva, o que acaba por reforçar a tese mais moderna, no sentido de que a jurisprudência constitui fonte jurídica e, como tal, deve ser classificada como fonte do Direito do Trabalho.”. Neste aspecto, aponta Ricardo Maurício Freire Soares (2019, p. 83):

No âmbito do atual sistema jurídico brasileiro, não há como negar que a jurisprudência desponta como genuína fonte jurídica, suplen-tando e aperfeiçoando a própria legislação, o que se constata mediante a aplicação frequente, nos mais diversos ramos jurídicos, de instrumentos chamados súmulas.

Ainda, sob a mesma perspectiva, aduz Fernandes (2022, p. 216):

Logo, por meio da análise jurisprudencial, é possível entender como a legislação acerca do teletrabalho é aplicada, tendo em vista que este é um tema recente, o qual se difundiu com maior frequência nos últimos anos, principalmente em decorrência da pandemia da Covid-19. Assim, torna-se necessário o estudo das decisões dos tribunais, principalmente num contexto de normas jurídicas insuficientes para suprir as demandas que movimentam o Judiciário, devido à diversidade das manifestações do trabalho remoto, como também à complexidade das relações humanas.

O Recurso Ordinário de nº. 0010193-67.2022.5.03.0140 (RORSum), o qual tramitou perante o Tribunal Regional do Trabalho da 03ª Região – TRT3⁴, da Justiça do Trabalho do Poder Judiciário Brasileiro⁵, foi conhecido e parcialmente provido, quanto a pedido de indenização pelas despesas com *internet*, no importe médio de R\$70,00 (setenta reais), formulado pela empregada que passou a laborar em *home office*, em decorrência da pandemia do coronavírus. Em defesa, a empregadora alegou que a reclamante, respondendo a questionário, afirmou possui condições de trabalhar remotamente. Veja-se:

Na peça de ingresso, afirmou a autora que, em decorrência da pandemia do Coronavírus, a partir de abril de 2020, até o fim do contrato de trabalho, passou a trabalhar em regime de *home office*. Alega que, a fim de fazer frente ao volume de trabalho executado remotamente, contratou plano de fornecimento de internet compatível com tal volume, o que lhe gerou despesa média mensal de R\$ 70,00, desde abril de 2020, até fevereiro de 2021, quando teve seu contrato rescindido. Em sua defesa, a ré não nega as assertivas da autora, quanto ao labor em sistema de *home office* a partir de 2020, apenas afirmando que jamais prometeu auxílio com internet, energia, ou equipamentos para a autora e que os empregados responderam questionário no sistema ou no ato da contratação, onde informaram se tinham condições de laborar remotamente, bem como se possuíam os equipamentos necessários. Aduz que os empregados que respondiam sim a estas perguntas, eram selecionados para laborar na modalidade via remota, o que foi o caso da reclamante. (*Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região. Recurso Ordinário 0010193-67.2022.5.03.0140. Relator César Pereira da Silva Machado Júnior. DJ: 13/07/2022. DP: 15/07/2022*).

In casu, levando em consideração O Princípio da Alteridade, entendeu-se que, muito embora a contratação de plano de *internet*, compatível com a execução do labor, não fora assumida contratualmente e formalmente pela empresa, conforme dispõe o artigo 75-D, da CLT, a empregadora fora beneficiada haja vista a imprescindibilidade de tal tecnologia para o desempenho das atividades laborativa:

⁴ O Tribunal Regional do Trabalho da 03ª Região - TRT 03R possui jurisdição junto ao Estado de Minas Gerais-MG, Brasil.

⁵ Relator: Desembargador César Pereira da Silva Machado Júnior.

O empregador deve arcar com os riscos do empreendimento, os quais não podem ser transferidos aos empregados (art. 2º da CLT), devendo a ré deve arcar com o valor do plano de internet contratado pela autora nos meses em que houve prestação de serviço em *home office* em seu benefício, ou seja, desde abril de 2020 até a dispensa. [...] Devida, pois, a indenização pelas despesas com internet, no importe médio de R\$50,00 mensais, no período de 01/04/2020 até o encerramento do contrato. (*Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região. Recurso Ordinário 0010193-67.2022.5.03.0140. Relator César Pereira da Silva Machado Júnior. DJ: 13/07/2022*).

Posteriormente, em Decisão mais recente, proferida no processo de nº. 0010733-76.2021.5.03.0035 (ROT)⁶, o mesmo Tribunal deu conhecimento e parcial provimento a pleito de ressarcimento de dispêndios, suportados pela reclamante, com conta de telefone e plano de *internet* no período em que laborou em *home office*. Veja-se:

Ora, em atenção ao princípio da alteridade (artigo 2º da CLT), os encargos decorrentes do uso com telefone celular não podem ser suportados pelo empregado, porquanto os riscos do empreendimento cabem ao empregador. Quanto ao valor fixado, entretanto, sendo certo que o celular e *internet* também eram utilizados para fins particulares (não há qualquer indício na prova oral que o uso era exclusivo para o trabalho), entendo que, por razoabilidade, apenas a metade do valor despendido era destinado à sua utilização para o trabalho e não a integralidade do valor. Assim, fixo que a restituição das despesas com o uso do celular e *internet* deverá se limitar ao valor de R\$79,95 mensais (R\$24,95 para telefone e R\$55,00 para internet, a partir de março de 2020 até agosto de 2021, em meses alternados. Provimento parcial. (*Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região. Recurso Ordinário 0010733-76.2021.5.03.0035. Relatora: Desembargadora Adriana Goulart de Sena Orsini. DJ: 08/03/2023*).

De todo o exposto, infere-se que a Justiça do Trabalho, frente aos novos desafios, precisa apresentar estratégias protetivas mais definidas no que tange aos custos operacionais das atividades realizadas em *home office*, que compreendem para além das tecnologias necessárias à conectividade (plano de *internet*, aplicativos, *software* de segurança, telefone, etc.), como também às condições ergonômicas de trabalho (computadores, *notebooks*, celulares, e mobiliário em geral), haja vista a fragilidade da regulação celetista atual.

Conclusão

É notório que o teletrabalho se mostrou como importante ferramenta de solução, no cenário trabalhista, para manutenção dos contratos durante a crise econômica causada pela Pandemia da COVID-19, conquistando, posteriormente, espaço no mercado brasileiro.

⁶ Relatora: Desembargadora Adriana Goulart de Sena Orsini.

Entretanto, também é possível identificar que, na prática, os trabalhadores tiveram seu patrimônio atingido por obrigações atípicas à sua vivência doméstica, denotando-se segurança jurídica frágil e incerta.

Infere-se, neste sentido, que legislação vigente ainda é precária frente às transformações sociais e econômicas, advindas da chamada “Quarta Revolução Industrial”. Assim sendo, a jurisprudência possui importante papel garantidor dos princípios que regem a legislação celetista, a fim de conferir segurança jurídica às relações de trabalho a fim de mitigar a vulnerabilidade do empregado que exerce atividade *home office*.

Para além e por fim, não se deve perder de vista a interseção possível entre Direito e Arte, revelando-se como notável ferramenta de denúncias a violações de garantias legais, a exemplo de decisões proferidas pelo Ministro Carlos Ayres Britto e também pela Ministra Carmém Lúcia, os quais, articularam a literatura às realidades humanas e conflitos sociais em seus julgamentos. Destacando-se por ser um imenso campo, Direito e Arte é recurso interdisciplinar que pode oxigenar, desconstruir e remodelar a rigidez e inflexibilidade comumente presente no campo jurídico.

Referências Bibliográficas

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. NBR 10520:2023. Informação e documentação — Citações em documentos — Apresentação. Segunda edição. Rio de Janeiro, 2023.

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. NBR 6023:2018. Informação e documentação — Referências — Elaboração. Segunda edição. Rio de Janeiro, 2023.

ALVES, Amabili Aparecida; REZENDE, Camila Aparecida. O Trabalho *Home Office* e Suas Repercussões nas Relações de Emprego. Cad. Doutr. Jurisp. Escola Judicial, Campinas, v. 17, n. 5, set. /Out. 2021. Disponível em: https://trt15.jus.br/sites/portal/files/fields/colecoesdotribunal_v/caderno-de-doutrina-e-jurisprudencia/2021/caderno-set-out-2021.pdf Acesso em: 16 nov. 2023.

ANTUNES, Ricardo. O Privilégio da Servidão. O Novo Proletariado de Serviços na Era Digital. Editora Boitempo, São Paulo, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/43981810/O_Privil%C3%A9gio_da_Servid%C3%A3o_Ricardo_Antunes Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452/43. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 12.551/11. Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112551.htm Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 13.467/17. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº. 13.979/20. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. Medida Provisória nº 1.046/21. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). Vigência encerrada. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/mpv/mpv1046.htm Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. Medida Provisória nº 1.108/22. Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, 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 1943. Convertida na Lei nº 14.442, de 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/mpv/mpv1108.htm Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº. 14.442/22. 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14442.htm#art6 Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região. Recurso Ordinário 0010193-67.2022.5.03.0140. Relator César Pereira da Silva Machado Júnior. Belo Horizonte, 13 de julho de 2022. Disponível em: <https://pje.trt3.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=22062709330668700000085723514> Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região. Recurso Ordinário 0010733-76.2021.5.03.0035 (ROT). Relator Adriana Goulart de Sena Orsini. Belo Horizonte, 08 de março de 2023. Disponível em: <https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?cid=3> Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASILEIRO, Eduardo T. Quarta Revolução Industrial e Direito do Trabalho. Grupo Almedina (Portugal), 2022. E-book. ISBN 9786556276113. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556276113/>. Acesso em: 16 nov. 2023.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho: Obra Revista e Atualizada Conforme a Lei da Reforma Trabalhista e Inovações Normativas e Jurisprudenciais Posteriores. 18 ed., São Paulo, 2019. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=4939493&forceview=1> Acesso em: 16 nov. 2023.

FERNANDES, Maria Luiza Azevedo. Teletrabalho: Análise da Jurisprudência como fonte integradora do Direito. VirtuaJus, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 212-226, 1º sem. 2022. Disponível em: Acesso em: <https://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/28731/20014> Acesso em: 16 nov. 2023.

FILHO, Marcílio F.; LEITE, Geilson S.; Rodolfo Pamplona. Antimanual de direito & arte. Editora Saraiva, 2016. E-book. ISBN 9788502228337. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502228337/>. Acesso em: 16 nov. 2023.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa inédita do IBGE mostra que 7,4 milhões de pessoas exerciam teletrabalho em 2022. Uberlândia Cabral. Editoria Estatísticas Sociais. Atualizado em 25/10/2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38159-pesquisa-inedita-do-ibge-mostra-que-7-4-milhoes-de-pessoas-exerciam-teletrabalho-em-2022> Acesso em: 16 nov. 2023.

MENDONÇA, Roxane Sidney Resende de Mendonça. Tarsila do Amaral: seu Legado como Objeto de Memória e Consumo (1995-2015). Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História UFMG, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUBD-AQNCAA> Acesso em: 16 nov. 2023.

POÇAS, Luís. Manual de Investigação em Direito- Metodologia da preparação de teses e artigos jurídicos. Grupo Almedina (Portugal), 2020. E-book. ISBN 9789724085203. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724085203/>. Acesso em: 16 nov. 2023.

RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho. Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530989552. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989552/>. Acesso em: 16 nov. 2023.

SOARES, Ricardo Maurício F. Teoria Geral do Direito. Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553611201. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611201/>. Acesso em: 16 nov. 2023.

Direito à Educação e Smart Cities: a Governança Participativa para Realização dos Direitos Humanos e dos ODS da Agenda 2030

Camilo Stangherlim Ferraresi¹

João Virgílio Tagliavini²

Maria Cláudia Zaratini Maia³

Sumário: 1. Introdução; 2. As *Smart Cities* e o Direito à Cidade; 3. O Direito à Educação e o ODS 4: condição de possibilidade para a governança participativa; Considerações Finais.

Resumo: As cidades inteligentes são formas de ocupação organizadas racionalmente do solo urbano, essenciais para a implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 e, atualmente, é inconcebível uma agenda de desenvolvimento sem participação ativa que posicione as cidades e os governos regionais como protagonistas na implementação de programas e projetos voltados para o alcance dos objetivos de desenvolvimento. As cidades inteligentes do futuro serão novos modelos de ocupação do espaço urbano que deverão observar os elementos estruturantes, inclusão, sustentabilidade e resiliência, para (re) organizar-se a partir da governança participativa com a ampliação dos atores que participarão do processo de tomada de decisão, diante da sua maior influência nas agendas globais. Nesse contexto, se insere o Direito à Cidade, como fio condutor desse processo, com potência suficiente para emergir uma cidade do futuro que seja inteligente, inclusiva, sustentável e resiliente, com potencialidade para contemplar possibilidades de (re) construção de espaços urbanos orientados para uma sociedade mais justa, igualitária e participativa. O Direito à Cidade é concebido por Lefebvre como forma superior dos direitos: direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar. O direito à obra (à atividade participante) e o direito à apropriação (bem distinto do direito à propriedade) estão implicados no direito à cidade. Dessa forma, imprescindível a efetivação do Direito à Educação, a fim de educar para a participação nas políticas públicas, educar numa cultura de diálogo, com a valorização da liberdade e a igualdade dos cidadãos.

¹ Pós-doutorando em Direito na Universidade do Minho (Braga - Portugal), Doutor em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos - São Leopoldo - RS), Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (Bauru - SP). Especialista em Gestão e Formação de Educadores em Turismo pela Universidade do Sagrado Coração (Bauru - SP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru - SP (TIE). Professor e Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru (FIB). Investigador Integrado Doutorado, no âmbito das atividades do E-Tec, JusGov e Investigador do Projeto Smart Cities and Law, E. Governance and Rights, JusGov - Escola de Direito da Universidade do Minho. E-mail: camilostangherlimferraresi@gmail.com

² Pós-Doutorado em Educação pela Faculdade de Educação da UNICAMP; Pós-Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito de Recife (UFPE), com estágio em Coimbra, PT; Pós-Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da UFBA, com estágio em Lisboa, Doutor em Educação pela UFSCar (1999) e Mestre em Sociologia pela Universidade Estadual de Campinas (1990). Professor Associado no Departamento de Educação da UFSCar, e é credenciado no Programa de Pós-Graduação em Educação, na linha de História, Filosofia e Sociologia da Educação. Foi membro da Comissão Nacional da OAB para implantação do Eixo de Fundamentos no Exame de Ordem; foi membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/SP (2010-2012); foi membro da Comissão OAB vai à Faculdade/ OABSP (2013-2015). Desde 2003 coordena o grupo de pesquisa Educação e Direito na Sociedade Brasileira Contemporânea. E-mail: joaofederal@gmail.com

³ Doutora em Educação pela UFSCar, Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino - Bauru. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais -PUC/MG. Advogada, Professora das Faculdades Integradas de Bauru - FIB, com experiência na área de Direito e Processo do Trabalho, Direitos Humanos Fundamentais e Direito à Educação. Integrante do Grupo de Pesquisa Educação e Direito na Sociedade Brasileira Contemporânea na UFSCar e integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas sobre Educação no Campo - Gepec - UFSCar. E-mail: maiamariaclaudia@gmail.com

Desenvolver processos educativos que promovam a conscientização e a opção pessoal de atuar coletivamente, como agentes transformadores da própria realidade social, significa dizer que todos devem ter acesso à formação que habilite para o desenvolvimento da capacidade crítica de interpretar o mundo e desenvolver, por meio da reflexão, do diálogo e da ação a construção de saberes e experiências para o bem comum e a vida em sociedade. Nesse contexto, o problema que se pretende responder é em que medida a governança participativa e a formação de cidadãos críticos podem contribuir para (re) organização de espaços urbanos inteligentes aptos a realização dos Direitos Humanos e dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030?

Palavras-chave: Direito à Cidade (Inteligente); *Smart Cities*; Direito à Educação; Governança Participativa.

Abstract: Smart cities are forms of rationally organized occupation of urban land, essential for the implementation of the Sustainable Development Goals (SDGs) of the 2030 Agenda and, currently, a development agenda without active participation that positions cities and regional governments as protagonists in the implementation of programs and projects aimed at achieving development objectives. The smart cities of the future will be new models for occupying urban space that must observe the structuring elements, inclusion, sustainability and resilience, to (re)organize themselves based on participatory governance with the expansion of actors who will participate in the decision-making process. decision, given its greater influence on global agendas. In this context, the Right to the City is inserted, as a guiding thread in this process, with sufficient power to emerge a city of the future that is intelligent, inclusive, sustainable and resilient, with the potential to contemplate possibilities of (re)construction of urban spaces oriented towards a more fair, egalitarian and participatory society. The Right to the City is conceived by Lefebvre as a superior form of rights: the right to freedom, to individualization in socialization, to habitat and to inhabit. The right to work (to participating activity) and the right to appropriation (very distinct from the right to property) are implicated in the right to the city. Therefore, it is essential to implement the Right to Education, in order to educate for participation in public policies, to educate in a culture of dialogue, with the appreciation of freedom and equality of citizens. Developing educational processes that promote awareness and the personal option to act collectively, as transforming agents of their own social reality, means that everyone must have access to training that enables them to develop the critical capacity to interpret the world and develop, through reflection, dialogue and action the construction of knowledge and experiences for the common good and life in society. In this context, the problem we intend to answer is to what extent can participatory governance and the training of critical citizens contribute to the (re)organization of smart urban spaces capable of realizing Human Rights and the Sustainable Development Goals of the 2030 Agenda?

Keywords: Right to the (Smart) City; *Smart Cities*; Right to education; Participatory Governance.

1. Introdução

A urbanização global e a ascensão das *smart cities* transformaram radicalmente a paisagem urbana contemporânea, destacando a necessidade de uma abordagem holística para garantir que os cidadãos não apenas tenham direito ao habitat, mas também exerçam plenamente o direito ao habitar.

As complexidades da vida contemporânea com a tecnologia a desempenhar um papel central (re) colocam as cidades centros importantes de tomada de decisões e a educação surge como uma ferramenta poderosa para capacitar e empoderar os cidadãos.

As cidades inteligentes como formas de ocupação organizadas racionalmente do solo urbano são essenciais para a implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030, sendo inconcebível uma agenda de desenvolvimento sem participação ativa que posicione as cidades e os governos regionais como protagonistas na implementação de programas e projetos voltados para o alcance dos objetivos de desenvolvimento.

Nesse contexto, a pesquisa busca investigar como a educação pode desempenhar um papel vital na capacitação dos indivíduos para participarem ativamente das *smart cities*, indo além do direito ao habitat para garantir o exercício pleno do direito ao habitar; e, como a concepção de Henri Lefebvre sobre o Direito à Cidade se coloca como fio condutor horizonte para (re) pensar o relacionamento entre os indivíduos e o ambiente urbano.

Assim, o problema que se pretende responder é em que medida a governança participativa e a formação de cidadãos críticos podem contribuir para (re) organização de espaços urbanos inteligentes aptos a realização dos Direitos Humanos e dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030? Os objetivos do trabalho são: i) identificar os elementos estruturantes para (re) organização do espaço urbano a partir do Diálogo do Direito à Cidade e o ODS 11; ii) discutir a importância da concretização do Direito à Educação e do ODS 4, para materialização do conteúdo democrático do Direito à Cidade no cenário das *Smart Cities*.

2. As *Smart Cities* e o Direito à Cidade

O Direito à Cidade foi inicialmente concebido por Lefebvre como o direito ao encontro, à criação e à participação no processo de construção do espaço urbano. (LEFEBVRE, 2016). O Direito à Cidade, conforme proposto por Henri Lefebvre, é uma abordagem abrangente que vai além do acesso físico ao espaço urbano. Lefebvre concebe o Direito à Cidade como um direito coletivo que inclui a liberdade de participar ativamente na construção e (re) construção da cidade.

Para Lefebvre, a cidade não é apenas um espaço físico, mas um espaço social, político e cultural. O Direito à Cidade, em sua visão, incorpora o direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar. Ele destaca a importância da participação ativa dos

cidadãos na (re) construção das cidades e na formulação das políticas urbanas. (LEFEBVRE, 2016).

Harvey (2014), ao analisar o Direito à Cidade em Henry Lefebvre, explica que o seu surgimento foi uma queixa e uma exigência, ou seja, “a queixa era uma resposta à dor existencial de uma crise devastadora da vida cotidiana na sociedade”. (HARVEY, 2014, p. 11). O direito à cidade enquanto queixa e exigência é um conceito vivo e a emergência das mudanças climáticas, bem como o acelerado desenvolvimento tecnológico contemporâneo, exigem do Direito movimentos de ressignificação constante e resiliência para encontrar respostas jurídicas adequadas aos desafios contemporâneos.

Nesse sentido, o Direito à Cidade se projeta como condição de possibilidade para (re) organização dos espaços urbanos (sustentáveis) de modo a permitir que todos e todas, presentes e futuros, possam “habitar, utilizar, ocupar, producir, transformar, governar y disfrutar ciudades, pueblos y asentamientos urbanos justos, inclusivos, seguros, sostenibles y democráticos, definidos como bienes comunes para el disfrute de una vida digna y en paz”. (PLATAFORMA GLOBAL POR EL DERECHO A LA CIUDAD (PGDC), 2020).

No contexto de resiliência e ressignificação do Direito à Cidade, o primeiro movimento do processo de juridicização foi o reconhecimento jurídico como Direito Humano Coletivo; em seguida, a ressignificação para Direito à Cidade Sustentáveis; e atualmente, em um terceiro movimento, no contexto da sociedade hipercomplexa e da 4.^a revolução industrial, a ressignificação orientada pelos Direitos Humanos e com o diálogo com o ODS 11 da Agenda 2030, o Direito à Cidade Inteligente. (FERRARESI, 2021).

A resiliência do Direito à Cidade é seu potencial simbólico reflexivo para a sua ressignificação a partir das *Smart Cities*. Nesse cenário, a resiliência é “uma expressão que possui em sua semântica um ponto de conversão de aspectos, geralmente, compatíveis com a noção de complexidade. Isso já demonstra um potencial simbólico desse termo e sua importância reflexiva na sociedade contemporânea”. (ROCHA; FLORES, 2016, p. 76).

As *Smart Cities* ou cidades inteligentes são modelos de ocupação do solo urbano para (re) organização das cidades do futuro a partir do contexto altamente complexo da sociedade contemporânea. Esses novos arranjos urbanos são possibilidades e o cenário ideal de experimentação da potência dos Direitos Humanos como horizonte de sentido para (re)organização de espaços possíveis de implementação de participação popular (cidadania ampliada) na construção de decisões de interesses globais para o enfrentamento das questões da complexidade pós-moderna, que envolvem desde novas tecnologias, que (ainda) não se

saiba os riscos para o ser humano e para o meio ambiente, até desastres ambientais (em sentido amplo), decorrentes das mudanças climáticas em razão da ação do homem.

A (re) organização das cidades a partir das experiências das *Smart Cities* perpassa necessariamente pela Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas que estabeleceu os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), sendo que o objetivo 11 trata especificamente das cidades e possui 10 metas. (ONU, 2015). As Nações Unidas consideram essencial o desenvolvimento de cidades inteligentes e

[...] la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible concede una gran importancia a la urbanización sostenible. Su Objetivo 11 ambiciona conseguir una ciudad y asentamientos humanos inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles. E incluso dentro de ese objetivo se establece un 'acceso a sistemas de transportes seguros, asequibles, accesibles y sostenibles'. (ESPAÑA PÉREZ, 2019, p. 15-16).

Para as Nações Unidas, as cidades inteligentes transcendem o modelo de cidade atual e se colocam como condição de possibilidade para concretização das metas estabelecidas pela Agenda 2030, ou seja:

[...] las infraestructuras inteligentes otorgan a esas ciudades la posibilidad de dar un salto tecnológico de gran magnitud, ya que esas instalaciones constituyen los cimientos de todos los temas principales relacionados con la ciudad inteligente, siendo los principales componentes de la infraestructura de este tipo de ciudad los edificios, la movilidad, el bienestar, la gestión del agua y de los residuos y, por supuesto, la inteligencia energética, según el organismo internacional. (ESPAÑA PÉREZ, 2019, p. 15-16).

O Direito à Cidade, os Direitos Humanos e Objetivo 11 (ODS) da Agenda 2030 da ONU são indispensáveis para a (re) construção de espaços urbanos inteligentes para atender às necessidades sociais e mediar esses reclamos com os interesses econômicos que envolvem os movimentos de urbanização e transformação das cidades. As metas previstas no objetivo 11 estão relacionadas diretamente com a (re) adequação das cidades de modo a (re) construir espaços de ocupação urbanos inclusivos, sustentáveis e resilientes que impactarão na (in) efetividade dos direitos humanos.

As cidades inteligentes do futuro serão novos modelos de ocupação do espaço urbano que deverão observar os elementos estruturantes orientados pelo ODS 11 da Agenda 2030, ou sejam, inclusão, sustentabilidade, segurança e resiliência, para (re) organizar-se a partir da governança participativa com a ampliação dos atores que participarão do processo de tomada de decisão.

A inovação tecnológica e o auxílio das novas tecnologias de dados e de comunicação se inserem como possibilidade de inclusão das pessoas nos processos de tomadas de decisão para projetar e planejar a urbanização com base nos princípios da justiça social, da equidade, dos Direitos Humanos, a partir dos anseios individuais e coletivos dos habitantes das cidades. Nesse cenário de (re) significação para adequação dos espaços urbanos de modo a atender a existência digna e segura dos seres humanos, bem como, do papel do direito como horizonte de possibilidades para modelos urbanísticos digitais, sustentáveis, inclusivos, seguros e resilientes, as *Smart Cities* se colocam como modelo adequado para a transformação das cidades.

O enfraquecimento do Estado e a fragmentação das esferas de poder (re) colocam as cidades no centro do exercício do poder popular e como condição de possibilidade para exercício direto da democracia. Nesse contexto, se insere o Direito à Cidade (Inteligente), como fio condutor desse processo, com potência suficiente para emergir uma cidade do futuro que seja inteligente, inclusiva, sustentável e resiliente, com potencialidade para contemplar possibilidades de (re) construção de espaços urbanos orientados para uma sociedade mais justa, igualitária e participativa.

O Direito à Cidade Inteligente é um direito construído a partir dos reclamos dos movimentos sociais e da sociedade civil organizada. É um direito que nasce das reivindicações, das lutas sociais, por uma cidade mais justa, com participação popular no planejamento urbano e igualdade social. É um novo paradigma para (re) pensar a cidade, é um novo olhar para a paisagem urbana e buscar soluções inteligentes, inclusivas, sustentáveis e democráticas, para os (des) arranjos sociais do espaço urbano, possibilitando a participação de todos os atores e atrizes envolvidos nesse retrato urbano com ampliação da cidadania e da governança participativa.

Aqui se insere o direito à obra, componente essencial do Direito à Cidade de Lefebvre, que está vinculado a participação popular no processo de (re) construção das cidades, ou seja, o sujeito como ator ativo e participante na formulação das políticas públicas e planejamento urbano. A materialização do direito à obra por meio da ampliação da cidadania com a governança participativa a partir do conteúdo democrático do Direito à Cidade, implica necessariamente na educação dos indivíduos que na cidade (con) vivem.

Dessa forma, imprescindível a efetivação do Direito à Educação, a fim de educar para a participação nas políticas públicas, educar numa cultura de diálogo, com a valorização da liberdade e a igualdade dos cidadãos. Desenvolver processos educativos que promovam a conscientização e a opção pessoal de atuar coletivamente, como agentes transformadores da

própria realidade social, significa dizer que todos devem ter acesso à formação que habilite para o desenvolvimento da capacidade crítica de interpretar o mundo e desenvolver, por meio da reflexão, do diálogo e da ação a construção de saberes e experiências para o bem comum e a vida em sociedade.

Nessa perspectiva, a cidade inteligente dos pós modernidade (re) adquire a relevância da cidade antiga, se colocando como condição de possibilidade para ressignificação da existência humana e potencialidade de vida digna, a partir da ampliação da cidadania por meio da governança participativa. Nesse olhar para o futuro em diálogo com os antigos, as cidades inteligentes, inspiradas na cidade política grega da antiguidade podem se tornar espaços de convivência democráticos ideais para a ampliação da cidadania e concretização de um modelo de governança participativa, fundamental, inclusive, para a construção e eficácia dos Direitos Humanos e dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2023.

3. O Direito à Educação e o ODS 4: Condição de Possibilidade para a Governança Participativa

A educação se configura como o principal elemento de inclusão social, de desenvolvimento humano e de formação de cidadãos conscientes e capazes de participar ativamente das decisões políticas e sociais. Por outro lado, na sociedade tecnológica do Século XXI, com a formação das *smart cities* a negação de educação para acesso ao conhecimento e às novas tecnologias, é um fator de maior exclusão social e negação de direitos. Daí a imprescindibilidade de superação das desigualdades educacionais e da garantia de acesso, com igualdade de condições, a todos os seres humanos ao conhecimento historicamente sistematizado e desenvolvido pela humanidade para a para materialização do conteúdo democrático do Direito à Cidade no cenário das *Smart Cities*.

Ressalte-se que o acesso igualitário ao direito à educação é essencial para o exercício e acesso aos demais direitos, como aponta Dermeval Saviani, ao afirmar que a educação: “para além de se constituir um determinado tipo de direito, o direito social, configura-se como condição necessária, ainda que não suficiente, para o exercício de todos os direitos, sejam eles civis, sociais, econômicos ou de qualquer outra natureza” (SAVIANI, 2013, p. 745). Em uma sociedade da informação e que está regulamentada pelo direito positivo, ou seja, escrito, o exercício de todos os direitos supõe o acesso à escrita, ao conhecimento, e o “conhecimento implica a capacidade de compreender as conexões entre os fenômenos, captar o significado das coisas, do mundo em que vivemos” (SAVIANI, 2013, p. 746).

O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável número 4, ou ODS 4, prevê a obrigação de “Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade e promover oportunidades de aprendizagem ao longa da vida para todas e todos” (ONU BR, 2021), abrangendo metas a serem observadas em todas as etapas da educação.

As metas abrangem todos os níveis da educação, incluindo desde educação básica (etapas da educação infantil, fundamental e média) até a educação superior, assim como educação profissional, especial, qualificação dos professores e estrutura física das escolas, reconhecendo que a educação deve ser elemento de inclusão social para assegurar igualdade a todos os seres humanos.

A meta número 5 do ODS 4, prevê a necessidade de “[...] garantir a igualdade de acesso a todos os níveis de educação e formação profissional para os mais vulneráveis, incluindo as pessoas com deficiência, povos indígenas e as crianças em situação de vulnerabilidade” (ONU BR, 2021).

O IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada elaborou proposta de adequação das metas da Agenda 2030 à realidade brasileira e em cumprimento à atribuição recebida da Comissão Nacional dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (CNOODS) a meta 4.5 ficou com a seguinte redação.

Meta 4.5 (Brasil) – Até 2030, eliminar as desigualdades de gênero e raça na educação e garantir a equidade de acesso, permanência e êxito em todos os níveis, etapas e modalidades de ensino para os grupos em situação de vulnerabilidade, sobretudo as pessoas com deficiência, populações do campo, populações itinerantes, comunidades indígenas e tradicionais, adolescentes e jovens em cumprimento de medidas socioeducativas e população em situação de rua ou em privação de liberdade (IPEA, 2019).

Assim, para o Brasil, a meta é a eliminação das desigualdades de gênero e raça e equidade de acesso, permanência e êxito em todos os níveis, etapas e modalidades de ensino e quanto aos grupos em situação de vulnerabilidade foram consideradas: “as pessoas com deficiência, populações do campo, populações itinerantes, comunidades indígenas e tradicionais, adolescentes e jovens em cumprimento de medidas socioeducativas e população em situação de rua ou em privação de liberdade” (IPEA, 2019).

No Brasil a Constituição Federal de 1988 já assegura a igualdade de condições de acesso e permanência na escola no artigo 206, I: “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para acesso e permanência na escola” (BRASIL, 1988). E, a implementação da meta 5 contribuirá para a concretização do direito à educação.

A garantia de igualdade, para usar a expressão constitucional, de condições de acesso à escola busca garantir que independente das características dos educandos, sejam elas decorrentes da desigualdade social, em decorrência de gênero, raça, etnia ou ainda, ou por deficiência, eles possam ter possibilidade de frequentar e permanecer na escola da mesma forma que educandos que não possuem estas características. Portanto, a igualdade deve ser assegurada, criando-se condições para que os educandos não sejam excluídos de seu direito à educação, podendo acessar, permanecer e ter as mesmas oportunidades de êxito e de aprendizagem de novas tecnologias para possibilidade de utiliza e usufruir das novas tecnologias.

Marcos Augusto Maliska em comentário ao referido inciso I, do artigo 206, explica que:

Assim, o acesso e permanência na escola devem ser vistos na perspectiva das diferenças, e isso significa, por exemplo, que o acesso de pessoas com deficiência física aos prédios deve ser garantido mediante rampas de acesso, que o indígena tem direito de utilizar-se da sua língua materna e dos seus processos próprios de aprendizagem no ensino fundamental, que a identificação de elementos de discriminação que acabam por impedir o acesso e a permanência de grupos da sociedade na Universidade merecem tratamento diferenciado, enfim, que sem desprestigiar o tratamento isonômico, os elementos de caráter não pessoal que possuem fundamento constitucional, aqui o direito à diferença e ao pluralismo também devem ser levados em conta (MALISKA, 2013, p. 1966).

Historicamente, no Brasil, houve desigualdade na garantia de direito à educação, especialmente considerando as classes sociais desfavorecidas economicamente, fato que é demonstrado pela existência de analfabetismo, evasão escolar e não conclusão da educação básica, que atinge a camada mais pobre da população. Por exemplo, no ano de 2018, 11,8% dos jovens com menores rendimentos abandonaram a escola sem concluir a educação básica.

Conforme pesquisa realizada pela UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância) e CENPEC (Centro de Estudos e Pesquisas em Educação e Ações Comunitárias) em que utilizam dados do Pnad/IBGE de 2019 (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios):

[...] o Brasil, estima-se que quase 1,1 milhão de crianças e adolescentes em idade escolar obrigatória estavam fora da escola em 2019, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad). A maioria nas faixas etárias de 15 a 17 anos, idade na qual todos deveriam estar cursando o Ensino Médio, e de 4 e 5 anos, que corresponde à Pré-Escola, segundo grupo etário da Educação Infantil. (UNICEF, 2021, p. 11)

Se o Brasil universalizou o ensino fundamental nas últimas décadas, ainda persiste desigualdade de acesso e permanência nas etapas inicial e final da educação básica obrigatória, ou seja, da educação infantil e ensino médio, respectivamente com faixa etária de 4 e 5 anos e 15 a 17 anos.

Assim, são necessárias políticas públicas para também universalizar as etapas da educação infantil e média, já que a o menor índice de acesso está nos grupos mais vulneráveis. Sem o acesso igualitário à escola é impossível que se possibilite a governança participativa.

O Brasil lançou o programa "Escola Conectada" (MEC, 2023) para proporcionar acesso à internet em todas as escolas públicas. Além de melhorar o acesso à informação, o programa inclui módulos curriculares sobre cidadania digital e uso ético da tecnologia. Os estudantes devem ser capacitados a utilizar a tecnologia de maneira responsável, compreendendo os benefícios e desafios das *smart cities*. O Programa é recente e seria importante acompanhar a implantação e avaliar seus resultados.

Importante ainda destacar que ao lado da educação formal, é também fundamental o papel que pode e deve ser desempenhado pela educação informal, que é aquela que se refere ao aprendizado que ocorre fora dos ambientes escolares tradicionais, abrangendo experiências de aprendizado autodirigido, interações sociais, e aquisição de conhecimento através de práticas cotidianas. No contexto das *smart cities*, a educação informal desempenha um papel vital como complemento à educação formal, proporcionando oportunidades para a conscientização e capacitação contínuas dos cidadãos.

Como exemplos da educação informal é possível mencionar os grupos comunitários, organizações não governamentais e eventos locais podem desempenhar um papel significativo na promoção da conscientização sobre as *smart cities*. Workshops, palestras e iniciativas de mídia social podem envolver os cidadãos de maneira acessível e interativa. A conscientização comunitária contribui para a inclusão digital ao esclarecer os benefícios e desafios das tecnologias urbanas, capacitando os cidadãos a tomar decisões informadas em sua participação nas *smart cities*.

Plataformas online e aplicativos que facilitam a participação cidadã, como a proposta de ideias para melhorias urbanas, fornecem oportunidades para que os cidadãos expressem suas necessidades, preocupações e visões para as *smart cities*. Essas plataformas promovem a democracia participativa ao permitir que os cidadãos influenciem diretamente as decisões urbanas, ampliando a noção de cidadania para além dos espaços formais.

Projetos de *crowdsourcing*⁴ que envolvem os cidadãos na coleta de dados urbanos, como mapeamento de áreas verdes, qualidade do ar ou condições de tráfego, promovem uma participação ativa na construção de *smart cities*. Ao envolver os cidadãos na coleta de dados, as cidades podem obter informações valiosas, promovendo a transparência e a coleta de dados colaborativa para o benefício de toda a comunidade.

Um dos principais desafios da educação informal é garantir que suas fontes de sejam confiáveis e precisas para evitar a propagação de desinformação sobre as *smart cities*. É preciso muito cuidado, pois nem todos têm fácil acesso a iniciativas de educação informal, podendo criar disparidades no acesso à informação.

Deve existir colaboração entre instituições educacionais formais, organizações comunitárias e plataformas online pode criar uma abordagem sinérgica para a educação, abordando as lacunas entre a aprendizagem formal e informal. Uma curadoria cuidadosa de conteúdo educacional informal pode garantir a qualidade e a relevância das informações disponíveis para os cidadãos.

Desta forma, além da garantia de acesso igualitário à escola pública, gratuita e de qualidade socialmente referenciada, a educação informal também pode contribuir na conscientização e capacitação contínua dos cidadãos para usufruir dos direitos nas *smart cities*.

Considerações Finais

A educação para a era digital exige a inclusão de discussões sobre ética digital e cidadania online nas práticas educacionais para garantir que os estudantes compreendam as responsabilidades associadas ao uso das tecnologias nas *smart cities*. A ênfase na cidadania digital promove a formação de cidadãos críticos capazes de utilizar a tecnologia de maneira ética e responsável.

A questão ética envolve também a consideração dos desafios de acesso equitativo à tecnologia. Estratégias educacionais devem abordar essas disparidades, garantindo que todos os estudantes tenham oportunidades iguais de participar da educação para *smart cities*. As ações precisam reduzir a divisão digital promovendo uma educação mais inclusiva e capacitadora.

Outro ponto muito significativo a ser levado em consideração é a disparidade no acesso à tecnologia que pode ampliar as desigualdades educacionais. Estudantes sem acesso adequado a dispositivos ou conectividade podem enfrentar dificuldades no aprendizado online e na participação plena nas oportunidades oferecidas pelas *smart cities*. A promoção da

⁴ Construção Colaborativa

inclusão digital, garantindo acesso equitativo às tecnologias, é essencial para mitigar as desigualdades e garantir que todos os estudantes tenham oportunidades justas.

Em conclusão, a jornada pelas interseções entre educação, direito à cidade e *smart cities* revela um panorama complexo, repleto de promessas e desafios. Os benefícios são palpáveis: cidadãos empoderados, participação ativa, inovações educacionais e acesso universal à informação são apenas alguns dos frutos que as *smart cities* podem oferecer.

Desta forma, necessário o compromisso com a construção de cidades inteligentes que sejam verdadeiramente inclusivas, democráticas e respeitosas com os direitos fundamentais de cada cidadão, formando-o para a autonomia, numa luta contínua pela redução das desigualdades sociais. A *smart city* deve ser para todos, que tenham nela não apenas o habitat, mas possam habitá-la e viver com dignidade.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Ministério da Educação. Escola Conectada. 26 set. 2023. Disponível em <https://www.gov.br/mec/pt-br/escolas-conectadas> Acesso em 28 de dezembro de 2023.

ESPAÑA PÉREZ, José Alberto. Delimitación conceptual del término smart mobility y conceptos afines: presupuesto para la sostenibilidad ambiental. *Actualidad Jurídica Ambiental* n. 94, Sección “Artículos doctrinales”, [S. l.], 28 oct. 2019. Disponível em: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/articulo-doctrinal-delimitacion-conceptual-del-termino-smart-mobility-y-conceptos-afines-presupuesto-para-la-sostenibilidad-ambiental/>. Acesso: 13 dez. 2023.

FERRARESI, Camilo Stangherlim. A RESSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO À CIDADE A PARTIR DOS DIREITOS HUMANOS: As Smart Cities como um espaço para garantir a qualidade de vida das pessoas com deficiência. 1. ed. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2021.

FERREIRA, Antonio Rafael Marchezan. Direito à cidade e direito urbanístico: limites e relações recíprocas. In: LIBÓRIO, Daniela Campos (coord.). *Direito. Urbanístico: fontes do direito urbanístico e direito à cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 229-244.

HARVEY, David. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. Tradução Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. 4. Educação de Qualidade*. 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods4.html> Acesso em 30-12-2023.

LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. Tradução: Rubens Eduardo Frias. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2016.

MALISKA, Marcos Augusto. Comentários ao Capítulo III - Da Educação, Da Cultura e Do Desporto. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lênio L. (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *O que é a Agenda 2030?* Nova York, 2015. Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/>. Acesso em: 22 nov. 2023.

ONU-BR. Nações Unidas Brasil. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. 2021. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs> Acesso em 30-12-2023.

PLATAFORMA AGENDA 2030: acelerando as transformações para a Agenda 2030 no Brasil. [S. l.], 2015. Disponível em: [http://www.agenda2030.com.br/ods/11/Agenda 2030](http://www.agenda2030.com.br/ods/11/Agenda%2030). Acesso em: 22 nov. 2023.

PLATAFORMA GLOBAL POR EL DERECHO A LA CIUDAD (PGDC). Declaración en el día mundial por el derecho a la ciudad. [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.right2city.org/es/news/declaration-on-the-world-day-for-the-right-to-the-city/>. Acesso em: 22 nov. 2023.

ROCHA, Leonel Severo; FLORES, Luis Gustavo Gomes. Resiliência do direito. Curitiba: Prismas, 2016.

SAVIANI, Dermeval. Vicissitudes e Perspectivas do Direito à Educação no Brasil: abordagem histórica e situação atual. Educ. Soc. Campinas, v. 34, n. 124, p. 743-760, jul-set. 2013.

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância. Cenário da Exclusão Escolar no Brasil: um alerta sobre os impactos da pandemia de covid-19 na educação. Centro de Estudos e Pesquisas em Educação e Ações Comunitárias – CENPEC. São Paulo: CENPEC, abril de 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/media/14026/file/cenario-da-exclusao-escolar-no-brasil.pdf> Acesso em 10-01-2024.

Migrantes (e Apenas Migrantes): A Experiência Haitiana no Brasil

*Migrants (and Just Migrants): The Haitian Experience in
Brazil*

Carolina de Moraes Vieira Silva¹

Letícia de Almeida Maestri²

Sumário: 1. Introdução; 2. A imigração haitiana no Brasil; 3. Os deslocados ambientais na perspectiva do Direito Internacional e do Direito Interno; 4. Federalismo cooperativo brasileiro, acolhimento e integração dos haitianos; 5. Considerações finais.

Resumo: Este artigo aborda a migração haitiana para o Brasil, investigando os desafios legais e de integração após o terremoto de 2010 no Haiti, quando muitos haitianos migraram para o país, buscando refúgio e melhores condições de sobrevivência. O estudo possibilitou concluir que o Direito Internacional não garante direitos específicos para esses migrantes, que não se encaixam na categoria de refugiados. Ademais, no âmbito do federalismo cooperativo no Brasil, houve falta de coordenação na assistência aos imigrantes e debates sobre quem deveria arcar com os custos envolvidos. Evidenciou-se, ainda, a urgência de uma abordagem mais abrangente para garantir a plena integração dos haitianos na sociedade brasileira, uma vez que os esforços de acolhimento se encerraram na entrada do país, às vezes nem isso, não abordando questões como acesso à saúde, educação e trabalho. Este tratamento, que soa quase como caridade, reforça a ideia de que, por não serem nacionais, a economia de exigências em termos de igualdade de tratamento é justificada, contrariando princípios de justiça em constante evolução. Por fim, a partir dos desdobramentos da imigração haitiana no Brasil, sobretudo da ótica do Federalismo cooperativo e da Lei de Migração, buscou-se investigar se o ordenamento jurídico brasileiro contempla a garantia de direitos fundamentais aos não nacionais.

Palavras-chave: Imigrantes haitianos; deslocados ambientais; Federalismo cooperativo; migrantes forçados.

Abstract: This work discusses Haitian migration to Brazil and investigates the legal and integrative challenges after the earthquake that hit Haiti in 2010. That year many Haitians migrated to Brazil seeking refuge and better conditions for survival. The study showed that the International Law doesn't ensure specific rights to those migrants who don't fit in the refugee category. Furthermore, within the scope of cooperative federalism in Brazil, there was a lack of coordination in the assistance to immigrants and debates about who should pay the costs involved. The work also showed the urgency of a more comprehensive approach to guarantee the full integration of Haitians into Brazilian society, since the reception efforts ended upon entry into the country, not even addressing issues such as access to health, education and work. This treatment that sounds almost like charity reinforces the idea that with non-nationals the lack of equal treatment is justified against ever-evolving principles of justice. Based on the development of Haitian immigration in Brazil, especially from the perspective of corporate federalism and Migration Law, this study sought to investigate if the Brazilian legal system guarantees fundamental rights to non-nationals.

Keywords: Haitian migrants; environmentally displaced people; Corporate federalism; forced migrants.

¹ Mestranda em Direito na Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: carolinamvieiras@gmail.com

² Mestranda em Direito na Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisadora no Projeto Global Crossings – Cátedra Jean Monnet - UFU. E-mail: leticia.maestri@ufu.br

1. Introdução

A constante migração de indivíduos pelo mundo faz irromper, para o Direito, contínuos desafios³. Nos últimos anos, mais especificamente, a chegada – e a permanência⁴ – de milhares de imigrantes haitianos em território brasileiro⁵ trouxe à tona questionamentos sobre sua situação jurídica, perante o Direito Interno e o Direito Internacional.

Diante disso, mostra-se pertinente, a partir dos desdobramentos da imigração haitiana no Brasil, investigar se o ordenamento jurídico brasileiro contempla a garantia de direitos fundamentais aos não nacionais.

Tal questão se torna ainda mais relevante a partir da constatação de que os migrantes haitianos, apesar de serem considerados migrantes forçados⁶ e, ainda, deslocados ambientais⁷, em decorrência de eventos ambientais⁸, não têm direitos específicos garantidos pelo Direito Internacional nem pelo direito interno do país. Nesse ponto, o federalismo brasileiro também se mostrou como um potencial obstáculo a essa tutela.

³ De forma crítica, Abdelmalek Sayad aponta que a migração “acabou, sob a influência de diversos fatores, por se constituir como ‘problema social’ antes de se tornar objeto da sociologia”, diante da “relação entre um grupo social e uma série de problemas sociais (os imigrantes e o emprego ou os imigrantes e o desemprego, os imigrantes e a habitação, os imigrantes e a formação, os imigrantes ou os filhos de imigrantes e a escola, os imigrantes e o direito de voto, os imigrantes e sua integração, os imigrantes e a volta para sua terra, e para coroar, os imigrantes e a velhice, ou os velhos imigrantes!)” (SAYAD, Abdelmalek. **A Imigração ou os Paradoxos da Alteridade**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998, p. 56-57)

⁴ Para Abdelmalek Sayad, a migração está envolta em uma dupla contradição, visto que, a depender da situação, ora se apresenta com caráter definitivo, ora provisório, manifestando-se como um estado provisório que se prolonga indefinidamente. (SAYAD, Abdelmalek. **A Imigração ou os Paradoxos da Alteridade**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998, p. 45.)

⁵ “Em 2010 o Haiti sofreu um terremoto com magnitude sísmica de 7.0 na escala Richter, ocasionando na morte de aproximadamente 200 pessoas e deixando milhares de desabrigados, sendo um dos fatores que agravou um histórico de diáspora existente no país há muitos anos, além de desencadear uma crise ambiental, econômica e social.” (DUARTE, Mônica; ANNONI, Danielle. Migração Forçada em Âmbito Internacional e a Questão dos Refugiados. In: JUBILUT, Liliana Lyra; FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; LOPES, Rachel de Oliveira (Org.). **Migrantes forçados: conceitos e contextos**. Boa Vista: Editora da Universidade Federal de Roraima, 2018, p. 90-110, p. 102-103.)

⁶ “Migrações forçadas ocorrem quando o elemento volitivo do deslocamento é inexistente ou minimizado” (JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.6, p. 275-294, 2010, p. 282. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/wzVCCYn6Jzm9FGdyWWhdxSB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 out. 2023.

⁷ JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.6, p. 275-294, 2010, p. 282. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/wzVCCYn6Jzm9FGdyWWhdxSB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 out. 2023.

⁸ “A questão é tão controversa que os ‘refugiados ambientais’ têm uma vasta sinonímia. Entre elas temos ‘refugiados do clima’, ‘refugiados da conservação’, ‘refugiados dos grandes projetos de desenvolvimento’, ‘refugiados ambientais’, ‘migrantes ambientalmente forçados’, ‘refugiados climáticos’, ‘migrantes ambientalmente induzidos’ etc. (SILVA, José Carlos Loureiro. Sem Teto, Sem Terra, Sem Nome e Sem Tutela: os deslocados ambientais internacionais. In: JUBILUT, Liliana Lyra; FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; LOPES, Rachel de Oliveira (Org.). **Migrantes forçados: conceitos e contextos**. Boa Vista: Editora da Universidade Federal de Roraima, 2018, p. 249-272, p. 257)

No tocante à abordagem da investigação, utilizou-se o método dedutivo, considerando que as informações coletadas foram analisadas mediante raciocínio lógico e dedução, propondo-se alcançar concepções novas a partir de outras prévias⁹, com base na aplicação de conceitos gerais do estudo de migrações à situação dos migrantes haitianos.

Quanto aos objetivos a serem alcançados, a pesquisa é exploratória, porquanto visa “proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses”.¹⁰

No que se refere às técnicas aplicadas, trata-se de pesquisa bibliográfica¹¹, já que foram estudados materiais já elaborados sobre o tema investigado, como livros, artigos e publicações periódicas, e de pesquisa documental, pois “vale-se de materiais que não recebem ainda um tratamento analítico”¹², tais quais as normas nacionais e internacionais.

2. A Imigração Haitiana no Brasil

A migração haitiana para o Brasil representa um fenômeno significativo nos últimos anos, o qual desafia tanto a política migratória quanto o federalismo cooperativo do país. Tal fluxo migratório se intensificou após o devastador terremoto ocorrido em 2010 no Haiti, levando muitos a buscar refúgio e melhores oportunidades em território brasileiro.¹³

Entre 2011 e 2020, o número de imigrantes haitianos no Brasil totalizou 149.085, segundo dados da Polícia Federal.¹⁴ A cidade de Brasileia, no estado do Acre, tornou-se um ponto de entrada fundamental para esses migrantes, devido à sua localização na fronteira com a Bolívia, país onde muitos haitianos passaram, antes de seguirem para o Brasil.

Além disso, vários eram os atrativos para que os haitianos se deslocassem para o Brasil:

⁹ LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica**: técnicas de investigação, argumentação e redação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 144.

¹⁰ GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 41.

¹¹ GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 44.

¹² GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 45.

¹³ “O marco histórico do início do fluxo da imigração haitiana para o Brasil foi o período pós-terremoto no Haiti, de 12 de janeiro de 2010, e as subsequentes crises humanitárias que se desdobraram. No mesmo ano, houve um surto de cólera, que matou mais de 8.000 pessoas. E, ainda, em 2012, os furacões, Issac e Sandy, que atingiram o país, vindo a destruir a produção agrícola, principal fonte de recursos econômicos da população.” (CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Tadeu de; SILVA, Bianca G. **Relatório Anual 2021 – 2011-2020: Uma década de desafios para a imigração e o refúgio no Brasil**. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2021. Disponível em: https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/Obmigra_2020/Relat%C3%B3rio_Anual/Relato%CC%81rio_Anual_-_Completo.pdf. Acesso em: 14 nov. 2023, p.12.)

¹⁴ SISMIGRA, Sistema de Registro Nacional Migratório. Polícia Federal. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/microdados/1733-obmigra/dados/microdados/401205-sismigra>. Acesso em: 01 nov. 2023.

- 1) inicialmente, o Brasil representava (e continua representando para alguns) uma porta de entrada para chegar à Guiana Francesa, e também, um “corredor” ou uma etapa para conseguir vistos para outros países como Estados Unidos, Canadá ou França;
- 2) o fato de o Brasil possuir um papel político e econômico importante no cenário mundial atual e, ao mesmo tempo, comandar as tropas da Missão das Nações Unidas para a Estabilização no Haiti (MINUSTAH);
- 3) a posição pública e internacional de abertura e de hospitalidade do Governo brasileiro em relação aos haitianos;
- 4) a difusão entre os haitianos (no Haiti e no exterior) de o Governo brasileiro estar incentivando a migração haitiana no país, tendo interesse na mão de obra haitiana nas construções das obras da Copa do Mundo (mesmo não sendo verídico);
- 5) a propaganda de a imagem do Brasil ser um “paraíso racial”, sem discriminações, particularmente no imaginário daqueles que sofriam tal discriminação na República Dominicana e no Equador;
- 6) circular a informação de, no Brasil, o migrante ganharia moradia e alimentação gratuita (o que não é fato), além da remuneração do trabalho ser bem significativa, variando entre U\$ 2.000 a U\$ 3.000 mensais.¹⁵

A realidade demonstrou que a maioria desses atrativos eram ilusão. Os haitianos enfrentaram e ainda enfrentam condições de trabalho precárias e de exploração para sobreviverem. Muitos deles foram atraídos para trabalhar em setores como construção civil e indústria, com salários frequentemente abaixo dos padrões mínimos. Além da exploração laboral, também havia grandes preocupações sobre as oportunidades educacionais e de saúde disponíveis para as famílias desses imigrantes.

Além dos desafios legais e de integração, muitos haitianos enfrentaram xenofobia e racismo em seu cotidiano no Brasil.¹⁶ A grande mídia frequentemente contribuiu para a desinformação e o preconceito ao discutir questões relacionadas ao Haiti e aos haitianos, reforçando uma ideia de barbárie, na maioria das vezes, infundada. Esses estereótipos negativos agravaram a discriminação e dificultaram a sua integração na sociedade brasileira.

As barreiras culturais e linguísticas também representam desafios significativos. A falta de conhecimento do português torna-se um obstáculo tanto no mercado de trabalho,

¹⁵ A título de curiosidade, em fevereiro de 2012, na ocasião da visita oficial da Presidente Dilma Rousseff a Port-au-Prince no Haiti, ela afirmou: “Como é da natureza dos brasileiros, estamos abertos a receber cidadãos haitianos que optem por buscar oportunidades no Brasil”. (JOSEPH, Handerson. **A historicidade da (e) migração internacional haitiana**. O Brasil como novo espaço migratório, p.7-26, Periplos- GT Clasco - Migración Sur-Sur | Volume 01 - Número 01, p. 14. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/02/120131_haiti_dilma_jf. Acesso em: 01 nov. 2023.)

¹⁶ FOGLIATTO, Débora. **Migrantes africanos e haitianos relatam discriminações e pedem políticas públicas em audiência**. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 08 de março de 2022. Disponível em: <https://ww4.al.rs.gov.br/noticia/327522>. Acesso em: 01 nov. 2023.

quanto no acesso a serviços e obtenção de informações. A comunicação é essencial para a integração e para garantir que os migrantes estejam cientes de seus direitos e deveres no Brasil, o que demanda políticas públicas também nesse aspecto. O Estado brasileiro demonstrou grandes dificuldades em acolher esses imigrantes, muitos sobreviveram graças a ajuda de instituições de caridade e da própria população.¹⁷

3. Os Deslocados Ambientais na Perspectiva do Direito Internacional e do Direito Interno

Sem pretensão de esgotar o tema e, conforme já se adiantou brevemente, os haitianos integram uma categorização de migrantes que se deslocaram por razões alheias à sua vontade e, sobretudo, vinculadas a eventos ambientais.

Essa sistematização de grupos de indivíduos que se deslocam pelo mundo, em um primeiro momento, valeu-se de títulos para que fosse possível garantir-lhes direitos, no entanto, com o passar do tempo, esse mesmo mecanismo tem sido usado com a finalidade de excluir direitos.¹⁸

Embora sejam incontroversas as dificuldades que envolvem o processo de migração no caso específico dos haitianos, o fato de não se enquadrarem na caracterização taxativa de refugiados, que é, atualmente, o único grupo migratório com estatuto jurídico internacional específico¹⁹, coloca-os em um verdadeiro desamparo jurídico.

¹⁷ Sobre os haitianos em Manaus: “Até o desportista José Aldo, campeão mundial dos Pesos Pena do UFC, conhecido como “o lutador”, nos visitou, ele que estivera também visitando o Haiti. Muitas reuniões foram feitas também com órgãos estaduais e municipais ligados à Saúde. E para não ficar só no discurso, o governo federal liberou uma ajuda em favor dos haitianos, o mesmo fazendo o governo estadual. Mas por motivos burocráticos e outros, os recursos demoraram muito para chegar aos destinatários, boa parte talvez nem chegue. Houve muito discurso e muita falação, mas toda a tarefa de acolhida continuou por conta da Igreja Católica, do grupo Ama Haiti, de três pastores evangélicos e, ao final, também da Associação dos Haitianos. Pessoas e entidades muito ajudou e não se pode deixar de nomear a Associação Allan Kardec. Porém, os principais protagonistas de acolhida foram os próprios haitianos. Eles souberam acolher a muitos em seus quatinhos paupérrimos e limitados de tudo. Sempre cabe mais um nesses momentos.” (COSTA, Gelmino A. Haitianos em Manaus: Dois anos de imigração – e agora! **TRAVESSIA - revista do migrante**, [S. l.], n. 70, p. 91–98, 2012. DOI: 10.48213/travessia. i70.259. Disponível em: <https://travessia.emnuvens.com.br/travessia/article/view/259>. Acesso em: 14 nov. 2023, p. 94.)

¹⁸ ZETTER, Roger. More labels, fewer refugees: remaking the refugee label in an era of globalization. **Journal of Refugee Studies**, Oxford, v. 20, n. 2, p. 172- 192, 2007, p. 189-190.

¹⁹ Aos refugiados se aplicam as disposições da Convenção Relativa ao Status dos Refugiados de 1951, que, em seu artigo 1º, expressamente discrimina esse grupo como sendo constituído por quem “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.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, Genebra, 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 31 out. 2023.)

Nesse sentido, a nível internacional, o que se tem, com relação aos deslocados ambientais, são tímidas e incipientes – embora também dignas de enaltecimento – tentativas de, acima de tudo, reconhecer a sua conjuntura e propor orientações para minimizar os problemas que enfrentam, por meio de documentos lamentavelmente desprovidos de força vinculante. Na lição de Capdeville e Freitas:

(...) diferentes agendas reconhecem o problema, propõem diretrizes e criam espaços de governança. A Agenda Global Pós-2015 estabelece diretrizes sobre temas indissociáveis de relevância global. Os deslocamentos ambientais ganharam destaque na Agenda, que é uma estratégia para incorporar a questão em agendas já consolidadas e orientar as ações e políticas nacionais. A Agenda Global Pós-2015 é composta pelos seguintes documentos: Marco de Ação de Sendai para a Redução de Riscos de Desastres, Agenda Nansen para a Proteção de Pessoas Deslocadas entre Fronteiras no Contexto dos Desastres e da Mudança Climática, o Acordo de Paris, os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável e a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, a Conferência Humanitária Mundial e sua Agenda 2030 para a Humanidade e a Declaração de Nova Iorque sobre Migrantes e Refugiados.²⁰

Diante da insuficiência desses instrumentos – mencionados como recurso exemplificativo – para conferir proteção jurídica aos deslocados ambientais, verifica-se a inexistência de direitos específicos garantidos pelo Direito Internacional aos haitianos e demais indivíduos que migram em virtude de desastres ambientais:

A resistência em conceber instrumentos de proteção específicos para os deslocados ambientais torna-se uma forma de minar a possibilidade de reivindicação de responsabilidades aos Estados receptores de acolher e proteger. A ausência de uma categoria ou status específico acaba por situar os migrantes ambientais em um limbo normativo, concedendo a cada Estado a função de decidir sobre a entrada desses migrantes em seus territórios e seus direitos de pertencimento àquela sociedade. Consequentemente, as discussões sobre as migrações forçadas por razões ambientais estão pautadas em instrumentos não vinculativos e recomendações de prevenção.²¹

Nada obstante, segundo a professora Cláudia Regina Loureiro, a proteção dos deslocados ambientais contempla-se no sistema de proteção aos direitos humanos:

Apesar de não haver previsão específica no direito internacional dos direitos humanos a respeito da proteção dos refugiados/deslocados ambientais, existe um sistema jurídico apto à proteção dessa categoria e concluir o contrário seria a

²⁰ CAPDEVILLE, Fernanda de Salles Cavedon; FREITAS, Christiana Galvão Ferreira de. Deslocamentos no Contexto dos Desastres: diretrizes internacionais para o Direito da Gestão de Riscos e Desastres e políticas correlatas. *In*: JUBILUT, Lílana Lyra; FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; LOPES, Rachel de Oliveira (Org.). **Migrantes forçados**: conceitos e contextos. Boa Vista: Editora da Universidade Federal de Roraima, 2018, p. 297-331, p. 311-312.

²¹ NUNES, Paula Pimenta Matoso. Políticas de Proteção aos Deslocados Ambientais no Sistema Internacional: reflexões sobre o papel da soberania estatal. *In*: JUBILUT, Lílana Lyra; FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; LOPES, Rachel de Oliveira (Org.). **Migrantes forçados**: conceitos e contextos. Boa Vista: Editora da Universidade Federal de Roraima, 2018, 273-296, p. 282.

negação da prevalência dos direitos humanos, do princípio da dignidade humana e da interpretação mais favorável ao ser humano.²²

De todo modo, as catástrofes ambientais evidenciam a relevância dos direitos coletivos dos migrantes enquanto bens carentes de tutela jurídica. A partir dessa perspectiva, mostra-se pertinente identificar o tratamento jurídico conferido aos haitianos, enquanto deslocados ambientais, no ordenamento jurídico brasileiro.

Embora o Brasil tenha melhorado a inclusão de imigrantes na política de assistência social, ainda há muitos desafios a serem superados. A inclusão do migrante no Cadastro Único para Programas Sociais (CadÚnico) e outros benefícios sociais é positiva, mas muitos imigrantes enfrentam obstáculos na aplicação prática.²³

Ademais, a condição do migrante forçado ou deslocado ambiental é pautada com parcimônia nas normas brasileiras, concentrada em dois instrumentos principais, a Constituição Federal de 1988 e a Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017).

Nesse mérito, a carta magna se limita a garantir igualdade formal e uma cota de direitos individuais aos estrangeiros²⁴, ao passo que a Lei de Migração prescreve princípios gerais que devem ser observados no quesito migratório, tais como universalidade de direitos humanos, acesso igualitário a serviços e bens e promoção de direitos e garantias.²⁵

Foram feitos avanços significativos com a nova Lei de Migração de 2017, mas ainda existem barreiras burocráticas que dificultam o processo de regularização.²⁶

²² LOUREIRO, Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Ecomigração: deslocamento forçado e emergência climática. **Revista de la Facultad de Derecho de México**. Tomo LXXII, Número 284, septiembre-diciembre 2022, Disponível em: <https://revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/83581>. Acesso em: 10 nov. 2023, p. 371-372.

²³ Em 08 de dezembro de 2014, o governo brasileiro começou os cadastros de estrangeiros no Cadastro Único (CadÚnico) possibilitando o acesso a benefícios sociais governamentais. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2014-12/cadastro-vai-permitir-que-imigrantes-accessem-bolsa-familia-e-outros>. Acesso em: 01 de dezembro de 2023.

²⁴ 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 (...) (BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2023.)

²⁵ BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 29 out. 2023.

²⁶ “Destaca-se também que em 24 de maio de 2017 aprovou-se o novo marco legal das migrações no país. A Lei 13.445/17 (Lei de Migração) foi promulgada sob o pilar da garantia dos direitos dos imigrantes e emigrantes. Esse dispositivo legislativo foi comemorado por acadêmicos e diversos atores estratégicos da sociedade civil. Sem dúvidas, trata-se de um evento de extrema relevância na década, pois substituiu o anacrônico Estatuto do estrangeiro (Lei nº 6.815/1980 vigente entre 1980 e 2017). Essa legislação compreendia o imigrante como ameaça à segurança nacional. Baseado na garantia e nos direitos dos imigrantes e emigrantes, o novo marco normativo brasileiro é considerado uma das legislações mais vanguardistas da região quanto à proteção migratória.” (CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Tadeu de; SILVA, Bianca G. **Relatório Anual 2021 – 2011-2020: Uma década de desafios para a imigração e o refúgio no Brasil**. Série Migrações. Observatório

No tocante à condição de deslocados ambientais, tem-se que os haitianos são acolhidos humanitariamente²⁷, visto que, em razão da circunstância relacionada a desastre ambiental, é conferido a eles um visto por período determinado, nos termos do § 3º do art. 14²⁸ da Lei de Migração.

Apesar dessa “acolhida humanitária”, a obtenção de vistos pode ser um processo demorado, o que resulta em incerteza para os migrantes haitianos e suas famílias. Ainda, percebe-se que os esforços de acolhimento se encerram no ingresso desses migrantes no país, não havendo disposições que tratem de questões como acesso à saúde, à educação, ao trabalho e a uma vida digna, de um modo geral.

Para Liora Israël, a compreensão da existência de um direito está intimamente ligada à uma pretensão e à crença de que esta é legítima²⁹. Precisamente por esse motivo é que o conceito de justiça está em constante expansão, de forma que os problemas identificados e as interpretações e soluções dadas a eles definem e impulsionam a noção de justiça, segundo leciona Marc Galanter.³⁰

No entanto, o tratamento humanitário – que soa quase como caridade – dado à questão reforça a ideia de que “não sendo o imigrante um elemento nacional, isso justifica a

das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2021. Disponível em: https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/Obmigra_2020/Relat%C3%B3rio_Anuar/Relato%CC%81rio_Anuar_-_Completo.pdf. Acesso em: 14 nov. 2023, p.13.)

²⁷ Desde sua chegada ao país, antes ainda do advento da Lei de Migração, muitos haitianos solicitaram refúgio ao Estado brasileiro, o que lhes foi negado devido às restrições existentes para o reconhecimento do status de refugiado. “Diante da ausência de mecanismos de acolhida humanitária nas normas migratórias brasileiras, a situação foi regulamentada pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIg) através da Resolução Normativa do nº 97 de 2012, modificada pela Resolução Normativa n. 102 de 2013, que considera como razões humanitárias as resultantes do agravamento das condições de vida dos haitianos em consequência do terremoto de 2010.” (CAPDEVILLE, Fernanda de Salles Cavedon; FREITAS, Christiana Galvão Ferreira de. Deslocamentos no Contexto dos Desastres: diretrizes internacionais para o Direito da Gestão de Riscos e Desastres e políticas correlatas. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; LOPES, Rachel de Oliveira (Org.). **Migrantes forçados: conceitos e contextos**. Boa Vista: Editora da Universidade Federal de Roraima, 2018, p. 297-331, p. 324.)

²⁸ Art. 14. O visto temporário poderá ser concedido ao imigrante que venha ao Brasil com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado e que se enquadre em pelo menos uma das seguintes hipóteses: (...) § 3º O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento. (BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 29 out. 2023)

²⁹ ISRAËL, Liora. O que significa ter direito? Mobilizações do direito sob uma perspectiva sociológica. Tradução de Luis Fernando Arbex. Revisão técnica de Paulo Eduardo Alves da Silva e Rafael Bessa Yamamura. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 6, n. 1, p. 162-17, 2019. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/issue/view/14>. Acesso em: 31 out. 2023.

³⁰ GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. Trad. de João Eberhardt Francisco *et al.* **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 37-49, 2015. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/6>. Acesso em: 19 out. 2023, p. 44.

economia de exigências que se tem para com ele em matéria de igualdade de tratamento frente à lei e na prática.”.³¹

Nesse decorrer de ideias, esses sujeitos ficam à margem da sociedade, sem espaço para participação ativa ou reivindicação de direitos. De outro lado, conquanto tenha sido possível concluir que os esforços legislativos a nível nacional não abarcam de forma satisfatória todas as demandas dos deslocados ambientais, é importante analisar os esforços envidados a nível regional e local, tendo em vista o federalismo que rege o país.

4. Federalismo Cooperativo Brasileiro, Acolhimento e Integração dos Haitianos

O sistema federalista é um elemento fundamental da Constituição Brasileira de 1988, que estabelece o país como uma República Federativa.³² O federalismo cooperativo no Brasil é um sistema complexo de divisão de poderes e responsabilidades entre União, estados federados e municípios.³³

Um dos maiores desafios do federalismo cooperativo na acolhida de imigrantes haitianos é combinar coordenação e a competição entre os diferentes entes da federação.³⁴ O governo federal, estados e municípios frequentemente possuem agendas e interesses distintos, o que prejudicou a implementação de políticas migratórias eficazes, resultando em lacunas na assistência aos imigrantes, duplicação de esforços e até mesmo conflitos entre as jurisdições.³⁵

A alocação de recursos financeiros é outra questão crítica no federalismo cooperativo. O acolhimento de imigrantes haitianos requer investimentos em áreas como saúde, educação, assistência social e capacitação profissional. No entanto, a divisão de responsabilidades entre os diferentes níveis de governo muitas vezes não é clara, levando a

³¹ SAYAD, Abdelmalek. **A Imigração ou os Paradoxos da Alteridade**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998, p. 58.

³² O federalismo no Brasil encontra-se consagrado na própria denominação da nação, conforme estabelecido no artigo 1º da Constituição Federal, e a configuração federativa do Estado ostenta o status de cláusula pétreia, nos estritos termos do artigo 60, parágrafo 4º da Carta Magna.

³³ SALDANHA, Daniel Cabaleiro. **Formação jurídica do Brasil: uma história do federalismo à brasileira**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2017, p. 181-182.

³⁴ “para garantir a coordenação entre os níveis de governo, as federações devem, primeiramente, equilibrar as formas de cooperação e competição existentes, levando em conta que o federalismo é intrinsecamente conflitivo.” (ABRUCIO, Fernando Luiz. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. Dossiê Federalismo- **Rev. Sociol. Polit.** (24), jun 2005, p. 44, disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782005000100005>. Acesso em: 01 nov. 2023.)

³⁵ Sobre essa questão da descentralização e repartição de competência: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Descentralização do poder: federação e município**. **Revista de informação legislativa**, v. 22, n. 85, p. 151-184, jan./mar. 1985, p.152, disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181609>. Acesso em: 01 nov. 2023.

debates sobre quem deve arcar com os custos. Essa falta de clareza financeira atrasou a resposta e afetou a qualidade dos serviços prestados aos imigrantes.

Vários entes federativos demonstraram tentativas de transferir a responsabilidade pelo acolhimento. O exemplo mais notório ocorreu em Brasileia, no Acre, em 2012. Na época, a cidade enfrentou desafios em acomodar muitos imigrantes haitianos que buscaram regularizar sua situação no Brasil. Diante das dificuldades em lidar com a chegada constante de imigrantes, a prefeitura de Brasileia, em coordenação com o governo do Acre, optou por oferecer passagens de ônibus para os imigrantes incentivando-os a seguir para outras cidades e estados.³⁶

Em Manaus, Amazonas, houve relatos de uma iniciativa semelhante à de Brasileira. A prefeitura de Manaus teria fornecido passagens de ônibus a imigrantes haitianos com o objetivo de incentivá-los a deixar a cidade e buscar oportunidades em outros estados.³⁷

No Rio Grande do Sul também houve relatos de resistência local, com moradores e autoridades demonstrando relutância em acolher os imigrantes e buscando maneiras de encaminhá-los para outras localidades.

Em vários municípios brasileiros, a chegada de imigrantes haitianos sobrecarregou o sistema educacional. Alguns municípios relataram dificuldades em acomodar esses alunos nas escolas, com a necessidade de tradutores, o que gerou debates sobre como financiar e organizar o ensino desses alunos.

Outro exemplo desses questionamentos essenciais acerca da distribuição de responsabilidades, foi a ação cível interposta pelo Estado do Acre em face da União, alegando que esta deveria arcar com os custos relacionados à chegada de imigrantes e refugiados haitianos no período de 2010 a 2016. O Estado do Acre alegou que teve de gastar recursos substanciais no acolhimento, assistência e serviços prestados aos imigrantes haitianos, sem o devido ressarcimento por parte da União.³⁸

³⁶ CARVALHO, Cleide. **Haitianos vão começar a sair de brasileira na próxima semana**. Jornal O Globo, 12 de janeiro de 2012. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/haitianos-vo-comecar-sair-de-brasileia-na-proxima-semana-3587695>, acesso em: 01 nov. 2023.

³⁷ “Durante esses pouco mais de dois anos de imigração haitiana em Manaus, o governo, através da Polícia Federal fez três mutirões de Vistos em Tabatinga, mas nunca se perguntou o que aconteceria com os imigrantes quando chegassem a Manaus ou como os ajudaria. Simplesmente os despejou em Manaus. Questionado, dava sempre a mesma resposta: – Eles são imigrantes e não refugiados; eles têm que se virar como qualquer outra pessoa; já temos tantos necessitados –. Ou, como disse o governador do Amazonas: – Eu não posso dar emprego e nem dar casa para essas pessoas, eu preciso atender uma série de demandas de pessoas que vivem no estado e aguardam há mais tempo. ” (COSTA, Pe Gelmiro A. **Haitianos em Manaus: Dois anos de imigração – e agora!** TRAVESSIA - Revista do Migrante - Nº 70 - Janeiro - Junho / 2012, p.93. Disponível em: <https://travessia.emnuvens.com.br>. Acesso em: 01 nov. 2023.)

³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária 3.113 Acre. Ação cível originária. Fluxo migratório. Haitianos. Legislação sobre emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros. Competência privativa da união. Edição da lei 13.445/2017. Garantia aos refugiados dos mesmos direitos e

Por sua vez, a União argumentou que a responsabilidade pelo custeio de despesas relacionadas a imigrantes e refugiados é compartilhada entre os entes federados, não cabendo exclusivamente ao governo federal arcar com essa carga. Alegou ainda que prestou apoio financeiro, técnico e de pessoal ao Estado do Acre por meio de diversos ministérios, repassando recursos e celebrando convênios para a implementação de programas de assistência aos imigrantes haitianos.

O Supremo Tribunal Federal (STF), após análise, concluiu que a competência para custear despesas relacionadas a imigrantes e refugiados não é exclusiva da União, mas sim uma responsabilidade compartilhada entre todos os entes federados. Entretanto, o cerne do problema desse sistema federalista à brasileira está longe de ser solucionado. As transferências de responsabilidade são frequentemente uma resposta à falta de recursos e capacidade de ação dos municípios e estados, o que gera tensões, desigualdades na distribuição de recursos e não atendimento adequado às necessidades dos imigrantes.

Na questão migratória, enquanto o governo federal possui a prerrogativa de cuidar das fronteiras e de estabelecer políticas migratórias, os estados e municípios frequentemente têm a responsabilidade de implementar essas políticas no nível local. Isso gera desafios em relação à harmonização das leis e regulamentos entre as diferentes esferas de governo, muitas vezes levando a interpretações conflitantes e barreiras na aplicação das políticas públicas.

A falta de coordenação eficaz entre o governo federal, estados e municípios resultou em lacunas na assistência, desafios na obtenção de documentos, problemas na educação de crianças haitianas e barreiras na inserção no mercado de trabalho. Essa situação gerou não apenas desigualdades na integração dos imigrantes, mas também impactou negativamente sua qualidade de vida.

Para enfrentar esses desafios, o país precisa buscar soluções que permitam uma abordagem mais unificada e eficaz para atender às necessidades dos imigrantes haitianos, assegurando que todos que forem recebidos pelo governo brasileiro, tenham a oportunidade de se integrar plenamente à sociedade brasileira e ter uma vida digna, na esperança de que o Brasil “pode, porque já é em essência, ser a frondosa e ativa comunidade que imaginamos para nós mesmos”³⁹.

deveres do estrangeiro no brasil. Art. 5º da lei 9.474/1997. Custeio das políticas públicas. Repartição entre os estados. Escolha do constituinte. Tratamento diferenciado a imigrantes. Impossibilidade. Ação cível originária julgada improcedente. Autor: Estado do Acre. Réu: União. Relator: Min Marco Aurélio, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 nov. 2023.

³⁹ HENRIQUES, Rezende Hugo. Brasil para que(m)? **Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, Vol. 8, n. 1, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.35699/2525-8036.2023.46040>. Acesso em: 01 nov. 2023.

5. Considerações Finais

O estudo ora proposto, relativo à situação jurídica de migrantes forçados e deslocados ambientais que se instalaram no Brasil a partir da experiência haitiana, revelou lacunas na legislação migratória, bem como problemas na coordenação entre os diferentes níveis de governo em um contexto de federalismo cooperativo.

A fim de atender a esses desafios, algumas sugestões podem ser consideradas: (i) revisão da legislação migratória: o Brasil deve considerar uma revisão de sua legislação migratória para incluir uma categoria que abranja os deslocados ambientais, oferecendo a eles direitos específicos e reconhecimento legal. Isso facilitaria a integração e a definição de responsabilidades; (ii) fortalecimento da coordenação: a coordenação entre União, estados e municípios deve ser aprimorada. Isso inclui esforços para harmonizar leis e regulamentos, bem como promover um diálogo mais eficaz entre os diferentes níveis de governo; (iii) esforços de inclusão: políticas públicas devem ser desenvolvidas a nível nacional, para enfrentar as barreiras linguísticas e culturais enfrentadas pelos imigrantes; (iv) transparência financeira: o financiamento e a divisão de responsabilidades entre União, estados e municípios devem ser mais claros. Isso evitaria debates sobre quem deve arcar com os custos e permitiria uma resposta mais eficaz; (v) promoção dos direitos fundamentais: o Brasil deve reforçar seu compromisso com os direitos fundamentais, garantindo que os imigrantes, incluindo os haitianos, tenham acesso à saúde, educação e trabalho digno. Isso não deve ser apenas um ato de caridade, mas um compromisso com a igualdade de tratamento perante a lei, sem deixar de lado as políticas públicas para garantia dos direitos fundamentais dos nacionais.

Em última análise, a migração por questões ambientais é uma realidade global que exige novas abordagens. O Brasil, com os erros do passado, pode melhorar e se destacar como um exemplo de como lidar com esses desafios, promovendo uma sociedade inclusiva e justa que beneficia não apenas os imigrantes, mas também o país como um todo.

Referências Bibliográficas

ABRUCIO, Fernando Luiz. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. Dossiê Federalismo- **Rev. Sociol. Polit.** (24), jun 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782005000100005>. Acesso em: 01 nov. 2023.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Descentralização do poder: federação e município. **Revista de informação legislativa**, v. 22, n. 85, p. 151-184, jan./mar. 1985, disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181609>. Acesso em: 01 nov. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 29 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária 3.113 Acre. Ação cível originária. Fluxo migratório. Haitianos. Legislação sobre emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros. Competência privativa da união. Edição da lei 13.445/2017. Garantia aos refugiados dos mesmos direitos e deveres do estrangeiro no Brasil. Art. 5º da lei 9.474/1997. Custeio das políticas públicas. Repartição entre os estados. Escolha do constituinte. Tratamento diferenciado a imigrantes. Impossibilidade. Ação cível originária julgada improcedente. Autor: Estado do Acre. Réu: União. Relator: Min Marco Aurélio, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 nov. 2023.

CAPDEVILLE, Fernanda de Salles Cavedon; FREITAS, Christiana Galvão Ferreira de. Deslocamentos no Contexto dos Desastres: diretrizes internacionais para o Direito da Gestão de Riscos e Desastres e políticas correlatas. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; LOPES, Rachel de Oliveira (Org.). **Migrantes forçados: conceitos e contextos**. Boa Vista: Editora da Universidade Federal de Roraima, 2018, p. 297-331.

CARVALHO, Cleide. **Haitianos vão começar a sair de brasileira na próxima semana**. Jornal O Globo, 12 de janeiro de 2012. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/haitianos-vo-comecar-sair-de-brasileia-na-proxima-semana-3587695>. Acesso em: 01 nov. 2023.

CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Tadeu de; SILVA, Bianca G. **Relatório Anual 2021 – 2011-2020: Uma década de desafios para a imigração e o refúgio no Brasil**. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2021. Disponível em: https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/Obmigra_2020/Relat%C3%B3rio_Anuar/Relato%CC%81rio_Anuar_-_Completo.pdf. Acesso em: 14 nov. 2023.

COSTA, Gelmino A. Haitianos em Manaus: Dois anos de imigração – e agora! **TRAVESSIA - revista do migrante**, [S. l.], n. 70, p. 91–98, 2012. DOI: 10.48213/travessia. i70.259. Disponível em: <https://travessia.emnuvens.com.br/travessia/article/view/259>. Acesso em: 14 nov. 2023.

DUARTE, Mônica; ANNONI, Danielle. Migração Forçada em Âmbito Internacional e a Questão dos Refugiados. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; LOPES, Rachel de Oliveira (Org.). **Migrantes forçados: conceitos e contextos**. Boa Vista: Editora da Universidade Federal de Roraima, 2018, p. 90-110.

FOGLIATTO, Débora. **Migrantes africanos e haitianos relatam discriminações e pedem políticas públicas em audiência**. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 08 de março de 2022. Disponível em: <https://ww4.al.rs.gov.br/noticia/327522>. Acesso em: 01 nov. 2023.

GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. Tradução de João Eberhardt Francisco *et al.* **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**,

Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 37-49, 2015. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/6>. Acesso em: 19 out. 2023.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HENRIQUES, Rezende Hugo. Brasil para que (m)? **Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, Vol. 8, n. 1, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.35699/2525-8036.2023.46040>. Acesso em: 01 nov. 2023.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.6, p. 275-294, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/wzVCCYn6Jzm9FGdyWWhdXSb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 out. 2023.

LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica: técnicas de investigação, argumentação e redação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LOUREIRO, Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Ecomigração: deslocamento forçado e emergência climática. **Revista de la Facultad de Derecho de México**. Tomo LXXII, Número 284, septiembre-diciembre 2022, Disponível em: <https://revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/83581>. Acesso em: 10 nov. 2023.

NUNES, Paula Pimenta Matoso. Políticas de Proteção aos Deslocados Ambientais no Sistema Internacional: reflexões sobre o papel da soberania estatal. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; LOPES, Rachel de Oliveira (Org.). **Migrantes forçados: conceitos e contextos**. Boa Vista: Editora da Universidade Federal de Roraima, 2018, 273-296.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, Genebra, 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 31 out. 2023.

SALDANHA, Daniel Cabaleiro. **Formação jurídica do Brasil: uma história do federalismo à brasileira**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2017.

SAYAD, Abdelmalek. **A Imigração ou os Paradoxos da Alteridade**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

SILVA, José Carlos Loureiro. Sem Teto, Sem Terra, Sem Nome e Sem Tutela: os deslocados ambientais internacionais. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; LOPES, Rachel de Oliveira (Org.). **Migrantes forçados: conceitos e contextos**. Boa Vista: Editora da Universidade Federal de Roraima, 2018, p. 249-272.

ZETTER, Roger. More labels, fewer refugees: remaking the refugee label in an era of globalization. **Journal of Refugee Studies**, Oxford, v. 20, n. 2, p. 172-192, 2007. Disponível em: https://annas-archive.org/scidb/10.1093/jrs/fem011?scidb_verified=1. Acesso em: 31 out. 2023.

Além das Leis: Desvelando os Caminhos para uma Justiça Inclusiva - uma Análise Crítica da Teoria das Capacidades e sua Aplicação na Legislação Brasileira

Beyond the laws: Unveiling the Paths to Inclusive Justice - a Critical Analysis of Capabilities Theory and its Application in Brazilian Legislation

Erika Neder dos Santos¹

Alinne Arquette²

Sumário 1. Introdução; 2. Evolução na abordagem da capacidade jurídica: dos primórdios à Lei Brasileira de Inclusão; 3. Teoria das Capacidades: sua contextualização e influência contemporânea; 4. Aplicação da Teoria das Capacidades no Brasil: a valorização das habilidades; 5. Conclusão; 6. Referências.

Resumo

Este estudo examina a convergência entre a Teoria das Capacidades, os direitos das pessoas com deficiência, a bioética jurídica e o acesso à justiça, especialmente considerando a Lei Brasileira de Inclusão nº 13.146/2015, que reformulou a teoria das incapacidades. O desafio consiste em alinhar as bases éticas e legais para assegurar a inclusão efetiva de pessoas com deficiência no sistema jurídico brasileiro, respeitando suas capacidades individuais. A Teoria das Capacidades, proposta por Martha Nussbaum, oferece uma perspectiva diferenciada sobre o desenvolvimento humano e a justiça social, de forma que a promoção do florescimento humano seja a base de toda a sociedade. Essa Teoria influencia atualmente debates sobre justiça social, direitos humanos e políticas públicas, oferecendo uma estrutura conceitual abrangente para avaliar o bem-estar e a equidade em sociedades diversas. Nesse sentido, o objetivo central do estudo é analisar criticamente como a interseção desses conceitos pode ser otimizada à luz da legislação brasileira, propondo estratégias para uma aplicação mais efetiva no cenário jurídico atual. Partindo de uma análise holística dessa teoria, se percebe que não basta a garantia formal de direitos, sem que haja uma real condição de usufruto desses direitos, ou seja, enfatiza a remoção de barreiras que possam impedir grupos ou indivíduos de exercerem plenamente seus direitos legalmente garantidos. Buscamos contribuir para a plena implementação da Lei de Inclusão, promovendo a equidade e a participação social das pessoas com deficiência. Adotaremos uma abordagem qualitativa que inclui revisão da literatura, análise de casos relevantes e consulta a dados sobre pessoas com deficiência. A pesquisa destaca a importância de alinhar as práticas jurídicas à Lei Brasileira de Inclusão, reconhecendo-a como um marco legal para a promoção dos direitos das pessoas com deficiência. Concluímos que a integração da Teoria das Capacidades aos direitos das Pessoas com Deficiência, aliados com a bioética jurídica e o acesso à justiça podem ser aprimoradas através da aplicação consistente e efetiva dessa legislação. Propomos ações concretas para garantir a plena inclusão e participação desses cidadãos, reforçando a necessidade de práticas judiciais alinhadas aos princípios inclusivos da legislação vigente.

Palavras-Chave: Teoria das Capacidades; Direitos das Pessoas com Deficiência; Bioética Jurídica; Acesso à Justiça; Lei Brasileira de Inclusão.

Abstract

¹ Advogada; Graduada em Direito pela UERJ; Mestra em Direito pela UFJF; Doutoranda em Ciências Sociais pela UFJF, em doutorado sanduíche na Universidade Nova de Lisboa – FCSH; e-mail: erika.neder@gmail.com

² Juíza de Direito do TJMG; Graduada em Direito pela UFV; Mestra em Direito Civil pela UERJ; Doutoranda em Cognição e Linguagem pela UENF, em doutorado sanduíche na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; e-mail: alinnearquette@gmail.com

This study examines the convergence between the Capabilities Theory, the rights of people with disabilities, legal bioethics and access to justice, especially considering Brazilian Inclusion Law No. 13.146/2015, which reformulated the theory of incapacities. The challenge is to align the ethical and legal bases to ensure the effective inclusion of people with disabilities in the Brazilian legal system, respecting their individual capacities. The Theory of Capabilities, proposed by Martha Nussbaum, offers a different perspective on human development and social justice, so that the promotion of human flourishing is the basis of all society. This theory currently influences debates on social justice, human rights and public policies, offering a comprehensive conceptual framework for assessing well-being and equity in diverse societies. In this sense, the central objective of the study is to critically analyze how the intersection of these concepts can be optimized in the light of Brazilian legislation, proposing strategies for a more effective application in the current legal scenario. Based on a holistic analysis of this theory, it is clear that the formal guarantee of rights is not enough, without there being a real condition for the enjoyment of these rights, in other words, it emphasizes the removal of barriers that may prevent groups or individuals from fully exercising their legally guaranteed rights. We aim to contribute to the full implementation of the Inclusion Law, promoting equity and the social participation of people with disabilities. We will adopt a qualitative approach that includes a literature review, analysis of relevant cases and consultation of data on people with disabilities. The research highlights the importance of aligning legal practices with the Brazilian Inclusion Law, recognizing it as a legal framework for promoting the rights of people with disabilities. We conclude that the integration of the Theory of Capabilities with the rights of people with disabilities, together with legal bioethics and access to justice, can be improved through the consistent and effective application of this legislation. We propose concrete actions to guarantee the full inclusion and participation of these citizens, reinforcing the need for judicial practices in line with the inclusive principles of current legislation.

Keywords: Capabilities Theory; Rights of People with Disabilities; Legal Bioethics; Access to Justice; Brazilian Inclusion Law.

1. Introdução

A convergência entre a Teoria das Capacidades, os direitos das pessoas com deficiência, a bioética jurídica e o acesso à justiça emergem como um campo desafiador e promissor, especialmente ao considerar os princípios jurídicos que fundamentam a Lei Brasileira de Inclusão, Lei nº 13.146/2015 e, nesse contexto, o desafio central consiste em alinhar bases éticas e legais para garantir a inclusão efetiva de pessoas com deficiência no sistema jurídico brasileiro, respeitando suas capacidades individuais.

Se, de um lado, é comum a referência à Teoria das Incapacidades, formulada a partir da concepção da ausência de determinadas habilidades ou competências, originalmente a partir do modelo da prescindência, evoluída posteriormente para o modelo médico, depois para o modelo social e outros que o seguiram, é fato que se mostra necessária a análise pelo viés da presença de competências e aptidões e, portanto, pela Teoria das Capacidades. Essa teoria oferece uma perspectiva única sobre o desenvolvimento humano e a justiça social, fundamentada na promoção do florescimento humano como a base de uma sociedade justa,

sugerindo uma lista de capacidades essenciais para o desenvolvimento individual, de modo que nela se destaca como questão central o que a pessoa é capaz de fazer ou ser.

No âmbito da justiça social e da inclusão, a convergência entre a Teoria das Capacidades e os Direitos das Pessoas com Deficiência representa um terreno complexo e vital, especialmente diante da promulgação da Lei Brasileira de Inclusão, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Portanto, o desafio central que se delineia é a necessidade premente de harmonizar não apenas os princípios éticos, mas também as bases legais, a fim de assegurar a efetiva inclusão de pessoas com deficiência no cenário jurídico brasileiro, respeitando integralmente suas capacidades individuais.

No epicentro dessa discussão, a Teoria das Capacidades emerge como uma lente inovadora, proporcionando uma perspectiva singular sobre o desenvolvimento humano, para permitir a construção de uma sociedade justa. Este paradigma propõe que o florescimento humano deve constituir o alicerce de qualquer ordem social, destacando uma lista de capacidades essenciais para o pleno desenvolvimento de cada indivíduo.

A compreensão do conceito de "capacidade" implica superar a dependência das condições de justiça que se baseiam no acesso a bens primários ou a um conjunto predeterminado de outros bens, assim como nas condições de bem-estar de natureza utilitarista. A motivação por trás das escolhas individuais não deve ser condicionada por pré-requisitos. No entanto, é crucial que as instituições e outros mecanismos sociais forneçam as condições necessárias para que as pessoas possam fazer suas escolhas livremente. Nesse contexto, a Teoria das Capacidades transcende a simples distribuição de recursos e direitos, enfatizando a necessidade premente de criar condições sociais que permitam que todas as pessoas alcancem seu pleno potencial. Este paradigma, além de influenciar debates cruciais sobre justiça social, direitos humanos e políticas públicas, oferece uma estrutura conceitual abrangente para avaliar o bem-estar e a equidade em sociedades diversas.

Esta pesquisa, portanto, se propõe a analisar criticamente como a interseção desses conceitos pode ser otimizada à luz da legislação brasileira, delineando estratégias para uma aplicação mais efetiva no atual panorama jurídico. Reconhecendo que não é suficiente garantir formalmente os direitos, a análise holística da Teoria das Capacidades ressalta a importância de remover barreiras que possam impedir grupos ou indivíduos de exercerem plenamente seus direitos. Portanto, o objetivo primordial deste estudo é empreender uma análise crítica da otimização da interseção entre a Teoria das Capacidades, os direitos das pessoas com deficiência, a bioética jurídica e o acesso à justiça à luz da legislação brasileira, com um foco particular na Lei Brasileira de Inclusão, para compreender de forma abrangente

como esses elementos interagem e como podem ser melhor integrados para promover uma inclusão efetiva e uma participação plena das pessoas com deficiência no contexto jurídico.

Assim, este estudo busca contribuir significativamente para a plena implementação da Lei nº 13.146/2005, promovendo a equidade e a participação social das pessoas com deficiência. Adotando uma abordagem qualitativa, a pesquisa ressalta a importância de alinhar as práticas jurídicas à Lei Brasileira de Inclusão, reconhecendo-a como um marco legal crucial para a promoção dos direitos das pessoas com deficiência.

A conclusão deste estudo destaca a necessidade de uma integração mais aprimorada da Teoria das Capacidades, direitos das pessoas com deficiência, bioética jurídica e acesso à justiça, por meio da aplicação consistente e efetiva dessa legislação, reforçando a importância de práticas judiciais alinhadas aos princípios inclusivos da legislação vigente.

2. Evolução na Abordagem da Capacidade Jurídica: dos Primórdios à Lei Brasileira de Inclusão

A referência à capacidade civil já no dispositivo que inaugura o Código Civil (Brasil, 2002) revela a importância e centralidade da pessoa para o sistema jurídico, agora sob o enfoque da necessidade de respeito à sua dignidade, estabelecida como fundamento da República pelo art. 1º, III, da Constituição (Brasil, 1988), a partir do que se entende como personalização do direito, permitindo a evolução para uma tutela da pessoa qualitativamente diversa da anterior (Perlingieri, 2007), para fundar-se na proteção do indivíduo concreto e não mais abstrato e, então, substituindo o individualismo pelo personalismo (Sarmiento, 2019).

A toda pessoa, além da personalidade civil, prevista no art. 2º do Código Civil (Brasil, 2002) e entendida como “aptidão para ser pessoa” (Limongi, 2018), é reconhecida a capacidade que está contida na personalidade (Limongi, 2018). Capacidade civil, assim, refere-se a um atributo da pessoa, significando sua aptidão para titularizar direitos e obrigações. Ocorre que, reconhecendo que essa titularização, conquanto seja inerente a toda pessoa humana, pode não corresponder à possibilidade de efetivo exercício de direitos e deveres, foi identificada, no conceito de capacidade, uma dualidade, referindo-se à capacidade de direito ou de gozo e à capacidade de fato ou de exercício. Assim, verificou-se que a capacidade de direito, inerente a todo ser humano, não está obrigatoriamente associada à capacidade de fato, surgindo a necessidade de criar meios para o exercício dos direitos pelas pessoas desprovidas de condições fáticas de exercê-los pessoalmente (Arquette L. N.; Robles-Lessa; Cabral, 2022).

Essa dualidade, contudo, não é nova, sendo o fundamento para o desenvolvimento da teoria das incapacidades, em que se delineou hipóteses de restrição legal da capacidade plena, de forma excepcional, mantendo-se a capacidade de direito e reconhecendo-se a incapacidade de fato, total ou parcialmente. Essa teoria inicialmente foi formulada a partir da intolerância contra as pessoas com deficiência, no modelo clássico (Madruga, 2019), que eram consideradas prescindíveis e não necessárias na sociedade, sendo excluídas primeiro com o extermínio, depois com o isolamento e segregação, tendo evoluído para o modelo médico, de cunho assistencialista e paternalista, levando à discriminação pelo entendimento da deficiência como um defeito que demandava tratamento e cura (Ramos, 2018). O modelo médico deu lugar ao modelo social, refletindo a necessidade de respeito à igualdade substancial e à solidariedade, considerando a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 (ONU, 1948), que estabeleceu a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental (Arquette L. N.; Robles-Lessa; Cabral, 2022).

O modelo social está em constante evolução e há quem afirme que houve sua ascensão para o modelo biopsicossocial, conforme consta da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF, referência proposta pela OMS, em que se afirma a conjugação dos modelos médico e social para formar esse modelo biopsicossocial (OMS, 2001). José Antonio Seoane, ao seu turno, apresenta o modelo dos direitos, que vai além dos modelos médico e social, requerendo a análise concreta das reivindicações, tendo uma natureza prática (Seoane, 2012).

No Brasil, o modelo médico da deficiência foi adotado pelo Código Civil de 2002, utilizando-se os mesmos fundamentos da codificação anterior, de 1916 e, portanto, sem concretizar a proteção da dignidade da pessoa humana, já estabelecida na Constituição da República. Contudo, em 30 de março de 2007 foi assinada a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo (ONU, 2007), que foram ratificados, no Brasil, pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 186/2008 (Brasil, 2008) e promulgados por meio do Decreto Presidencial nº 6.949/2009 (Brasil, 2009), com hierarquia de emenda constitucional, considerando o disposto no art. 5º, § 3º, da Constituição da República (Brasil, 1988). A partir daí o Brasil assumiu uma obrigação de respeito à Convenção, de modo que o tratamento legal da capacidade civil e de suas restrições, estabelecido no Código Civil, que já não condizia com a dignidade da pessoa humana, passou a confrontar também com essa recente normativa.

Para atendimento à nova concepção da deficiência e da capacidade, embora com certo atraso, em 2015 foi elaborada e promulgada a Lei nº 13.146/2015, que instituiu o

Estatuto da Pessoa com Deficiência, também chamado de Lei Brasileira de Inclusão, reformulando a teoria das incapacidades no Brasil e “demonstrando que o modelo da deficiência continua a evoluir, refletindo a busca pela promoção da igual dignidade a toda pessoa humana, garantindo a plena autonomia existencial sem qualquer condicionamento.” (Arquette L. N.; Robles-Lessa; Cabral, 2022). Assim, a partir de então, foi excluída qualquer referência à deficiência como causa de incapacidade civil, tornando clara a distinção entre deficiência e incapacidade que, embora jamais fossem conceitos sinônimos, eram objeto de errônea equiparação, passando a pessoa com deficiência a desfrutar plenamente dos direitos civis (Farias; Rosenvald, 2016).

A Lei nº 13.146/2015, portanto, “passou a ditar uma nova concepção de deficiência para, ao depois, alterar substancialmente a teoria das incapacidades” (Limongi, 2018), excluindo do rol dos incapazes todas as pessoas com deficiência, de qualquer tipo e em qualquer grau e estabelecendo que somente haverá incapacidade, relativa aliás, para as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, sejam ou não deficientes. Assim, na atual previsão legal, “a deficiência não é causa necessária de incapacidade e a incapacidade não decorre necessariamente da deficiência, conceitos que não se confundem.” (Arquette L. N.; Leite; Souza, 2022).

Ademais, a incapacidade relativa eventualmente reconhecida, com o estabelecimento de curatela, somente afeta, nos termos do art. 85 da Lei Brasileira de Inclusão, os direitos de natureza patrimonial e negocial, significando que permanece integral a autonomia privada existencial, direito que decorre dos princípios da liberdade e da igualdade e integra o conteúdo da dignidade da pessoa humana (Brasil, 2015).

Toda essa mudança paradigmática no tratamento legal da capacidade civil e da pessoa com deficiência tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, estabelecida nos documentos internacionais e nacionais sobre direitos humanos e direitos fundamentais e que permitiu a construção da Teoria das Capacidades, a partir da concepção de liberdade como desenvolvimento de Amartya Sen, que afirma ser a capacidade um tipo de liberdade (Sen, 2011), e seu desenvolvimento por Martha Nussbaum, para quem todas as pessoas devem perseguir a capacidade, sendo tratadas, a partir do valor dignidade, como um fim e não como meio ou instrumento (Nussbaum, 2020).

3. Teoria das Capacidades: Sua Contextualização e Influência Contemporânea

A teoria das capacidades, proposta por Martha Nussbaum (2020), constitui um arcabouço filosófico que visa fundamentar uma abordagem normativa para a avaliação da

qualidade de vida e do desenvolvimento humano. Essa teoria, deitando raízes na tradição aristotélica, transcende as concepções tradicionais centradas em recursos e realizações, focalizando-se nas capacidades substantivas que possibilitam que os indivíduos conduzam vidas plenas e significativas (Nussbaum, 2020). Nussbaum identifica um conjunto de capacidades fundamentais, intrinsecamente ligadas à natureza humana, que transcendem as diversidades culturais.

No centro desta teoria está a premissa de que o desenvolvimento humano e a avaliação da qualidade de vida não devem ser limitados a indicadores materiais ou resultados observáveis, mas devem incorporar a capacidade de cada indivíduo para realizar escolhas valiosas (Nussbaum, 2011). Assim, a autora destaca a importância de garantir que as condições sociais e políticas possibilitem o florescimento dessas capacidades, promovendo, então, a justiça social e a dignidade da pessoa humana. Portanto, a Teoria das Capacidades serve de instrumento para a adoção de políticas públicas (Nussbaum, 2020), orientando a formulação de abordagens que não apenas buscam atender às necessidades básicas, mas também potencializam as capacidades individuais, promovendo uma sociedade mais inclusiva e equitativa. De fato, a partir do entendimento de que deva ser dada a todas as pessoas as mesmas possibilidades de desenvolvimento de suas potencialidades e de realizar sua dignidade, a Teoria das Capacidades indica caminhos para que o Estado adote políticas que permitam evidenciar as funcionalidades das pessoas com deficiência, para que possam atingir sua independência e autonomia (Neder, 2022).

Esse enfoque das capacidades, inclusive, sustenta que os direitos importantes são pré-políticos e uma “nação que não reconhece esses direitos é nessa medida injusta” (Nussbaum, 2020). De fato, os direitos humanos e sua consagração constitucional como direitos fundamentais, têm como base a dignidade da pessoa humana, em que também se funda a Teoria das Capacidades e, antes de ser um princípio jurídico, a dignidade foi um princípio ético, moral, filosófico e religioso, de modo que, juridicamente, é fato que, conforme adverte Jorge Reis Novais, é comum a caracterização da dignidade como fundamento da própria existência e indivisibilidade material dos direitos fundamentais, mas, embora não seja uma dedução errada, ela corresponde “a uma reconstrução teórica do processo natural de formação dos direitos fundamentais já que, historicamente, estes surgiram no plano constitucional muito antes do reconhecimento da dignidade como princípio jurídico”. (Novais, 2023).

Importante mencionar que essa teoria foi inicialmente proposta por Amartya Sen (2010). O autor lançou as bases dessa teoria ao argumentar que a avaliação do bem-estar e

desenvolvimento humano não deve ser centrada exclusivamente em recursos tangíveis, como renda ou educação, mas sim nas capacidades que um indivíduo possui para conduzir uma vida plena. Essa abordagem inovadora sugere que a liberdade substantiva de escolha e a capacidade de realizar determinadas funcionalidades são centrais para a avaliação ética do desenvolvimento. Portanto, “as capacidades oferecem uma ampla rede de opções e condições para que as pessoas desenvolvam as suas potencialidades e atuem socialmente como sujeitos ativos e, essa dimensão caracteriza a identidade de uma pessoa da mesma forma que ela influencia na organização da estrutura social.” (Zamban, 2014).

Nussbaum, posteriormente, refinou e ampliou a Teoria das Capacidades de Sen. Enquanto Sen (2010) enfatiza a importância da liberdade de escolha, Nussbaum expande a lista de capacidades essenciais, identificando um conjunto específico de dimensões que refletem o que é essencial para uma vida humana plena (Nussbaum, 2020).

Na dinâmica jurídica contemporânea, a convergência entre a Teoria das Capacidades, os direitos das pessoas com deficiência, a bioética jurídica e o acesso à justiça ganha ainda mais relevância, especialmente em face da promulgação da Lei Brasileira de Inclusão nº 13.146/2015 (Brasil, 2015). Este marco legislativo representa um avanço notável ao estabelecer e consolidar os direitos das pessoas com deficiência em diversos setores. Globalmente, a Lei de Inclusão reflete o compromisso do Brasil com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU (Brasil, 2009) e, embora desde a Declaração de Salamanca (Unesco, 1994), passando pela Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988), o país tenha demonstrado comprometimento com preceitos inclusivos, somente com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência é que foi afastado o modelo médico e adotado o modelo social de abordagem da deficiência, em correspondência ao que ditou a Convenção da ONU (Menezes; Menezes; Menezes, 2016).

No contexto do acesso à justiça, é possível perceber que, nos arts. 3º e 4º, a Lei Brasileira de Inclusão enfatiza a necessidade imperativa de assegurar a participação plena e efetiva das pessoas com deficiência na sociedade, em condições de igualdade com os demais cidadãos (Brasil, 2015). Destaca-se, de maneira particular, o foco da legislação na remoção de barreiras que possam obstruir o pleno exercício dos direitos por parte das pessoas com deficiência, corroborando com os princípios fundamentais da Teoria das Capacidades. Em seguida, o art. 5º da Lei determina que a pessoa com deficiência não será sujeita a qualquer forma de discriminação e terá igualdade de oportunidades (Brasil, 2015). Este dispositivo ressoa diretamente com os princípios basilares da Teoria das Capacidades, que preconiza a

criação de condições sociais propícias para que todos, independentemente de suas capacidades particulares, alcancem seu pleno potencial.

Adicionalmente, no que concerne ao acesso à justiça, a legislação incorpora dispositivos específicos, como o art. 9º, que visa assegurar à pessoa com deficiência, em igualdade de oportunidades com os demais, o pleno exercício de seus direitos (Brasil, 2015). Este dispositivo, portanto, realça a convergência entre a legislação e a busca por uma sociedade inclusiva e justa, consonante com os fundamentos da Teoria das Capacidades. Ainda nesse contexto, o art. 13 da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (ONU, 2007) enfatiza a importância de garantir o acesso à justiça em condições de igualdade para as pessoas com deficiência, reforçando a conexão entre os princípios internacionais e a legislação nacional.

Assim, a influência contemporânea da Teoria das Capacidades se revela numa abordagem que transcende a mera formalidade dos direitos, incidindo diretamente sobre debates cruciais acerca de inclusão, equidade e, principalmente, acesso à justiça. A análise da interseção entre esses conceitos torna-se, portanto, imperativa para otimizar a aplicação prática desses princípios no contexto jurídico brasileiro, promovendo uma inclusão efetiva e uma participação social plena das pessoas com deficiência.

4. Aplicação da Teoria das Capacidades no Brasil: a Valorização das Habilidades

A análise crítica da Teoria das Capacidades e sua aplicação no contexto jurídico brasileiro revela-se um exercício de profunda reflexão, esculpindo os princípios filosóficos da Teoria com a complexidade da realidade jurídica no Brasil. Essa teoria postula que o foco no desenvolvimento humano deve transcender a mera distribuição de recursos, destacando a necessidade de criar condições sociais propícias para que cada indivíduo alcance seu pleno potencial. Nesse sentido, se volta para o respeito às necessidades humanas fundamentais e para a efetivação de uma justiça social, buscando embasar a construção de projetos que objetivem resolver situações onde esse mínimo das necessidades humanas não é protegido (Zeifert; Sturza, 2019).

No cenário jurídico brasileiro, a aplicação dessa teoria suscita questionamentos cruciais. A garantia formal de direitos, embora seja um primeiro passo essencial, não é suficiente se não for acompanhada pela criação de um ambiente propício ao usufruto efetivo desses direitos. A adaptação às necessidades individuais, ponto central na Teoria das Capacidades, destaca a importância de remover barreiras, sejam elas arquitetônicas, comunicacionais ou atitudinais, que possam obstruir o pleno exercício dos direitos legais das

peças com deficiência, inclusive a própria alteração de mentalidade social no tocante à implementação dessa inclusão (Neder, 2022).

A análise crítica também destaca o imperativo do empoderamento jurídico. A Teoria das Capacidades não se restringe à mera garantia de direitos; ela exige que os indivíduos estejam capacitados e empoderados para exigir e exercer esses direitos. Ao escrever sobre a ampliação das “fronteiras da justiça”, Nussbaum pretende a inclusão das pessoas com deficiência no contrato social (Pompeu; Teixeira, 2017). No contexto jurídico brasileiro, isso implica não apenas em criar leis inclusivas, mas também em desenvolver mecanismos eficazes que garantam o entendimento e a aplicação justa dessas leis por todos os cidadãos, independentemente de suas capacidades individuais.

Um elemento intrínseco a essa análise crítica é o reconhecimento das consequências reais das decisões. A Teoria das Capacidades propõe que as decisões jurídicas não devem ser avaliadas apenas por sua conformidade com as leis, mas também pelos impactos tangíveis que têm na vida das pessoas. Isso implica em considerar não apenas a formalidade, mas a substância das decisões, avaliando como elas afetam as capacidades individuais e a qualidade de vida das pessoas com deficiência (Nussbaum, 2020).

Outro ponto relevante é a necessidade de uma abordagem holística. A Teoria das Capacidades defende que a promoção do desenvolvimento humano não pode ser reduzida a uma lista exaustiva de direitos (Nussbaum, 2020); ela exige uma compreensão abrangente das condições sociais, culturais e econômicas que influenciam o alcance dessas capacidades. Portanto, a análise crítica no contexto jurídico brasileiro deve levar em consideração não apenas as leis específicas, mas também o ambiente social mais amplo em que essas leis são implementadas, inclusive se exigindo a prática inclusiva por toda a sociedade (Neder, 2022).

A interseção entre a Teoria das Capacidades e a legislação brasileira destaca, assim, a necessidade de uma abordagem mais ampla e integrada no sistema jurídico. Além da criação de leis inclusivas, é imperativo garantir que essas leis se traduzam em práticas judiciais efetivas e em um ambiente social que promova verdadeiramente o florescimento humano para todas as pessoas, independentemente de suas habilidades ou limitações.

5. Conclusão

A conclusão desta pesquisa delinea um panorama que destaca a intrincada interseção entre a Teoria das Capacidades, os direitos das pessoas com deficiência, passando por campos da bioética jurídica e do acesso à justiça no contexto brasileiro. Ao confrontar a filosofia da Teoria das Capacidades com a complexidade do sistema jurídico nacional,

emergem não apenas desafios, mas também oportunidades para fortalecer a implementação efetiva da Lei Brasileira de Inclusão nº 13.146/2015.

A análise crítica realizada revela que, para além da garantia formal de direitos, a verdadeira inclusão requer uma abordagem holística e prática. Propõe-se, então, uma série de ações concretas que visam otimizar a convergência desses elementos, dando vida aos princípios abstratos e transformando-os em melhorias tangíveis.

Em primeiro lugar, destaca-se a necessidade de investir em programas educacionais que promovam o entendimento e a conscientização sobre as capacidades individuais. Isso não apenas sensibiliza a sociedade para a diversidade, mas também capacita os profissionais do sistema jurídico a aplicar de maneira eficaz os princípios inclusivos da Teoria das Capacidades no contexto brasileiro.

Propõe-se também a implementação de mecanismos que garantam o empoderamento jurídico das pessoas com deficiência. Isso envolve a disponibilização de recursos e suportes específicos para garantir que todos tenham igual acesso ao sistema jurídico, independentemente de suas capacidades individuais. A tecnologia pode desempenhar um papel fundamental nesse sentido, proporcionando ferramentas acessíveis e facilitadoras.

Outra proposta central é a promoção de uma cultura jurídica mais inclusiva. Isso implica em sensibilizar os operadores do direito para a importância de considerar não apenas a letra da lei, mas também as implicações práticas das decisões judiciais na vida das pessoas com deficiência. Incentivar práticas judiciais mais conscientes e adaptativas contribuirá significativamente para a efetiva inclusão.

Além disso, é crucial investir em pesquisas que continuem a explorar a dinâmica entre a Teoria das Capacidades e a aplicação jurídica no contexto brasileiro. Isso não apenas amplia o conhecimento acadêmico, mas também fornece insights valiosos para orientar futuras reformas legislativas e práticas judiciais.

6. Referências

ARQUETTE L. N., Alinne; ROBLES-LESSA, Moyana Mariano; CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. Autonomia existencial da pessoa com deficiência: uma análise necessária sobre seus contornos e limites. In: ARQUETTE L. N., Alinne; CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; MOREIRA, Raquel Veggi (Org.). Tratado de bioética jurídica. São Paulo: Almedina, 2022. p. 391.

BRASIL, Declaração de Salamanca e Linha de Ação sobre Necessidades Educativas Especiais. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1994.

BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, assinada em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União: Seção 1, Brasília, DF, p. 3, 26 ago. 2009. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=6949&ano=2009&ato=8dec3Y61UeVpWT233>. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 186, de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Senado Federal, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/congresso/dlg/dlg-186-2008.htm. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 11.1.2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 16 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Diário Oficial da União, 7.7.2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 16 nov. 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERREIRA, Ana L. A pessoa com deficiência e a inclusão social: uma análise jurídica da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Editora Lumen Juris, 2013.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MADRUGA, Sidney. Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MENEZES Herika Janaynna Bezerra de; MENEZES, Abraão Bezerra. A abordagem da deficiência em face da expansão dos direitos humanos. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 17, n. 2, p. 551-572, Vitória, 2016.

NEDER, Erika. Educação inclusiva na ação direta de inconstitucionalidade 5.357: uma análise à luz da Teoria das Capacidades de Martha Nussbaum. Editora Perensin, Juiz de Fora, 2022.

NOVAIS, Jorge Reis. Princípios estruturantes de Estado de Direito. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2023.

NUSSBAUM, Martha C. Creating capabilities: The human development approach. Harvard University Press, 2011.

NUSSBAUM, Martha. Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. CIF - Classificação Internacional da Funcionalidade, Incapacidade e Saúde Quinquagésima Quarta Assembleia Mundial de Saúde, Resolução WHA54.21. 22 de maio de 2001.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris: Nações Unidas, 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 16 nov. 2023.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Nova Iorque, 30 de março de 2007. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=424-cartilha-c&category_slug=documentos-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 16 nov. 2023.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional. Tradutora Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

POMPEU, Gina Marcilio; TEIXEIRA, Ana Araújo. A teoria da Justiça de Martha Nussbaum e os direitos humanos. Revista Direito e Justiça, Reflexões sociojurídicas, ano XVIII, nº 29, Sistema de Revistas Eletrônicas - URI Santo Ângelo, nov, 2017.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradutora: Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. A ideia de justiça. Tradutores: Denise Bottmann; Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEOANE, José Antonio. La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de los derechos. In: PEINADO, María Dolores Blázquez; PORTERO, Israel Biel (Editores). La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidência en la comunidad valenciana. – Valencia: Tirant. 2012. Kindle Edition.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

UNESCO. Declaração de Salamanca. Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2023.

ZAMBAN, Neuro José. A teoria da justiça de Amartya Sen: As capacidades humanas e o exercício das liberdades substantivas. EPISTEME, Caracas, v. 34, n. 2, p. 47-70, dic. 2014. Disponível em: <http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-43242014000200004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12 nov. 2023.

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti; STURZA, Janaína Machado. As políticas públicas e a promoção da dignidade: uma abordagem norteada pelas capacidades (capabilities approach) propostas por Martha Nussbaum. Revista Brasileira de políticas públicas, Brasília, v. 9, n. 1, p. 115-127, 2019.

Os Limites e as Exceções ao Direito do Autor e Aos Direitos Conexos

The Limits and Exceptions to Copyright and Related Rights

Fabio da Silva Veiga¹

Romulo Sérgio de Carvalho Guerra²

Sumário: 1. A Propriedade Intelectual; 2. Common Law e Civil Law; 3. Aplicação das Leis acerca do Direito de Autor nos Países Lusófonos; 4. Natureza Jurídica das Obras Protegidas; 5. As Exceções e Limitações aos Direitos do Autor 6. Direitos do Autor e Direitos Conexos; 7. Direito Moral do Autor e o Plágio; 8. Direitos do Autor e a Função Social da Obra; Considerações finais.

Resumo: Este estudo tem por objetivo analisar os limites e as exceções ao direito do autor e aos direitos conexos na Constituição da República Federativa do Brasil e na Constituição da República de Portugal relativa à matéria de Direito Autoral, sua efetiva utilização no ordenamento jurídico ante a Lei 9610 de 1998 e o Decreto Lei 63 de 1985. Apresenta ainda lições do Direito Civil Luso-Brasileira, abordagens de áreas do conhecimento como a relação constitucional pública e de direito privado, que visa trazer para a discussão as semelhanças e a importância do referido instituto. O artigo apresenta dados específicos sobre o surgimento da teoria jurídica do *Writer Law*, enumera alguns dos conceitos utilizados na doutrina, chama a atenção para os rumos dos dois sistemas jurídicos mais importantes do mundo, o “civil law” e “common law”, apontando a legislação luso-brasileira pertinente que abraça o instituto, além do texto constitucional vigente que os protege. Nas conclusões abordam-se temáticas relevantes destacadas na investigação doutrinária e legislativa, buscando despertar a discussão a respeito da função social do direito de Autor e suas possíveis aplicabilidades.

Palavras-chave: Direito do Autor; Direitos Conexos; Direito Constitucional; Civil Law; Common Law.

Abstract: This study aims at analyzing the limits and exceptions to the copyright and related rights in the Constitution of the Federative Republic of Brazil and in the Constitution of the Republic of Portugal regarding Copyright, its effective use in the legal system before the Law 9610 of 1998 and the Decree-Law 63 of 1985. It also presents lessons from the Luso-Brazilian Civil Law, approaches from areas of knowledge such as public constitutional relation and private law, which aims at bringing to discussion the similarities and importance of said institute. The article presents specific data on the emergence of the legal theory of *Writer Law*, lists some of the concepts used in the doctrine, calls attention to the directions of the two most important legal systems in the world, civil law and common law, pointing out the relevant Luso-Brazilian legislation that embraces the institute, in addition to the current constitutional text that protects them. In the conclusions, relevant themes highlighted in the doctrinaire and legislative investigation are approached, seeking to awaken the discussion regarding the social function of the Copyright and its possible applicability.

Keywords: Copyrights; Neighboring Rights; Constitutional Law; Civil Law. Common Law

Introdução

1 Professor Doutor em Direito Universidade Lusófona Portugal.

2 Doutorando na Universidade Lusófona de Portugal

O presente trabalho apresenta questões relacionadas aos Direitos Autorais, cujo objetivo prevê reflexões sobre o tema proposto que é amplamente aceita pelos em inúmeras legislações e que conduz em significativas e importantes debates na aplicabilidade do direito em inúmeros países, especialmente perante a regra brasileira, em angolana, caboverdiana e a portuguesa.

São leis que permitem identificar o sujeito da história, “a questão nuclear do direito de autor e conexo centra-se no seu âmbito de protecção na obra intelectual, obras originais, mas que outro tipo de material mais banal acaba por receber igualmente tutela”³.

Ad argumentandum tantum, como se sabe, “direitos subjectivos se encontram especialmente vulnerabilizados numa sociedade digital. Os direitos intelectuais (Direito de Autor, Direito Conexos e Direito de Propriedade Industrial) fragilizaram-se com a globalização e a sociedade de informação”.

Ademais, “o desenvolvimento tecnológico da sociedade de informação enfraqueceu as criações intelectuais, tendo dado azo a duas tendências opostas: uma, a favor da liberalização da propriedade intelectual na rede e, outra, que apela a um reforço da protecção da propriedade intelectual e ao combate às suas violações.”⁴

Nesse sentido, o assunto de estudo terá como objetivo demonstrar o amadurecimento do assunto nas diversas legislações em vigor, comparando-os aos dois sistemas mundiais de grande importância.

O trabalho analisará inúmeros dispositivos legais, buscando apresentar reflexões acerca dos fundamentos legais que venham a garantir a protecção aos Direitos Autorais e aos Direitos Conexos.

Dito isto, vislumbra-se deveras importante o presente estudo acerca dos Limites e Exceções ao Direito do Autor e aos Direitos Conexos, seja na ótica Constitucional, infraconstitucional ou ainda na Doutrina na defesa do referido instituto jurídico.

1. A Propriedade Intelectual

Carlos Alberto Bittar (2004)⁵ entende que “a patente ou patente faz parte de um direito privado, que rege a relação jurídica decorrente da criação e do uso econômico da propriedade intelectual e está inserida na literatura, na arte e na ciência”, sendo “patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e

³ LEITÃO, Adelaide Menezes. Responsabilidade Civil por Violação do Direito de Autor, referente a conferência proferida no XII Curso Intensivo de Verão em Direito da Sociedade de Informação e Direito de Autor, organizado pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual, em 11 de julho de 2013, p. 4.

⁴ LEITÃO, Adelaide Menezes. O Reforço da tutela da propriedade Intelectual, p.12.

⁵ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

aplicação industrial⁶, Eduardo Vieira Manso⁷ (1980) “É o conjunto de prerrogativas jurídicas de ordem patrimonial e de ordem não patrimonial atribuídas aos autores de obras intelectuais pertencentes ao reino da literatura, da ciência e das artes” e por esse motivo “são, tradicionalmente, denominadas ‘obras literárias, científicas e artísticas’, locução, porém, que não esgota as hipóteses de obras suscetíveis de proteção por tal ramo do Direito Privado”.

Em Eduardo Lycurgo Leite⁸ (2004), o termo propriedade intelectual surgiu recentemente para designar um espaço justo sobre as mais diversas e intangíveis formas de criação mental humana, fruto de seu empenho intelectual, que pode ou não ter valor.

Gabriel Di Blasi⁹ (2010), por outro lado, afirma que “a propriedade inventada é um direito humano aos ativos intangíveis, ou seja, destina-se ao estudo dos ativos intangíveis”.

Na União Europeia, o art. 41 da directiva 2019/7909 afirma que cabe ao “Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia (EUIPO) é responsável por certas funções e atividades, financiadas através dos seus próprios meios orçamentais e destinadas a facilitar e apoiar as atividades das autoridades nacionais, do setor privado e das instituições da União na luta, incluindo a prevenção, contra as violações dos direitos de propriedade intelectual”.¹⁰

Notadamente, a regra europeia prevista no Regulamento (UE) n.386/201210 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de abril de 2012,¹¹ “atribui ao Instituto de Harmonização no Mercado Interno (Marcas, Desenhos e Modelos) funções relacionadas com a defesa dos direitos de propriedade intelectual, nomeadamente a de reunir representantes dos setores público e privado num Observatório Europeu das Infrações aos Direitos de Propriedade Intelectual”.

Assegura o artigo 3º da Lei 9279 de 1996 que “ao pedido de patente ou de registro proveniente do exterior e depositado no País por quem tenha proteção assegurada por tratado ou convenção em vigor no Brasil”.

Em linhas gerais, pode-se dizer que a propriedade intelectual possui grande importância, sendo composta por trabalhos literários, científicos e artísticos, disciplina de direito público, e propriedade industrial, composta por marcas e patentes, disciplina de

⁶ BRASIL. Lei 9279 de 1996. Artigo 8º http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso 05/01/2022.

⁷ MANSO, Eduardo Vieira. Direito Autoral, Editora Bushatsky, 1980

⁸ LEITE, Eduardo Lycurgo. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

⁹ DI BLASI, Gabriel. A propriedade Industrial. Forense, 2010.

¹⁰ EU. Diretiva 2019/7909 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de abril de 2019 relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE.

¹¹ JO L 129 de 16.5.2012, p. 1

direito empresarial.

Os conceitos apresentados pela Lei de Direitos Autorais podem ser fortalecidos pelo entendimento de que os dois princípios básicos do direito fundiário - o sistema de lei comum e lei comum e lei civil - estão contidos na referida lei.

Ambas as leis reconhecem a propriedade intelectual de dois tipos de direitos, cuja origem - propriedade moral e intelectual (econômica) -, o que identifica como diferença entre esses sistemas, o padrão de equidade de cada um: ambos os sistemas jurídicos reconhecem direitos de propriedade intelectual e direitos morais, atingindo, neste mister um nível de igualdade entre os sistemas.

1. Sistema Jurídico "*Common Law*" e "*Copyright*"

No sistema jurídico "common law", o sistema de direitos autorais reconhece uma grande quantidade de direitos de propriedade intelectual econômica, enquanto o sistema de direito público, *droit d'auteur* vê um alto grau de direitos de propriedade intelectual, para proteger o criador ou o direito do criador não ser confundido, isto é, eles não irão confundir seu trabalho ou a invenção de outra pessoa (por exemplo, copiar). No caso do *copyright* não é permitida a cópia ou cópia não autorizada, pois neste caso o valor econômico está legalmente protegido.

Nesse contexto, um importante documento histórico foi criado pelo direito francês enfatizando o aspecto moral do direito autoral, no famoso caso de *Arrêt Rosa Bonheur*, ocorrido em 1865, reconhecendo a recusa do artista em apresentar uma obra, uma imagem de uma senhora, ordenada e paga, determinando assim o direito do autor à personalidade sobre a obra, não por uma obrigação concebível, sustentando assim a tese de que o direito do consumidor deve proteger os direitos pessoais do artista, alterando a obrigação de indenização que José Oliveira Ascensão¹² (1997) ensina “O common law manteve-se dentro da visão dos privilégios de impressão; não foi afetado pela Revolução Francesa (...). O *copyright* assenta principalmente na realização de cópias, de maneira que a utilidade econômica da cópia passa a ser mais relevante que a criatividade da obra (...)”. e que “No sistema romanístico do direito a evolução foi outra: a justificação é a da extrema dignidade da criação intelectual, o elemento base é a criatividade, algo que respeita mais ao autor que propriamente à obra”.

O sistema de patentes, orientado pela *common law*, tem mais finalidade e elemento social, preserva o direito a um direito nacional, garante ao autor os benefícios econômicos

¹² ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

da obra, mas também, graças à Constituição americana, a proteção é concedida ao público, em o desenvolvimento da arte, ciência e literatura.

O sistema de direitos autorais não protege os direitos autorais. Ao contrário do sistema de conferências de Berna, o sistema de direito comum exige o registro de empregos e o registro de reserva, razão pela qual o sistema de direitos autorais é menos seguro do que o sistema adotado na França.

Vale ressaltar que esta é uma característica rara do sistema de copyright, que de acordo com a “Teoria da Indivisibilidade”, a distinção entre cessão e licença definiria o copyright. Portanto, se o autor ceder (compartilhar) a transferência da patente, ele transferirá a outros a legitimidade de agir em qualquer um dos requisitos. Se o autor detém parte dos direitos autorais, é compreensível que houvesse uma licença simples, que retém o detentor dos direitos autorais.

No que diz respeito ao sistema jurídico copyright, ela define uma obra, na qual reflete:

a) o produto da obra criativa do criador; b) mostrar imparcialidade no campo estético, estético, literário e científico; c) atribuída uma fonte relacionada; d) expressar um dos meios de expressão de uma ideia.

Carlos Alberto Bittar, (2004) afirma que a chave para a segurança do emprego é “requisito fundamental para o reconhecimento da proteção; deve a obra encerrar contribuição do autor em sua organização, escolha e disposição das matérias, enfim, ter caracteres distintivos próprios. Mas a expressão deve ser compreendida em termos, de modo que a doutrina fala em originalidade relativa”

Seu próprio pensamento é quase idêntico à arte da própria mente. O esforço, nesse sentido, precisa ir além da imaginação, da engenhosidade, fazendo com que a ideia de aparecer primeiro encontre ânimo nas próprias emoções. Na lei de direitos autorais, o conteúdo do título deve ser tratado em um sentido relacionado, mesmo para o autor, o criador, no termo usado por Dennis Borges (2003) "o novo objeto do título".

Bittar¹³ assegura ainda que, existem três sistemas jurídicos relativos aos direitos de autor: a) A versão individual europeia ou francesa, nomeadamente a Convenção de Berna¹³, que é natural, visa proteger o autor, e, portanto, neste caso prevalece: o limite de as regras estabelecidas pelo autor para avaliação da obra, e uma forte interpretação desses princípios, sempre para resguardar os interesses do autor. Uma garantia de proteção é fornecida independentemente de registro de emprego ou qualquer outra lei; b) O sistema

¹³ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

comercial é aquele desenvolvido nos Estados Unidos e na Inglaterra, definido na Convenção de Genebra,¹⁴ com o carácter pretendido. O direito autoral é concedido ao titular, mas com o objetivo de incrementar a cultura e a ciência; c) Sistema integrado da Rússia, baseado na Convenção de Berna, mas considerado o reconhecimento do direito de aumentar o progresso.

2. Aplicação das Leis Acerca do Direito de Autor nos Países Lusófonos.

A Constituição brasileira de 1988, no seu artigo 5º, XXVII, reconhece e protege o direito autoral bem como a reprodução, publicação e reprodução de suas obras¹⁵, já a Constituição angolana prevê sua proteção nos artigos 42º e 43º¹⁵, e, ainda, na Lei 15/14 de 31 de julho de 2014. Já no Cabo Verde, o direito do autor possui garantia no Decreto 01/2009 de 27 de abril de 2009. Por sua vez, em Portugal, encontramos Regulamento do Registo de Obras Literárias e Artísticas – RROLA que foi devidamente regulamentado¹⁶ pelo Código de Direito de Autor e Direito Conexo - DL n.º 63/85, de 14 de Março¹⁷ que MELLO¹⁸ entende que existem equívocos no referido DL “quando não duplica pura e simplesmente noções já sedimentadas, o RROLA as altera ligeiramente, dá-lhes um “cunho” próprio e gera perplexidade e confusão sobre o objecto de regulação”, na Lei comunitária DIRETIVA (UE) 2019/790 do parlamento Europeu e do conselho de 17 de abril de 2019 bem como na Legislação internacional previstas nas Convenções, nos Acordos e nos Tratados.

O citado autor diz ainda que “a Directiva contém uma regulação minuciosa de várias excepções e limitações ao exclusivo jusautoral, sobretudo para fins de investigação científica, didáticos e de conservação do património cultural”, todavia, a referida directiva não foi apresentada “de modo não inteiramente inovador para os direitos internos dos

¹⁴ Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de Setembro de 1866, completada em Paris a 4 de Maio de 1896, revista em Berlim a 13 de Novembro de 1908, completada em Berna a 20 de Março de 1914 e revista em Roma a 2 de Junho de 1928, em Bruxelas a 26 de Junho de 1948, em Estocolmo a 14 de Julho de 1967.

¹⁵ O artigo 5º da Constituição brasileira dispõe: « aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar».

¹⁶ Os artigos 42º e 43º da Constituição angolana dispõe: « É livre a expressão da actividade intelectual, artística, política, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; 1. É livre a criação intelectual, artística, científica e tecnológica. 2. A liberdade a que se refere o número anterior compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor».

¹⁷ Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos de Portugal, Título V, arts. 213º ao 216º.

¹⁸ O número 1 do artigo 5º da Código do Direito do Autor e dos Direitos Conexos dispõe: «Consideram-se obras as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas, que, como tais, são protegidas nos termos deste Código, incluindo-se nessa protecção os direitos dos respectivos autores».

Estados- membros.¹⁹”

Vale ressaltar que a regra portuguesa prevê, mecanismos de defesa do direito do autor na esfera da tutela, i: administrativa²⁰, relacionada nas intervenções preventivas ou repressiva e nas matérias relacionadas aos fonogramas e também de videogramas; ii: Tutela na ordem civil²¹, que garante atribuir comunicação antecipada ao autor da obra, além de prestar informações e de fiscalizar mecanismos que permitam obter e preservar documentos probatórios, ações que urgem tutela provisória e ainda a proteção ou defesa de direitos ameaçados via medidas cautelares e em casos de ameaça comprovada violação dos direitos de autor e dos direitos conexos; iii: vale ainda citar os mecanismos de proteção ao autor via tutela penal quando ocorrem usurpação, contrafação, violação do direito moral, aproveitamento de obra contrafeita ou ainda obra usurpada, dispondo no citado mecanismos inúmeras penalidades e medidas contra infratores, a aplicação do processo penal, e finalmente a tutela contra-ordenacional na proteção de direitos fundamentais, patrimoniais, etc.

Portanto, vemos que em ambas as legislações o tema de estudo possui grande importância, valendo ainda citar que na legislação brasileira, as questões relacionadas aos direitos autorais são previstas e protegidas: a) pela Constituição de 1988; b) pela Lei 9.610 de 1998, que regulamenta os direitos autorais, em substituição à lei 5.988 de 1973; c) O Código Penal Brasileiro no artigo 184.

Vale destacar, ad cautelam que a lei brasileira também prevê penalidades públicas incluindo a busca e apreensão de produtos não autorizados, a prevenção de representações, a reparação de danos morais e materiais, etc, além das questões relacionadas aos direitos autorais de artistas pagos para execução de obra musical, o que não é exigido se a orquestra for formada por pessoas sem instrução, previsão descrita na Súmula Vinculante nº386 do Supremo Tribunal Federal do Brasil²² in verbis: “Pela execução de obra musical por artistas remunerados é devido direito autoral, não exigível quando a orquestra for de amadores”.

Portanto, nota-se que ficou flagrante a aplicabilidade Legal nos países Lusófonos

¹⁹ MELLO. ALBERTO DE SÁ. O registo de obras literárias e artísticas – o novo regime em 2015.

²⁰ MELLO. ALBERTO DE SÁ. A transposição em Portugal da Directiva 2019/790 (ue), relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital

²¹ OLIVEIRA ASCENSÃO afirma que a tutela administrativa é suficiente para em casos concretos analisar demandas sobre o tema, ficando dispensado formas outras de tutela. Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos, p.636 ss.

²² Número 1 do Art. 70 Código Civil português dispõe: «A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral».
STF. <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur126854/false> consulta 05/01/2022.

acerca dos direitos do autor a aos direitos conexos.

3. Natureza Jurídica das Obras Protegidas:

Existem três teorias principais sobre a natureza jurídica do direito autoral: a) o direito autoral infringe o material, enfatizando o elemento patrimonial; b) os direitos morais do autor enfatizam o viés pessoal da natureza do direito e, portanto, o sentimento pessoal do autor, semelhante ao sentimento de amor presente por ele se manifesta como um possível direito humano; c) devido ao seu tamanho e características, o copyright é restrito aos direitos reais e o torna um direito especial.

Vale ressaltar que, a Lei 9.610 de 1998²³, “regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos”. Em terceiro lugar, o sistema brasileiro prevê que “os direitos autorais são considerados, para fins legais, ativos materiais.”

Por sua vez, MELLO²⁴ ao analisar o registo das obras literárias afirma que embora “os arts. 12º e 213º estatui que o direito de autor é reconhecido independentemente de registo, depósito ou qualquer outra formalidade, o que permite fixar a regra angular no nosso ordenamento jurídico neste domínio (ex vi art. 5/2, 1ª parte, CB*2): o direito de autor constitui-se pelo simples (f)acto da criação exteriorizada de um objecto (a obra intelectual) a que a lei reconhece expressão formal” todavia, “sendo o registo de obras literárias e artísticas não é condição de tutela das situações jurídicas inerentes pelo Direito de Autor.”

E não só, assevera o citado autor que “o art. 75º/2-o do Código português estabelece que não é necessária a autorização do autor para realizar a comunicação pública ou a colocação à disposição de membros individuais do público, para fins de investigação ou de estudos pessoais, através de terminais instalados para tal efeito em bibliotecas, museus, arquivos públicos e escolas, de obras protegidas que figurem nas colecções do próprio estabelecimento e que não sejam objecto de condições de aquisição ou licença”²⁵, ressaltando o Autor que “a Directiva 2006/115/CE12 consagra o direito exclusivo do autor de autorizar ou proibir o aluguer e empréstimo de originais e cópias de obras protegidas” desde que o seu uso seja “por tempo limitado, sem benefício económico ou comercial, directo ou indirecto, sempre que realizada por entidades acessíveis ao público (art. 2/1- b))”.

²³ Brasil. Lei 9.610 de 1998. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm Consulta 05/01/2022.

²⁴ MELLO. ALBERTO DE SÁ. O registo de obras literárias e artísticas – o novo regime em 2015. Páginas 2,3.

²⁵ MELLO. ALBERTO DE SÁ. Direito Exclusivo dos Autores e as Excepções a favor de Bibliotecas, Arquivos e Demais Instituições Culturais – Estudo De Direito Comparado dos Regimes Português e Espanhol.

Há ainda os que defendem que nenhuma natureza jurídica do direito autoral sozinho apoia esta relação dual entre o autor e sua obra, não por causa das relações nacionais, ou relações morais, razão pela qual, no presente, o estatuto jurídico do autor está sujeito a esta duplicação pela Teoria Dualista.

Sobre o termo autor, a Lei brasileira nº 9.610 de 1998 define o termo autor no seu artigo 11, dispondo assim “o autor é o criador individual da obra literária, artística ou científica”. Só o seu artigo transmite a ideia de pessoa jurídica nos casos previstos em lei.

Já os artigos 12, 13, 14, a mesma Lei dispõe sobre a identificação da configuração do auto, elencando o artigo 7º da Lei quais são as obras protegida.

Além dos poemas escritos no caput do parágrafo 7º, que mostram o uso cuidadoso do legislador da palavra “espírito”, usada como símbolo da engenhosidade do autor, nota-se que o que é protegido por lei como obra de arte é a formação das ideias, do intelecto. Por outro lado, as ideias sobrenaturais, no mundo real, não procuram um estado de defesa protetora. Além disso, algumas coleções de interesse mútuo não estão sujeitas a direitos autorais, portanto não são consideradas obras, por exemplo, documentos legais, decisões judiciais.

Portanto, há obras intelectuais sob um domínio especial de uso: obras de artes plásticas, obras fotográficas, obras cinematográficas, obras jornalísticas, obras fonográficas, além de obras publicitárias e de software.

Em termos de software, o Brasil adota a Lei nº 9.609 / 98, que protege a proteção, tem prazo de 50 anos, e o contrato é claro (licença, ordem ou cessão). É reconhecido que se o criador for funcionário da empresa, são atribuídos direitos à empresa, nos termos legais.

Nesse contexto, é importante ter em mente as dificuldades que um programa enfrenta, como especificação de software de segurança de computador, software, como pirataria e distribuição online (os programas de computador podem ser baixados online. Por um curto período), sem a necessidade para o especialista, fazer cópias do software, o que facilita muito enganar; além da dificuldade de teste, especificações que requerem proteção formal em regime especial.

Portanto, nesse aspecto, percebe-se que “a lei de autor portuguesa – com sede principal no Código de Autor e Direitos Conexos com mais de trinta anos – tem resistido bem à evolução das tecnologias auxiliares da produção e fixação de obras intelectuais”²⁶, fato que corrobora com a necessidades de que o “Direito de Autor e Direitos Conexos

²⁶ MELLO. ALBERTO DE SÁ. A transposição em Portugal da Directiva 2019/790 (ue), relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital - subsídios em nova reflexão sobre o tema.

português” apliquem “regras existentes às novas formas de utilização e, principalmente, de difusão das obras intelectuais.”

Vale ainda ressaltar que MELLO não acredita a Directiva tenha trazido “uma revolução normativa”, visto que a atual legislação já prevê a exploração das obras “por qualquer dos modos actualmente conhecidos ou que de futuro o venham a ser”.

Portanto, o que se espera é que ocorra “a adaptação dos exclusivos existentes, bem como das excepções e limitações aos mesmos, a novas modalidades de utilização, difusão e acesso aos bens protegidos por direito de autor e direitos conexos”.

Em suma, o que se notou, na ótica do citado autor é que a “transposição da Directiva relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital é apenas um pequeno passo do caminho que falta percorrer”, especialmente com os avanços da Internet e do mundo digital com os atuais metadados²⁷ na vida de milhares de pessoas.

4.As Exceções e Limitações aos Direitos do Autor

Atravessando a ponte da Natureza Jurídica das Obras Protegidas, é possível chegar ao ponto central deste trabalho e discorrer sobre as Exceções e Limitações aos Direitos do Autor. Neste ponto, devemos analisar as exceções e limitações aos direitos do Autor de a priori naquilo que consta na Convenção de Berna que protege as obras literárias, as de cunho artístico e as obras de cunho científico.

A referida legislação é o fundamento para o seguimento da aplicação do instituto ora estudado, tendo sido a raiz para as excepcionalidades na aplicabilidade dos direitos da propriedade intelectual essencialmente em tratados que foram formulados posteriormente á referido Convenção.

Ademais, a título de exemplo citamos o acordo OMC/TRIPS e a Convenção de Berna²⁸ que fundamenta as Exceções e Limitações aos Direitos do Autor seja no Brasil^{29,30} ou em Portugal³¹ porque ambos são signatários e, *pacta quantumcunque nuda servanda sunt*³².

Logo, o referido Pacto orienta questões como a reprodução de obras através de

27 MACHADO. MARIANA GOMES. O acesso aos metadados pelos Serviços de Informações da República Portuguesa. Almedina. 2019.

28 BRASIL. Decreto 75.699 de 1975. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm

29 BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (Lei de Direitos Autorais).

30 BRASIL. Constituição Federal. 1988. Artigo. 5º, inciso XXVII.

31 PORTUGAL. Código Civil. Artigo 406 (Eficácia dos Contratos) http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=item_id&value=970855

32 A Convenção de Viena prevê no artigo 26 o conteúdo Legal do Pacta Sunt Servanda, reza o citado artigo: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”.

terceiros interessados em casos excepcionais e, autoriza (de forma excepcional) ou limita os direitos do Autor para que não haja confusão a obra (título comercial) e, não crie prejuízos ao Autor e seus interesses legítimos na sua Obra.

Acerca da importância do estudo deste ponto, aclaramos que a aplicabilidade da Lei de Direitos Autorais não pode afrontar os autores(titulares) das obras quando em causa tratados Internacionais, devendo, data vênua, manter a harmonia preservando ambos os interesses seja ele material ou moral dos autores das obras para que se permite a regular produção seja na esfera intelectual ou na já citada esfera científica quando em causa haja eventuais conflitos de interesses do público em ter acesso as obras devidamente protegidas, eis os limites e as exceções sendo este entendimento de parte da Doutrina³³ e na legislação Constitucional³⁴ e infraconstitucional brasileira³⁵.

Na ótica deste autor, ambos os institutos devem, de fato e de direito caminharem harmoniosamente e, prezar pela justa indenização quando ocorrer afrontas aos direitos do Autor é medida inicial de equilíbrio da relação interesse público versus direitos do autor que é descrito no artigo 11 da Lei n. 9.610 de 1998 “(...) a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”.

A Lei limita e protege as obras em face de eventuais - ilegais apropriações direta, seja a título da reprodução de textos ou até mesmo reprodução de obras literárias ao comunicar em público obras sabidamente protegidas ou até mesmo indiretas a título de adaptar ou até mesmo realizar arranjos que façam mudanças ou transformem a obra original de seu criador, nesse sentido, artigo 12 da Convenção de Berna prevê, in verbis, “aos autores de obras literárias ou artísticas o direito exclusivo de autorizar as adaptações, arranjos e outras transformações das suas obras”, seja, frisa-se, a título de reprodução, tradução, adaptação, modificação, etc. cujo sentido na legislação brasileira se vê nos artigos 28 e 29 Lei n. 9.610 de 1998³⁶,

33 BASSO, MARISTELA. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 102 p. 493 - 503 jan./dez. 2007.

34 O artigo 5º da Constituição brasileira dispõe: « aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar»

35 SANTOS, Manoel J. Pereira dos. A Nova Lei do Software: Aspectos Controvertidos da Proteção Autoral. Disponível em <<http://www.minc.gov.br/diraut/cda17a3.htm>>.

36 Diz que: “cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.” Já o artigo 29 reza que “depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: I - a reprodução parcial ou integral (a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário” por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido (...) VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica (...); IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero; X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.” “Art. 33. Ninguém pode

Note que o artigo 9, do Decreto brasileiro prevê que “Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor”, por sua vez, os números 1, 2 do artigo 9º do Código do Direito do Autor prevê que “O direito de autor abrange direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais” e, “no exercício dos direitos de carácter patrimonial o autor tem o direito exclusivo de dispor da sua obra e de fruí-la e utilizá-la, ou autorizar a sua fruição ou utilização por terceiro, total ou parcialmente”, fato que MELLO discorda haja vista que na opinião do citado Autor não existe autorização sem a forma escrita visto que autorização não escrita é inválida e a mera licença não implica na transmissão de direito.

Vale ressaltar que o citado Autor³⁷ afirma que os limites impostos em Portugal por força da transposição da Directiva 2019 prevê “novos limites e excepções aos direitos de autor, ao direito sui generis do produtor da base de dados e ao direito do titular de publicações de imprensa”, não somente isso, a referida Directiva do mercado único digital, continua a lição do citado Autor, “DMUD prevê a consagração pelos Estados-membros de várias excepções e limitação aos direitos de autor, ao direito sui generis do produtor de base de dados e aos direitos conexos, incluindo o novo direito do editor de publicações de imprensa, para efeitos de prospecção de textos ou dados”.

Ou seja, na referida Directiva encontramos inúmeras excepções e limitações ao direito do Autor, seja para a investigação científica, os livros ou para que se conserve o património cultural. Que MELLO afirma não ser “de modo não inteiramente inovador para os direitos internos dos Estados-membros”, mas “é também original na responsabilização dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha (em rede, na Internet) que disponibilizem conteúdos imateriais protegidos por direitos de autor” seja pela efetivação de “carregamento não autorizado desses conteúdos pelos usuários dos serviços. Junta-se a estes aspectos a previsão de um direito conexo dos editores (titulares) de publicações de imprensa, de conteúdo, aliás, semelhante ao direito de autor nas obras colectivas jornalísticas, bem como a generalização de um direito de revogação por não exploração efectiva das obras pelos concessionários e transmissários de direitos.”

Em suma, o que se denota é que seja na realidade brasileira ou na realidade

reproduzir obra que não pertença ao domínio público, a pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la, sem permissão do autor”

37 MELLO. ALBERTO DE SÁ. “A Directiva 2019/790 e os novos limites e excepções aos direitos de autor, ao direito sui generis do produtor da base de dados e ao direito do titular de publicações de imprensa

portuguesa, existe, de fato e de direito limites e exceções ao direito do Autor, estabelecidos conforme o compêndio de exceções e limitações que ora se apresenta³⁸ ao estabelecer um conjunto novo de exceções e limitações³⁹.

Finalmente, em sede de conclusão deste ponto, notamos que a Directiva prevê inúmeros temas descritivos que fornecem base na aplicabilidade no Brasil ou em Portugal, seja no trato com questões relacionadas com as “instituições responsáveis pelo património cultural”, as bibliotecas ou museus acessíveis ao público, arquivos ou instituições responsáveis pelo património cinematográfico ou sonoro (cinematecas, videotecas e fonotecas) – art. 2º/3 DMUD.3.”, seja no trato com questões relacionadas no trato com a prospecção de textos e dados para fins de investigação científica, que, frisa-se, este Autor concorda com a tese que advoga MELLO ao considerar “reduzidor e impróprio limitar esta excepção às actividades de instituições de ensino superior e respectivas bibliotecas, institutos de investigação e hospitais que se consagram à investigação”.

Além disso, a Directiva portuguesa prevê ainda inúmeros limites e exceções seja na utilização livre para prospecção de textos ou dados e a utilização livre para a ilustração didáctica, reprodução de obras e de extração ou utilização do conteúdo de bases de dados para a realização de cópias de bens protegidos para fins de conservação, exploração de obras e outros conteúdos imateriais protegidos fora do circuito comercial por instituições responsáveis pelo património cultural, utilização em rede de publicações de imprensa por agregadores de notícias ou serviços de monitorização de media, as crónicas, as fotografias, os vídeos e os artigos de opinião, na responsabilização dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha pelo carregamento e ulterior disponibilização na Internet de conteúdos imateriais protegidos carregados por usuários

38 MELLO. ALBERTO DE SÁ. “A Directiva 2019/790 e os novos limites e exceções aos direitos de autor, ao direito sui generis do produtor da base de dados e ao direito do titular de publicações de imprensa

39 Estabelece a Directiva: a) estabelece um novo conjunto de excepções e limitações a direitos de autor e direitos conexos e ao direito sui generis dos produtores das bases de dados a favor de instituições do património cultural:

i) para prospecção de textos e dados (art. 4º); ii) para fins de conservação de obras (art. 6º); iii) relativo a obras e outros conteúdos imateriais protegidos fora do circuito comercial (art. 8º). b) consagra a utilização livre (independente do consentimento do titular do direito) de obras e outros conteúdos imateriais protegidos para fins de ilustração didáctica (art. 5º); c) reconhece aos editores (titulares) de publicações de imprensa um direito conexo sobre a utilização em linha (em rede, na Internet) das suas publicações por prestadores de serviços da sociedade da informação (art. 15º); 5 d) determina que os Estados-membros prevejam que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha que veiculem obras e outros conteúdos imateriais protegidos por direitos de autor, carregados pelos usuários desses serviços, na medida em que realizam um acto de comunicação ao público / colocação à disposição do público quando oferecem ao público o acesso a esses conteúdos imateriais protegidos, devem obter autorização dos titulares de direitos para essa colocação de conteúdos à disposição do público, sob pena de responderem por violação de direitos de autor (art. 17º). Trataremos de seguida os temas descritos, procurando fornecer mais alguns subsídios sobre os que pensamos deverem ser os termos para a sua transposição em Portugal.

não autorizados, no Direito de revogação de atos de licenciamento da utilização de obras ou outros conteúdos imateriais protegidos ou de transferência de direitos

Ressaltando que cabe “aos titulares de direitos a todo o tempo e de forma fácil e eficaz, excluir as suas obras ou outros conteúdos imateriais protegidos do mecanismo de licença previsto no n.º 1 ou da exceção prevista no n.º 2, incluindo após a concessão da licença ou do início da utilização em causa” cabendo, na ótica de STUBER⁴⁰ "os direitos patrimoniais estão vinculados às relações jurídicas que envolvem a utilização econômica do bem, produto da criação intelectual do autor, e que lhe confere o direito exclusivo de dispor, vender, distribuir, publicar ou reproduzir este bem."

Por sua vez, no que se refere ao texto Legislativo brasileiro, de uma forma geral o que se entende com os exemplos ora apontados, são exemplificativos ou taxativos? Analisando sob a ótica *latu senso* podemos definir que são taxativos eis que expressa uma lista que define, limita os Direitos do Autor, como previsto no rol exaustivo do artigo 40 da Lei 9610 de 1998 ainda o artigo 6º da lei 960941 de 1998 – lei do Software, todavia, o que se vê é que os referidos textos não constitui totalmente os limites ao direito do Autor, permitindo-se uma interpretação extensiva, haja vista os limites daquilo que podem ou não ser protegidos na própria lei do direito do Autor e na própria Constituição brasileira, como por exemplo, a divulgação de pesquisas científicas de interesse público e a cópia privada, sendo este último exemplo nos estudos de ASCENÇÃO⁴² “(...) uma manifestação do princípio da liberdade do uso privado.” Sendo, portanto, “(...) livre a reprodução para o uso privado. Isto é mera decorrência de direito patrimonial se reduzir a um exclusivo de exploração econômica da obra” sendo está a ótica dos ensinamentos de BITTENCOURT BRASIL⁴³ ao definir que “temos nos posicionado sempre de forma a entender que realmente as cópias de obras feitas para o uso particular não fere o direito do autor”, ou seja, existem exceções e tais exceções têm previsão no texto Legal, cujo fito na ótica deste autor é de cunho social e não comercial e, tais limitações observam como legítimo, por exemplo, a cópia que faz o privado.

Outrossim, advogamos esta tese com base naquilo que a doutrina brasileira têm construído e consagrado através da lei 10.695 2003, que retificou o importantes textos do

40 Stuber, Bentivegna e Armani, artigo intitulado "Lei do Software - Proteção legal dos Programas de Computador", publicado na home page do Consultor Jurídico, /1999-abr- 14/protecao_legal_programas_computador.

41 BRASIL. Lei 9609 de 19 de fevereiro de 1998. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm

42 ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito autoral. 2a ed, Rio de Janeiro, renovar, 1997, p. 257

43 BITTENCOURT BRASIL, Angela. O Napster nos caminhos da legalidade. Direito na Web, 2000. Disponível em <<http://www.direitonaweb.com.br/colunista.asp?l=angela&ctd=175>>

Código Penal brasileiro e do Código de Processo Penal brasileiro quando aplicados na excepcionalidade, especificamente ao direito do Autor “quando a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar para uso privado do copista sem intuito de lucro direto ou indireto” previsto no § 4º do artigo 184 do Código Penal brasileiro⁴⁴, exigindo que a conduta do particular seja revestida de dolo e sua conduta previa lucro, logo, este é um importante exemplo de limitação ao direito do Autor que este signatário defende como forma de interesse social de cunho individual e coletivo os limites ora exemplificados, lembrando ainda os inúmeros limites previstos na Lei 9609, conhecida como a lei do Software que especificam e estabelecem limitações a propriedade intelectual de programa de computado e sua comercialização.⁴⁵

Notamos ainda que o Superior Tribunal de Justiça brasileiro garante a devida aplicabilidade da chamada “Regra dos Três Passos” (“Three Steps Theory”), que admite “outras hipóteses em que a reprodução de obras dispensa a autorização do autor, desde que satisfeita a regra dos três passos”, considerando limitar o direito de exclusividade do autor, em que o direito dele de se opor a determinada utilização de sua obra.”

Assim sendo, notamos que os limites que ora se estuda estão claramente sujeitos aos princípios do texto Constitucional brasileiro e também português.

Finalmente, vale ressaltar, que seja através da Directiva português seja através da lei brasileira, existe clara previsão as várias exceções e limitações ao Direito do Autor, todavia em Portugal, o que se tem estudado em parte da Doutrina portuguesa⁴⁶ este autor concorda é que Código de Autor e Direitos Conexos de Portugal tem se mostrado sólida e atual no sentido de proteger e manter preservados os direitos à criação de obras literárias, artísticas etc. MELLO assegura que a Directiva “exclui imediatamente a reprodução de

44 BRASIL. Código Penal brasileiro. Dispõe: “Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: (...) § 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.”

45 Lei 9609, no seu artigo prevê: “1º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados”. Autor e Direitos conexo português é a adaptação das regras existentes às novas formas de utilização e,

46 MELLO. A principal conclusão a que chegamos é que o que de mais desafiante se apresenta ao Direito de principalmente, de difusão das obras intelectuais. Temos dúvidas de que tal exija o que possa chamar-se uma revolução normativa, posto que a lei existente foi logo instituída prevendo a exploração das obras “por qualquer dos modos actualmente conhecidos ou que de futuro o venham a ser”. Trata-se, sobretudo, de promover a adaptação dos exclusivos existentes, bem como das exceções e limitações aos mesmos, a novas modalidades de utilização, difusão e acesso aos bens protegidos por direito de autor e direitos conexos. Nessa medida, a transposição da Directiva relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital é apenas um pequeno passo do caminho que falta percorrer.

obras a que acedam por empréstimo ou colocadas sob sua custódia em exposições temporárias, por exemplo,” sendo tal limitação “mais exigente que a da lei portuguesa, que não a contém” sendo aqueles limites na ótica do citado Autor “algo enigmática expressão “[a reprodução e os exemplares resultantes devem limitar-se] às necessidades das actividades próprias dessas instituições” que segue da indagação do que “serão, exactamente, “necessidades próprias” comuns a bibliotecas, museus e arquivos? Julgamos tratar-se precisamente dos actos de conservação e preservação dos respectivos espólios, que só se justificam se respeitarem a bens que integrem as suas colecções permanentes”.

Enfim, a título de comparação no epílogo deste capítulo, urge esclarecer que no Brasil, as leis aqui citadas que se aplicam aos limites impostos ao direito do Autor não constitui totalmente os limites ao direito do Autor, ou seja, devemos buscar que sejam ampliadas as exceções para a utilização de forma justa às obras quando devidamente observados o seu uso sem cunho financeiro, não comercial.

Este signatário opina que sejam adotadas um conjunto das exceções complementares às limitações impostas ao direito do Autor, devendo, com a devida vênia, reconhecer como legal o uso e ampliação aqueles que não têm interesse comercial na cópia como forma de equilíbrio aos direitos autorais versus o interesse social, quando, por exemplo revestido de fair use⁴⁷, até mesmo ante a atual modernidade tecnológica na era dos metadados.

Portanto, o que este autor opina e espera é que “não existe uma forma de falar sobre uma “Sociedade da Informação” sem considerar até que ponto a informação e a cultura devem ser livres” – LESSIG (2004),⁴⁸ e, “a medida que ocorram as evoluções tanto tecnológicas quanto dos modelos de negócio ou da própria cultura, é possível flexibilizar, permitindo que as exceções sejam alteradas e administradas. A ampliação do artigo 46 da lei 9610 do "uso justo" visto ser uma exceção à violação de direitos autorais se o uso do material protegido por direitos autorais for considerado "justo"⁴⁹ cujo aplicabilidade este autor entende deve ser ampliada no Brasil sob a análise do instituto da boa-fé.

5. Direitos do Autor e Direitos Conexos

Os artigos 46, 47 e 4813 da Lei 9.610 de 1998 estabelecem restrições ao Direito de

47 US Copyright Statute. <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>

48 LESSIG, Lawrence, 2004. Cultura Livre. Tradução por Fábio Emílio Costa.

49 GURJÃO. PAULO JOSÉ. A doutrina do fair use no direito autoral brasileiro: o uso da doutrina norte-americana do fair use como paradigma de interpretação da lei de direito autoral brasileira. Monografia de final de curso a Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2019. Disponível <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/11288/1/PJGurjao.pdf>.

Autor, iguais ao “efeito das obras públicas de obras, para atender ao inegável interesse público no desenvolvimento cultural”, Manso (1980).⁵⁰

O direito autoral e a duração da propriedade estão estabelecidos nos artigos 28 a 45 da Lei 9.610, que prevê um período de 70 anos - a partir de 1º de janeiro do ano seguinte à sua divulgação - um período de proteção dos direitos de propriedade intelectual em obras audiovisuais e fotográficas.

Esses direitos são transferidos na ordem da causa mortis, embora seja contestado pela doutrina de que os direitos absolutos se extinguem com a morte do titular, no caso dos direitos morais do autor, seus resultados após a morte e ad aeternum, os sucessores são responsáveis, todavia, cabe ao poder público zelar pela integridade da obra caída no domínio público e, portanto, pelos direitos morais do autor.

Reza o artigo 6 da Convenção de Berna⁵¹, "independentemente dos direitos patrimoniais do autor, e mesmo após a cessão desses direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra ou a qualquer atentado à mesma obra, que possa prejudicar a sua honra ou a sua reputação".

Direitos Relacionados (BITTAR, 1988) são os chamados direitos de classe que baseiam seu trabalho em outros criados por terceiros, conforme previsto no artigo 90 da Lei nº 9.610, lembramos que na Lei nº 5.988 de 1973, prevê que o tradutor ou produtor artístico: "autor, palestrante, narrador, seguidor, artista, dançarino, artista ou qualquer outro tradutor ou produtor de obra literária, artística ou científica".

Já o artigo 89 da Lei nº 9.610 de 1998 garante que as normas relativas ao autor se aplicam a tradutores e atores, e, conseqüentemente, o artigo 92 da Lei nº 9.610, que garante direitos morais, dispondo que "Aos intérpretes cabem os direitos morais de integridade e paternidade de suas interpretações, inclusive depois da cessão dos direitos patrimoniais, sem prejuízo da redução, compactação, edição ou dublagem da obra de que tenham participado, sob a responsabilidade do produtor, que não poderá desfigurar a interpretação do artista"⁵².

O artigo 49 que trata da transferência dos direitos do autor, discorre que em suma "Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de

50 MANSO, Eduardo Vieira. Direito Autoral, Editora Bushatsky, 1980.

51 http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=item_id&value=1434319 acesso: 05/01/2022.

52 O aspecto da proteção moral, na lei de direitos autorais, é uma garantia protetiva que se evidencia em vários artigos, e em diferentes formas de criações. No artigo 92 a lei protege os direitos morais autorais dos intérpretes (artistas) mesmo após a cessão dos direitos patrimoniais.

representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações”:⁵³

Fica latente que promulgado na disposição da lei que um objeto, a natureza, pode ser usado para a exploração comercial. Observe que não há transferência de direitos autorais pelo autor e que, em uma transferência completa de direitos autorais, um formulário por escrito é necessário e obrigatório para ser válido para uma ação legal. Ainda, de acordo com o disposto no IV do referido artigo, a alocação de direitos autorais deve ser feita, lembrando que, no sistema nacional, a tradução de material protegido por direitos autorais deve ser interpretada de forma restritiva. Por fim, de acordo com o Artigo 4 (item V), não é permitida a transferência dos direitos autorais de criações futuras.

Nos ensinamentos de Mello⁵⁴ o autor afirma que existe uma clara omissão no texto da lei, “O art. 1º RROLA estatui estabelecer as regras e os procedimentos de registo de obras literárias e artísticas dos domínios literário, científico e artístico” e que “deveria referir-se não às obras, mas aos direitos de autor a elas relativos. Contudo, fica implícito que este Regulamento exclui do seu âmbito de aplicação os direitos conexos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fono/videogramas e dos organismos de radiodifusão”, fato que na opinião do citado autor “torna relativamente misteriosa a preocupação do RROLA, antes referida, em definir fonogramas e videogramas, já que os seus produtores são protegidos precisamente (só) por direitos conexos”.

Não só isso, o autor apresenta ainda a seguinte indagação “Esta ideia pode ser contrariada pela mais inesperada das disposições do RROLA: depois de, nos arts. 1º e 4º, só se fazer menção a obras literárias e artísticas, o art. 10º (norma que trata apenas da legitimidade para requerer o registo) inclui entre os legitimados os titulares de direitos conexos. Quais, se estes e os respectivos objectos não estão incluídos no objecto do registo?” Na ótica de MANSO⁵⁵, “em razão da maneira como nascem tais direitos, alguns são conexos aos direitos autorais (como os direitos dos artistas, p.ex que sempre nascem em conexão com o exercício do direito de apresentação de uma obra intelectual realizada

53 I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei; II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita; III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos; IV - a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário; V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato; VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

54 MELLO, ALBERTO DE SÁ. O registo de obras literárias e artísticas – o novo regime em 2015. Páginas 6, 7.

55 MANSO, E. V. A informática e os direitos intelectuais. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais. p. 152.

mediante sua execução artística”). E não só, continua a lição “outros, são direitos vizinhos dos direitos dos autores, dada a sua gravitação em torno destes por força de razões de ordem econômica, tal como se dá com os direitos dos editores e dos produtores fonográficos”, além disso, “alguns são meramente análogos, visto que mereceram, por uma ou outra razão, tratamento jurídico (às vezes de ordem legislativa, como no caso do direito de arena, incluído na lei brasileira do Direito Autoral) análogo ao direito dos autores, como é o caso do direito à própria imagem”.

Finalmente, “embora pareça patente ter sido intenção do legislador de 2014 incluir os direitos conexos e os factos a estes relativos entre os que são objecto deste registo, a expressão legal deste intento é, no mínimo, intrigante”.

6. Direito Moral do Autor e o Plágio

Pelo que se sabe, a violação dos direitos de autor e direitos conexos cria sanções à transferência e reprodução não autorizadas, contrafação e cópia, conforme previsto nos artigos 184 e 186, (artigo 185, revogado nos termos do Código Penal 10.695 / 2003), estabelecendo sanções aos direitos de autor.

O artigo 184 do Código Penal brasileira dispõe sobre as penas para aqueles que violarem os direitos de autor e os que lhe são conexos cujo pena de detenção é de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. § 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produto”

Por sua vez, o Código do Direito do Autor e Direitos Conexos⁵⁶, no seu artigo 198º prevê que “é punido com as penas previstas no artigo anterior: a) Quem se arrojar a paternidade de uma obra ou de prestação que sabe não lhe pertencer; b) Quem atentar contra a genuinidade ou integridade da obra ou prestação, praticando acto que a desvirtue e possa afectar a honra ou reputação do autor ou do artista”, haja vista que “o plágio é lesão do direito pessoal de paternidade”, cabendo apenas ao “criador da obra intelectual que, pessoal, irrenunciável e intransmissivelmente, pode reivindicar a autoria da obra que cria”. E, caso outro diga alegue que aquela obra lhe pertence, mesmo “sob a capa de uma criação própria

– que o não é, pois nem é criação, nem é própria –, haver outrem que reivindica a

56PORTUGAL.https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=484&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=Acesso 06 de janeiro de 2022.

paternidade do que é criação alheia, é uma violação do direito pessoal (dito “moral”)⁵⁷ responderá pelas penas descritas no citado artigo 198.

Existem vários tipos de casos criminais que protegem os direitos autorais, na maioria das vezes cópias não autorizadas, como direitos autorais, comércio e cópia não autorizados, assinatura do trabalho de outra pessoa como sua ou cópia dos direitos autorais de terceiros

A lei também aumentou as penas mínimas para estatísticas elegíveis, que no Nucci¹⁶ "podem ter como objetivo evitar a aplicação do disposto na Lei 9.099/95 (suspensão condicional do processo penal com multa mínima não superior a um ano) e indicando tratamento penal severo".

Uma das formas de violar o direito do autor está no plágio. MELLO⁵⁸ afirma que quem realiza um plágio, “copia, no todo ou em parte, uma obra protegida por direito de autor reproduz-a servilmente, duplica-a” e não somente isso, o que copia sem autorização expressa “viola o direito de reprodução da obra original que pertence em exclusivo ao titular do direito de autor. Isto é assim quer o reproduzidor não autorizado o faça arrogando-se a paternidade e autoria da obra que copia, quer se não o fizer”, que plagiar uma obra “é um acto que mina a criação literária e artística” e não só, “na academia, está tão disseminado que inquina um número crescente de candidaturas a graus ou a prémios”.

Na lição de A. Castán Pérez-Gómez⁵⁹ “no plágio, a obra original é submetida a um hábil processo de deformação, em virtude do qual o imitador nela introduz modificações, muda aspectos formais, substitui parcialmente umas expressões por outras equivalentes ou semelhantes, conseguindo deste modo fazer passar por próprios, com uma apresentação formal distinta, os valores estéticos ou intelectuais de uma obra alheia.”

Analisando a já citada obra de MELLO, o Autor afirma que “quanto aos direitos patrimoniais de autor: a titularidade do direito de autor é oponível erga omnes independentemente de registo, ou seja, também contra terceiros que tenham registado antes do autor/titular originário (ou de outrem que adquira essa titularidade por contrato) ter registado o facto constitutivo – é o que impõe a regra dos arts. 12º e 213º CDA*, antes referida (cfr. supra, n.º 1-II)”⁶⁰.

57 MELLO. ALBERTO DE SÁ. Plágio e direito de autor. Folhas 179

58 MELLO. ALBERTO DE SÁ. Plágio e direito de autor. Folhas 171.

59 MELLO. Apud. PÉREZ-GÓMEZ ANTONIO CASTÁN. El plagio y otros estudios sobre Derecho de autor – El plagio de la obra cinematográfica, Editorial Reus, Madrid, 2009, p. 49, citando Hermenegildo Baylos Corroza, Disquisiciones sobre el plagio, 1988.

60 Neste sentido, também OLIVEIRA ASCENSÃO, ob. cit., n.º 273-III

Logo, notamos claramente a explicação para a importância do estudo porque se dá inclusive nas lições relevantes sobre a possibilidade de que a função social do Direito Autoral pode (ou não) violar o direito de cada autor.

Nesse sentido, ensina Carboni⁶¹ (2010) que "os contornos do direito do autor também são moldados pela extensão de seu objeto e pela duração da proteção moral. Como critérios para determinar se uma obra é ou não protegida pelo direito do autor são calcados nos princípios estabelecidos pela doutrina (como o próprio direito de originalidade)⁶²"

Ou seja, o padrão (relativo) de criatividade é uma parte importante da análise, onde o princípio da mensuração é aplicado em um caso concreto. O âmbito da proteção material é estabelecido ao longo do tempo, da vigência da lei, e é possível que a mensuração efetiva seja feita pela justiça constitucional, que inclui a proteção das garantias e dos deveres dos cidadãos.

Finalmente, verificamos nas citadas obras que o plágio ocorre em diversas formas, seja na esfera do plágio de literaturas, artístico, punido em sede de Direito de Autor e o plágio acadêmico e científico, cuja censura se circunscreve ao âmbito em que é praticado,⁶³ destacando-se como um exemplo real de danos causados ao Direito do Autor e aos Direitos Conexos.

7. **Direito do Autor e sua Função Social:**

Em sede de epílogo deste trabalho, notamos que o direito autoral sobre obra pública se refere à garantia constitucional prevista no art. 5º, incisos XXIX, XXVIII e XXIII, da CF/88 que fundamento no princípio da função social da propriedade.

Segundo José de Oliveira Ascensão⁶⁴ (1997) "o direito autoral, como todos os outros ramos do direito, não é protegido no espírito da Constituição "nem mesmo do autor" deve ser garantido nos termos usuais de definição legal."

Staut Júnior⁶⁵ (2006) afirma que "embora se reconheça o direito ou o conteúdo

61 CARBONI, GUILHERME. Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede. São Paulo, Quartier Latin, 2010.

62 A sua esfera de abrangência nem sempre é precisa. As obras que estiverem contidas nessa esfera serão protegidas por um prazo determinado e, após cairão em domínio público, o que significa que qualquer um possa utilizá-las livremente. A definição das obras que devem estar dentro ou fora dessa esfera de proteção e os prazos a serem aplicados sobre as mesmas têm fundamental importância para o exame do cumprimento da função social do direito do autor, pois através do confronto desses elementos com situações concretas, poder-se-á auferir se o direito de autor está contribuindo para o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico".

63 MELLO. ALBERTO DE SÁ. loc. cit.

64 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

65 STAUT JR, Saíd Staut. Direitos Autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006. p. 168.

patrimonial dos direitos autorais, possibilitando e garantindo a apropriação privada, por um titular, de bens artísticos, científicos e literários, condiciona-se a sua utilização patrimonial aos interesses de toda sociedade.

Finalmente, e não menos importante, Mello⁶⁶ define que “o direito de propriedade é a expressão juridicamente reconhecida da propriedade. É o perfil jurídico da propriedade. É a propriedade, tal como configurada em dada ordenação normativa. É, em suma, a dimensão

ou o âmbito de expressão legítima da propriedade: aquilo que o direito considera como tal.” sendo “o direito de autor reconhecido independentemente de registo, depósito ou qualquer outra formalidade”⁶⁷

Conclusão

Em sede de conclusão deste estudo, notou-se ser de bastante relevância o estudo dos direitos autorais e aos Direitos Conexos, seus limites e exceções, seja pelo seu status legal, seja pela finalidade do direito aplicado ou pelas proteções ao instituto de estudo.

Percebemos que o Direito de autor, quando analisados sob a perspectiva dos sistemas de raiz europeia continental - copyright, como por exemplo no sistema português e no sistema brasileiro, o que se protege, sobretudo, é a pessoa do criador, ou seja, tal regra se fixa no homem, no autor da obra cujo efeito protetivo é o efeito erga omnes. Por outro lado, notamos que o Direito de autor sob a perspectiva do sistema common law o que se tem como idela é a integridade e genuinidade da obra, protege-se e defende-se a obra e não o direito de paternidade do autor.

Vimos ainda que a medida prevista no artigo 29 da Directiva 2019/790 é original e difere da regra portuguesa e brasileira no sentido de impor limites aos atos de reprodução livre de obras por bibliotecas, museus e arquivos nas obras que estão na posse, detenção in verbis “as obras e outro material protegido deverão ser considerados parte integrante e permanente da coleção de uma instituição responsável pelo património cultural quando as cópias dessas obras ou outro material protegido forem da propriedade ou estiverem definitivamente na posse dessa instituição”, fato que difere da luso-brasileira que não prevê tal limitação.

Vale ressaltar que este autor defende a idéia de que os limites ao Direito de autor quando em questão os interesses das bibliotecas, museus e arquivos integram o desenho

66 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Direito civil. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 92.

67 Disposto nos artigos 12 e 213 do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos de Portugal, aprovado pelo Decreto-lei n.º 63/85, de 14-3, sucessivamente alterado até à Lei n.º 49/2015, de 5-6.

do conteúdo dos mesmos e são intrínsecos aos direitos da propriedade intelectual e possuem investidura de caráter social, de interesse público, devendo-se dar máxima vênua buscar um equilíbrio para essa relação.

Em suma, este autor considera que a Directiva 2019/790 acrescentou ao Direito português e ao Direito brasileiro quando analisado sob a perspectiva do direito de autor dos editores de publicações de imprensa, o direito a ele conexo, efetuar a concessão de licenças sobre a utilização na rede global de Internet das suas respectivas publicações ou através de prestadores de serviços (sociedade da informação), seja pela edição de notícias, fotografias ou vídeos, visto as necessidades de maiores adoções ante a atual vida moderna que se apresenta quase que totalmente informatizada, por exemplo, com o surgimento de novas tecnologias, tais como os metadados, são condições sine qua non para se garantir o regular exercício aos direitos autorais e aos direitos relacionados – conexos.

Portanto, trata-se de um convite sobre a necessidade de que sejam pensadas e adotadas outras medidas que protejam os direitos autorais da “cópia, falsificação e plágio por reprodução, plágio por transformação da obra original, a violação do Direito de Autor, o plágio e violação dos limites da liberdade de citação, o plágio científico e académico, o autoplágio, as sequelas e o aproveitamento da estrutura narrativa de obra anterior, a falsa atribuição de autoria e os “ghost writers”, o plágio em obras (colectivas) de empresa, a reprodução incidental e a coincidência fortuita de obras”⁶⁸, enfim, ainda há uma real e perene necessidade de que o tema seja ainda mais aprofundado.

Referências Bibliográficas

- ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução à Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BASSO, MARISTELA. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 102 p. 493 - 503 jan./dez. 2007.
- BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- BITTAR, Carlos Alberto. Contornos do Direito do Autor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- BRASIL. Lei nº 9610, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre direitos autorais. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm Acesso em: 30 dezembro de 2021.
- BRASIL. 1988. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em em: 30 dez. 2021.
- BRASIL. Lei 9279 de 1996. Artigo 8º http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm.

⁶⁸ MELLO. ALBERTO DE SÁ. Plágio e direito de autor. Folhas 171.

Acesso 05/01/2022.

CARBONI, GUILHERME. Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede. São Paulo, Quartier Latin, 2010.

Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de Setembro de 1866, completada em Paris a 4 de Maio de 1896, revista em Berlim a 13 de Novembro de 1908, completada em Berna a 20 de Março de 1914 e revista em Roma a 2 de Junho de 1928, em Bruxelas a 26 de Junho de 1948, em Estocolmo a 14 de Julho de 1967.

DI BLASI, Gabriel. A propriedade Industrial. Forense, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. São Paulo: Saraiva, 36ª. Edição, 2010.

GURJÃO. PAULO JOSÉ. A doutrina do fair use no direito autoral brasileiro: o uso da doutrina norte-americana do fair use como paradigma de interpretação da lei de direito autoral brasileira. Monografia de final de curso a Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2019. Disponível <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/11288/1/PJGurjao.pdf>.

JO L 129 de 16.5.2012, p. 1

JUNIOR, Nelson Nery. Rosa Maria de Andrade Nery. Leis Civis Comentadas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LEITE, Eduardo Lycurgo. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

LEITÃO, Adelaide Menezes. Responsabilidade Civil por Violação do Direito de Autor, referente a conferência proferida no XII Curso Intensivo de Verão em Direito da Sociedade de Informação e Direito de Autor, organizado pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual, em 11 de julho de 2013, p. 4.

LEITÃO, Adelaide Menezes. O Reforço da tutela da propriedade Intelectual, p.12.

MACHADO. MARIANA GOMES. O acesso aos metadados pelos Serviços de Informações da República Portuguesa. Almedina. 2019.

MANSO, Eduardo Vieira. Direito Autoral, Editora Bushatsky, 1980.

MANSO, E. V. A informática e os direitos intelectuais. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais. p. 152.

MEDINA, José Miguel Garcia. Constituição Federal Comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Direito civil. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 92.

MELLO. Alberto de Sá. Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos. 4ª edição atualizada e ampliada, Almedina, 2020.

MELLO. ALBERTO DE SÁ. O registo de obras literárias e artísticas – o novo regime em 2015.

MELLO. ALBERTO DE SÁ. A transposição em Portugal da Directiva 2019/790 (UE), relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital - subsídios em nova reflexão sobre o tema.

MELLO. ALBERTO DE SÁ. O registo de obras literárias e artísticas – o novo regime em 2015.

MELLO. ALBERTO DE SÁ. Direito Exclusivo dos Autores e as Excepções a favor de Bibliotecas, Arquivos e Demais Instituições Culturais – Estudo De Direito Comparado dos Regimes Português e Espanhol.

MELLO. ALBERTO DE SÁ. A transposição em Portugal da Directiva 2019/790 (ue), relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital - subsídios em nova reflexão sobre o tema.

MELLO. ALBERTO DE SÁ. Plágio e direito de autor.

MELLO. Apud. PÉREZ-GÓMEZ ANTONIO CASTÁN. El plagio y otros estudios sobre Derecho de autor – El plagio de la obra cinematográfica, Editorial Reus, Madrid, 2009, p. 49, citando Hermenegildo Baylos Corroza, Disquisiciones sobre el plagio, 1988.

LESSIG, Lawrence, 2004. Cultura Livre. Tradução por Fábio Emílio Costa. NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. Forense, 2015

OLIVEIRA ASCENSÃO afirma que a tutela administrativa é suficiente para em casos concretos analisar demandas sobre o tema, ficando dispensado formas outras de tutela. Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos, p.636 ss.

OLIVEIRA ASCENSÃO, ob. cit., n.º 273-III.

PORTUGAL. Constituição (1976). Constituição da República Portuguesa. Lisboa: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

Acesso em: 30 dezembro. 2021).

PORTUGAL. 1966. Código Civil. Número 1 do Art. 70.

PORTUGAL. Decreto Lei (1985). Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Lisboa:http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=484&tabela=leis&so_miolo= Acesso em: 30 de dezembro. 2021.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SPERLI, Fabian M. O direito do autor à luz do direito civil contemporâneo. Dissertação de mestrado, Pontifícia Universidade Católica, 2006.

STAUT JR, Said Staut. Direitos Autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006. p. 168.

STF. <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur126854/false> consulta 05/01/2022. UE. Diretiva 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de abril de 2019 relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE.

US Copyright Statute. <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>

A Criminalização do Aborto como Obstáculo a Concretização do Direito de Cidadania: uma Análise do Caso Brasileiro Frente ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos

*The Criminalization of Abortion as an Obstacle to the Realization of the
Citizenship: An Analysis of the Brazilian case in Relation to the International System for the
Protection of Human Rights*

Gabriel Rodrigo de Sousa¹

Taíza Soares de Assis²

Sumário: Introdução; 1. A proteção internacional aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher enquanto direitos humanos; 2. A criminalização do aborto e o tratamento jurídico brasileiro à mulher que aborta; 3. Cidadania e reprodução: a precarização do estatuto político da mulher; Considerações finais.

Resumo: O presente estudo tem por objetivo geral analisar a experiência jurídica brasileira, no que diz respeito à proteção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, em contraposição ao que determina o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Mais especificamente, o estudo visa analisar o tratamento jurídico brasileiro dado à criminalização do aborto e como este pode estar impedindo que o país avance na implementação de um direito de cidadania alinhado à perspectiva mundial de proteção dos direitos humanos. Sendo assim, a pesquisa busca responder ao seguinte problema de pesquisa: como o tratamento jurídico brasileiro concedido à criminalização do aborto pode estar contribuindo para violação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher e para consequente obstaculização do seu direito de cidadania? Para tanto, a pesquisa será dividida em três partes: na primeira, faz-se um apanhado dos principais instrumentos jurídicos internacionais envolvendo a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, dos quais o Brasil é signatário; na segunda parte, busca-se, a partir da análise de casos exemplificativos selecionados na mídia, analisar o tratamento jurídico concedido à criminalização do aborto no Brasil, a fim de averiguar como o útero da mulher tem sido tratado como um espaço de exceção de direitos, a submetendo a um permanente estatuto de ilegalidade; na terceira parte, pretende-se entender como a criminalização do aborto pode estar subvertendo a lógica da proteção dos direitos humanos ao contrapor os direitos sexuais e reprodutivos da mulher a um suposto direito à vida do feto, servindo, de justificativa para violações sistemáticas de direitos humanos e fundamentais, além de impedir a concretização do direito de cidadania da mulher, assim entendido sob a perspectiva de Hannah Arendt, como o “direito a ter direitos”. Como principais conclusões tem-se que a opção brasileira por criminalizar o aborto como regra, transforma o útero em um espaço de exceção, onde os direitos humanos são flexibilizados, além de colocar a mulher que aborta num contante estado de ilegalidade, o qual tem sido utilizado como pretexto para submissão do seu corpo a constantes violações, negando às mulheres seu status de cidadã, uma vez que lhe é negado

¹ Mestre em Direito pela UFU. Especialista em Direito e Processo Penal pela EBRADI. Bacharel em Direito pela UFU. email: sousarodg@gmail.com

² Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU; Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera – UNIDERP; Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Email: taiza.soaresassis@gmail.com

o “direito a ter direitos”. Trata-se de pesquisa indutiva, de objetivo exploratório, a ser desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: direitos sexuais e reprodutivos; criminalização do aborto; cidadania; direitos humanos.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the Brazilian legal experience, with regard to the protection of women's sexual and reproductive rights, in contrast to what is determined by the international system for the protection of human rights. More specifically, the study aims to analyze the Brazilian legal treatment given to the criminalization of abortion and how this may be preventing the country from advancing in the implementation of a citizenship right aligned with the global perspective of human rights protection. Therefore, the research seeks to answer the following research problem: how can the Brazilian legal treatment granted to the criminalization of abortion can contributing to the violation of women's sexual and reproductive rights and the consequent obstacle to their right to citizenship? To this end, the research will be divided into three parts: in the first, an overview of the main international legal instruments involving the protection of women's sexual and reproductive rights, of which Brazil is a signatory; in the second part, based on the analysis of exemplary cases selected in the media, we seek to analyze the legal treatment granted to the criminalization of abortion in Brazil, in order to investigate how the woman's uterus has been treated as a space of exception to rights, subjecting it to a permanent status of illegality; In the third part, we intend to understand how the criminalization of abortion may be subverting the logic of human rights protection by opposing women's sexual and reproductive rights to a supposed right to the life of the fetus, serving as a justification for systematic rights violations. human and fundamental rights, in addition to preventing the realization of women's right to citizenship, understood from the perspective of Hannah Arendt, as the “right to have rights”. The main conclusions are that the Brazilian option to criminalize abortion as a rule, transforms the uterus into a space of exception, where human rights are made more flexible, in addition to placing the woman who aborts in a constant state of illegality, which has been used as a pretext for submitting their bodies to constant violations, denying women their status as citizens, since they are denied the “right to have rights”. This is inductive research, with an exploratory objective, to be developed through bibliographic and documentary research.

Keywords: sexual and reproductive rights; criminalization of abortion; citizenship; human rights.

Introdução

O direito ao aborto segue sendo uma das temáticas mais controversas da atualidade, constituindo um verdadeiro campo de disputa no direito internacional e nacional. Atualmente, no Brasil, o aborto é considerado, como regra, um crime, sendo autorizada sua realização em apenas três hipóteses: aborto no caso de gravidez resultante de estupro (art. 128, I, do Código Penal); aborto necessário, quando há risco à vida da gestante (art.128, II, do Código Penal); e em caso de feto anencéfalo (ADPF 54, STF).

A opção legislativa brasileira por criminalizar a prática do aborto como regra faz com que mulheres e meninas busquem alternativas não seguras para interrupção de gestações não desejadas, gerando graves consequências sociais. Dados da revista *Gênero e Número* apontam que no Brasil, a cada 28 intenações por falhas na tentativa de aborto, uma resulta

em morte, sendo que mulheres pardas estão duas vezes mais sujeitas ao risco de morte do que mulheres brancas (Rocha; Alves, 2023).

A criminalização do aborto, todavia, não é o único problema, visto que mesmo nos casos das hipóteses autorizadoras, o tratamento dado a mulher que busca o direito legal de abortar é envolto em preconceitos e violações de seus direitos. Nesse contexto, a presente pesquisa busca responder ao seguinte problema de pesquisa: como o tratamento jurídico brasileiro concedido à criminalização do aborto pode estar contribuindo para violação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher e para consequente obstaculização do seu direito de cidadania?

Para responder ao problema, a pesquisa se divide em três partes: na primeira, faz-se um apanhado dos principais instrumentos jurídicos internacionais envolvendo a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, dos quais o Brasil é signatário e que, portanto, são de observância obrigatória no momento de aplicação e interpretação da lei brasileira; na segunda parte, busca-se, a partir da análise de casos exemplificativos selecionados na mídia, analisar o tratamento jurídico concedido à criminalização do aborto no Brasil, a fim de averiguar como o útero da mulher tem sido tratado como um espaço de exceção de direitos, a submetendo a um permanente estatuto de ilegalidade; na terceira parte, pretende-se entender como a criminalização do aborto pode estar subvertendo a lógica da proteção dos direitos humanos ao contrapor os direitos sexuais e reprodutivos da mulher a um suposto direito à vida do feto, servindo, de justificativa para violações sistemáticas de direitos fundamentais e humanos, além de impedir a concretização do direito de cidadania da mulher, assim entendido sob a perspectiva de Hannah Arendt, como o “direito a ter direitos”.

Trata-se de pesquisa indutiva, desenvolvida a partir da observação de casos concretos, de objetivo exploratório, a ser desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica, cujo material foi dado tratamento científico, como livros e artigos devidamente referenciados, além de base documental composta por leis, em sentido amplo, e reportagens veiculadas através dos meios de comunicação.

1.A Proteção Internacional aos Direitos Sexuais e Reprodutivos da Mulher Enquanto Direitos Humanos

A proteção geral aos direitos da mulher enquanto direitos humanos é inaugurada com a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, a qual estabelece a igualdade entre homens e mulheres proclamando que todos nascem iguais em dignidade e direitos, sem distinção de qualquer espécie (Organização das Nações Unidas, 1948). Todavia, a proteção

específica ligada ao gênero foi sendo gradativamente implementada ao longo da história dos direitos humanos por meio de tratados e convenções internacionais os quais passaram a abordar aspectos ligados a saúde sexual e reprodutiva da mulher, além das formas de proteção contra discriminações e violências.

Gomes (2021) explica que, embora os direitos sexuais e reprodutivos possuam uma relação, eles não são sinônimos, haja a vista a existência de sexualidade sem reprodução - como no caso das relações sexuais munidas dos métodos contraceptivos, bem como a possibilidade de reprodução sem sexualidade, como nos casos de reprodução assistida. Todavia, em determinados casos, sexualidade e reprodução se comunicam de tal maneira, que seu tratamento jurídico pode levar a divergência, sendo este o caso do aborto. Sendo assim, entende-se que a análise do direito ao aborto envolve tanto os direitos reprodutivos quanto os direitos sexuais.

Uma vez estabelecido o campo de investigação, passa-se a análise dos instrumentos específicos destinados a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, aos quais está submetido o Brasil no momento da aplicação e interpretação do direito. Tem-se em primeiro lugar a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, a qual em seu art.1º definiu a discriminação contra a mulher como “toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher [...] dos direitos humanos”. A referida convenção inova ao trazer a condição da mulher baseada no gênero feminino, não mais como fator justificador de exclusões, mas como um novo marco legal, no qual as questões de gênero passam a ser garantidas e protegidas pelos direitos humanos, de modo a promover a verdadeira igualdade entre homens e mulheres.

Na mesma linha, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992, traz diversas determinações destinadas a garantia dos direitos humanos, aplicáveis às mulheres como a não discriminação em razão de sexo (art.2º, §2º); igualdade no gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais (art.3º); proteção especial às mães antes e depois do parto (art. 10); medidas especiais de proteção e assistência em prol de todas as crianças e adolescentes (art. 10); o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental (art.12), dentre tantos outros.

Todavia, aqui merece destaque o Comentário Geral n. 36 do Comitê de Direitos Humanos da ONU, sobre o direito à vida, o qual visa interpretar o PIDESC. Nele, o Comitê afirma que “embora os Estados partes possam adotar medidas destinadas a regular as interrupções voluntárias da gravidez, tais medidas não devem resultar em violação do direito

à vida de uma gestante ou de uma menina, ou de seus outros direitos previstos no Pacto.” (Organização das Nações Unidas, 2019). O documento segue afirmando que as restrições de acesso ao aborto, impostas pelos Estados- parte, não podem colocar em risco a vida da mulher ou sujeitá-las a dor ou sofrimento físico ou mental, acrescentando, ainda, que os Estados partes não podem regular a gravidez ou o aborto de modo que as mulheres tenham que recorrer a abortos inseguros, sendo recomendável a revisão das leis que assim o preveja. Por fim, reafirma o dever dos Estados em garantir a acesso legal e seguro ao aborto nos casos em que haja risco à vida e à saúde da gestante; seja uma gravidez resultante de estupro ou incesto; nos casos em que a gestação não é viável; quando a vida e a saúde da gestante ou da menina estão em risco ou causar dor e sofrimento substancial à mulher ou menina (Organização das Nações Unidas, 2019).

Outro importantíssimo instrumento a ser citado, diz respeito ao Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, ocorrida no Cairo, em 1994. Considerado um marco no reconhecimento dos direitos das mulheres como direitos humanos universais, o referido relatório traz diversas orientações destinadas a garantir a plena participação da mulher na vida civil, cultural, econômica e social da sociedade, incentivando a emancipação da mulher através da garantia de seus direitos sexuais e reprodutivos. Em especial, destaca-se o seu Princípio 4, o qual cita expressamente a emancipação da mulher e a garantia de poder ela própria controlar sua fecundidade como fundamentais ao desenvolvimento das populações (Organização das Nações Unidas, 1994, grifos nossos). A relatoria reforça, ainda, como saúde sexual e reprodutiva das mulheres, incluindo seu poder de decidir sobre reprodução e planejamento familiar, são indispensáveis ao desenvolvimento sustentável das sociedades e, conseqüentemente, essenciais para efetivação dos direitos humanos (Organização das Nações Unidas, 1994).

No mesmo sentido está o Relatório produzido na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, o Desenvolvimento e a Paz de 1995, em Pequim. O referido documento reconhece como os abortos clandestinos e inseguros colocam em risco a vida das mulheres, declarando-o como um problema de saúde pública, que afeta de modo mais grave mulheres pobres e jovens. Reconhece, ainda, como a violência sexual e baseada no gênero expõe mulheres e meninas a traumas físicos e psicológicos, podendo resultar em enfermidades e gravidezes indesejadas. O documento traz a determinação de que, embora o aborto não deva ser, em nenhum caso, promovido como método de planejamento familiar, é dever dos países, no caso de abortos legais, garantir que ele seja praticado em condições seguras. Ademais, conclama do dever dos Estados de agir em conformidade com a doutrina dos direitos

humanos, garantindo serviço de saúde de boa qualidade para o tratamento de complicações pós-aborto, além de “considerar a possibilidade de rever as leis que preveem medidas punitivas contra as mulheres que se tenham submetido a abortos ilegais” (Organização das Nações Unidas, 1994).

Indispensável, ainda, se faz entender as contribuições da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no assunto. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, é o instrumento jurídico sobre qual se assenta o sistema Interamericano de Direitos Humanos, tendo sido ratificado pelo Brasil e incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, através do Decreto Nº 678, de 6 de novembro de 1992. A convenção, embora não possua nenhuma determinação expressa relativa ao aborto, traz, no seu art. 4º, ao tratar do Direito à vida, a seguinte redação “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”. O supracitado artigo, tem sido o principal utilizado quando o assunto é a (des)criminalização do aborto, por trazer em sua gênese a discussão do início da vida. Desse modo, a análise aqui desenvolvida deve ser feita tendo por base as manifestações, tanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) como da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CID), no controle de convencionalidade.

Nesse ponto, Legale; Ribeiro e Fonseca (2022) apresentam os principais casos nos quais a CIDH e a Corte IDH foram instadas a se manifestarem sobre o referido artigo, sendo citados aqui aqueles que afetam a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, sob a perspectiva do sistema interamericano de direitos humanos.

Nessa esteira, o primeiro caso a ser destacado consiste no caso *Baby Boy vs. Estados Unidos*, de 1981, em que os petionários solicitavam a declaração de inconveniência de duas sentenças proferidas pela Suprema Corte americana, as quais procederam a absolvição de um médico pela realização de um aborto no Estado de Massachusetts, alegando que de acordo com a redação do art. 4º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a proteção da vida seria absoluta, desde a concepção. Na ocasião, a CIDH rejeitou a alegação, afirmando que a Comissão já havia discutido sobre o tema durante os trabalhos preparatórios da CADH, firmando o entendimento que a escolha da inserção da expressão “em geral” se deu, justamente, para assegurar que os Estados signatários tivessem a liberdade de decidir sobre hipóteses autorizadoras do aborto, sem contrariar a Convenção (Legale; Ribeiro; Fonseca. 2022).

O mesmo entendimento foi seguido pela Corte IDH no caso *Artavia Murillo e Outros vs. Costa Rica*, em 2012, no qual buscava-se analisar a proibição total à fecundação *in vitro*, imposta pelo Estado da Costa Rica e sua compatibilidade com a proteção interamericana dos direitos humanos. Embora não se trate especificamente de uma decisão sobre o tema aborto, o posicionamento da Corte IDH é fundamental para que se entenda a postura da Corte na proteção dos direitos reprodutivos da mulher, enquanto direitos humanos. No caso em tela, mais uma vez, a Corte se manifestou no sentido de que o direito à vida do art. 4º da CADH, não pode ser entendido como absoluto, em especial, quando essa interpretação levar a negação de outros direitos assegurados pela Convenção. Ademais, afirmou que a expressão “em geral” visa permitir a ponderação de direitos, em caso de conflitos, sendo possível admitir exceções ao direito à vida desde a concepção, o que a fez se manifestar a favor da possibilidade da fertilização *in vitro* na Costa Rica, quando observados, por exemplo, os direitos à autonomia, à vida privada e familiar, à saúde sexual e reprodutiva, dentre outros (Legale; Ribeiro; Fonseca. 2022).

Por fim, dois casos envolvendo o Estado de *El Salvador* devem ser mencionados. O primeiro caso *Beatriz vs. El Salvador*, de 2013, em que a Corte IDH foi acionada após o Estado de El Salvador negar o pedido de aborto de uma jovem grávida de feto anencéfalo, a qual passava por uma gestação de risco devido a uma doença autoimune, lúpus. A Corte proferiu uma medida cautelar autorizando a realização do aborto, alegando que a negativa do Estado descumpria os direitos à vida, à integridade pessoal e à saúde, garantidos à Beatriz pelos sistemas de proteção aos direitos humanos. Em razão do atraso do Estado em cumprir a medida, Beatriz teve que ser submetida a um parto cesáreo, tendo sobrevivido ao procedimento (Legale; Ribeiro; Fonseca. 2022). Beatriz faleceu em 2017, em virtude de um acidente, mas o caso foi trazido de volta à Corte IDH em 2023, por familiares da jovem, que exige do Estado de El Salvador a reparação pelos danos sofridos.

O último caso a ser tratado consiste no caso *Manuela x El Salvador*, de 2021. Em 2008, Manuela, foi condenada a 33 anos de prisão pelo Estado de El Salvador, após sofrer um aborto espontâneo. A jovem sofria de um câncer linfático, provável causa do aborto, vindo a falecer durante seu cumprimento de pena. Os petionários do processo apontaram diversas violações aos direitos de Manuela, tanto durante o processo como durante a execução da pena, relativos à presunção de inocência, devido processo legal como, sigilo de informações e dados, como violações ao direito à saúde, assistência médica, dentre outros. Em 2021, a Corte IDH em sua decisão, embora não tenha se manifestado expressamente sobre o direito ou não de Manuela ao aborto, condenou o Estado de El Salvador pela violação de diversos

direitos previstos na CADH³ e, principalmente, fez uma acurada análise das consequências da criminalização absoluta do aborto no Estado, destacando como as ocorrências afetam mais mulheres pobres e como as investigações visam condenar as mulheres e não averiguar se houve ou não aborto espontâneo ou umas emergências obstétricas. A corte salientou, ainda, que a severidade da lei do país faz com que os profissionais de saúde se sintam obrigados a denunciar os abortos, espontâneos ou não, como crime, devido ao medo de serem considerados culpados ou cúmplices (Legale; Ribeiro; Fonseca. 2022).

Nesse contexto, embora o direito ao aborto ainda seja um ponto de discórdia entre os Estados soberanos, resta clara a posição interpretativa do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, no sentido de que a proteção do direito à vida não deve ser vista como absoluta, tampouco deve servir de pretexto para justificar violações a outros direitos humanos. Notadamente, quando o assunto é o direito ao aborto, é inegável a soberania dos Estados em decidir sobre a legalidade de sua realização, todavia, também é inquestionável o dever dos mesmos Estados de garantir a vida e a saúde das mulheres e meninas, incluindo nessa proteção, a possibilidade de abortos seguros, quando necessários. Dito isso, passa-se a análise da proteção jurídica brasileira ao aborto.

2. A Criminalização do Aborto e o Tratamento Jurídico Brasileiro à Mulher que Aborta

Atualmente, no Brasil, o aborto é considerado, como regra, um crime, sendo admitida sua prática em apenas três hipóteses: aborto no caso de gravidez resultante de estupro (art. 128, I, do Código Penal); aborto necessário, quando há risco à vida da gestante (art.128, II, do Código Penal); e em caso de feto anencéfalo (ADPF 54, STF). Todavia, não obstante à existência de hipóteses autorizadoras nas quais a prática do aborto deveria, não somente ser considerada legal, como assistida pelo Estado, diversos relatos apontam que essa não é a realidade brasileira.

O exemplo trazido diz respeito ao caso ocorrido em maio de 2022 e exposto pelo Portal Catarinas, quando uma criança, à época com 10 anos de idade, juntamente com sua mãe, compareceu ao Hospital Universitário Professor Polydoro Ernani de São Thiago, o HU, ligado à UFSC, em Santa Catarina, para interromper uma gravidez fruto de um estupro. O hospital se recusou a fazer o procedimento alegando que, de acordo com as regras internas do hospital, eles somente poderiam realizar o aborto até a 20ª semana de gravidez e a menina

³ Para visualizar o documento completo, acessar: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf.

já estava com 22 semanas e dois dias (Guimarães; Lara; Dias, 2022). Vale destacar que a legislação brasileira não impõe o cumprimento de nenhum requisito de tempo de gestação para autorização do aborto, bastando configurar uma das hipóteses legais.

Com a recusa do hospital, o caso foi levado à Justiça de Santa Catarina, momento a partir do qual se desenrolaram uma série irregularidades e de violências. Foi determinado o acolhimento institucional da criança, sob a justificativa de protegê-la contra o abusador, mas também, para afastá-la da família e impedir que se fizesse algum procedimento para “operar a morte do bebê”. Já na audiência judicial, tanto juíza quanto promotora responsáveis pelo caso, tentaram pressionar a criança a manter a gravidez até que houvesse viabilidade de vida extrauterina. O vídeo da audiência, embora sob sigilo de justiça, foi vazado e mostra falas perturbadoras da juíza e da promotora, pressionando a criança a prosseguir com a gestação. Em uma das passagens, a promotora diz à menina que o feto que ela gesta já é um bebê, uma criança e que se ela abortar ela irá presenciar ele agonizando até morte. Após a repercussão do caso, e com quase 30 semanas de gestação, o procedimento foi autorizado e a criança voltou à família natural. (Guimarães; Lara; Dias, 2022).

Outro caso semelhante ocorreu no Estado do Pauí, no qual uma criança de 12 anos, grávida pela segunda vez após sofrer estupros recorrentes, teve seu direito de aborto negado. O caso, mais uma vez, foi coberto de violações aos direitos da menina, dentre eles, a nomeação de um curador para representar os direitos do nascituro - prática não acobertada por lei no Brasil (Guimarães, 2023).

Os casos acima relatados são apenas exemplificativos e se repetem com frequência no dia a dia brasileiro. Pesquisa recente mostrou que “de 114 serviços de referência para realização do aborto legal no Brasil, apenas quatro, ou seja, 3,5% do total, realizam a interrupção de gestações acima de 20 semanas em casos de violência sexual” (Pessoa, 2023). O direito ao aborto legal, nos casos de gestação resultante de estupro, é expresso e não deveria ser objeto de questionamento sob nenhuma circunstância. Ademais, como visto no tópico anterior, de acordo com a orientação dos mecanismos de proteção dos direitos humanos, é dever do Estado, nas hipóteses autorizadoras, garantir que o aborto seja feito de forma segura, de modo a preservar a vida e à saúde de mulheres e meninas. A constatação de que as próprias instituições responsáveis pela realização do aborto legal impõem obstáculos - não previstos em lei- para sua efetivação, gera uma alerta sobre a situação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher no país. Todavia, a negativa de acesso dos centros de saúde não são os únicos problemas enfrentados.

Dentre os quatro serviços de referência a realizarem o aborto sem imposição de limitação temporal, está o Hospital de Clínicas de Uberlândia, localizado na cidade de Uberlândia – MG, o qual foi palco de mais um caso de obstaculização dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Através dele, é possível observar sob outra perspectiva a dificuldade de realização do aborto legal no Brasil, qual seja, a perseguição aos profissionais que auxiliam na prestação do direito. Helena Paro é médica, ginecologista, obstetra e professora na Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Durante a crise sanitária imposta pela Covid-19, Helena criou o primeiro serviço de aborto legal, via telemedicina, com o intuito de auxiliar mulheres e meninas vítimas de violência sexual e que estavam impossibilitadas de usufruir do seu direito legal à realização do aborto decorrente de estupro, visto as limitações impostas pela situação de calamidade pública. Importante ressaltar que, a telessaúde é permitida no Brasil e regulamentada pela Lei Lei 14.510, de 2022. Ademais, o protocolo criado por Helena, o qual incluía uma cartilha denominada “Aborto legal via telessaúde”, destinava-se a mulheres e meninas cujas gestações tinha sido fruto de estupro, logo, hipótese autorizada pelo art. 128, I, CP.

Helena, embora agindo dentro da legalidade, sofreu forte perseguição e responde a diversos procedimentos investigativos por órgãos públicos como Ministério Público, Defensoria Pública e Ministério da Saúde, além de correr o risco de perder sua licença médica em razão de procedimento ético profissional realizado pela Conselho Regional de Medicina (CRM) (Fonseca, 2023). Percebe-se que, mesmo se tratando de prática totalmente legalizada, a médica foi punida pela sociedade e pelos próprios órgãos estatais responsáveis pela sua execução. A explicação para tal fato passa pelo tratamento concedido aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher no Brasil.

Não obstante o Brasil seja signatário de todos tratados e convenções explorados no primeiro tópico, percebe-se, na prática, uma constante flexibilização dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, isto porque, acredita-se que o útero da mulher tem sido visto como um espaço de exceção, no qual os direitos humanos não alcançam. Penélope Deutscher (2019), aponta como possível explicação a inserção da capacidade reprodutiva da mulher dentro dos cálculos biopolíticos, de modo que, a reprodução passa a ser controlada, não mais pela mulher, mas pelos mecanismos de poder. Em sua tese, Deutscher (2019) sustenta que as mulheres passam a ser vistas não somente como capazes de gerar a vida, mas, principalmente, como responsáveis por propagar a morte, sendo transferida para elas a responsabilidade por garantir o futuro das populações através da reprodução. Nesse sentido,

a criminalização do aborto pune a conduta reprodutiva das mulheres, taxando-as como defensoras da morte, ou seja, como agentes “anti-vida”.

Essa concepção biopolitizada da reprodução, reflete de modo fundamental no estatuto jurídico de proteção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Ao considerar a capacidade reprodutiva responsável por garantir a sobrevivência da humanidade, o útero da mulher é cooptado pelo discurso pró-vida, de modo que, a gestão de seus direitos não cabe mais a mulher, mas aos mecanismos de poder. Como resultado, tem-se o útero como um lugar de exceção, no qual a mulher não tem soberania, e a conduta da mulher que aborta, passa a ser considerada permanentemente ilegal.

Através dos casos anteriormente narrados é possível perceber que, embora exista todo um aparato jurídico, nacional e internacional, destinado a garantia dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, o qual deveria vincular a aplicação da lei brasileira, quando o assunto é o aborto, ainda que nas hipóteses legais, a administração da reprodução tem transformado o útero da mulher num não lugar de aplicação dos direitos humanos. Mais do que isso, a biopolitização da capacidade reprodutiva das mulheres passa a ser utilizada, não somente para criminalizar as condutas individuais das mulheres que buscam o aborto, como se tornam justificativa para violações a outros direitos da mulher, em especial direitos sexuais e reprodutivos.

3.Cidadania e Reprodução: a Precarização do Estatuto Político da Mulher

Os casos apresentados nessa pesquisa têm como objetivo demonstrar como a capacidade reprodutiva da mulher parece qualificá-la como “menos merecedora de direitos”. O estatuto legal do aborto no Brasil, inicialmente, parece incorporar uma preocupação com o bem-estar físico e psíquico da mulher, ao autorizar a prática do aborto nas situações excepcionadas já citadas, todavia, o que se observa na prática é um discurso de proteção da vida humana em potencial, as custas da negação de direitos historicamente conquistados pelas mulheres, subvertendo totalmente lógica de proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido a manifestação da Comissão Europeia de Direitos Humanos, nos casos *Paton v. Kingdon (1980)*, *Vo vs. França (2004)*, *Evans vs. Reino Unido (2007)*, *A, B, and C vs. Irlanda (2010)*, todos citados pela ex-ministra do STF, Rosa Weber, em seu voto proferido na ADPF 442, a qual visa a descriminalização do aborto no Brasil, nas 12 primeiras semanas de gestação. O entendimento da Comissão Europeia de Direitos Humanos, corroborado pela então Ministra, é que nos casos envolvendo a interrupção voluntária da gravidez, deve haver uma proporcionalidade entre a proteção da vida intrauterina do nascituro com os demais

direitos humanos, em especial os direitos da mulher gestante, não havendo supremacia do direito à vida em relação a outros (STF, 2023).

Rosa Weber faz, ainda, uma breve análise da proteção constitucional do direito à vida e sua interpretação. De acordo com a ex-ministra, a titularidade dos direitos fundamentais, no Brasil, está expressa no art. 5º, *caput*, da CF/88 “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”. Como brasileiros, entende-se a pessoa humana já nascida e que enquadram nas regras de nacionalidade do art. 12; e estrangeiros residentes no País, não nacionais que se encontrem em solo nacional. Não havendo nenhuma menção expressa ao nascituro ou embrião. Segundo Weber, esta interpretação encontra respaldo em toda unidade da Constituição federal, a qual possui um sistema de proteção da ordem social, o qual inclui a família, da criança, o adolescente e o idoso, todas pessoas nascidas titulares de direitos fundamentais (STF, 2023).

Nesse contexto, embora seja possível encontrar no Código Civil disposições relativas a garantias de direitos do nascituro, nada na construção constitucional parece justificar a proibição absoluta do aborto, menos ainda a superioridade do direito à vida de pessoa não nascida, em detrimento do direito da mulher, legítima titular de direitos e garantias fundamentais, já expressos em diversos instrumentos nacionais e internacionais.

Por fim, uma última análise deve ser feita, em relação ao tratamento jurídico concedido à mulher que busca seu direito ao aborto no Brasil, este diz respeito à cidadania. Aqui adota-se a concepção desenvolvida por Hanna Arendt (1989) segundo a qual, a cidadania deve ser concebida como o “direito a ter direitos”. A autora, partindo da análise dos refugiados de guerra, os quais ao serem expulsos de suas comunidades, perdem a proteção de seus governos, afirma que ao serem privados de suas nações, eram destituídos não somente de seus lares, mas da sua condição política de cidadão. Segundo Arendt, os direitos humanos não se concretizam mediante a perda do status político, o qual garante ao ser humano o “direito a ter direitos”.

Na mesma linha, pode-se pensar a situação da mulher no Brasil, a qual vem experienciando uma precarização do seu status político de cidadã, visto ser cada dia mais impedida de ter acesso a seus direitos. Rosa Weber, em seu voto na ADPF 442, faz referência a uma “cidadania de segunda classe”, quando analisada a história dos direitos da mulher no Brasil. uma vez que a igualdade formal não resiste às discriminações ligadas ao gênero. De acordo com a Ex-ministra, embora a Constituição de 1988 tenha tido por objetivo promover

a mulher à condição de cidadã plena, sua efetivação ainda está longe de ser concretizada, principalmente, quando se observa o discurso de criminalização do aborto (STF, 2023).

A proteção absoluta da vida desde a concepção, defendida por aqueles contrários a descriminalização do aborto, tem como consequência a negação de que a mulher seja realmente titular de direitos humanos e fundamentais. Isto porque, ao defender a primazia do direito à vida do feto, em detrimento da morte e do adoecimento físico e mental das mulheres e meninas com gestações indesejáveis, inviáveis ou de risco, estar-se afirmando que, para essa sociedade a vida da mulher possui menor importância. Os casos narrados demonstram com clareza como, quando o assunto é reprodução e aborto, os direitos humanos são flexibilizados. Nega-se à mulher o direito à saúde, a integridade físico-psíquica, o direito a autonomia reprodutiva, o direito o planejamento familiar, o direito de autodeterminação, o direito de igualdade, o direito à dignidade, o direito a felicidade ...o “direito a ter direitos”. Nega-se a mulher o seu direito de cidadã.

Considerações Finais

Ante o exposto, infere-se que o direito ao aborto segue sendo um campo de disputa, no qual o sistema de proteção aos direitos humanos exerce papel essencial para salvaguarda dos direitos da mulher. Não obstante seja possível observar um crescente avanço na implementação de instrumentos e mecanismos voltados à proteção dos direitos sexuais e reprodutivos, na vida real, o corpo da mulher continua sendo alvo de constantes violações.

A biopolitização da reprodução transfere para a mulher a responsabilidade pelo futuro das populações, de modo que a mulher passa a ser vista não somente como um instrumento que traz a vida, mas também, como agente da morte, quando opta pela realização do aborto. Essa lógica biopolitizada, além de retirar da mulher a soberania sobre seu útero, e em última medida, a autonomia sobre seus direitos sexuais e reprodutivos, passa a legitimar um discurso de criminalização da conduta da mulher que busca o seu direito ao aborto.

A opção brasileira por criminalizar o aborto como regra, transforma o útero em um espaço de exceção, no qual os direitos sexuais e reprodutivos passam a ser exercidos sob um estudo de permanente ilegalidade, o que acaba por legitimar uma série de violações aos direitos de mulheres e meninas. Ademais, os casos apresentados demonstraram que no Brasil, a despeito da existência de hipóteses autorizadoras do aborto legal, observa-se uma prevalência da proteção da vida em potencial do feto em detrimento da vida e dos demais

direitos da mulher, subvertendo a lógica de proteção dos direitos humanos e flexibilizando os direitos da mulher.

Percebe-se, portanto, que a criminalização do aborto possui como consequência, além da violação sistemática de direitos humanos, a precarização do estatuto político da mulher, a qual se vê constantemente afastada de seus direitos e, portanto, de sua condição de cidadã, assim entendida como seu “direito a ter direitos”.

Referências Bibliográficas

ALVES, Schirlei; ROCHA, Diego Nunes. Brasil tem uma morte a cada 28 internações por falha na tentativa de aborto. **Gênero e Número**, 21 set. 2023. Disponível em: <https://www.generonumero.media/reportagens/brasil-mortes-tentativa-aborto/>. Acesso em: 12 jan. 2024.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442**. Arts. 124 e 126 do código penal. Interpretação. Conformidade com a normativa constitucional. Interrupção voluntária da gestação. Relatora: Min. Rosa Weber, 22 setembro de 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto.ADPF442.Versa771oFinal.pdf>. Acesso em: 26 de dezembro de 2023.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS; COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. **Comentários Gerais dos Comitês de Tratados de Direitos Humanos da ONU**. São Paulo: Núcleo de Estudos Internacionais, Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Ministério Público Federal, 2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7726135/mod_resource/content/1/Comenta%CC%81rios%20Gerais%20da%20ONU.pdf. Acesso em 7 jan. 2024.

DEUTSCHER, Penelope. **Crítica de la razón reproductiva: Los futuros de Foucault** (Spanish Edition). Tradução Fernando Bogado. Eterna Cadêcia, 2019. E-book Kindle.

FONSECA, Nathália. Obstetra Helena Paro é alvo de procedimento do CRM-MG, que pode levar à perda de licença médica. Disponível em: <https://apublica.org/2023/05/a-ofensiva-contra-a-medica-que-criou-o-servico-de-aborto-legal-por-telemedicina/#:~:text=A%20m%C3%A9dica%20tamb%C3%A9m%20%C3%A9%20alvo,perda%20de%20sua%20licen%C3%A7a%20m%C3%A9dica>. Acesso em 07 jan. 2024.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. Direitos sexuais e reprodutivos ou direitos sexuais e direitos reprodutivos? Dilemas e contradições nos marcos normativos nacionais e internacionais. **Revista Direito GV**: São Paulo. V. 17. N. 3. 2021. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202136>. Acesso em 15 dez. 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/WmD3ZfV7jy6x3JkNpJbfXSN/?Lang=pt>.

GUIMARÃES, Paula. Sem provas, polícia indiciou advogadas da menina de SC que conseguiu aborto legal após estupro. **Portal Catarinas**, 20 jun. 2023. Disponível em: <https://catarinas.info/sem-provas-policia-indiciou-advogadas-da-menina-de-sc-que-conseguiu-aborto-legal-apos-estupro/>. Acesso em: 07 jan. 2024.

GUIMARÃES, Paula. LARA, Bruna de; DIAS, Tatiana. Vídeo: em audiência, juíza de SC induz menina de 11 anos grávida após estupro a desistir de aborto. **Portal Catarinas**, 20 jun. 2022. Disponível em: <https://catarinas.info/video-em-audiencia-juiza-de-sc-induz-menina-de-11-anos-gravida-apos-estupro-a-desistir-de-aborto/>. Acesso em: 0 jan. 2024.

GUIMARÃES, Paula. Juíza nomeia curadora para defender feto contra aborto de criança estuprada no Piauí. **Portal Catarinas**, 30 jan. 2023. Disponível em: <https://catarinas.info/juiza-nomeia-defensor-do-feto-contra-crianca-estuprada/>. Acesso em: 08 jan. 2024.

LEGALE, Siddharta; RIBEIRO, Raisa D.; FONSECA, Priscila Silva. O aborto no sistema interamericano de direitos humanos: contribuições feministas. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 1, p. 103-135, jan./abr. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i1.85017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. Plataforma de Cairo**, 1994. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**. Pequim, 1995. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf. Acesso em: 12 jan. 2024.

PESSOA, Fernanda. Apenas quatro hospitais interrompem gestações acima de 20 semanas no Brasil. **Portal Catarinas**, 28 nov. 2023. Disponível em: <https://catarinas.info/apenas-quatro-hospitais-interrompem-gestacoes-acima-de-20-semanas-no-brasil/>. Acesso em: 07 jan. 2021.

A Reconfiguração da Responsabilidade Internacional Penal a Partir das Discussões de História e Memória no Âmbito da Corte IDH: uma Análise do Genocídio Yanomami Ocorrido no Governo Bolsonaro (2019-2022)

La Riconfigurazione della Responsabilità Penale Internazionale Basata su Discussioni di Storia e Memoria nel Contesto Della Corte IDH: Un'analisi del Genocidio degli Yanomami Avvenuto Durante il Governo Bolsonaro (2019-2022)

Gabriel Rodrigo de Sousa¹

Táiza Soares de Assis²

Sumário: Introdução; 1. A memória dos mortos como fonte de reconfiguração da responsabilidade penal: possibilidade? 2-O caso yanomami e a responsabilidade penal internacional: contextualização e fundamentos para responsabilização. Considerações finais.

Resumo: No início do ano de 2023 a sociedade brasileira foi informada pelo noticiário sobre a situação relacionada aos indígenas yanomami, em especial em relação ao descaso estatal vivenciada por essa comunidade, com a falta de acessos a insumos básicos para a sua sobrevivência, evidenciado pela não disponibilização de vacinas, acesso a postos de saúde e falta de uma fiscalização eficiente sobre o papel dos garimpos ilegais na região. Assim sendo, a mortandade das pessoas daquela comunidade, em especial das crianças, revelou os enormes desafios impostos ao Brasil para o respeito a um ambiente democrático e que valorize, conforme os ditames da Constituição Federal de 1988 e das obrigações assumidas pelo país em âmbito internacional, em especial do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). No caso em testilha, é observado que inúmeros princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos foram desrespeitados. Evidente, portanto, que a presente pesquisa possui como objetivo central demonstrar que a memória dos mortos não pode ser esquecida pelo Direito, em especial com a forte construção jurisprudencial construída pela Corte Interamericana sobre a relação entre a configuração da responsabilidade penal, a partir da relação entre a História e memória dos mortos, lastreada em uma visão humanista do Direito Internacional, em caráter transdisciplinar. Como objetivos específicos, a pesquisa concentrará em analisar a dificuldade de existência de uma democracia robusta no Brasil como fruto do seu passado autoritário, vinculado pela morte e destruição de seus povos originários. Observará que não é um processo inaugurado pelo governo Bolsonaro, durante os anos de 2019 e 2022. Contudo, a situação exposta, *a priori*, demonstra uma situação de agravamento da situação desses povos. Ademais, a presente pesquisa estudará, como principais conclusões, que durante os anos da Ditadura Civil-Militar no Brasil (1964-1985) a situação dos povos indígenas foi de violência e aculturação. Houve um maciço processo de construção de grandes obras com consequente destruição do meio ambiente, interesses agroexportadores, que consequentemente geraram e geram até os dias atuais o extermínio dessa população, sem que haja a devida responsabilização do Estado brasileiro perante os organismos internacionais. Outrossim, a responsabilização individual penal dos governantes que apelam a um discurso saudosista dos anos de autoritarismo, impôs aos povos indígenas uma política de extermínio deve ser analisada, à luz do Sistema Internacional de Direitos

¹ Mestre em Direito pela UFU. Especialista em Direito e Processo Penal pela EBRADI. Bacharel em Direito pela UFU. email: sousarodg@gmail.com

² Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU; Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera – UNIDERP; Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Email: taiza.soaresassis@gmail.com

Humanos, como forma de dar voz ao poder transformador das Cortes Internacionais perante o Direito Interno. Neste sentido, fundamental é compreender, como problema de pesquisa: quais os pressupostos para a configuração da responsabilização internacional no caso do genocídio yanomami? Assim sendo, a partir de fontes retiradas de artigos, livros, escritos e decisões da Corte Interamericana, em especial da obra de Antônio Augusto Cançado Trindade e o seu legado com juiz e presidente da Corte Interamericana para a reconfiguração das relações entre Direito Penal e Direitos Humanos no âmbito do SIDH. Para tanto, o artigo utilizará método dedutivo, com análise de documentação indireta e fontes para compreender a memória como instrumento de lutas das minorias contra as opressões do Estado.

Palavras-chave: responsabilidade penal internacional; genocídio, Sistema Interamericano; governo Bolsonaro.

Riassunto: All'inizio del 2023, la società brasiliana è stata informata dalle notizie sulla situazione relativa alla popolazione indigena Yanomami, soprattutto in relazione all'abbandono statale vissuto da questa comunità, con la mancanza di accesso agli input fondamentali per la sua sopravvivenza, evidenziata dalla non disponibilità di vaccini, dall'accesso ai centri sanitari e dalla mancanza di un controllo efficiente sul ruolo dell'estrazione mineraria illegale nella regione. Pertanto, la morte di persone in quella comunità, soprattutto bambini, ha rivelato le enormi sfide imposte al Brasile nel rispetto di un ambiente democratico e valorizzante, in conformità con i dettami della Costituzione Federale del 1988 e con gli obblighi assunti dal Paese a livello internazionale, in particolare la Sistema interamericano per i diritti umani (IAHRS). Nel caso in questione, si osserva che numerosi principi del diritto internazionale dei diritti umani non sono stati rispettati. È evidente, quindi, che la presente ricerca ha come obiettivo centrale quello di dimostrare che la memoria dei defunti non può essere dimenticata dal diritto, soprattutto alla luce della forte costruzione giurisprudenziale costruita dalla Corte interamericana sul rapporto tra la configurazione dei responsabilità penale, fondata sul rapporto tra Storia e memoria dei defunti, sulla base di una visione umanista del diritto internazionale, di carattere transdisciplinare. Come obiettivi specifici, la ricerca si concentrerà sull'analisi delle difficoltà dell'esistenza di una solida democrazia in Brasile a causa del suo passato autoritario, legato dalla morte e dalla distruzione dei suoi popoli originari. Noterete che non si tratta di un processo inaugurato dal governo Bolsonaro, nel corso degli anni 2019 e 2022. Tuttavia, la situazione esposta, a priori, dimostra una situazione di peggioramento della situazione di queste persone. Inoltre, la presente ricerca studierà, come conclusioni principali, che durante gli anni della dittatura civile-militare in Brasile (1964-1985) la situazione delle popolazioni indigene era caratterizzata da violenza e acculturazione. Si è verificato un massiccio processo di costruzione di grandi opere con conseguente distruzione dell'ambiente, degli interessi dell'agro-export, che di conseguenza hanno generato e generano tuttora lo sterminio di questa popolazione, senza la dovuta responsabilità dello Stato brasiliano davanti alle organizzazioni internazionali. Inoltre, la responsabilità penale individuale dei governanti che fanno appello a un discorso nostalgico degli anni di autoritarismo, imponendo una politica di sterminio sui popoli indigeni, deve essere analizzata, alla luce del Sistema internazionale dei diritti umani, come un modo per dare voce al processo di trasformazione Il potere delle corti internazionali di fronte al diritto interno. In questo senso, è essenziale comprendere, come problema di ricerca: quali sono i presupposti per la configurazione della responsabilità internazionale nel caso del genocidio degli Yanomami? Pertanto, sulla base di fonti tratte da articoli, libri, scritti e decisioni della Corte Interamericana, in particolare l'opera di Antônio Augusto Cançado Trindade e la sua eredità come giudice e presidente della Corte Interamericana per la riconfigurazione dei rapporti tra Diritto Penale e dei diritti umani nell'ambito della IAHRS. A tal fine, l'articolo utilizzerà un metodo deduttivo, con l'analisi

della documentazione e delle fonti indirette, per comprendere la memoria come strumento di lotta delle minoranze contro l'oppressione statale.

Parole chiave: responsabilit  penale internazionale; genocidio, sistema interamericano; Governo Bolsonaro.

Introdu o

No início do ano de 2023 a sociedade brasileira foi informada pelo noticiário sobre a situa o relacionada aos indígenas yanomami, em especial em rela o ao descaso estatal vivenciada por essa comunidade, com a falta de acessos a insumos básicos para a sua sobrevivência, evidenciado pela não disponibiliza o de vacinas, acesso a postos de saúde e falta de uma fiscaliza o eficiente sobre o papel dos garimpos ilegais na região. Assim sendo, a mortandade das pessoas daquela comunidade, em especial das crianças, revelou os enormes desafios impostos ao Brasil para o respeito a um ambiente democrático e que valorize, conforme os ditames da Constitui o Federal de 1988 e das obriga es assumidas pelo país em âmbito internacional, em especial do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

No caso em testilha,   observado que inúmeros princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos foram desrespeitados. Evidente, portanto, que a memória dos mortos não pode ser esquecida pelo Direito, em especial com a forte constru o jurisprudencial construída pela Corte Interamericana sobre a rela o entre a configura o da responsabilidade penal a partir da no o entre a História e memória dos mortos, lastreada em uma visão humanista do Direito Internacional, em caráter transdisciplinar.

A dificuldade de existência de uma democracia robusta no Brasil   fruto do seu passado autoritário, vinculado pela morte e destrui o de seus povos originários. Não   um processo inaugurado pelo governo Bolsonaro, durante os anos de 2019 e 2022. Contudo, a situa o exposta apenas após o fim do antigo governo.

Durante os anos da Ditadura Civil-Militar no Brasil (1964-1985) a situa o dos povos indígenas foi de violência e acultura o. Houve um maciço processo de constru o de grandes obras com conseqüente destrui o do meio ambiente, interesses agroexportadores, que conseqüentemente geraram e geram até os dias atuais o extermínio dessa popula o, sem que haja a devida responsabiliza o do Estado brasileiro perante os organismos internacionais e a individual penal dos governantes que apelando a um discurso saudosista dos anos de autoritarismo, impuseram ao povos indígenas, em especial ao povo yanomami uma política de morte e negacionismo.

A fun o da História, a partir da sua visão crítica, deve ser pautada pela promo o dos Direitos Humanos, da diversidade e das minorias. A História precisa ser interseccional. O

passado dos homens, os desafios para a democracia, o papel da História e do historiador para a preservação da memória daqueles que foram mortos pela Ditadura, pelo racismo, pela homotransfobia são debates postos e que merecem a atenção constante das pessoas comprometidas com a construção crítica do conhecimento.

Assim sendo, a partir de fontes retiradas de artigos, livros, escritos e decisões da Corte Interamericana, em especial da obra de Antônio Augusto Cançado Trindade e o seu legado com juiz e presidente da Corte Interamericana para a reconfiguração das relações entre Direito Penal e Direitos Humanos no âmbito do SIDH. Para tanto, o artigo utilizará método dedutivo, com análise de documentação indireta e fontes para compreender a memória como instrumento de lutas das minorias contra as opressões do Estado.

1. A Memória dos Mortos como Fonte de Reconfiguração da Responsabilidade Penal: Possibilidade?

No que tange a memória, é necessário realizar apontamentos sobre a sua relação com a história. Via de regra, a memória é utilizada confortavelmente como fonte historiográfica. No entanto, há distinção entre os conceitos.

O trabalho de manipular memórias é uma atividade inerente ao ofício do historiador, e por isso esse profissional deve compreender que muitos são os perigos de creditar aos depoimentos dos indivíduos uma verdade absoluta. Mesmo que sejam um contraponto em relação à história oficial, o pesquisador incorre num equívoco ao entender os discursos dos indivíduos como se fossem realidades individuais absolutas.

Jacy Alves Seixas advogado no sentido de que há uma crescente valorização da memória para uma natureza de Direito Humano, em especial por grupos sociais, mas dando um significado de dever de memória, inerente a todos nós. Essa noção da memória como um Direito Humano é fortemente vinculada a noção do que é denominada Justiça de Transição, alicerçada em alguns pilares: verdade, memória, justiça e reparação. No Brasil, diferentemente do que ocorreu na Argentina, por exemplo, não foi aplicada em sua integralidade esses pilares e, portanto, hoje o país convive com uma democracia empobrecida e com fortes vícios institucionais e sociais, alimentados pelo “hálito putrefato de 1964” que ainda assombra a atual geração.

A autora trabalha com a relação entre História e Memória como algo conflituoso, colocando a História como feitora da memória e, portanto, a sua produtora:

A oposição entre Memória e História – ideia paradigmática da historiografia francesa- é construída sem que haja ruptura com a tradição aristotélica que entende a memória (ou melhor, a reminiscência, o ato de

lembrar), sobretudo em sua função cognitiva, como conhecimento do passado. (Seixas, 2021, p.22)

Na sociologia da memória, inaugurada por Maurice Halbwachs, em 1925, com o lançamento do livro “*Les Cadres Sociaux de la mémoire*” é estabelecida uma diferenciação entre memória social e memória coletiva. Na visão do autor, as memórias individuais devem ser entendidas como um ponto de vista sobre a memória coletiva. Isto posto, apesar da existência de uma memória individual, é sempre a memória coletiva que mais facilmente evocamos quando buscamos dar um suporte mais confiável ao fato lembrado, para isso afirma:

Assim, os fatos e as ações que temos mais facilidade em lembrar são do domínio comum, pelo menos para um ou alguns meios. (...) e é por podermos nos apoiar na memória coletiva dos outros que somos capazes, a qualquer momento, e quando quisermos, de lembrá-los. (Halbwachs, 2004: 53-55)

Dessa forma, para o pensador, a memória coletiva constitui base para trabalhos historiográficos.

Na concepção de Halbwachs, o quadro material de uma imagem nos ajuda a reconstruir as lembranças que estão adormecidas/esquecidas, contudo elas não podem ser entendidas como um retrato fiel do passado, pois estão sujeitas às influências do modo como percebemos o que nos rodeia na contemporaneidade.

Pierre Nora, discípulo de Halbwach e que se apropria das concepções de memória individual e memória coletiva, acentua mais radicalmente a distinção entre memória e história, “memória e história, longe de serem sinônimas, tomando consciência de tudo que as opõe”. Para o autor a memória é historiograficamente historicizada. Para Nora, há dificuldades em diferenciar a história da memória devido a existência de um mundo globalizado e acelerado. Para ele, contudo, memória é a vida, porém prisioneira da História conhecimento em que a Memória busca refúgio na História, a partir da construção dos chamados lugares de memória

Pierre Nora, no artigo “Entre Memória e História” - a problemática dos lugares (1993) discorre que os lugares de memória nascem e vivem do sentimento de que não há memória espontânea, isto é, que é preciso criar arquivos, manter aniversários, organizar celebrações, pronunciar elogios fúnebres, atas notariais, dentre outras situações, pois essas não ocorrem de maneira natural. Os lugares de memória são, portanto, bastiões protetivos contra o apoderamento feito pela história quando esta deforma a memória em prol de interesses de determinados grupos políticos, a partir de uma noção de pertencimento e desprendimento.

Logo, os lugares de memória pertencem a dois domínios: o do simbólico e o do Histórico. É necessário para a construção do lugar de memória a vontade de memória, sob pena de banalização e desnaturação do seu verdadeiro sentido. Nesse sentido, os lugares de memória são todo e qualquer elemento físico, cultural, material ou imaterial que permita parar o tempo, bloquear o trabalho do esquecimento, fixar um estado de coisas, imortalizar a morte, sempre com uma aptidão para a metamorfose.

A sua relação com a História é, ao mesmo tempo, intrínseca e conflituosa. Isso ocorre devido ao fato de que a construção dos lugares de memória deva ser sempre pautada em posição diversa daquilo que quiseram seus fundadores (NORA, 1993, p.23). Porém, os fatos históricos a ele atinentes não podem ser desconsiderados para a constituição desses lugares

Desse modo, a memória fica enraizada no concreto, no espaço, no gesto, na imagem no objeto, e como tal incorpora fragmentos e sentimentos experienciados socialmente pelo indivíduo e a coletividade em espaços e tempos determinados.

Para o historiador francês, a partir do momento em que a História começa a agir sobre as memórias dos grupos, ou seja, ao engajar uma sociedade-memória na historicidade, esta passa a sentir a necessidade do trabalho de um historiador, que imediatamente começa a interferir e, conseqüentemente, a fazer desaparecer as memórias em sua forma natural. Dessa maneira, surgem para essas sociedades ou grupos uma outra necessidade, os lugares de memória. Desse modo, arquivos, museus e monumentos passam a ser conservados justamente para servirem de material para a história. De acordo com Nora “se fala tanto em memória porque ela não existe mais” (Nora, 1993, p. 7).

Para Pierre Nora, não existe memória espontânea. Logo, os significados, os valores e a força de uma memória dependem do grupo social em que está envolvido. A História positivista, enquanto disciplina, sempre foi fortemente contra a oralidade, pois apenas aquilo que seria escrito seria idôneo para atestar a veracidade dos fatos. O indivíduo, contudo, é elemento crucial, constitutivo e constituidor da sociedade, ganhando, a partir disso, mais relevo a História de vida, as individualidades, as identidades, os projetos. A partir do testemunho, portanto, é possível ao historiador conhecer vivências e experiências do passado e questionar os fatos construídos apenas como interpretações generalizantes, aprofundando temas e informações que fontes escritas podem não possuir.

A partir do testemunho vemos que visões, oralidades e narrativas são imersas em um contexto de conflito e contemporaneidade, ligando a história escrita com a vivida e, permitindo que eventos traumáticos, como o da Ditadura Civil- Militar de 1964 não consigam instaurar um ambiente de negacionismo. Para tanto, reclamam um direito à memória como

política de reparação, em especial de minorias, como os grupos originários, valorizando a memória que trazem consigo.

As diferenças de gênero, raça e etnia, por exemplo, são utilizadas para justificar eventuais diferenças e desigualdades entre homens e mulheres. Para Kimberle Crenshaw outrossim, por exemplo, a discriminação racial é marcada pelo gênero, justamente porque as mulheres podem vivenciar diferentes tipos e níveis de discriminação justamente por serem mulheres. Logo, as mulheres muitas vezes experimentam situações jamais imaginadas pelos homens justamente pelo fato de serem mulheres.

Assim o sendo, em muitos casos, “desvios” de raça, cor, etnia, origem e orientação sexual, estigmatizante e presentes em conjunto na vida social de determinado pessoal criam problemas exclusivos a subgrupos de vulneráveis e que afetam desproporcionalmente apenas algumas mulheres.

Aqui é aberto algumas questões fundamentais para a análise de raça e gênero, a saber: um processo de subinclusão de determinadas mulheres, pois justamente pelo fato do problema, por exemplo, do preconceito de raça, ficar adstrito apenas a algumas pessoas, e não faz parte da realidade de mulheres dos grupos dominantes. Além disso, a absorção de algumas lutas sociais, tais como o racismo, o preconceito étnico, cultural as pautas de gênero, porém sem considerar que essas mesmas questões são frutos do racismo e, diante disso, não são encaradas como tal, perpetua uma superinclusão, que não analisa as razões de fundo para tal situação, evitando uma intervenção robusta e específica para combater essas questões.

A interseccionalidade, portanto, é uma conceituação desses problemas, que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos de subordinação. Logo, fundamental seria compreender que raça ou etnia não é um marcador constante entre todo o mundo, ainda mais no atual estágio da globalização econômica, com intensos fluxos migratórios, impossível seria para qualquer sociedade. Além disso, o papel das elites racializadas em negar o racismo e defender que há uma suposta democracia racial nesses países. Contudo, ao assim agirem, impedem análises interseccionais das questões raciais.

Ademais, fundamental é alterar a mentalidades das autoridades públicas e promover o acesso dessas mulheres aos espaços de fala/luta para que ocorra verdadeiramente uma análise interseccional de suas vulnerabilidades e possam atuar no sentido de promoção de suas demandas reivindicatórias, como forma de conhecer e perceber enquanto mulher, negra, pobre e marginalizada.

Contudo, compreender as vicissitudes da preservação da memória como direito à memória é compreender os múltiplos fenômenos e visões que cada indivíduo possui sobre determinado evento, além de eventuais distorções que a memória possa causar em cada indivíduo (FLORES, 2022, p.262).

Logo, compreender a relação entre História e memória e as possibilidades da ressignificação da responsabilidade penal a partir desses debates é fundamental é um processo de empoderamento de minorias que tiveram as suas vozes silenciadas. É permitir que os mortos de ontem, a partir de suas famílias, por exemplo, possam criar mecanismos para que as atrocidades do Estado não voltem mais a ocorrer. É um processo de eterna luta pelo ideal democrático instalado em nosso país em 1988.

2. O Caso Yanomami e a Responsabilidade Penal Internacional: Contextualização e Fundamentos para Responsabilização

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e a sua jurisprudência protetiva são verdadeiros lugares de memória. A partir delas, em especial com a presidência do jurista Antônio Augusto Cançado Trindade, foi vivenciada uma verdadeira reviravolta na forma como enxergar o papel do SIDH na proteção e promoção dos Direitos Humanos. Para esse autor, há convergências entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal Internacional, a partir de uma noção de coexistência entre os dois sistemas, a partir de uma noção da expansão da responsabilidade penal internacional. O autor assim manifesta:

Efetivamente, a determinação da responsabilidade penal internacional do indivíduo e da responsabilidade internacional do Estado não se autoexcluem, mas se complementam, e de modo ainda mais cogente quando os indivíduos perpetradores das atrocidades (atos de genocídio, crimes contra a humanidade, violações graves dos direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário) atuam como agentes do Estado ou executam políticas estatais criminais. Nestas circunstâncias, os Estados em questão são tão responsáveis como os indivíduos perpetradores.

Esse posicionamento foi defendido por Cançado Trindade em seus votos nos votos nos casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, *Massacre de Plan de Sánchez versus Guatemala e Goiburú e Outros versus Paraguai*, o ex- juiz da Corte Interamericana detalhe as relações entre a responsabilidade penal internacional individual e a dos Estados. Para ele, não é possível adotar a rígida distinção existente nos Estados Nacionais entre a responsabilidade civil e penal, sob pena de impedir o desenvolvimento dos institutos do Direito Internacional.

No caso Myrna Chang, Trindade defende que:

15-La consideración de la responsabilidad internacional no debería atenerse a la rígida compartimentalización entre responsabilidad civil y penal encontrada en los sistemas jurídicos nacionales. Nada parece impedir que contenga elementos de una y de otra, ambas conformando la responsabilidad internacional. Es esta última dotada de especificidad propia. Un Estado puede ser internacionalmente responsable por un crimen, imputable tanto a sus agentes que lo cometieron, como al propio Estado como persona jurídica de derecho internacional. Negar ésto sería obstaculizar el desarrollo del derecho internacional en el presente dominio de la responsabilidad internacional (Corte Idh, par.15).

No caso supracitado, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos deixa claro que não é possível aos poderes públicos não investigar e punir os ilícitos perpetrados pelos agentes do estado contra a população, em especial contra as minorias, como os povos originários:

"surge una eventual colisión de intereses entre la necesidad de proteger el secreto de Estado, por un lado, y las obligaciones del Estado de proteger a las personas de los actos ilícitos cometidos por sus agentes públicos y la de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los mismos, por el otro lado. (...) Para resolver dicha tensión deben ser tenidos en cuenta los intereses superiores de la justicia y en consecuencia el derecho a la verdad.

(...) Los poderes públicos no pueden escudarse tras el manto protector del secreto de Estado para evitar o dificultar la investigación de ilícitos atribuidos a los miembros de sus propios órganos. En casos de violaciones de derechos humanos, (...) el ampararse en el secreto de Estado para entregar información requerida por la autoridad judicial puede ser considerado como un intento de privilegiar la 'clandestinidad del Ejecutivo' y perpetuar la impunidad" (p. 11). (Corte Idh, par.17)

No contexto da “Operação Condor”, foi desenvolvido o caso Goiburú y Otros versus Paraguay, Cançado Trindade ao apontar o horror das Ditaduras do Cone- Sul da América Latina, o então juiz da Corte Interamericana, a partir da jurisprudência até aquele momento construída, especialmente citando as vítimas do regime Stroessner, a necessidade de aproximação da responsabilização dos Estados e dos indivíduos é reafirmada:

En los últimos años, la Corte Interamericana ha tomado conocimiento de sucesivos casos de masacres, y se ha pronunciado sobre los mismos (casos, v.g., de la *Masacre de Barrios Altos*, de la *Masacre de Plan de Sánchez*, de los *19 Comerciantes*, de la *Masacre de Mapiripán*, de la masacre de la *Comunidad Moinvana*, de la *Masacre de Pueblo Bello*, de las *Masacres de Ituango*). También ha resuelto casos ocurridos en el contexto de violaciones sistemáticas de derechos humanos (casos, v.g., de *Barrios Altos*, y de *Myrna Mack Chang*, entre otros), planificadas (al más alto nivel jerárquico) y ejecutadas por el Estado. Como he señalado en mis Votos en todos esos casos, revelan ellos la urgencia de promover una mayor aproximación o convergencia entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, y, en particular, entre la labor de los tribunales internacionales de derechos humanos y de los tribunales penales internacionales (Corte Idh, par.29).

A partir da exegese da Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, promulgada pelo Brasil, o crime de genocídio, em seu artigo II, a, que é entendido como genocídio qualquer ato, realizado com a intenção de destruir no todo ou em parte um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, a partir de atos que visem a morte ou lesão grave a esses indivíduos.

O Supremo Tribunal Federal, na ADPF 709, consignou a alguns atos comissivos/omissivos a não contenção de invasões à terras indígenas ou a não remoção de seus invasores, que ingressam nas respectivas áreas para a prática de ilícitos como: grilagem, garimpo ilegal e extração ilegal de madeira, forçando contato com as tribos; (ii) ações imperitas do governo federal em matéria de saúde, com o ingresso, em terras indígenas, de equipes de saúde sem cumprimento de quarentena e sem a observação de medidas de prevenção ao contágio; (iii) decisão política da Fundação Nacional do Índio – FUNAI e da Secretaria Especial de Saúde Indígena - SESAI de só prestar assistência especializada de saúde a povos residentes em terras indígenas homologadas, remetendo-se os indígenas não aldeados (urbanos) ao SUS geral (sem expertise para trato de indígenas) e, aparentemente, deixando as demais tribos, que residem em terras indígenas pendentes de homologação, sem atendimento; (iv) não elaboração de um plano pormenorizado e concreto, que contenha uma estratégia de proteção das comunidades indígenas e um cronograma de implementação, com a participação das comunidades indígenas.

Essas questões elencadas acima demonstram claramente o descaso das autoridades públicas na promoção dos Direitos Humanos da comunidade yanomami. Mesmo após as determinações do Supremo Tribunal, o governo do presidente Bolsonaro (2019-2022) se manteve inerte em relação a situação indígena e a possibilidade de contágio pela pandemia da COVID-19 e pela situação do garimpo ilegal na região. Tanto é o que ocorreu, que na Petição 9585 o Ministro Barroso determinou o envio dos autos para a Procuradoria Geral da República (PGR) apurar as condutas como o crime de genocídio.

Os desafios para a construção da cidadania e da democracia constitucional ainda são longos. As experiências recentes demonstram, mesmo após 35 anos de promulgação da Constituição Federal, que a questão indígena e o vilipêndio aos seus Direitos são ainda a pauta do autoritarismo e da violência dos ditadores de hoje. 1964 está entre nós. Pensar o contrário, é relegar a memória dos mortos a um papel secundário, incompatível com o atual estágio do constitucionalismo brasileiro.

Considerações Finais

A partir das considerações expostas nesse artigo, é forçoso reconhecer a complementariedade entre a responsabilidade penal internacional dos Estados e dos indivíduos. Esse é o maior legado de Antônio Augusto Cançado Trindade no debate sobre os crimes contra a humanidade, em especial o de genocídio. A partir dos seus votos e entendimentos, transformou o Sistema Interamericano de Direitos e a sua jurisprudência nessa temática em verdadeiros “lugares de memória”, próprios e vocacionados a proteção das minorias sociais, tais como os indígenas yanomami.

Rememorar essa jurisprudência e avançar no sentido de investigar e punir os responsáveis diretos pela mortandade experimentada pelo povo yanomami no Brasil durante os anos de 2019 a 2022 é permitir que o direito à memória dessas pessoas, vitimadas pelo descaso estatal, sejam sempre lembradas pelo que foram e pela violência que sofreram. Considerar que apenas o Estado brasileiro deveria ser responsabilizado no caso yanomami seria o mesmo que fragilizar o standard do SIDH de “investigar e punir” como forma efetiva de combater as violações aos Direitos Humanos.

O fortalecimento da Democracia brasileira necessita dessa visão.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão do Ministro Roberto Barroso). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709/DF**. Requerentes: Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) e PSB, PSOL, PCdoB, REDE, PT, PDT. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 08 jul. 2020

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Myrna Mack Chang versus Guatemala**. Voto do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Goiburú y Otros versus Paraguay** Voto do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas.

CRENSHAW, Kimberlé Williams. Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color. In: **The public nature of private violence**. Routledge, 2013. p. 93-118.

FLORES, Rodrigo Musto. Memória e história oral: as interações entre a história escrita e a história vivida. **Intellèctus**, ano XXI, n.1, 2022

HALBWACHS, M. **A Memória coletiva**. Trad. de Laurent Léon Schaffter. São Paulo, Vértice/Revista dos Tribunais, 1990. Tradução de: La mémoire collective.

NORA, Pierre. Entre a história e a memória: a problemática dos lugares de memória. **Revista Projeto História**. Num. 10, São Paulo: Educ/PUC-SP, 1993

SEIXAS, Jacy. Percursos de memórias em terras de história. In.: **Da memória e seus “caminhos secretos para entrar em nós”**. São Paulo: Intermeios, 2021

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Atos de Genocídio e Crimes contra a Humanidade: Reflexões sobre a Complementaridade da Responsabilidade Internacional do Indivíduo e do Estado. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 16, 2016.

Direitos Humanos e Empresas

Human Rights and Business

Janaina Pereira Antunes¹

Sumário: 1. Algumas Reflexões sobre Direitos Humanos; 2. Governança Corporativa em Direitos Humanos; 3. A Lei Francesa nº 2.017-399 e o Projeto Brasileiro de Lei nr. 572 de 2022; 4. Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho apresenta reflexões iniciais a respeito dos Direitos Humanos, estabelecendo premissas críticas para a compreensão do tema. A partir do pensador Joaquín Herrera Flores, destaca-se a necessária dimensão de responsabilização coletiva em prol dos Direitos Humanos, bem como a aceção desses mesmos direitos como “processos de luta pela dignidade humana”, que compreende camadas política, cultural e social. Tomando como norte a concepção crítica, conclui-se que lutas jurídicas podem aliar-se a lutas sociais. Inspirado em Costas Douzinas e seu argumento a respeito dos paradoxos da realidade de tais direitos em sistemas capitalistas, este *paper* procura apresentar a dificuldade de adesão de empresas e corporações aos Direitos Humanos, em suas práticas, seus negócios e políticas de *compliance* e governança corporativa. E, como corolário do problema proposto, o objetivo deste trabalho é argumentar favoravelmente à promulgação de uma lei específica para *compliance* de Direitos Humanos em empresas. Apresentamos, nesta direção, a necessidade de discussão acerca do Projeto de Lei Brasileira PL 572/2022, em trâmite no Congresso Nacional Brasileiro, que cria “a lei marco nacional sobre Direitos Humanos e Empresas”.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Dignidade Humana; Capitalismo; Empresas e Negócios; Governança Corporativa.

Abstract: This paper presents reflections related to Human Rights, from the perspective of critical theory. From Herrera Flores concepts, we would like to point out the lesson related to mandatory collective accountability on behalf of Human Rights, taking it as “struggle processes for human dignity”, which include political, cultural and social perspectives. Considering critical theory, one can conclude that it is possible to combine social struggle with law work in Human Rights fields. Inspired by Costas Douzinas and its crucial reflection related to the paradoxes of Human Rights in capitalist scenario, this paper aims to present difficulties related to companies and corporations to accomplish Human Rights in its business, compliance and governance policies. As a consequence of this problem, this paper aims to defend a specific law related to Human Rights in companies and business. In this sense, we present the need for debates regarding the Brazilian Law Project number 572/2022 (Brazilian Parliament) regarding Human Rights in companies and business.

Keywords: Human Rights; Human Dignity; Capitalism; Companies and Business; Corporate Governance policies.

¹ Advogada. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo PPGSD da Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-graduação em Direitos Humanos pelo IGC da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-graduação *lato sensu* (Curso de Especialização) em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. E-mail: janaantunes@gmail.com.

1. Algumas Reflexões sobre Direitos Humanos

No cenário histórico, no período da Idade Média, as três ordens - clero, nobreza e povo - eram regidas pela lógica dos privilégios. O início da formação do Estado moderno, do capitalismo e da cultura moderna são os marcos dos Direitos Humanos como um elemento que passa a integrar um determinado contexto e estrutura social. O jurista e professor Tercio Sampaio Ferraz Junior aponta que foi a ideia de proteção da sociedade econômica da época contra os excessos do Estado que contribuiu para o nascimento dos primeiros direitos individuais². A identificação do privado com a propriedade da riqueza e a falta de nitidez da distinção entre a esfera pública e a privada são elementos fundantes no nascimento dos primeiros direitos individuais³. De acordo com Ferraz Junior, o que estava no centro era a possibilidade de realizado do ideal do burguês bem sucedido⁴.

Na análise do professor Costas Douzinas, os “direitos humanos estavam ligados inicialmente a interesses de classe específicos e foram as armas ideológicas e políticas na luta da burguesia emergente contra o poder político despótico e a organização social estática”⁵.

O professor Castor Bartolomé Ruiz, por sua vez, destaca que Karl Marx, na obra “A questão judaica”, escrita em 1843 e publicada pela primeira vez em Paris, no ano de 1844, critica o que ele denomina de “caráter burguês” dos direitos humanos; o ponto inicial de sua crítica era a visão individualista em que o ser humano ficou encerrado pelas filosofias modernas do sujeito. No fundo, colocava-se no centro um certo tipo de indivíduo: o indivíduo burguês que, segundo Marx, se caracteriza por ser “um homem egoísta, um homem separado do homem e da comunidade”⁶.

Podemos considerar que, ao longo dos períodos históricos, grupos e movimentos variados foram se mobilizando e buscando brechas para as demandas e construções de direitos. Ressaltamos, neste sentido, o entendimento de Norberto Bobbio: os Direitos Humanos “são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”⁷. De acordo com Celso Lafer, para Bobbio, o instituto dos Direitos Humanos funda-se na ideia de um “construído jurídico”⁸, já

2 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A Trivialização dos Direitos Humanos*. Novos Estudos nr. 28. São Paulo: CEBRAP, outubro de 1990. P.105.

3 Idem.

4 Idem.

5 COSTAS DOUZINAS. O fim dos direitos humanos. São Leopoldo: Unisinos, 2009. P. 19.

6 RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. *Do interesse individual à responsabilidade comunitária: esboço genealógico dos direitos do outro*. RIDH | Bauru, v. 5, n. 2, p. 19-50, jul./dez, 2017. Pp. 10-11.

7 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 13ª reimp.. P. 5.

8 Ibid., p. IX.

que estão obrigatoriamente atrelados a processos históricos, lutas sociais e políticas, e produção de conhecimento e debates filosóficos.

Joaquín Herrera Flores traz importantes contribuições⁹ na busca por uma teoria de Direitos Humanos atrelada integralmente ao mundo vivido e real da população mundial: tais direitos precisam ser compreendidos dentro de uma moldura que abarque não somente a faceta jurídica, mas também as perspectivas política, social e cultural. Nesse sentido, além da forte tinta política, configuram dinâmicas sociais que buscam a construção de certas condições materiais e imateriais necessárias para se viver; e, do mesmo modo, “processos de luta pela dignidade humana” que trazem, em sua essência, um elemento cultural.

I – Inicialmente, e de modo resumido, os direitos humanos exigem a *instituição* ou *posta em marcha de processos de luta pela dignidade humana*. Dessa definição resumida, destacamos a “especificação cultural/histórica dos direitos”: eles não são algo dado, nem estão garantidos por algum “bem moral”, alguma “esfera transcendental” ou por algum “fundamento originário ou teleológico”. São produtos culturais que instituem ou criam as condições necessárias para implementar um sentido político forte de liberdade (oposto à condição restritiva da liberdade como autonomia: minha liberdade termina quando começa a sua). Desse ponto de vista, minha liberdade (de reação cultural) começa onde começa a liberdade dos demais; por isso não tenho mais remédio que *me comprometer e me responsabilizar* – como ser humano que exige a construção de espaços de relação com os outros – com a criação de condições que permitam a todas e a todos “pôr em marcha” contínua e renovadamente “caminhos *próprios* de dignidade”.¹⁰

No centro da problemática, estão os bens relacionados aos direitos condizentes com uma vida digna. Para o referido pensador, “*o problema não é de como um direito se transforma em direito humano, mas sim como um “direito humano” consegue se transformar em direito*”¹¹.

(...) Daí que, para nós, o problema não é de como um direito se transforma em direito humano, mas sim como um “direito humano” consegue se transformar em direito, ou seja, como consegue obter a garantia jurídica para sua melhor implantação e efetividade. Os direitos humanos são uma convenção cultural que utilizamos para introduzir uma tensão entre os direitos reconhecidos e as práticas sociais que buscam tanto seu reconhecimento positivado como outra forma de reconhecimento ou outro procedimento que garanta algo que é, ao mesmo tempo, exterior e interior a tais normas. Exterior, pois as constituições e tratados “reconhecem” – evidentemente não de um modo neutro nem apolítico – os resultados das lutas sociais que se dão fora do direito, com o objetivo de conseguir um acesso igualitário e não hierarquizado “*a priori*” aos bens necessários para se viver. Interior, porque essas normas podem dotar tais resultados de certos níveis de garantias para reforçar o seu cumprimento (certamente não de um modo neutro nem à margem das relações de forças que constituem o campo político).

Por isso, nós não começamos pelos “direitos”, mas sim pelos “bens” exigíveis para se viver com dignidade: expressão, convicção religiosa, educação, moradia, trabalho, meio ambiente, cidadania, alimentação sadia, tempo para o lazer e formação, patrimônio histórico-artístico, etc. Prestemos muita atenção, estamos diante de bens que satisfazem necessidades, e não de um modo “*a priori*” perante direitos. Os direitos virão depois das lutas pelo acesso aos bens. Algumas vezes essas lutas poderão se apoiar em sistemas de garantias já formalizados (e aí a

⁹ Em “A reinvenção dos direitos humanos” (Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009).

¹⁰ HERRERA FLORES, Joaquín. A reinvenção dos direitos humanos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. P. 108.

¹¹ *Ibid.*, p. 28.

luta jurídica se une à luta social de um modo importante¹⁴), mas, outras vezes, as lutas não poderão se apoiar em uma norma e se situar em planos de “alegalidade” (veja-se o caso das práticas sociais para acolher, proteger e promover as migrações no contexto europeu¹⁵). As normas jurídicas resultantes nos servirão para garantir – como dissemos, de um modo não neutro – um determinado acesso a tais bens. Daí sua importância. Porém, daí também seu caráter instrumental e seu apego aos interesses e às expectativas de quem ostenta a hegemonia na sociedade de que se trate.¹²

Para estes primórdios do século XXI, o professor Joaquín Herrera Flores apontou limitações trazidas para o campo dos Direitos Humanos, em decorrência da globalização da “racionalidade capitalista”¹³. É o que pretendemos abordar no próximo tópico.

2. Governança Corporativa em Direitos Humanos

Vimos que o embrião dos Direitos Humanos vem juntamente com o embrião do capitalismo, e na direção de direitos individuais e privados relacionados especialmente, em um primeiro momento, à propriedade e produção de riqueza. O capitalismo vai se configurando e se reconfigurando, a partir de seu nascimento; e também o ideário de Direitos Humanos, que assume uma perspectiva emancipatória e de dignidade do ser. Aqui, é essencial lembrar do alerta de Costas Douzins sobre um verdadeiro paradoxo da atualidade, relativo aos antagonismos dos Direitos Humanos dentro de um sistema capitalista¹⁴: o próprio sistema no qual florescem direitos é aquele que tem, em sua essência, a exploração do homem pelo homem, e a legitimação de uma pluralidade de situações de pessoas vivendo abaixo de parâmetros mínimos de dignidade.

No cenário mundial, o capitalismo apresenta-se hegemônico e global. Seu *ethos* não se restringe às relações econômicas, mas, de fato, acabou naturalizado na sociedade. Neste sentido, destacamos quatro pilares que integram o que poderia ser compreendido como um “espírito capitalista” atual, e que são tomados como “verdades”, conforme lição do sociólogo Zygmunt Bauman:

- (a) o crescimento econômico seria a única maneira de lidar com o problema de coabitação humana;
- (b) o aumento permanente de consumo seria a principal maneira de satisfazer a busca humana de felicidade, tornando o planeta um grande *container* de bens;
- (c) a desigualdade entre os homens seria natural e, portanto, necessário não interferir em seus efeitos;

¹² Ibid., pp. 28-29.

¹³ Ibid., p. 17.

¹⁴ COSTAS DOUZINAS. Os Paradoxos dos Direitos Humanos, tradução de Caius Brandão, 2011. P. 10. Acesso em 13/01/2024. Disponível em <https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/106/o/ConferenciaAberturax.pdf?1350490879>

- (d) a rivalidade (ou competitividade) seria uma condição necessária e suficiente para a justiça social, assim como para a reprodução da ordem social, em contraposição a uma cultura de cooperação/colaboração¹⁵.

Em sistemas capitalistas, empresas assumem papel central no cenário econômico e social. Considere-se que empresas tratam-se de instituições inseridas em determinada estrutura social, na qual se constituem as relações econômicas, políticas, jurídicas e familiares, entre outras. De acordo com o sociólogo Anthony Giddens, a estrutura viabiliza certas práticas, o que nos leva à afirmação de que a estrutura e o *ethos* capitalista atuais, assentados nos pilares destacados anteriormente, geram impactos nos procedimentos decisórios que acontecem em empresas, de forma ampla, incluindo nas escolhas que se fazem na construção (ou não) de uma cultura organizacional e de governança com relação a temáticas que pertencem ao campo dos Direitos Humanos.

Certos dados divulgados recentemente nos ajudam a compreender uma parte do cenário no Brasil. A última edição do relatório "Trilha de Direitos Humanos 2023", produto de pesquisa realizada pelo Pacto Global da ONU no Brasil, apresentou os seguintes números:

Considerando o total de 208 empresas respondentes em 2023, 11% das empresas afirmaram que não possuem um compromisso público de respeitar os direitos humanos, conforme apresentado no Gráfico 6. Das 185 (89%) empresas que sinalizaram possuir compromisso público de respeitar os direitos humanos, apenas 50 (24%) expressam o compromisso em uma política específica sobre direitos humanos.¹⁶

Tratar de Direitos Humanos em empresas é tratar de questões ligadas, por exemplo, a trabalho digno, direitos laborais como integridade psicofísico e saúde do trabalhador, dados pessoais, inclusão e diversidade, meio ambiente. Os princípios da dignidade da pessoa humana e da função social da ordem econômica, bem como o extenso rol de direitos humanos consagrados em diplomas internacionais e diplomas legais nacionais não se tratam de meras declarações de boas intenções. Existe, porém, uma tensão entre os direitos reconhecidos e positivados no ordenamento jurídico, e as práticas sociais atravessadas pelo *ethos* do capitalismo. Toda a pauta de Direitos Humanos continua em grande disputa, na arena social, o que inclui as corporações.

No cenário mundial, encontramos uma referência importante nos "Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos"¹⁷, aprovados de forma unânime pelo

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. A riqueza de poucos beneficia todos nós? Rio de Janeiro: Zahar, 2015. P. 40.

¹⁶ Página 32 do relatório. Acesso em 12-12-2023. Disponível mediante prévio registro em <https://go.pactoglobal.org.br/relatorio-trilhadireitoshumanos>.

¹⁷ https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_en.pdf.

Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em junho de 2011. Esse documento é considerado um marco teórico sobre o tema, e foi fruto do trabalho do Professor John G. Ruggie (Universidade de Harvard), na época nomeado como Representante Especial do Secretário-Geral da ONU para Empresas e Direitos Humanos. A aderência a esta Cartilha, entretanto, ainda apresenta grande déficit, conforme conclusão do trabalho de Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa, Bruna Magalhães Gärner e João Paulo Braune Guerra¹⁸:

(...) a pesquisa analisou documentos de companhias abertas registradas perante a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), buscando identificar quantas companhias apresentam programas de direitos humanos, numa análise comparativa entre os anos de 2013 e 2017. A hipótese que foi desenvolvida é a de que as companhias brasileiras, entre os referidos anos, apresentaram um aumento na implementação de políticas de direitos humanos, relacionados com a prevenção de riscos de imagem, melhoria nas relações com empregados e clientes e captação de investidores. No entanto, apesar de ter sido identificada uma pequena melhora, o número de empresas que implementa ao menos parcialmente os princípios das Nações Unidas para Direitos Humanos e Negócios é muito reduzido, o que é particularmente grave em um país marcado por inúmeras violações de direitos humanos como o Brasil. O trabalho de pesquisa foi feito sobretudo por meio da análise dos Formulários de Referência de companhias abertas do segmento do Novo Mercado, registradas perante a CVM.

3. A Lei Francesa nº 2.017-399 e o Projeto Brasileiro de Lei nr. 572 de 2022

Em 27 de março de 2017, foi promulgada, na França, de forma pioneira no cenário global, a Lei nº 2.017-399, que fixou o "dever de vigilância" ("*devoir de vigilance*") com relação aos Direitos Humanos, para as empresas matrizes e controladoras sediadas naquele país. A referida lei estabelece alguns requisitos e restrições para sua incidência concreta (por exemplo, exigência atinente ao número de empregados)¹⁹. Em artigo publicado em junho de 2023, Sandro Gorski Silva e Helly Elisabeth Bowens Pereira apresentaram algumas avaliações a respeito dos primeiros anos da lei:

Recentemente, o Ministério da Economia francês lançou estudo avaliando os primeiros anos do diploma, o que também foi realizado por diversas ONGs. Além da crítica em relação ao alcance restrito, outras falhas foram evidenciadas, com especial enfoque para os planos de vigilância publicados. Grande parte dos planos apresentados até o momento são demasiado sucintos, geralmente integrados nos capítulos referentes à responsabilidade social corporativa do relatório de gestão, ou espalhados em capítulos diversos, dificultando a análise do conjunto das medidas tomadas. São também imprecisos e genéricos sobre o perímetro de fornecedores e subcontratados atingidos, ou ainda focados nos riscos para a própria empresa, e não para os indivíduos e o meio ambiente⁷⁰.

Aponta-se, ainda, a necessidade de encarregar um órgão administrativo para promover, verificar e reforçar a aplicação da lei, podendo recolher e tratar dados confidenciais das empresas, com o objetivo de fazer respeitar as obrigações do dever de vigilância, além de ser capaz de aconselhar as empresas e regulamentar determinadas lacunas da legislação⁷¹.

18 Vide: Governança corporativa e direitos humanos: uma análise empírica no novo mercado Homa Publica -Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas | 2526-0774 | Vol. 03 Nº 02 |Fev-Jul2019|e:052.

19 LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1) - Légifrance (legifrance.gouv.fr). Disponível em LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1) - Légifrance (legifrance.gouv.fr). Acesso em 13-01-2024.

Destaca-se também a problemática envolvendo o ônus da prova, que recai hoje sobre o reclamante. A comprovação da negligência das empresas fica praticamente inviabilizada sem o acesso a documentos e decisões internas. Vale dizer, as situações de violações exigem a presunção de culpa, ainda que a aferição de legalidade seja verificada a posteriori, com consequente inversão do ônus da prova em desfavor da empresa, a fim de equiparar as forças das partes envolvidas²⁰.

A partir das reflexões relacionadas ao campo dos Direitos Humanos e do problema proposto no tópico 2, o objetivo deste trabalho é argumentar favoravelmente à promulgação de uma lei específica para *compliance* de Direitos Humanos em empresas, incluindo penalidades na hipótese de descumprimento. Como exposto, a lei francesa foi pioneira no contexto global e, inobstante todas as relevantes críticas que possa e deva receber, sinaliza um caminho importante para obrigações de corporações no campo de Direitos Humanos.

No Brasil, o Decreto nr. 9.571, de 21 de novembro de 2018, estabelecia a Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. Foi revogado pelo Decreto nr. 11.772, de 09 de novembro de 2023²¹, que instituiu o Grupo de Trabalho Interministerial para a elaboração de proposta da Política Nacional de Direitos Humanos e Empresas no âmbito do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania.

De fato, trata-se de uma medida muito relevante, no âmbito do Poder Executivo. Entendemos que, de modo concomitante, há a necessidade de discussão acerca do Projeto de Lei Brasileira PL 572/2022, em trâmite no Congresso Nacional Brasileiro, que cria “a lei marco nacional sobre Direitos Humanos e Empresas”²².

Destacamos que o projeto traz dispositivos que podem representar um avanço na política de Direitos Humanos, tais como:

- (a) os destinatários da lei alcançam as empresas e instituições financeiras com atuação no território nacional e/ou com atividade transnacional, incluindo-se entre as empresas destinatárias suas subsidiárias, filiais e subcontratados (artigo 2º *caput* e parágrafo único);
- (b) a “sobreposição das normas de Direitos Humanos sobre quaisquer acordos, inclusive os de natureza econômica, de comércio, de serviços e de investimentos” (artigo 3º, inciso III), o que sinaliza, de um lado, a busca de efetividade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e, de outro, a concretude dos Direitos Humanos como acesso aos bens materiais e imateriais que fazem com que a vida seja digna de ser vivida (conforme lição de Herrera Flores);

²⁰ DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS: UMA ANÁLISE DA LEI FRANCESA SOBRE O DEVER DE VIGILÂNCIA EMPRESARIAL. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 50, n. 154, Junho, 2023. P. 396.

²¹ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Decreto/D11772.htm#ar10. Acesso em 13-01-2024.

²² Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2148124. Acesso em 13-01-2024.

- (c) a obrigatoriedade de adoção, pelas empresas, de “mecanismos de controle, prevenção e reparação capazes de identificar e prevenir violações de Direitos Humanos decorrentes de suas atividades, sem prejuízo de sua responsabilidade cível, administrativa e criminal caso tais violações venham a ocorrer” (artigo 5º, parágrafo 2º);
- (d) a obrigatoriedade de promoção, pelas empresas, de “respeito aos direitos humanos por parte das empresas com as quais realizam transações comerciais, contratuais ou não” (artigo 6º, inciso VI);
- (e) a realização de *due diligence* (devida diligência), nos termos do artigo 7º: “As empresas deverão realizar processo de devida diligência para identificar, prevenir, monitorar e reparar violações de direitos humanos, incluindo direitos sociais, trabalhistas e ambientais”.

4. Considerações Finais

Em sistemas capitalistas, empresas assumem protagonismo no cenário econômico e social. Este *paper* procurou apresentar a dificuldade de adesão de empresas e corporações aos Direitos Humanos, em suas práticas, seus negócios e políticas de governança corporativa. E, como corolário do problema proposto, o objetivo deste trabalho é argumentar favoravelmente à promulgação de uma lei específica para *compliance* de Direitos Humanos em empresas. Apresentamos, nesta direção, a necessidade de discussão acerca do Projeto de Lei Brasileira PL 572/2022, em trâmite no Congresso Nacional Brasileiro, que cria “a lei marco nacional sobre Direitos Humanos e Empresas”. As disputas acerca do tema estão postas, na sociedade. Entendemos que o debate precisa ser democratizado e ampliado de modo a atingir o maior número possível de pessoas, grupos, organizações e movimentos.

Referências Bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt. *A riqueza de poucos beneficia todos nós?* Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

_____, *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

_____, *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 13ª reimp.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5.ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2004.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COSTAS DOUZINAS. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009

_____, *Os Paradoxos dos Direitos Humanos*, tradução de Caius Brandão, 2011. Acesso em 21/12/2020. Disponível em <https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/106/o/ConferenciaAberturax.pdf?1350490879>

_____, CONOR GEARTY (Org.). *The Meaning of Rights*. UK, Cambridge University Press, 2014.

ESCOREL, Sarah. *Vidas ao Léu: trajetórias de exclusão social*. RJ: Editora Fiocruz, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A Trivialização dos Direitos Humanos*. Novos Estudos nr. 28. São Paulo: CEBRAP, outubro de 1990. P.105.

GÄRNER, Bruna Magalhães; GOUVÊA, Carlos Pagano Botana Portugal; GUERRA, João Paulo Braune. *Governança corporativa e direitos humanos: uma análise empírica no novo mercado*. Homa Publica -Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas | 2526-0774 | Vol. 03 N° 02 | Fev-Jul2019 | e:052.

HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2.ed. SP: Ed. 34, 2009 (1a reimp.).

HOOKS, Bell. *Teoria feminista: da margem ao centro*. São Paulo: Perspectiva, 2019.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KILOMBA, Grada. *Memórias da plantação-Episódios de racismo cotidiano*. 1. ed. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019, 2a. reimpressão (2020).

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. SP: Martins Fontes, 2006.

MOREIRA, Adilson José. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017.

MOYN, Samuel. *The last utopia: human rights in history*. First Belknap Press of Harvard University Press paperback edition, 2012.

PEREIRA, Helly Elisabeth Bowens e SILVA, Sandro Gorski. *Direitos Humanos e Empresas: Uma Análise da Lei Francesa sobre o Dever de Vigilância Empresarial*. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 50, n. 154, Junho, 2023.

PIKETTY, Thomas. *A economia da desigualdade* 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Por uma concepção amefricana dos direitos humanos. In: *Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais*, Heloisa Buarque de Hollanda (Org.). 1.ed. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020. P. 298-318.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. *Do interesse individual à responsabilidade comunitária: esboço genealógico dos direitos do outro*. RIDH | Bauru, v. 5, n. 2, p. 19-50, jul. /Dez, 2017.

SANDEL, Michael. *A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?* 1.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

Inteligência Artificial no Poder Judiciário Brasileiro: Uma Análise Quanto Aos Benefícios e Riscos à Prestação Jurisdicional

Artificial Intelligence in the Brazilian Judicial Power: An Analysis of the Benefits and Risks to Jurisdictional Provision

Josélia Moreira de Queiroga¹

Maria Claudia Mesquita Cavalcanti²

Sumário: 1. Introdução; 2. O uso da inteligência artificial nas decisões judiciais; 3. Vantagens e riscos à implantação da inteligência artificial; 4. Considerações finais; referências bibliográficas.

Resumo: Nos últimos anos, o Poder Judiciário vem passando por inúmeras transformações no campo digital, principalmente em razão do avanço das tecnologias da informação. O uso da inteligência artificial já é uma grande realidade neste meio, e, por consequência, o objetivo dessa pesquisa é analisar os principais aspectos da utilização da inteligência artificial, destacando-se as vantagens e riscos à sua implantação na atividade judiciária. Observou-se que as inovações tecnológicas no campo da inteligência artificial surgem como solução a um procedimento judicial mais célere, eficaz e menos custoso, com a utilização de ferramentas especializadas em análise de dados, que dispõe de técnicas de estatísticas de modelização para extrair dados históricos e fazer previsões. Concluiu-se que o uso da inteligência artificial no Judiciário brasileiro é preponderantemente benéfico, pois apresenta bastantes vantagens notadamente em relação aos trâmites processuais, como: celeridade, tempestividade, eficiência e duração razoável dos processos. Todavia, a implementação da inteligência artificial apresenta alguns riscos, como: a utilização de algoritmos enviesados, o que poderá levar a decisões discriminatórias; o fato das decisões não serem necessariamente motivadas; e a possibilidade da tomada de decisões totalmente automatizadas, ou seja, sem a interferência humana. A metodologia desta pesquisa foi baseada em uma revisão bibliográfica de natureza qualitativa que buscou compreender os pormenores do objeto investigado nos tribunais brasileiros.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; Poder Judiciário; Direito; Riscos e benefícios.

Abstract: In recent years, the Judiciary has been undergoing numerous transformations in the digital field, mainly due to the advancement of information technologies. The use of artificial intelligence is already a major reality in this environment, and, consequently, the objective of this research is to analyze the main aspects of the use of artificial intelligence, highlighting the advantages and risks to its implementation in judicial activity. . It was observed that technological innovations in the field of artificial intelligence emerge as a solution to a faster, more effective and less costly judicial procedure, with the use of specialized tools in data analysis, which features statistical modeling techniques to extract historical data and make predictions. It was concluded that the use of artificial intelligence in the Brazilian Judiciary is predominantly beneficial, as it presents many advantages, notably in relation to procedural procedures, such as: speed, timeliness, efficiency and reasonable duration of processes. However, the implementation of artificial intelligence presents some

¹ Mestranda em Direito, Mercado, Compliance e Segurança Humana pela Faculdade CERS. Advogada. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9428-3061>. E-mail: joselia.queiroga@gmail.com

² Mestranda em Direito, Mercado, Compliance e Segurança Humana pela Faculdade CERS. Servidora Pública. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4249-2480> m.claudiamc@yahoo.com.br

risks, such as: the use of biased algorithms, which could lead to discriminatory decisions; the fact that decisions are not necessarily motivated; and the possibility of fully automated decision-making, that is, without human interference. The methodology of this research was based on a qualitative literature review that sought to understand the details of the object investigated in Brazilian courts.

Keywords: Artificial intelligence; Judicial power; Right; Risks and benefits.

1. Introdução

A inteligência artificial é uma realidade. Hodiernamente, os sistemas com inteligência artificial são utilizados desde as tarefas mais básicas, como controlar uma máquina de café, até a realização de trabalhos mais complexos, como a criação de carros autônomos.

O Poder judiciário não está imune a essa revolução tecnológica. O funcionamento do Poder Judiciário Brasileiro vem passando por várias transformações por meio do uso da tecnologia, desde realizações de atos processuais, audiências, facilitação do acesso dos cidadãos à justiça, utilizando-se de plataformas de atendimentos virtuais, até atividades mais complexas, tais como o auxílio de máquinas nas tomadas de decisões.

Diante desse contexto, cabe refletir acerca do uso da inteligência artificial no Poder Judiciário Brasileiro, e os seus benefícios e desvantagens referentes à efetiva prestação jurisdicional, quando confrontadas com o respeito aos direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente protegidos.

O presente trabalho analisa os impactos que o uso da inteligência artificial causará ao Poder Judiciário Brasileiro, e suas contribuições sob a perspectiva da efetiva prestação jurisdicional, analisando os riscos, as vantagens e os desafios da sua aplicação.

Será demonstrado que os benefícios advindos com o uso da inteligência artificial no Poder Judiciário Brasileiro, nas fases preliminares e administrativas processuais, poderão acelerar o processo decisório, seja oferecendo mecanismos para decisão, seja classificando processos semelhantes ou auxiliando em outras tarefas que agilizam a tomada de decisão, garantindo, assim, a efetiva aplicação dos princípios constitucionais, tais como: celeridade processual, eficiência e a razoável duração do processo.

Em contrapartida, também será demonstrada a problemática advinda com o uso da inteligência artificial, uma vez que a utilização de máquinas na tomada de decisão ainda é um grande desafio na atividade fim da prestação jurisdicional, pois ainda demandam estudos mais aprofundados, posto que IA deve ser capaz de respeitar os direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, quais sejam: transparência da informação, revisão humana e obrigatoriedade de apreciação pelo juiz natural.

A metodologia desta pesquisa foi baseada em uma revisão bibliográfica de natureza qualitativa que buscou compreender os pormenores do objeto investigado. Foram realizados levantamentos bibliográficos nas plataformas Google Scholar e Scielo por meio da busca de artigos, textos e dissertações de mestrado e doutorado, bem como no site do CNJ.

Quanto aos objetivos, a pesquisa possui caráter exploratório, visto que buscou investigar informações por meio de levantamento bibliográfico. Utilizou-se o método indutivo, a partir do estudo da inteligência artificial aplicada ao poder judiciário e sua aplicação na tomada de decisões.

Dessa forma, verificar-se-á, de modo geral, quais são os benefícios e riscos à prestação jurisdicional referente ao uso da inteligência artificial no Poder Judiciário Brasileiro, frente à inevitável e crescente absorção da tecnologia de IA pelos respectivos órgãos.

2. Noções Gerais sobre Inteligência Artificial

A Inteligência Artificial (IA) teve origem durante a Segunda Guerra Mundial, quando surgiu a necessidade de criar máquinas que pensassem como seres humanos. Os estudos de Alan Turing (1950) são considerados pioneiros em IA. O autor criou o Teste Turing, no qual apresenta uma definição operacional satisfatória de inteligência partindo da pergunta inicial “*podem as máquinas pensar?*” (FERREIRA, 2021). Um computador passará no teste se um interrogador humano, depois de propor algumas perguntas por escrito, não conseguir descobrir se as respostas escritas vêm de uma pessoa ou de um computador (RUSSEL, NORVIG, 2022).

Consequentemente, estudos mais avançados foram desenvolvidos, e, até hoje, empresas, organizações e cidades vêm beneficiando-se da inteligência artificial (SILVA, et al. 2019).

A Inteligência Artificial torna-se cada vez mais presente nas operações do dia a dia da sociedade, como: reconhecimento facial para desbloquear celular, na personalização de ofertas de produtos e anúncios a partir de uma busca na internet, no comando de voz para mudança de uma estação de rádio no veículo, entre outros (BRAGANÇA, BRAGANÇA, 2019). E, com o apoio dessas tecnologias, percebe-se um sensível aumento na produtividade das tarefas desempenhadas pelo ser humano.

Conforme Damaceno (2018), a Inteligência Artificial consiste na produção de máquinas com capacidade de aprender, cuja programação é prévia, fazendo-se uso de algoritmos bem elaborados e complexos que proporcionem a tomada de decisões, especulações e até interações baseadas nos dados fornecidos.

A origem de alimentação da Inteligência Artificial são os dados, os quais servem de base aos algoritmos. Os bancos de dados são fontes aceleradoras e expansivas de Inteligência Artificial, as quais podem ser adquiridas tanto pelos internautas voluntariamente, como pelo cumprimento de obrigações determinadas pelo Poder Público (DE VARGAS MACHADO, COLOMBO, 2021).

A Inteligência Artificial pode ser subdividida em camadas, nas quais são introduzidos os conceitos de *Machine Learning* e *Deep Learning*. *Machine Learning* é o processo de aprendizado contínuo de máquina. Consiste em fornecer dados de entrada e, posteriormente, a máquina pode aprender com esses dados e elaborar saídas que satisfaçam a situação problema (DAMACENO, 2018). Assim, de acordo com Ribeiro (2021), pode-se definir *machine learning* como computadores que aprendem conforme as associações de diferentes dados, ou seja, por meio de imagens, números e palavras, a tecnologia pode processá-los, a fim de apresentar um determinado resultado. O sistema cria suas próprias regras.

Um exemplo do uso de *Machine Learning* é a identificação de spams, em que inicialmente é fornecido e-mails rotulados como spams e, a partir desses paradigmas, o software antispam deverá identificar, nos próximos e-mails que forem recebidos, padrões para que possam classificá-los como spam ou não spam (DAMACENO, 2018).

O *Deep Learning* é um tipo de *Machine Learning* que capacita a máquina a realizar tarefas mais complexas, como reconhecimento de fala, identificação de imagens e realização de previsões (DAMACENO, 2018). As máquinas aprendem por meio de redes neurais, sucessivas de aprendizado com os dados e de forma interativa, em que o computador lida com as divergências e problemas sem definição (RIBEIRO, 2021). A capacidade do *deep learning* engloba a percepção e a assimilação de múltiplos e complexos comportamentos e padrões, e, a partir dessa percepção, o sistema está apto a apresentar resultados para inúmeras tarefas, em qualquer área do conhecimento, inclusive relacionadas ao Direito (TACCA, ROCHA, 2018).

Damaceno (2018) explica que *Deep learning* e *Machine Learning* podem ser categorizados em esferas, em que, no centro, se encontra o *Deep Learning*, em seguida, a esfera do *Machine Learning*, que abrange a anterior, e, por fim, na camada mais externa, encontra-se a Inteligência Artificial englobando as anteriores.

Realizada essa breve explanação do que vem a ser a inteligência artificial e suas especificações, observa-se que a utilização da Inteligência Artificial gera efeitos na economia e no meio ambiente, os quais exercem grande impacto na tomada de decisões governamentais. Um dos movimentos mais atuais nesse segmento é o que se denomina

“*internet das coisas*”, termo concebido por Kevin Ashton, no laboratório do Instituto de Tecnologia de Massachusetts e que designa a revolução tecnológica que pretende conectar itens do cotidiano à internet. (RIBEIRO, 2021).

Portanto, ao analisar o que a Inteligência Artificial atualmente, podem-se citar vários exemplos. Em 2018, com relação a veículos autônomos, veículos da Waymo passaram da marca de 10 milhões de milhas dirigidas em estradas públicas sem um acidente sério, requisitando controle do motorista humano somente uma vez a cada 6 mil milhas. Na Ruanda, drones autônomos têm realizado entregas de sangue de uma ponta a outra no país (RUSSEL, NORVIG, 2022).

Empresas de transporte por aplicativo como Uber e serviços de mapeamento como o Google Maps oferecem instruções de direção para centenas de milhões de usuários, informando a melhor rota com melhores condições de tráfego; sistemas de tradução automática online permitem a leitura de documentos em mais de 100 idiomas. Outro exemplo da IA, em uso crescente, é o reconhecimento de fala, o qual já atingiu a marca mundial de um terço das interações dos usuários com o computador utilizando-se comandos por voz. Alexa, Siri, Cortana e Google oferecem assistentes que podem responder a perguntas e realizar tarefas para o usuário (RUSSEL, NORVIG, 2022).

Assim, a Inteligência Artificial vem avançando consideravelmente em comparação às suas primeiras décadas, tanto no campo teórico como na metodologia aplicada. Todavia, como qualquer transformação imposta à sociedade, a incorporação da IA no cotidiano das pessoas ocasiona grandes mudanças no modo de viver e de relacionar-se. Portanto, é importante que haja uma preparação para entender as profundas transformações sociais, econômicas e culturais decorrentes da utilização da IA, de modo a reinterpretar conceitos fundamentais e estruturar políticas públicas que possam prevenir impactos negativos e permitir o avanço da tecnologia (MARANHÃO, 2017).

3. O Uso da Inteligência Artificial nas Decisões Judiciais

O avanço da utilização da justiça virtual é inegável. O processo de informatização judicial teve início há 11 anos, previsto pela Lei nº 5.869/1973 (Código de Processo Civil) e pela lei nº 11.419/2006 (Lei da Informatização do Processo Judicial). Cada órgão do poder judiciário possuía um sistema distinto em operação, porém, não havia comunicações entre eles, e isso acabava gerando dificuldades aos operadores do direito, que possivelmente atuavam em diferentes esferas judiciais e/ou entes federados diversos.

Objetivando unificar o sistema eletrônico do judiciário, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – criou em 2013 o Processo Judicial Eletrônico (PJE), e em 2015, o atual Código de Processo Civil incorporou a modalidade eletrônica a todos os atos processuais.

Entretanto, o aceleração da utilização da justiça virtual ocorreu durante a pandemia da Covid-19, em que as atividades presenciais foram suspensas. A fim de continuar oferecendo os serviços, a Justiça passou a funcionar integralmente de forma remota. Apesar de não ter sido uma implementação do sistema virtual totalmente planejada, mesmo durante a situação vivenciada, a justiça conseguiu manter o atendimento aos jurisdicionados, notando-se ainda considerável aumento na produtividade dos órgãos judiciais em geral.

Por outro lado, saliente-se o CNJ vem estabelecendo várias iniciativas objetivando acelerar a transformação digital no Poder Judiciário. O programa Justiça 4.0 foi lançado durante a pandemia, e possui o objetivo de tornar o judiciário brasileiro mais próximo da sociedade, com a disponibilização de novas tecnologias, focadas na inteligência artificial, com a finalidade de garantir serviços mais rápidos, eficazes e acessíveis.

Algumas medidas previstas no programa já foram efetivamente regulamentadas e implementadas, como por exemplo, o “Balcão Virtual”, essa ferramenta de videoconferência permite o imediato contato com o setor de atendimento de cada unidade judiciária durante o horário de atendimento ao público; e o “Juízo 100% Digital”, por meio do qual, todos os atos processuais serão praticados exclusivamente por meio eletrônico e remoto.

No atual cenário de modernidade, a Resolução 332, de 21 de agosto de 2020, do CNJ, em seu artigo 2º dispõe que *“a Inteligência Artificial, no âmbito do Poder Judiciário, visa promover o bem-estar dos jurisdicionados e a prestação equitativa da jurisdição, bem como descobrir métodos e práticas que possibilitem a consecução desses objetivos”*.

De acordo com a mesma tratativa legal, a inteligência artificial é um conjunto de algoritmos computacionais, concebidos a partir de modelos matemáticos, cuja finalidade é apresentar resultados inteligentes, associados ou comparáveis a determinados aspectos do pensamento, do saber ou da atividade humana.

A inteligência artificial já é implementada nas etapas preliminares que antecedem a decisão judicial. Algumas soluções com a IA auxiliam e instrumentalizam o magistrado na tomada de decisão ou são implementadas através de atividades administrativas. Como exemplos, citam-se o sistema Victor, utilizado no STF e o Athos, utilizado no STJ.

Esses sistemas aceleram o processo decisório, seja oferecendo mecanismos para decisão, seja classificando processos semelhantes ou auxiliando em outras tarefas que agilizam a tomada de decisão. No entanto, o magistrado é o responsável pelo processo

decisório, pois ele é quem de fato julga, podendo, inclusive, desconsiderar a ajuda oferecida pelo sistema.

Nesse contexto, percebe-se que há limites na atuação das máquinas, e sua ampliação deve ocorrer de forma progressiva, sempre utilizando um avanço racional e gradual no uso da IA.

Além de avanços tecnológicos, a utilização de robôs inteligentes na atividade fim da prestação jurisdicional envolve éticas e políticas que carecem de estudos mais aprofundados, antes de qualquer avanço tecnológico significativo.

A inteligência artificial na tomada de decisão inaugura um novo paradigma no sistema judiciário. Nesse diapasão, o uso da IA deve respeitar os direitos e garantias fundamentais, quais sejam: transparência da informação, revisão humana e obrigatoriedade de apreciação pelo juiz, quando forem impostos embargos de declaração, pontuando-se que esse recurso deverá ser cabível para todas as decisões tomadas por máquinas.

A transparência na informação permite informar ao jurisdicionado que a decisão foi tomada por uma máquina, com essa informação, o jurisdicionado teria melhores condições de compreender a decisão e identificar eventuais erros ou vícios. Além disso, o sistema deve ser auditado continuamente, com intuito de identificar falhas e inconformidades.

A obrigatoriedade de revisão e apreciação por um juiz, pessoa legalmente investida no órgão, sempre que forem impostos embargos de declaração, é fundamental para reforçar a aprendizagem do robô, e contribuir com o nível de acerto.

Recentemente, foi discutido no CNJ sobre o uso da inteligência artificial e a capacidade da tecnologia em tomar decisões, onde chegou-se à conclusão de que não é possível prescindir da intervenção humana, muito embora a tecnologia possa ajudar na otimização do trabalho, colaborando com a celeridade do poder judiciário.

As inovações tecnológicas, em harmonia com novos tempos, deixam claro que a união entre máquina e homem é inevitável e que, se usada efetivamente, traz contribuições e avanços inestimáveis em todas as áreas de atuação.

Segundo Koerner, Vasques e Almeida (2019), as “*máquinas simulam operações racionais de selecionar e arranjar meios eficientes para alcançar de forma eficiente finalidades estabelecidas*”. Desse modo, essas finalidades devem ser analisadas de forma a identificar as suas relevâncias e as suas mazelas.

A utilização de mecanismos inteligentes para o auxílio no procedimento de julgamento pode proporcionar maior celeridade e facilitar a tomada de decisões, já que reduzirá o trabalho repetitivo e manual. No entanto, surge a problemática em utilizar esses

mecanismos de forma imoderada, inobservadas as peculiaridades de cada caso, e conseqüentemente contrariando o processo democrático de direito (ASPERTI, 2017).

Considerando tudo o que foi exposto, a aplicação da inteligência artificial, no ato da tomada de decisão judicial, deverá ser analisada de forma cautelosa e com obediência aos preceitos constitucionais. Não obstante a utilização da IA promova muito benefícios, as decisões prontas e de forma automática não deverá ser amplamente aplicada a todos os casos que se assemelhem, pois ocorrerá uma violação do contraditório, da ampla defesa, da fundamentação das decisões e do princípio do juiz natural.

4. Vantagens e Riscos à Implantação da Inteligência Artificial

Com a evolução da sociedade, há também aumento na complexidade das relações e, conseqüentemente, a quantidade de conflitos sofre acréscimos. Com forma de realizar a paz social, o Estado é o ente constitucionalmente responsável pela resolução dos conflitos. A grande busca por decisões definitivas sobre variados litígios, tem levado a um grande fluxo de processos em tramitação no Poder Judiciário. Para que a prestação jurisdicional seja concedida de forma mais célere e efetiva, surgem as novas tecnologias que visam aprimorar e dar celeridade aos trâmites processuais.

O direito ao acesso à justiça é um tema bastante atual e discutido no âmbito da esfera judiciária. Várias entidades de defesa dos direitos humanos buscam normas que proporcionem cada vez mais o amplo acesso aos tribunais. Inclusive, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXXV, garante esse direito. O CNJ ainda ressalta que as novas tecnologias são auxílios na simplificação da desburocratização do Poder Judiciário, de forma que a Inteligência Artificial também tem um importante papel em proporcionar celeridade e eficiência ao processo (RIBEIRO, 2021).

Diante das inúmeras ações em tramitação no Poder Judiciário, a Inteligência Artificial pode ser utilizada para melhorar o fluxo e encerrar de forma mais célere as causas com petições idênticas (RIBEIRO, 2021). Vale salientar que a tecnologia surge como instrumento capaz de produzir resultados que melhorem o tempo razoável e a eficiência do processo, com um melhor custo-benefício. Inclusive, o impacto que a Inteligência Artificial causa não pode ser ignorado no sistema de justiça, isto porque além dos benefícios para o Poder Público, traz vantagens para a sociedade em geral. (DOMINGUES, 2021).

Conforme afirma Domingues (2021), em razão do processo civil brasileiro dispor de um sistema de precedentes, repetitivos e jurisprudência há um ambiente propício e adequado para que a inteligência artificial possa replicar teses já elaboradas por julgadores, de forma a

proporcionar uma maior celeridade, tempestividade, eficiência e duração razoável do processo. O referido autor aduz, ainda, que o uso da Inteligência Artificial faz jus ao princípio da eficiência, previsto no artigo 8º do Código de Processo Civil, em razão de produzir o máximo de resultado com o mínimo de esforço.

Outras vantagens que a Inteligência Artificial apresentada ao Poder judiciário diz respeito à análise e investigação de fraudes, assim como verificação de documentos e contratos. O uso da Inteligência Artificial proporciona a análise de dados e de um número muito maior de contratos e documentos do que se não se utilizasse o sistema, o qual se torna muito mais eficiente por meio dos algoritmos (RIBEIRO, 2021).

Em alguns casos, o operador do direito não precisará dedicar-se no exame de meros erros materiais ao analisar uma petição, já que poderá direcionar seus esforços ao trabalho de julgamento do conflito material ali existente, proporcionando uma maior celeridade à prestação jurisdicional (FERRARI, DENARI, 2021).

Porto (2019) apontou, ainda, outras aplicações da IA no Judiciário, dentre elas, o auxílio ao magistrado em: realizar atos de constrição; identificar os casos de suspensão por decisões em recursos repetitivos; degravação de audiências; classificação adequada dos processos; elaboração do relatório dos processos; identificação de fraudes; identificação de litigante contumaz; identificação de demandas em massa; avaliação da jurisprudência aplicada ao caso; atendimento ao usuário (Ouvidoria e Corregedoria); votos divergentes na pauta eletrônica; gestão cartorária, identificando gargalos, processos paralisados, servidores com menor/maior carga de trabalho; elaboração de minutas de despachos, decisões e sentenças.

Quanto a alguns itens elencados acima, Porto (2019) destacou que terão maiores dificuldades na aplicação da IA, o que não implica a impossibilidade de implementação, mas sim que demandará um maior esforço do Judiciário quanto aos responsáveis pelo desenvolvimento da tecnologia. O melhor exemplo diz respeito ao auxílio na elaboração de despachos, decisões e sentenças.

Outro aspecto relacionado à vantagem da utilização da inteligência artificial diz respeito à possibilidade de prever resultados e oferecer probabilidades de resolução de litígios em determinado sentido. A predição de resultados pode desestimular a judicialização de demandas com baixa probabilidade de êxito, bem como favorecer a autocomposição. Pode, ainda, desestimular a interposição de recursos com pouca possibilidade de êxito (ROQUE, SANTOS, 2021).

Dessa forma, vemos que a tecnologia da informação é importante ferramenta para dirimir gargalos no Poder Judiciário, trazendo celeridade e acarretando economia aos

recursos públicos. Ademais, é através da Inteligência Artificial que o estoque de dados pode ser mais rapidamente acessado, permitindo melhor controle na proteção das informações armazenadas sobre uma ética jurídica, facilitando pesquisas e possibilitando o processo de *deep learning* e de *machine learning* (RIBEIRO, 2021).

Apesar da Inteligência Artificial trazer inúmeros benefícios, principalmente em relação à celeridade processual, ela apresenta, no entanto, alguns riscos à prestação jurisdicional. Conforme afirma Dantas e Braz (2022), a inteligência artificial não possui as características de um intelecto humano, não sendo capaz de refletir criticamente. Além disso, tudo o que a máquina faz é seguir as instruções providas pelo ser humano, razão pela qual, se essas instruções forem defeituosas, esse defeito repercute no funcionamento do algoritmo. Aliado a isso, destaca-se que, se os dados catalogados contiverem vieses, os métodos estatísticos do algoritmo podem reproduzi-los, levando a decisões discriminatórias, tendenciosas e injustas.

É preciso analisar as problemáticas que a implementação da inteligência artificial pode causar com a sua aplicação na produção de minutas de decisões judiciais, ou, ainda, pela tecnologia realizando a decisão de forma autônoma. Isto porque as inteligências artificiais trabalham com dados que podem, ocasionalmente, estar viciados em razão da grande variedade de padrões que a sociedade possui, como por exemplo, as desigualdades, exclusões e discriminações. Nos Estados Unidos, por exemplo, a IA passou a tender a classificar os acusados negros como mais prováveis de serem reincidentes, enquadrando, ainda, os brancos, com o menor risco de reincidência, fazendo com que sentenças condenatórias fixassem pena em padrões discriminatórios e racistas (DOMINGUES, 2021).

Os dados que alimentam a inteligência artificial são frutos de interpretações humanas, e, assim, é possível obter decisões subjetivas, eivadas de ilegalidades, levando aos chamados “*algoritmos enviesados*”. Isso pode ocorrer em razão dos anseios dos seus programadores ou até da complexa forma como se desenvolveu o procedimento lógico do algoritmo. Os algoritmos enviesados são aqueles que apresentam padrões deturpados em sua formação, e, sob a falsa aparência de neutralidade, tornam-se difíceis de serem percebidos (ROQUE, SANTOS, 2021).

Para mitigar esse risco, considerando que os julgamentos proferidos devem ser públicos, ressalvados os casos de segredos de justiça, toda decisão judicial tomada com o auxílio da inteligência artificial deve conter essa informação em seu corpo. Até porque uma vez fornecida a informação de que a decisão foi apoiada por mecanismos artificiais, pode-se compreender melhor a existência de eventuais vícios de fundamentação da decisão judicial.

Inclusive, os advogados precisam compreender a lógica algorítmica e conhecer os dados e elementos que levaram aquele padrão decisório para ampliar as chances de êxito nos Embargos de Declaração (ROQUE, SANTOS, 2021).

Outro ponto a ser analisado, na utilização da Inteligência Artificial nas decisões judiciais, diz respeito à motivação das referidas decisões. A IA não necessariamente emite decisões de forma motivada, visto que não se pode extrair a fundamentação e o raciocínio que a tecnologia utilizou para enquadrar tal posicionamento. Esse fato vai de encontro ao princípio da motivação das decisões judiciais previsto no ordenamento jurídico brasileiro (DOMINGUES, 2021).

Desta forma, os dados utilizados pela IA devem ser coletados com cuidado, uma vez que não importa a quantidade de dados apresentados aos algoritmos, mas a qualidade desses, portanto a ferramenta do *machine learning*, apesar de ser bastante útil, precisa ser utilizada com cautela. (DOMINGUES, 2021). Até porque a confiabilidade do modelo ou função construída depende da qualidade dos dados utilizados e a escolha da técnica e evolução do algoritmo, tendo em vista que o sistema aprende na medida em que as informações vão sendo acumuladas (DANTAS, BRAZ, 2022).

No entanto, sob a perspectiva das garantias fundamentais do processo, o maior risco na utilização da inteligência artificial consiste na possibilidade da sua implementação para a tomada de decisões de forma totalmente automatizada, sem a interferência humana, através de experiências obtidas em função de parâmetros já alcançados anteriormente (ROQUE, SANTOS, 2021). Segundo os referidos autores, seria inconstitucional a tomada de decisões exclusivamente por robôs, sem que as decisões sejam submetidas à revisão humana. Assim, conclui Milet (2021) que a ferramenta deve ser utilizada visando subsidiar a ação do juiz natural no deslinde da matéria processual, não implicando, no entanto, na sua substituição.

5. Considerações Finais

A Inteligência Artificial consiste na criação de máquinas com capacidade de aprender, programadas previamente, fazendo uso de algoritmos bem elaborados e complexos que proporcionam tomada de decisões baseadas nos dados fornecidos.

Com a presente pesquisa foram primeiramente abordados alguns aspectos gerais da inteligência artificial, em que foi constatado que a IA vem sendo empregada de forma cada vez mais frequente nos mais diversos ramos da sociedade, inclusive nos tribunais brasileiros, e com o apoio dessa tecnologia, tem ocorrido um grande aumento na produtividade das tarefas desempenhadas pelo ser humano.

A utilização da inteligência artificial é uma realidade no Judiciário Brasileiro, e a maior parte dos tribunais já possuem projetos em desenvolvimento para otimizar cada vez mais os trabalhos nos tribunais através da tecnologia, que, inicialmente está direcionada para otimizar a gestão de processo e a realização de tarefas anteriores a tomada de decisão.

A implementação da inteligência artificial no Poder Judiciário, nos quais foram apresentadas algumas vantagens e riscos a sua utilização no Direito.

Foi verificada a imparcialidade dos sistemas com inteligência artificial, o ponto relevante do futuro que começa a se descortinar é o chamado enviesamento algorítmico de máquina. Esse problema relaciona-se com falhas no processo de aprendizagem do sistema, que ocasionam a propagação de valores implícitos dos envolvidos na etapa de programação.

O uso de IA nas decisões judiciais promoverá celeridade e objetividade aos processos judiciais. Contudo, implicará, também em novos desafios. A segurança do sistema e os vieses algorítmicos são algumas questões que precisam ser resolvidas antes da atuação autônoma da IA. Caso contrário, a própria estrutura interna do poder judiciário poderá ser afetada, caso as máquinas assumam a prestação jurisdicional.

Conforme afirma Ferrari e Denari (2021), os riscos representam os desafios a serem enfrentados pela inteligência artificial na sua implementação no Poder Judiciário, até porque, através de práticas regulatórias, essa tecnologia tem muito a contribuir para o funcionamento dos tribunais brasileiros.

Por fim, constatou-se pela sua grande utilidade nesse campo tendo em vista a possibilidade de proporcionar uma maior eficiência e celeridade aos trâmites processuais, observando, no entanto, o direito à revisão das decisões automatizadas sem a utilização dos mecanismos algorítmicos.

Atualmente, não há legislação específica sobre a utilização da inteligência artificial nas decisões judiciais, por esse motivo, é preciso regulamentar, seja para proibir ou legitimar os robôs como instâncias de decisão, sempre observando os princípios, regras e responsabilidades no uso dessa tecnologia, que são fatores basilares para a utilização desse sistema.

Referências Bibliográficas

ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. **Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: Entre o acesso à Justiça e a eficiência do Judiciário.** Revista de Processo Thomson Reuters. Vol. 263/2017. P. 233-255. Jan/2017.

BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G. Revolução 4.0 no poder judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos tribunais brasileiros. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, [S.l.], v. 23, n. 46, p. 65-76,

nov. 2019. ISSN 2177-8337. Disponível em: <http://revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/256>. Acesso em: 02 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça 4.0**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução de nº 332 de 21/08/2020. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em 20 Jul. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Soluções de inteligência artificial promovem celeridade para o Poder Judiciário**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/solucoes-de-inteligencia-artificial-promovem-celeridade-para-o-poder-judiciario/>. Acesso em 20 Jul. 2023.

CRISTINA TORRES MILET, Elen. Inteligência artificial (ia) para a gestão processual nos tribunais brasileiros: uma revisão de literatura. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Rondônia**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 181–193, 2021. Disponível em: <https://revista.mpro.mp.br/revistajuridica/article/view/48>. Acesso em: 2 nov. 2023.

DAMACENO, S. S.; VASCONCELOS, R. O. Inteligência artificial: uma breve abordagem sobre seu conceito real e o conhecimento popular. **Caderno de Graduação - Ciências Exatas e Tecnológicas - UNIT - SERGIPE**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 11, 2018. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/cadernoexatas/article/view/5729>. Acesso em: 2 nov. 2023.

DANTAS. Frederico Widson da Silva. BRAZ. Graciéla Farias (2022). Inteligência Artificial no Poder Judiciário Brasileiro. **Revista Jurídica Portucalense**, 51–76. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/26296>. Acesso em: 12 out. 2023. DOMINGUES, Tatiane. **A implementação da inteligência artificial no poder judiciário brasileiro: benefícios e malefícios**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/26722>. Acesso em: 12 out. 2023.

FERREIRA, Ricardo Augusto et al. **Inteligência artificial e carreiras jurídicas no brasil: uma revisão e proposta de agenda de pesquisa**. *Humanidades & Inovação*, v. 8, n. 48, p. 187-203, 2021.

LONGUINI, R. C. F.; DENARDI, E. O uso da inteligência artificial como instrumento de promoção de sustentabilidade no poder judiciário brasileiro: os impactos da justiça 4.0. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 5. 2021. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/5/2021_05_2037_2061.pdf. Acesso em: 30 nov. 2023.

KOERNER, Andrei; VASQUES, Pedro Henrique; Almeida, Alvaro Okura de. *Direito Social e Neoliberalismo e Tecnologias de Informação e Comunicação*. **Lua Nova**, São Paulo, Dec. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/RJrRn99qtcJ58T7GVG58DPh/?lang=pt>. Acesso em: 30 jul. 2023.

MACHADO, F. de V.; COLOMBO, C. Inteligência artificial aplicada à atividade jurisdicional: desafios e perspectivas para sua implementação no Judiciário. **Revista da Escola Judicial do TRT4**, [S. l.], v. 3, n. 5, p. 117–141, 2021. Disponível em: <https://rejtrt4.emnuvens.com.br/revistaejud4/article/view/113>. Acesso em: 30 Jul. 2023.

MARANHÃO, Juliano. **A pesquisa em inteligência artificial e Direito no Brasil**. *Conjur*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-09/juliano-maranhao-pesquisa-inteligencia-artificial-direito-pais>. Acesso em: 12 Out. 2023.

MELO, Jair. **Inteligência artificial: uma realidade no Poder Judiciário**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/inteligencia-artificial>. Acesso em: 02 dez. 2023.

PORTO, Fabio Ribeiro. O impacto da utilização da Inteligência Artificial no Executivo Fiscal. Estudo de Caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Direito em Movimento**, [S.l.], v. 17, n. 1, p. 142-199, jun. 2019. ISSN 2238-7110. Disponível em: <https://emerj.jus.br/ojs/seer/index.php/direitoemmovimento/article/view/121>. Acesso em: 22 Jul. 2023.

RIBEIRO, Márcio Vinicius Machado et al. **Inteligência artificial no Poder Judiciário: ética e eficiência em debate**. 2021. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/24803/1/Marcio%20Vinicius%20Machado%20Ribeiro.pdf>. Acesso em: 23 Out. 2023.

ROQUE, André; SANTOS, Lucas Braz Rodrigues dos. Inteligência artificial na tomada de decisões judiciais: três premissas básicas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, n. 1, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/53537/36309>. Acesso em: 23 jul. 2023.

RUSSEL, S.; NORVIG, P. **Inteligência Artificial: Uma Abordagem Moderna**. Tradução: Daniel Vieira. 4. ed. Porto Alegre: Livros Técnicos e Científicos Editora Ltda, 2022. Disponível em: <https://www.cin.ufpe.br/~gtsa/Periodo/PDF/4P/SI.pdf>. Acesso em 23 jul. 2023.

SILVA, Nilmara Gurjão da; OLIVEIRA, Werbeston Douglas de; ALVES JÚNIOR, Francisco Tarcísio (2019). Inteligência artificial e sua relação com recursos humanos. **Revista De Empreendedorismo E Gestão De Micro E Pequenas Empresas**, 4(01), 58–66. Disponível em: <https://www.revistas.editoraenterprising.net/index.php/regmpe/article/view/195>. Acesso em 20 out. 2023.

TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo. **Inteligência artificial: reflexos no sistema do direito**. 2018. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20493/95963>. Acesso em: 23 out. 2023.

Pluralismo Jurídico e Empresas Transnacionais:
A Responsabilidade Civil Internacional por Dano Ambiental

Legal Pluralism and Transnational Companies:
International civil liability for environmental damage

Juliana Lopes Scariot¹

Sumário: 1. Pluralismo jurídico; 1.1 Pluralismo Jurídico, descentralização do Estado e globalização; 1.2 Pluralismo Jurídico e direito ambiental; 2. Empresas transnacionais e dano ambiental; 2.1 Dano ambiental transfronteiriço x Danos ambientais por empresas transnacionais; 2.1.1 Caso Lago *Lanoux*; 2.1.2 Projeto Gabcikovo-Nagymaros; 2.1.3 Comunidade Dongria Kondh v. Vedanta Alumina Ltda; Considerações Finais.

Resumo: O presente artigo científico tem o objetivo de abordar o instituto do pluralismo jurídico no contexto de danos ambientais cometidos por empresas transnacionais, principalmente danos ambientais transfronteiriços. Para atingir esses objetivos, a pesquisa adota uma metodologia que combina diferentes abordagens, tais como, revisão bibliográfica técnica e jurídica, bem como estudo de caso. Desse modo, busca-se realizar ampla revisão da literatura científica e técnica sobre a realidade de empresas transnacionais que lidam com o pluralismo jurídico decorrente da globalização, e de que modo ocorre a responsabilização de eventual dano ambiental causado pelas empresas quando se tem várias legislações envolvidas na situação. Por meio de estudo caso, outrossim, a pesquisa busca analisar casos reais nos quais houve a aplicação do problema de pesquisa na prática. Os resultados da pesquisa demonstram que, embora diante da existência de diversas legislações e de uma realidade de pluralismo jurídico que a sociedade global está inserida, as empresas transnacionais, aproveitando-se da forte influência econômica que possuem, instalam-se em países cuja legislação ambiental é deficiente e aproveitam-se da ausência de lei para apropriar-se de recursos naturais e de uso comum sem que lhe sejam imputadas consequências legais, causando danos ambientais, inclusive, transfronteiriços, nos quais há prejuízo de mais de uma jurisdição e pouca ou nenhuma responsabilização das empresas.

Palavras-chave: pluralismo jurídico; direito ambiental internacional; empresas transnacionais; responsabilidade civil.

Abstract: This scientific article aims to address the institute of legal pluralism in the context of environmental damage committed by transnational companies, mainly cross-border environmental damage. To achieve these objectives, the research adopts a methodology that combines different approaches, such as bibliographic review and case study. In this way, we seek to carry out a broad review of the scientific and technical literature on the reality of transnational companies that deal with the legal pluralism resulting from globalization, and how the responsibility for any environmental damage caused occurs when there are several legislations involved in the situation. By means of a case study, the research seeks to analyze real cases in which the research problem was applied in practice. The results of the research show that, despite the existence of several laws and a reality of legal pluralism that global society is inserted in, transnational companies, taking advantage of the strong economic influence they have, settle in countries whose environmental legislation is deficient and take advantage of the absence of law to appropriate natural and common use resources without

¹ Mestranda em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista CAPES/PROEX. Pesquisadora junto ao grupo de pesquisa “Direito, Risco e Ecocomplexidade” (CNPq), liderado pelo prof. Dr. Délton Winter de Carvalho. E-mail: julianascariot1903@gmail.com.

legal consequences, causing environmental damage, including cross-border damage, in which there is damage to more than one jurisdiction.

Key-words: legal pluralism; international environmental law; transnational companies; civil responsibility.

1 Pluralismo Jurídico

O fenômeno do pluralismo jurídico decorre da globalização e das relações transnacionais que vêm, cada vez mais, fazendo parte e tomando espaço dos processos sociojurídicos contemporâneos. De forma sintetizada, o direito transnacional compreende a ideia de normas jurídicas (e, conseqüentemente, negociações e transações) que ultrapassam as fronteiras de um estado-nação, aplicando-se, assim, para além das fronteiras de um país, haja vista que as partes, nesses casos, estão em diversas jurisdições (Schaffer, 2012).

É relevante notar que o fenômeno do pluralismo jurídico, embora vertente presente em discussões muito contemporâneas do direito, já era verificado no início do próprio direito. A sociedade feudal, por exemplo, vivia em situação de evidente existência de várias normas jurídicas em paralelo, como o direito canônico, senhorial, direito urbano, a lex mercatoria, etc. Nesse contexto, os cidadãos da sociedade feudal estavam expostos a diversos ordenamentos jurídicos, que alteravam a depender das circunstâncias, podendo, inclusive, estarem expostos a mais de uma regra jurídica dentro do mesmo contexto, ante eventuais ausências de regras jurídicas, o que tornava, assim, o sistema jurídico caótico e arbitrário (Santos, 2011).

No contexto atual, a complexidade do sistema jurídico permanece, da mesma forma que o pluralismo jurídico que o acompanha, principalmente com a evolução da globalização, que faz com que o direito tente a acompanhar. Na sociedade atual, o pluralismo jurídico existe não somente dentro de uma realidade, como ocorrera na sociedade feudal, mas ultrapassa as próprias fronteiras de um estado-nação, que não possui mais controle sobre as transações realizadas envolvendo direito público e privado, nacional o transnacional (Schaffer, 2012).

Assim, o pluralismo jurídico pode ser visto como uma manutenção da centralização no Estado (Rodriguez, 2019), mas assumindo a posição de que isso pode mudar, e, principalmente, que está mudando, através das relações e regulações transnacionais, que têm ultrapassado as barreiras fronteiriças dos estados-nação, descentralizando, por vezes, o poder do próprio Estado.

Além disso, o pluralismo jurídico pode ser sintetizado como um novo paradigma que surge e aumenta com a globalização, mas, além disso, trouxe à tona a busca (e a necessidade de) novos parâmetros de fundamentação e de ordenação da própria sociedade (Wolkmer,

2015), inclusive o próprio Estado-nação. Nesse sentido, no tocante à descentralização do papel do Estado no âmbito da sociedade global e de pluralismo jurídico, o ponto será mais bem discutido no próximo item.

1.1 Pluralismo Jurídico, Descentralização do Estado e Globalização

Conforme visto, o próprio conceito de soberania do Estado-nação foi alterado, de modo que, com a globalização, inexistia a possibilidade de se pensar, atualmente, somente no Estado como sujeito de direitos no âmbito internacional, de modo que o próprio conceito de soberania se alterou, bem como houve um enfraquecimento da teoria da autolimitação do Estado, que pregava que este não poderia estar subordinado a nenhuma vontade a não ser a sua própria (Brasil, 2001).

Atualmente, a globalização alcançou estágio no qual se compreende a existência de uma “sociedade global”, de modo que todas as sociedades nacionais e todas as demais formas de representação globais estão abrangidas por esse conceito. Assim, os Estados permanecem sendo independentes, no entanto, esse poder é definido horizontalmente, havendo, no meio disso, o princípio de igualdade entre toda a sociedade global, que agora opera num regime de coordenação, e não mais de hierarquização frente ao Estado (Brasil, 2001).

No tópico, insta destacar que a “cessão” parcial da soberania estatal dentro do contexto de globalização tem papel chave para admitir que o Estado não é fonte única e exclusiva de todo o Direito, cuja legislação formal foi minimizada e descentralizada, dando espaço à outras formas de organizações infralegais, no âmbito de sua própria jurisdição, e a novas formas de transações, no âmbito internacional (Wolkmer, 2015).

Nesse contexto de sociedade global, as relações internacionais foram fortificadas, de forma que o Estado se vê obrigado a ceder parte de sua soberania em troca de adaptação e convivência harmônica na sociedade global. Nessa realidade, uma das consequências da sociedade global é a integração econômica a nível transnacional e global (Brasil, 2001).

Quanto ao assunto, destaca-se que o enfraquecimento do conceito de soberania do Estado alavancou as relações internacionais econômicas, facilitando a existência de empresas multinacionais, as quais assinam contratos em iguais condições e termos com os Estados, utilizando-se, no entanto, de normas de direito internacional em seu favor (Brasil, 2001).

As empresas transnacionais, em consequência, também surgem e tomam espaço dentro do plano global. Tais empresas podem ser conceituadas, de forma sintetizada, como companhias que possuem estabelecimentos comerciais espalhados por diferentes países, sujeitos à diversas jurisdições e leis. (Brasil, 2001). Como consequência dessa expansão global

e transnacionalização das empresas, acentua-se ponto relevante para o objeto desta pesquisa: a possibilidade de as empresas internacionais escolherem pontos estratégicos dentro de países mais fragilizados, para o fim de utilizar a (ausência de) legislação interna do Estado em seu favor e de seu capital (Noschang e Schonardie, 2012).

Quanto ao ponto, feitas essas breves considerações, neste tópico acerca de pluralismo jurídico e globalização, com a contextualização do enfraquecimento da soberania do Estado, surgem as empresas transnacionais no cenário global, que, utilizando-se da possibilidade de escolher legislação de determinado país para se firmar, aproveitam, por vezes, de vantagens financeiras que, por outro lado, prejudicam o meio ambiente, sem que haja a sua devida responsabilização ambiental, o que será tratado no item a seguir.

1.2 Pluralismo Jurídico e Direito Ambiental

No âmbito do direito ambiental, a indiscutível relevância que se tem dado, nos últimos anos, à preservação da natureza, aumentou os debates jurídicos acerca da proteção e preservação do meio ambiente. A elaboração de agendas mundiais que visam o desenvolvimento sustentável, a preservação da natureza e a tentativa de reduzir os impactos ambientais que os humanos têm causado, são pautas cada vez mais presentes em congressos nacionais e internacionais. Inicialmente, há de se contextualizar a ideia de que não se vê mais a natureza como “prestadora de serviços” aos humanos, de onde se pode tudo explorar sem que se tenha consequências (Dancer, 2021).

A visão contemporânea é de uma natureza como sujeito, de modo que o papel dos humanos é desempenhar uma função que mantenha a própria Terra em funcionamento. Ou seja, os rios têm direitos fluviais, as árvores têm direito de árvores, os animais que na natureza se encontram têm direito de lá permanecer. Quanto ao pluralismo jurídico que envolve o debate, por sua vez, há de se reconhecer que existem diversas ordens normativas não-estatais que devem ser reconhecidas por possuírem força de Lei, como o movimento indígena, por exemplo, que muito atua em prol dos cuidados com a natureza (Dancer, 2021).

Ocorre que, ao mesmo tempo que a globalização trouxe consigo uma nova visão e novos tratados em prol da preservação da natureza, possibilitou, também, a existência de empresas transnacionais, como visto no item anterior, o que, à primeira vista, é positivo para a economia global, e pode, ademais, auxiliar nos compromissos com a preservação do meio ambiente a nível mundial. No entanto, o que se tem destacado é que essas empresas têm se instalado em Estados que não possuem legislação sobre proteção ao meio ambiente de forma

suficiente, visando somente a facilitação de seu desenvolvimento econômico (Noschang e Schonardie, 2012).

Assim, aproveitando-se de países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, essas grandes empresas, sabendo da falta de legislação dos Estados, e, em prometendo desenvolvimento econômico para o próprio país, implementam seus estabelecimentos nesses locais, visando o seu próprio desenvolvimento, com base na exploração ambiental e confiando na falta de consequências jurídicas desses atos. Nesse contexto, a utilização de recursos ambientais transfronteiriços ou internacionais é um dos principais alvos dessa prática (Noschang e Schonardie, 2012).

Nesse ponto, tem-se que as desvantagens da globalização, para o direito ambiental, surgem fixadas na falta de legislação (ou excesso, por vezes) adequada a prevenir e reparar danos ambientais, gerando evidente injustiça ambiental, pautada na distribuição desigual dos riscos e danos ecológicos no espaço social dos países e localidades, impedindo, acima de tudo, o acesso ao meio ambiente equilibrado por todos os cidadãos (Farias e Alvarenga, 2010).

É dentro desse contexto que surge o problema de pesquisa que ora se investiga: numa sociedade globalizada como a que se vive, diante da compreensão da existência de pluralismo jurídico no âmbito global, como se lida com a ausência de legislação de proteção ambiental numa realidade na qual existe pluralismo de leis? Para tentar responder a esses questionamentos é que o próximo capítulo da presente pesquisa buscará, por meio de análises de casos, compreender esse tópico.

2 Empresas Transnacionais e Dano Ambiental

As empresas transnacionais derivam do conceito de empresas “multinacionais”, que surgiu nos Estados Unidos da América, no início da década de 1950, cujo conceito foi criado para levar a população a pensar que essas empresas tinham várias nacionalidades. No entanto, em 1974, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas conceituou as empresas transnacionais como:

empresas que são proprietárias de instalações de produção ou de serviços ou que as controlam fora do território do Estado onde elas têm a respectiva sede. Essas sociedades não têm de ser sociedades anônimas nem sociedades privadas, podem revestir a forma também de cooperativas ou de empresas do Estado (Guerra, 2022).

Nesse sentido, além da relevância de distinguir empresas multinacionais de empresas transnacionais, visto que essas últimas não necessariamente têm sede em diversos países, é

necessário distinguir os tipos de empresas transnacionais, as quais são divididas em empresas públicas internacionais e empresas privadas de atividade transnacional. As primeiras são constituídas por força de um tratado internacional celebrado por vários Estados, visando objetivos econômicos comuns, enquanto as segundas são unidades econômicas de produção e atividade cuja atuação não está limitada a uma fronteira nacional (Guerra, 2022).

Essas empresas têm relevância no cenário de direito internacional pois, conforme já brevemente comentado em item anterior, possuem vigoroso poderio econômico e a possibilidade, conseqüentemente, de influenciar os comportamentos e decisões adotadas pelos Estados (Guerra, 2022). Esse poder exercido por essas empresas lhes possibilita o descumprimento de uma série de direitos fundamentais, e impossibilita ou dificulta, ao mesmo tempo, a função de garantidor desses direitos pelo Estado, ante o seu enfraquecimento e descentralização (Silva; Vasconcelos e Freitas, 2022).

Assim, as empresas transnacionais utilizam-se de seu alto poderio econômico, político e estrutural, apoiadas por Estados e por organizações internacionais para o fim de maximizar seus lucros e minimizar seus prejuízos, atentando diretamente contra os Direitos Humanos em todo o mundo, estando dentro disso, obviamente, os direitos e proteções ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (Prioste e Hoshino, 2009).

Nesse contexto, a crescente expansão global e a oferta, sem fronteiras, de produtos e serviços, acarreta o crescimento das empresas transnacionais e do uso indevido de recursos naturais por estas, recursos que, inclusive, são transnacionais e de uso comum, por diversas vezes. Assim, no item a seguir serão tratados casos nos quais foi verificado o dano ambiental ocasionado por empresas transnacionais, sua responsabilização perante Cortes Internacionais e o papel do pluralismo jurídico nesse contexto.

2.1 Dano Ambiental Transfronteiriço x Danos Ambientais por Empresas Transnacionais

Inicialmente, há de se ressaltar a diferenças entre os conceitos de dano ambiental transfronteiriço e o dano ambiental meramente causado por empresa transnacional. Embora a empresa transnacional possa causar dano ambiental transfronteiriço, salienta-se que um conceito não está necessariamente vinculado ao outro, de modo que ambas as hipóteses serão tratadas na presente pesquisa.

Assim, o dano ambiental transfronteiriço, também chamado de “poluição transfronteiriça” é ligado ao conceito de transfronteiriço, que significa “algo que ultrapassa o território, a jurisdição de um Estado, atingindo o território e jurisdição vizinhos” (Prado, 2003). Nesse sentido, esse tipo de dano ambiental evidencia o que já é sabido: “as fronteiras

políticas nacionais não são barreiras físicas que impeçam a difusão dos danos ambientais” (Fernandes e Gontijo, 2021).

Já as empresas transnacionais, conforme fora explanado anteriormente, são empresas que têm as seguintes características:

a) ser uma grande empresa com enorme potencial financeiro; b) ter um patrimônio científico-tecnológico; c) ser a administração internacionalizada; d) haver uma unidade econômica e diversidade jurídica das diferentes subsidiárias ou filiais que têm nacionalidades diferentes. (Brasil, 2001)

Pois bem, feitas essas breves considerações, interessante que se inicie o estudo de casos nas hipóteses nas quais empresas transnacionais causam danos ambientais transfronteiriços, haja vista que há mais clareza, inclusive, na constatação de pluralismo jurídico nesses casos. Fácil exemplo disso é o uso indevido de recursos naturais como a água pelas empresas transnacionais, o que, salienta-se, desde já, só é possível em razão da descentralização do papel dos Estados soberanos frente a essa má utilização de recursos renováveis e não renováveis (Noschang e Schonardie, 2012).

2.1.1 Caso Lago *Lanoux*

Um caso que enfatiza o mencionado é o do Lago *Lanoux*, que ocorreu pois o governo francês permitiu à empresa Electricité de France promover um projeto hidrelétrico que desviaria água do Lago *Lanoux* para o Rio Ariège. O lago, que está localizado em território francês, drena o seu fluxo hidrológico para um afluente que deságua no Rio Carol, também na França. Esse Rio, por sua vez, atravessa a fronteira da Espanha e afeta diversos caminhos hidrológicos daquele país. O Rio Ariège, por outro lado, corre para o Oceano Atlântico pelo território francês (Noschang e Schonardie, 2012).

O caso, que foi decidido por sentença arbitral, iniciou em razão da oposição do Estado espanhol quanto ao projeto, em razão do desvio de água e prejuízo que aquele território sofreria (Sartori, 2012). A sentença arbitral decidiu por condenar a França por ter desviado água do lago em prejuízo do Estado espanhol, de modo que a Espanha alegou que a mera devolução das águas poderia resultar em poluição do rio espanhol ou alterar sua ordem natural (Noschang e Schonardie, 2012).

2.1.2 Projeto Gabcikovo-Nagymaros

Outro caso no qual se verifica a ocorrência de dano ambiental transfronteiriço causado por empresa transnacional no qual há evidente conflito de ordens jurídicas é o

Projeto Gabčíkovo-Nagymaros, o qual foi decidido pela Corte Internacional de Justiça. Nesse feito, a Hungria demandou em face da Eslováquia, sendo que a litigância versava em torno de um Tratado, datado de 1977, o qual fora realizado entre os países para a construção e exploração de um sistema de barragens no Rio Danúbio (Noschang e Schonardie, 2012).

O preâmbulo do tratado mencionava que o objetivo do sistema era: Possibilitar a exploração, de forma geral, dos recursos naturais da seção Bratislava-Budapeste do Danúbio, visando o desenvolvimento dos setores de recursos hidráulicos, de energia, de transportes e da agricultura e de outros setores da economia nacional das partes contratantes. O investimento conjunto tendia essencialmente à produção de hidro-eletricidade, à melhoria da navegação sobre o trecho em causa do Danúbio e à proteção das regiões ribeirinhas contra inundações. Ao mesmo tempo, as partes contratantes, segundo os termos do Tratado, se engajariam tanto em velar para que a realização do projeto não comprometesse a qualidade das águas do Danúbio quanto em cumprir suas obrigações no que concerne à proteção da natureza decorrentes da construção e do funcionamento do sistema de barragens (Corte Internacional de Justiça, 1993).

O projeto proposto foi questionado pela Hungria uma vez que este desconsiderava as possíveis consequências ambientais que geraria, visto que inexistia, sequer, um estudo de impacto ambiental prevendo dano presente ou futuro no caso (Noschang e Schonardie, 2012). Diante disso, a construção das barragens no território húngaro foi interrompida até que houvesse um consenso entre os Estados. Seis anos após a interrupção da construção, esta fora abandonada pela Hungria (Corte Internacional de Justiça, 1993).

O abandono do projeto não foi aceito pela Tchecoslováquia, principalmente em razão do elevado uso de recursos financeiros que a Hungria já havia realizado na construção. No entanto, as discussões para retomada do projeto não obtiveram êxito, dando início ao trâmite da demanda junto à Corte Internacional de Justiça (CIJ), em 1993. Em setembro de 1997, a CIJ proferiu sua decisão, entendendo que a Hungria não poderia ter abandonado a construção da barragem na parte do projeto pela qual era responsável (Noschang e Schonardie, 2012).

Além disso, quanto à compensação de danos que deveria ser feito pela Hungria:

[...] O Tribunal também decidiu que a Hungria e a Eslováquia devem negociar de boa fé à luz da situação existente e devem tomar todas as medidas necessárias para assegurar a consecução dos objetivos do referido Tratado, de acordo com as modalidades que possam acordar. Além disso, a Hungria deveria compensar a Eslováquia pelos danos sofridos pela Tchecoslováquia e pela Eslováquia devido à suspensão e abandono pela Hungria das obras pelas quais era responsável, enquanto, novamente de acordo com o Acórdão da Corte, a Eslováquia deveria compensar a

Hungria pelos danos sofridos devido à entrada em operação da barragem pela Tchecoslováquia e sua manutenção em serviço pela Eslováquia. (Corte Internacional de Justiça, 1993) (traduziu-se).

Nesse ponto, cabe ressaltar que a decisão da Corte, na prática, não resolveu a controvérsia e as partes voltaram à mesa de negociações, já que deveria ser respeitado o Tratado (Noschang e Schonardie, 2012). No julgamento, a Corte utilizou-se da Convenção de Viena, citando o art. 34, que menciona a continuidade dos tratados em caso de dissolução dos Estados (e sua responsabilidade de cumprir com os pactos internacionais ante essa sucessão) (Accioly, Casella e Silva, 2021).

Outrossim, a CIJ teve de enfrentar o princípio do desenvolvimento sustentável em sua decisão, haja vista que a barragem, que seria construída para geração de energia e acabou sendo interrompida por mudanças no cenário político-internacional, teve o argumento do direito ao desenvolvimento sustentável arguido pelas partes, que, diante disso, pleitearam a possibilidade de retomada da obra. Conforme já mencionado, a Corte se manifestou de forma ampla e genérica sobre o tema, limitando-se a afirmar que as partes deveriam “contemplar os efeitos sobre o meio ambiente da operação da usina hidrelétrica Gabčíkovo” (Accioly, Casella e Silva, 2021).

Nesse sentido, tanto no caso do Lago *Lamoux* quanto no projeto Gabčíkovo-Nagymaros, se evidencia a aplicação dos princípios de proibição de causar danos a países vizinhos e de minimização de poluição transfronteiriça, os quais desempenham relevante papel principalmente em tratando-se de proteção às águas comuns. Os casos citados, nesse sentido, além de terem contribuído para o direito consuetudinário, evidenciaram que a existência de legislações, tratados e direito costumeiro, por vezes, não são suficientes a abranger e proteger o meio ambiente em casos concretos, de modo que tampouco a intervenção da CIJ, por si só, fora suficiente a solucionar as demandas (Accioly, Casella e Silva, 2021).

2.1.3 Comunidade Dongria Kondh v. Vedanta Alumina Ltda

O último caso escolhido para análise, no qual se verifica a tentativa de empresa transnacional em esquivar-se de suas obrigações ambientais por meio uso a aproveitamento do pluralismo jurídico e da globalização, é o caso da Comunidade Dongria Kondh v. Vedanta Alumina Ltda. A ocorrência se deu em março de 2003, quando a empresa britânica Vedanta Alumina Ltda requereu ao Ministério Indiano do Meio Ambiente e Florestas licença ambiental para construir uma refinaria de alumínio na região da Índia Oriental, em Orissa. A

licença, que foi concedida pelo estado indiano, tinha a condicionante de que o projeto não envolvesse qualquer tipo de desmatamento no local (Prioste e Hoshino, 2009).

Ocorre que a empresa começou a minerar a área de Niyamgiri, tradicionalmente habitada pelo povo de Dongria Kondh, sendo que a atividade naquele local promoveu deslocamentos forçados e ameaçou o modo de vida próprio da comunidade (Prioste e Hoshino, 2009).

As vítimas ingressaram na Suprema Corte em 2005, requerendo a revogação da licença ambiental que foi concedida à empresa. Diante disso, em 2007, o tribunal se pronunciou determinando que a empresa investisse 5% de seus lucros na comunidade local e monitorasse o projeto por meio de relatórios periódicos. Ocorre, no entanto, que nesse meio tempo a empresa já havia alterado o empreendimento para sua filial, Sterlite Ltda., de modo que o empreendimento foi retomado em 2008 (Prioste e Hoshino, 2009).

Os afetados da comunidade local articularam-se com a organização não governamental Survival International, tendo aberto um procedimento de queixa no Ponto de Contato Nacional Inglês, o qual concluiu, em dezembro de 2009, que a empresa Vedanta não cumpriu com diversos aspectos e diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, desrespeitando a comunidade Dongria Kondh em diversos aspectos, inclusive ambientais (Prioste e Hoshino, 2009).

O conflito permanece na região, de modo que a comunidade Dongria Kondh ainda luta pelo fim da exploração realizada na região pela empresa Vedanta, principalmente para que parem de “transformar sua montanha sagrada num terreno industrial” (Survival International, 2010). No meio jurídico, a denúncia feita pela comunidade levou o caso à Comissão Internacional de Direitos Humanos da Índia, que exigiu do governo de Orissa um relatório completo sobre o empreendimento (Prioste e Hoshino, 2009).

Considerações Finais

A presente pesquisa buscou analisar a atuação das empresas transnacionais no âmbito global, reconhecendo-as como uma consequência da globalização e sua evolução. Além disso, considerou-se a realidade do pluralismo jurídico e sua evolução, que, além de acarretar a descentralização do Estado e dar força a outros tipos de organizações não governamentais no cenário jurídico, possibilita, também, que as empresas transnacionais mal-intencionadas se aproveitem da possibilidade de “escolha” de legislação para assentar seus empreendimentos em locais nos quais há pouca ou nenhuma legislação ambiental.

Assim, o problema de pesquisa buscou compreender como o pluralismo jurídico atua e lida com danos ambientais causados por empresas transnacionais, principalmente em casos de dano ambiental transfronteiriço, no qual há prejuízo ambiental que ultrapassa as fronteiras de um só território. Para isso, utilizando-se de uma abordagem de revisão narrativa de literatura jurídica e técnica, o presente artigo conceituou, inicialmente, a globalização e sua evolução, contextualizando o pluralismo jurídico e suas dimensões.

Em prosseguimento, a pesquisa concentrou-se em abordar o pluralismo jurídico no âmbito do direito ambiental, ressaltando a relevância e preocupação global que se tem no tocante à proteção do meio ambiente como um todo. Desse ponto, no qual se compreende a existência de globalização e pluralismo jurídico, e no qual se assume a relevância de cuidar e proteger o meio ambiente, considerando a existência de empresas transnacionais e o poderio econômico que elas possuem, é que a pesquisa ruma à sua segunda metade.

Assim, por meio de revisão narrativa de literatura, realizou-se uma breve contextualização e diferenciação entre empresas transnacionais e danos ambientais transfronteiriços, os quais, embora sejam fenômenos que possam ocorrer em conjunto, não estão vinculados um ao outro. Ademais, para fins de compreensão e tentativa de solucionar o problema da presente pesquisa, utilizando-se da metodologia de estudo de caso e revisão bibliográfica, abordou-se os seguintes casos: Lago *Lanoux*, Projeto Gabcikovo-Nagymaros e Comunidade Dongria Kondh v. Vedanta Alumina Ltda.

O primeiro caso versa sobre danos ambientais. No caso são partes o governo francês, o governo espanhol e a empresa Electricité de France, essa última que iniciou a exploração das águas do lago e desconsiderou o prejuízo hidrológico e ambiental que causaria ao país vizinho que tinha águas interligadas com o lago. Resolvido por meio de arbitragem internacional, o caso explicitou a falta de preocupação da empresa transnacional para com o meio ambiente, bem como o prejuízo que o projeto aprovado causou não somente ao território em que executado, mas teve seus danos abrangidos ao território espanhol – o qual, outrossim, precisava garantir a sua legislação interna de proteção ao meio ambiente.

Em prosseguimento, abordou-se o caso do Projeto Gabcikovo-Nagymaros, no qual, em resumo, se buscava a construção de uma hidrelétrica para explorar os recursos hidráulicos de um rio que atravessava a Hungria e a Eslováquia. O projeto, que foi pautado em um tratado existente entre os países, estava em discordância com legislações internas da Hungria, que questionou a aplicabilidade deste no caso concreto. O litígio foi levado à Corte Internacional de Justiça, conforme visto, a qual decidiu considerando a Convenção de Viena e determinando que as partes dialogassem para chegarem em um acordo.

Por fim, o terceiro caso abordado foi o da Comunidade Dongria Kondh v. Vedanta Alumina Ltda., no qual verificou-se a falta de comprometimento (e de fiscalização) das empresas transnacionais para com os povos indígenas e o meio ambiente. No caso, a empresa Vedanta requereu autorização do governo indiano para utilizar recursos da região da Índia Oriental para construir uma refinaria de alumínio. A autorização concedida, que determinava que não houvesse desmatamento ou alteração ambiental no local, não foi respeitada pela empresa.

Em consequência disso, o povo tradicional que residia no local afetado, além de ter sido deslocado de sua comunidade, teve afrontado seus direitos de liberdade e meio ambiente. Como resposta, os indígenas buscaram uma organização não governamental que atua em defesa dos povos indígenas, de modo que conseguiram a mobilização, por meio de uma denúncia, do Ponto de Contato Nacional Inglês, o qual penalizou a empresa e inseriu uma série de requisitos que por esta deveriam ser cumpridos.

Todos os casos analisados, especialmente o último, demonstram a existência de relação jurídicas (leia-se, também, explorações) que enfrentaram diversas legislações, inclusive sem “força-de-Lei”, como fora a pressão realizada pelos próprios indígenas em protesto ao que ocorrera em seu território. Restou demonstrado, outrossim, que as empresas transnacionais são fruto da globalização e do capitalismo e possuem baixas ou nulas preocupações com o meio ambiente, no que diz respeito aos casos tratados na pesquisa.

O que se tem, para concluir, é a existência de um pluralismo jurídico, ou mesmo, de “várias leis” com diferentes forças, que, embora contribuam e possibilitem que esse tipo de empresa causadora de danos ambientais seja responsabilizado, ainda não é suficiente a abranger todo tipo dano que pode ser causado. É como se as empresas transnacionais, nos casos analisados, entendessem o pluralismo jurídico e a globalização não como uma maior chance de responsabilização – haja vista o reconhecimento de um “aumento de leis”, mas sim como um desafio, no qual “vence” a empresa que encontrar o território que menos legisla sobre proteção ambiental.

Para longe de reconhecer o pluralismo jurídico e globalização como uma desvantagem da sociedade atual, a presente pesquisa conclui, ao menos parcialmente, que a Corte Internacional de Justiça, as legislações dos próprios Estados e o regimento das empresas, os quais existem e validam-se juntos e ao mesmo tempo, não priorizam o meio ambiente suficientemente, ao tempo que a proteção ao meio ambiente urge como prioridade, rumando-se à inevitável discussão acerca de um constitucionalismo ambiental global.

Referências Bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo B.; SILVA, Geraldo E. do N. **Manual de Direito Internacional Público**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555594836/epubcfi/6/4\[0%3Bvnd.vst.idref0%3Dcopyright.html\]/4/14/6/1:95\[a%20a%2Cuto\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555594836/epubcfi/6/4[0%3Bvnd.vst.idref0%3Dcopyright.html]/4/14/6/1:95[a%20a%2Cuto]). Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL, Deilton Ribeiro. Empresas Transnacionais Sob O Império Da Nova Ordem Mundial e Sua Integração No Direito Internacional. **Revista dos Tribunais**. v. 792, 2001, p. 35-62. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001894f66cce9a271c08a&docguid=Ie3702fd0f25011dfab6f010000000000&hitguid=Ie3702fd0f25011dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=1417&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 13 jul. 2023.

FARIAS, Talden; ALVARENGA, Luciano José. A injustiça ambiental como desafio ao direito: o problema da distribuição desigual dos riscos e danos ecológicos no espaço social. **Revista de Direito Ambiental**. v. 58, p. 147-173, 2010. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000189746e71aa32439b2d&docguid=I6be0d120f25211dfab6f010000000000&hitguid=I6be0d120f25211dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=527&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 20 jul. 2023.

GONTIJO, Ana Carla de Albuquerque Pacheco; FERNANDES, Geovana Faza da Silveira. A soberania estatal e os danos ambientais transfronteiriços. **Rev. Trib. Reg. Fed. 01ª Região**. Brasília, v. 33, n. 2, p. 01-16, 2021. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/290/180>. Acesso em: 26 jun. 2023.

GUERRA, Sidney César S. Curso de Direito Internacional Público. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553623316/epubcfi/6/6\[0%3Bvnd.vst.idref0%3Dcopyright_3-0.Xhtml\]/4/12/6/1:2\[0%2CUB\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553623316/epubcfi/6/6[0%3Bvnd.vst.idref0%3Dcopyright_3-0.Xhtml]/4/12/6/1:2[0%2CUB]). Acesso em: 20 jul. 2023.

NOSCHANG, Patricia Grazziotin; SCHONARDIE, Elenise Felzke. Responsabilidade das empresas transnacionais na apropriação da água. **Rev. Justiça do Direito**. v. 26, n. 2, 2012, p. 166-180. Disponível em: <https://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4417/3420>. Acesso em: 13 jul. 2023.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Mercosul e o crime de poluição das águas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 44, p. 169-197, 2003. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>. Acesso em: 26 jun. 2023.

PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira; HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. **Empresas Transnacionais no Banco dos Réus: Violações de Direitos Humanos e Possibilidades de Responsabilização**. Curitiba: Terra dos Direitos, 2009. E-book. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/uploads/arquivos/Guia-transnacionais-Versao-Final-em-portugues.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2023.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das Lutas: Democracia, diversidade, multinormatividade**. 1.ed. São Paulo: Liber Ars, 2019.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da Razão Indolente**: contra o desperdício da experiência. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARTORI, Liane Pioner. **Instrumentos Jurídicos internacionais frente aos danos ambientais transfronteiriços: os limites da soberania estatal**. (Dissertação) Mestrado em Direito, Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/382/Dissertacao%20Liane%20Pioner%20Sartori.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jul. 2023.

SCHAFFER, Gregory. **Transnational Legal Process and State Change**. *Law & Social Inquiry*. v. 37, n. 2, p. 229-264, 2012. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23252261>. Acesso em: 07 jul. 2023.

SILVA, Milli Christi Pereira da; VASCONCELOS, Stéphane Alves; FREITAS, Thaís Onofre Caixeta. Responsabilidade das empresas transacionais em Garantir os direitos humanos. **Rev. Unicritiba**. v. 5, n. 38, p. 253-573, 2022. Disponível em: <https://revista.unicritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/download/6211/371374120>. Acesso em: 20 jul. 2023.

SURVIVAL INTERNATIONAL. **Os Dongria Kondh**. Disponível em: <https://www.survivalbrasil.org/povos/dongria>. Acesso em: 22 jul. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. **Projeto Gabčíkovo-Nagymaros** (Hungria/Eslováquia). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/case/92>. Acesso em: 22 jul. 2023.

WOLKMER, Antônio C. **Pluralismo Jurídico** - Fundamentos de uma nova cultura do direito. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502228375/>. Acesso em: 13 jul. 2023.

Objecção de Consciência Médica: O Limite Entre o Exercício do Direito à Saúde e a Liberdade Individual

Medical consciential objection: the limit between the exercise of the right to health and individual freedom

Katia Christina Oliveira e Silva¹

Kayama Souza de Lima²

Sumário: Introdução. 1. Objeção de consciência médica na reprodução assistida; 1.1. O código de ética médica e a objeção de consciência; 2. Aspectos ético médicos na reprodução assistida; Considerações Finais.

Resumo: A presente pesquisa científica é voltada a temática dos Direitos Humanos referente ao direito a objeção de consciência médica, em caso específico de reprodução assistida, levando em consideração não somente o direito do profissional da medicina a abster-se de realizar procedimentos que sejam contrários as suas convicções pessoais, mas também sob a ótica da autonomia de vontade dos pacientes, que também são sujeitos ativos no momento da escolha do melhor tratamento. O trabalho justifica-se pela indispensabilidade de estudo sobre a matéria, assim como sua abrangência e a influência social, resultante da atual realidade jurídica. A partir de uma concepção contemporânea de interação, faz-se necessária a presente reflexão. A metodologia adotada pode ser sintetizada em pesquisa bibliográfica descritiva, de forma a possibilitar o entendimento e a interferência na realidade investigada. No que tange os resultados, concluiu-se que o direito à informação ao paciente é dever do profissional médico, e que o direito de objeção de consciência médica deve ser assegurado e exercido, de modo que a dignidade da pessoa humana de todos os envolvidos, seja respeitada de forma plena.

Palavras-chave: Objeção de Consciência. Autonomia da vontade. Reprodução assistida. Medicina.

¹ Mestra em Direito Público e Evolução Social pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Pós-graduanda em Advocacia no Direito Digital e Proteção de Dados da Escola Brasileira de Direito. Pós-graduação em Licitações e Contratos Administrativos pela Universidade Candido Mendes. MBA em Gestão e Business in Law pela Fundação Getúlio Vargas. Pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Gama Filho. Pós-graduação em Direito Empresarial pela Universidade Estácio de Sá Graduada pela USU. Membro da Sociedade da Brasileira de Bioética. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa: Laboratório Direito e Tecnologia: estudos sobre os impactos das tecnologias disruptivas no direito civil e processual civil da Universidade Estácio de Sá. Pesquisadora da rede de Pesquisa em Direitos Humanos, Inseguranças, Paz, Atores Globais e Sustentabilidade (REDHIPAS) do Observatório de Direitos Humanos (ODIHH) do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal Fluminense. Pesquisadora do Observatório Interamericano e Europeu dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e Direito, da Cátedra Jean Monnet do Projeto Global Crossings da Universidade Federal de Uberlândia. Advogada inscrita na OAB/RJ. E-mail: katchristina@gmail.com.

² Mestra em Direito Público e Evolução Social pela UNESA (conceito CAPES 5), Linha de pesquisa: Direitos Fundamentais e Novos Direitos, foi bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pós-Graduada em Direito das Famílias e Sucessões (PUC-RJ), Graduada pela Mackenzie-Rio. Advogada Voluntária no Mapa de Acolhimento, rede de acolhimento e mobilização para o enfrentamento à violência de gênero. Membro do grupo de pesquisa 'Laboratório Direito e Tecnologias' na UNESA. Membro associada ao Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Membro da Comissão de Investigação Defensiva – CID – da OAB/RJ. Membro da Comissão de Qualificação e Gestão para Pequenos e Médios escritórios de advocacia da OAB/RJ. Advogada inscrita na OAB/RJ. E-mail: kayamalima@gmail.com.

Abstract: This scientific research is focused on the theme of Human Rights regarding the right to medical conscientious objection, in the specific case of medically assisted reproduction, considering not only the right medical professionals to refrain from carrying out procedures that are contrary to their personal convictions, but also from the perspective of the patients' autonomy of will, who are also active subjects when choosing the best treatment. This work is justified by the indispensability of studying the matter, as well as its scope and social influence, resulting from the current legal reality. Based on a contemporary conception of interaction, this reflection is necessary. The adopted methodology can be summarized in descriptive bibliography research, to enable understanding and interference in the investigated reality. Regarding the results, it was concluded that the patients' rights to information is the duty of the medical professional, and that the right to medical conscientious objection must be ensured and exercised, so that the human dignity of everyone involved, be fully respected.

Keywords: Conscientious objection. Autonomy of will. Assisted reproduction. Medicine.

Introdução

A objeção de consciência é a recusa na prática de determinada ação que contrarie os ditames da própria consciência, e é caracterizada pela ausência de definição unificada para os limites de seu exercício, que se depara com o impasse na efetiva aplicação, sem que tal fato implique em permissividade de eximir-se obrigação legal.

No ordenamento jurídico brasileiro, a objeção de consciência está prevista nos artigos 5º, VIII³ e 143, §1º, da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB, onde permite, de forma expressa, no âmbito da privação de direitos por motivo de crença religiosa, convicção filosófica ou política e na hipótese do serviço militar obrigatório, o exercício da objeção de consciência.

Para a sociedade civil, constata-se um certo desconhecimento desse direito, causando estranhamento aos operadores do direito dada a subjetividade na aplicação da escusa de se abster de prestar o atendimento no âmbito médico, ao paciente e por haver sustentáculo para sua efetivação por parte do Estado, que é o foco.

A objeção de consciência é uma estrutura complexa que assegura direitos subjetivos ao objetor e que estabelece deveres ao Estado, já que impõe o poder de exercício de garantias fundamentais e o de exigir omissões do poder público, de forma a evitar agressões a liberdade individuais, destacados seus limites.

³ CRFB. Artigo 5º, VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

⁴ CRFB. Artigo 143 §1º - § 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

No exercício profissional da atividade médica, o assunto é tratado através da Resolução CFM nº 2217/2018, Código de Ética Médica – CEM⁵, nos artigos VII⁶ e VIII⁷, que trata dos princípios fundamentais, ambos no capítulo I, além da Resolução CFM nº 2.232/2019 e pareceres proferidos pelos Conselhos Regionais de Medicina.

A objeção de consciência para a realização de certos procedimentos devidamente normatizados é um direito do médico, e surge como um dos mais controversos direitos dos profissionais da Medicina, mas tal prerrogativa não deve ser utilizada para impedir o exercício do direito legal do paciente, determinando o encaminhamento a outro profissional que não tenha o mesmo imperativo de consciência.

O presente artigo busca analisar o limite existente entre ao direito à saúde e o direito reprodutivo, assegurado ao casal homoafetivo e/ou pessoa sozinha, e o exercício do direito à liberdade e a preservação de convicções pessoais exercida pelo médico assistente na aplicação das técnicas de reprodução assistida a este grupo.

O exercício do direito de objeção de consciência médica é um dos mais polêmicos relacionados à atividade médica, já que pode representar uma grave discriminação aos partícipes que buscam a realização do projeto parental.

A liberdade de crença religiosa e valores filosóficos constitui um direito fundamental, devendo ser respeitada desde que não invocada para eximir o indivíduo de cumprir obrigação legal imposta ou para permitir a recusa a cumprimento de prestação alternativa fixada na Constituição Federal no art. 5º, inciso VIII.

Conforme ressalta Igor de Lucena Mascarenhas⁸, a objeção de consciência surge como um dos principais direitos médicos elencados no Código de Ética Médica e também na preservação do princípio da autonomia.

E continua ensinando:

Muito se discute sobre o princípio da autonomia do paciente na relação paciente-médico, porém pouco se debate sobre a autonomia do profissional nas relações. A autonomia deve ser enxergada como uma via

⁵CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.217/2018, modificada pelas Resoluções CFM 2.222/2018 e 2.226/2019. Aprova o Código de Ética Médica. Publicada no D.O.U. de 01 de novembro de 2018, Seção I, p. 179. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acessado em 14/11/2023.

⁶ VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

⁷ VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.

⁸ MASCARENHAS, Igor de L. COSTA, Ana Paula Correia de A. MATOS. Ana Carla Harmatiuk. Direito médico à objeção de consciência e a recusa em realizar procedimento de reprodução assistida em casais homossexuais: a discriminação travestida de direito. *Civilistica.com*. A.10. n.1.2021. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/754>. Acesso: 15/11/2023.

de mão dupla: há de se considerar a autonomia do paciente, mas também a autonomia do médico.

A reflexão sugerida foi a possibilidade de alegação de objeção de consciência em decorrência da obrigação legal de atendimento a estes grupos, o que se contrapõe ao avanço científico na aplicação das técnicas de reprodução humana assistida.

O presente estudo partiu de análise bibliográfica dedutiva sobre o assunto, da usando como técnica a pesquisa descritiva, bem como a delimitação de determinados vocábulos aliados ao tema, focando no processo de tomada de decisão.

Como fontes da pesquisa, utilizou-se de artigos científicos, doutrinas, dissertações, projetos de lei, legislações, portarias editadas pelo Ministério da Saúde e resoluções do Conselho Federal de Medicina, para concluir ao fim, que as motivações alegadas pelo profissional, ainda que possam parecer fragéis, devem passar pelo crivo de uma análise fática para melhor compreender suas razões, já que a objeção se contrapõe ao exercício dos direitos reprodutivos e ao exercício da medicina nesta área de especialidade.

1. Objeção de Consciência Médica na Reprodução Assistida

A análise quanto tema, desperta nos estudiosos sobre reprodução humana assistida grande perplexidade, quanto às inúmeras possibilidades de realização do projeto parental a partir de um diagnóstico de infertilidade ou esterilidade, ou ainda casais homoafetivos, que desejam ter filhos, bem como pessoas sozinhas, optem ou necessitem de tratamentos medicamentosos, levando por muitas vezes à uma das técnicas de reprodução assistida.

A objeção de consciência está prevista nos artigos 5º, VIII e 143, §1º da Constituição Federal, e prevê que todos os cidadãos têm o direito de agir de acordo com seus valores morais, exercendo assim a objeção de consciência.

No espaço de 20 (vinte) anos, a sociedade testemunhou acontecimentos e avanços cuja transcendência e impacto na vida de gerações atuais e futuras, como por exemplo, o reconhecimento da união homoafetiva no Brasil e no mundo.

O desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, abre caminho para uma série de oportunidades de acesso à procedimentos médicos, que antes eram restritos aos casos de infertilidade masculina e feminina.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos artigos 18⁹ e 19¹⁰, reconhece que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião.

Ainda que tal previsão vá de encontro ao exercício de liberdade do indivíduo que a alega, a concepção social defende que o médico não pode ser objeitor, pois “*a recusa de assistência seria uma medida moral incompatível com a natureza dessa profissão*”¹¹.

Ressalte-se, contudo, que a objeção de consciência não se aplica quando a recusa caracterizar omissão de socorro, mas deve ser considerada como uma opção ao profissional quando alegada em outras situações que violem seus preceitos íntimos e apresentada de forma justificada.

O Conselho Federal de Medicina através da Resolução nº 2.232/2019, assegura tanto ao paciente o exercício do direito de recusa terapêutica¹², quanto ao médico, quando o ato a ser praticado, viole os ditames de sua consciência¹³

Embora haja a previsão, merece destaque que o médico pode se abster da realização de atos contrários à sua consciência, observando a preservação do princípio da autonomia, sem prejuízo a observância ao dever de buscar assistência de outro profissional para o paciente.

A abstenção de prestar atendimento ao paciente, não dispensa o atendimento em casos de emergências, onde a vida do assistido corra iminente risco, sob pena de ser responsabilizado em âmbito civil, criminal, ético e administrativo, caso esteja no exercício de função pública.

Não obstante o médico não esteja obrigado a fazer algo contra seus valores e o exercício profissional deve ocorrer sem qualquer tipo de discriminação, sem que isso signifique renunciar a realizá-lo sem a apresentação de justificativa para o processo decisório.

⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Artigo 18. Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular.

¹⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Artigo 19. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

¹¹ DINIZ, D. **Estado laico, objeção de consciência e políticas de saúde**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 29, n. 9, p. 1704-1706, set. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/kTXML5K9KppMLGhhx4MNRrn/?lang=pt>. Acesso em: 23/11/2023.

¹² Art. 2º É assegurado ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo, de acordo com a legislação vigente.

¹³ Art. 7º É direito do médico a objeção de consciência diante da recusa terapêutica do paciente.

Art. 8º Objeção de consciência é o direito do médico de se abster do atendimento diante da recusa terapêutica do paciente, não realizando atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, na conformidade do art. 1º, inciso III¹⁴ da Constituição Federal de 1988.

Para Alexandre de Moraes¹⁵, a dignidade da pessoa humana é,

um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

Cabe aqui, indicar o significado e a etimologia da palavra objeção¹⁶:

1. Ato de objetar. 2. razão ou argumento apresentado em oposição a uma tese previamente enunciada. 3. dificuldade que se apresenta em relação a uma proposta, a uma pretensão; obstáculo, óbice. O de consciência (Dir. Const) recusa de cumprir uma obrigação imposta a todos os cidadãos, sob a alegação de impedimento moral, religioso, filosófico ou político. Em latim, *objectio, omnis* 'ação de pôr diante, de cobri com'.

O primeiro conflito surge quando o exercício do direito, parece esbarrar na discriminação, o que encontra restrições normativas no Código de Ética Médica, já que este estabelece em seu princípio fundamental de que “a medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza¹⁷”.

Considerando-se todos os questionamentos que são próprios de quem se vê diante de tal conflito, se indaga qual seria o limite para a negativa no atendimento de um paciente de reprodução humana assistida em função de posições políticas, ideológicas, crenças religiosas e/ou princípios morais?

O aspecto de posicionar a objeção de consciência dentro de uma relação interpessoal, onde se vislumbra uma relação de conflito iminente e permeada por discussões éticas relativas às obrigações do médico, não é capaz de evitar o enfrentamento entre o que é

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. Acesso em 14/11/2023.

¹⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito. Constitucional**. 19ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2006

¹⁶ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

¹⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.217/2018, modificada pelas Resoluções CFM 2.222/2018 e 2.226/2019. Aprova o Código de Ética Médica. Publicada no D.O.U. de 01 de novembro de 2018, Seção I, p. 179. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acessado em 14/11/2023.

Capítulo I, Princípios Fundamentais. Artigo I.

possível objetar ou o exercício efetivo desse direito, de forma justificada por parte do profissional, e previsto no art. 5º, VIII, da Constituição Federal.

1.1. O Código de Ética Médica e a Objeção de Consciência

A objeção de consciência médica, por sua vez, é “uma forma de recusar a prestar assistência na área da saúde, baseada na justificativa de o fato ser contrário aos ditames da consciência¹⁸.”

Segundo o Código de Ética Médica¹⁹, a objeção de consciência é um direito do médico, o qual poderá “recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.”

Essa ideia complementa o inciso VII, capítulo I, do mesmo código que salienta, “*ficam excetuadas situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.*”

A objeção de consciência é exemplificada com transfusões sanguíneas impedidas por motivos religiosos e casos de aborto legal diante da divulgação midiática nesses casos, causando forte clamor social.

Em relação à objeção de consciência do médico, é importante tecer o paralelo de que, se o profissional, por razões morais ou religiosas, não concorda com a interrupção da gravidez, não deve exercer a atividade médica em local ou instituição de referência para a prática abortiva.

As razões estão diretamente relacionadas aos projetos de vida e aos princípios de cada indivíduo, os quais governam as escolhas e decisões.

Essas razões internas podem ser violadas quando alguém coercitivamente obriga um indivíduo a agir contra esses seja de forma direta ou indireta.

Direta, quando alguém é compelido a agir de forma contrária às suas razões morais, e indireta, quando compele um indivíduo a agir de forma contrária a seus padrões morais internos reduzindo suas opções racionais para agir.

¹⁸ KOURY, Adilon Passarinho. **A objeção da consciência do médico em sua relação com o paciente. Dissertação (Mestrado em Direito).** CESUPA - Centro Universitário do Pará, Belém, 2015. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=2462354. Acesso em 04/11/2023.

¹⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.217/2018, modificada pelas Resoluções CFM 2.222/2018 e 2.226/2019. Aprova o Código de Ética Médica. Publicada no D.O.U. de 01 de novembro de 2018, Seção I, p. 179. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acessado em 14/11/2023.

Ou seja, a pessoa é forçada a agir contrariamente a seus princípios morais, por não haver outra opção válida de ação, a menos que encare um sofrimento físico ou psicológico muito grande.

O debate moral interno, característico da consciência, baseia-se na noção ética, de que cada indivíduo, possui uma disposição para agir de acordo com a crença de cada um e uma resposta emocional correspondente.

A consciência determina uma sensação de necessidade de agir de acordo com seu conhecimento ou crença, de modo a preservar a integridade pessoal quando se faz o melhor a ser feito, ou frustração, quando não consegue agir em conformidade com seus ditames.

Outra consideração, diz respeito ao modo como a consciência deve ser informada, e as tradições morais ensinam que uma consciência clara é necessária para um comportamento ético, apesar de não se constituir em elemento determinado para o processo decisório.

Todo médico é um indivíduo que possui características familiares e culturais próprios, assim, não é sensato que se espere que durante o exercício profissional, que este se abstenha de suas raízes tradicionais e culturais, pois continua sendo um homem que carrega a sua bagagem cultural individual, recebendo do ensino médico um aprimoramento na forma de se relacionar com o outro, buscando uma forma de exercer meu mister, oferecendo o melhor tratamento para o estado clínico que se apresenta e visando a recuperação da saúde do paciente.

O indivíduo que se torna médico, pode e deve continuar a manter suas concepções religiosas e pessoais integradas à atividade profissional.

Seguir uma tradição religiosa, pode contribuir para um elevado senso de virtude que seria benéfico e esperado na atuação profissional, facilitando a relação com o paciente, que deve ser humanizada e não hierarquizada.

Uma conduta mais ligada ao desenvolvimento técnico e científico da medicina parece ligar sua atividade mais à doença do que ao doente em si, de onde se observa a frequente crítica da perda da humanidade na relação entre médico e paciente.

O sistema de saúde de uma sociedade deve encontrar formas de delinear os interesses entre pacientes que demandam cuidados que sejam objetados por certos profissionais.

Embora não haja como satisfazer a todos os envolvidos, principalmente quando é adotada uma postura onde as convicções pessoais e preceitos morais devem ser honrados sobre todas as consequências como se fossem direitos inafastáveis.

A objeção em realizar procedimentos com base na consciência pode classificar os profissionais como dissidentes, gerando discussões sobre esse comportamento sem se

apreciar as verdadeiras causas dessa objeção, com por exemplo, bases morais religiosas, filosóficas, entre outras, diminuindo a dialética necessária para ponderações entre deveres decorrentes da consciência e deveres moralmente justificados, não decorrentes da vontade individual.

A objeção de consciência é medida que deve ser tomada sempre com muita cautela, visto não poder servir de meio para que pacientes sejam discriminados pela sua religião, sexualidade, raça, opinião política ou quaisquer outros motivos atentatórios à dignidade da pessoa humana, personalidade, identidade, e aos direitos humanos e fundamentais²⁰.

Vale aqui trazer de forma ilustrativa, o caso julgado nos EUA, *Roe vs Wade*, que chegou até a Suprema Corte em 1973 e permitiu a descriminalização do aborto e ao profissional de saúde se recusar a participar ou realizar procedimentos aos quais se tenha uma objeção com base moral ou religiosa.

A questão não é nova e todas as tentativas de regular e conciliar o conflito entre os profissionais de saúde com convicções religiosas e os pacientes ou consumidores que buscam a realização de procedimentos ou aquisição de produtos de forma legalmente permitida, não são consideradas fáceis para os envolvidos.

A legislação norte-americana protege os objetores de consciência de represálias e de discriminações profissionais, sem que o cuidado assistencial com o paciente seja desconsiderado, devendo ser privilegiado uma análise do caso e se a opção for por declinar o atendimento, tais razões devem ser inseridas no prontuário médico do paciente.

Em texto publicado no Jornal do CREMESP²¹ sobre temática, discute as nuances delicadas e não consensuadas quanto a formulação de tal direito:

Dentro desses temas delicados, artigos de *Savulescuno British Medical Journal* (2006) e na revista *Bioethics* (2016) admitem, em resumo, que crenças religiosas profundamente arraigadas, por vezes, entram em conflito com alguns aspectos da prática médica. Mas que médicos “não podem fazer julgamentos morais em nome dos pacientes”. Tal ponto de vista colide frontalmente com o que pensam boa parte dos colegas, como o bioeticista americano Wesley Smith, que afirmou: “não podemos ser obrigados a nos acumpliciar com aquilo que consideramos pecados graves”.

Mesmo assim, durante *workshop* realizado em julho, em Genebra (Suíça), Savulescu recrutou mais de uma dezena de bioeticistas de renome, que assinaram

²⁰ UNESCO. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. In: CONFERÊNCIA GERAL DA UNESCO, Paris, 19 de outubro de 2005, **Anais**[...] Tradução e revisão final sob a responsabilidade da Cátedra UNESCO de Bioética da Universidade de Brasília (UnB) e da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB). Tradução: Ana Tapajós e Mauro Machado do Prado. Revisão: Volnei Garrafa. Paris: UNESCO, [S. n.]. Disponível em: https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf Acesso em: 25/02/2022.

²¹ Objeção de consciência pode esconder eventual discriminação. Embora o médico não seja obrigado a fazer algo contra seus valores, a Medicina deve ser exercida sem discriminação de nenhuma natureza. Jornal do CREMESP - Edição 342 - Novembro de 20. Disponível em <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&cid=2257>.

o decálogo *Declaração de Consenso sobre a Objeção de Consciência em Saúde* (ver box) no qual advogam, em suma, que as obrigações primárias de profissionais de saúde dirigem-se aos seus pacientes, e não à sua própria consciência.

Continua ainda, trazendo trechos do consenso de bioeticistas estrangeiros, para admissão da objeção de consciências, observando-se os seguintes pontos:

- O profissional da saúde que objetar pela consciência deve explicar sua decisão;
- O ônus da prova sobre a razoabilidade e sinceridade da objeção é do profissional;
- Na presença de conflito, o profissional deve encaminhar o paciente a colega que aceite o caso. Na impossibilidade e em emergência, deve realizá-lo;
- Quem se isentar de atendimento (em serviço público) por objeção de consciência deve cumprir o período em serviços comunitários.

2. Aspectos Éticos Médicos na Reprodução Assistida

Cabe destacar que os profissionais médicos são os profissionais empenhados em chegar, primeiramente ao diagnóstico e após, são eles os responsáveis pela orientação no tratamento da esterilidade ou infertilidade que acomete seus pacientes que buscam em projeto parental, e eles são partes fundamentais na trajetória da reprodução artificial.

A infertilidade e esterilidade constam no rol doenças na Classificação Internacional de Doenças (CID-10), e merecem o devido diagnóstico e correto tratamento, cabe a reflexão se o médico é obrigado a realizar o tratamento de reprodução artificial.

O conflito ético profissional é uma realidade da área médica, e por isso, o Conselho Federal de Medicina publicou em 2018 a resolução de n.º 2.217/2018, que revisou o Código de Ética Médica (CEM), para que fossem atualizados os direitos e deveres éticos dos profissionais.

No CEM, há 26 princípios fundamentais éticos; 11 normas deontológicas que tratam dos direitos profissionais e 117 normas deontológicas, que versam sobre os deveres profissionais médicos.

Ao profissional médico é resguardada a liberdade de não atuar em casos que contrariem a sua consciência, a partir do momento sejam afetadas as suas convicções, mesmo que os procedimentos sejam permitidos por lei, e a fundamentação para a sua recusa em fazê-lo, chama-se objeção de consciência²².

Ressalta-se que aos médicos devem de acompanhar a evolução da ciência em prol da sociedade, devendo ainda, informar seus pacientes sobre as técnicas disponíveis de

²² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n.º 2.217/2018, modificada pelas Resoluções CFM 2.222/2018 e 2.226/2019. Aprova o Código de Ética Médica. Publicada no D.O.U. de 01 de novembro de 2018, Seção I, p. 179. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acessado em 14/11/2023.

tratamento, para que munidos de informações, os pacientes possam exercer o seu direito de escolher qual tratamento seguir de forma consciente e livre.

Caso o paciente opte por prosseguir com um tratamento que fira a consciência do profissional, cabe a ele deixar de atender o paciente e informar todo o histórico ao novo profissional que irá prosseguir com o acompanhamento²³.

Cabe lembrar que a objeção de consciência é válida para todos os procedimentos que envolvam o profissional médico e não tão somente aos tratamentos de infertilidade e esterilidade.

Após a escolha pelo paciente, sobre como irá conduzir o seu tratamento, e o seu médico não deve permitir que conflito de interesses de cunho religioso, político, filosófico, pecuniário ou discriminatório de qualquer natureza por parte de superior hierárquico seja impeditivo à realização de tratamento disponível, e caso ocorra tal conduta, o médico deve reportar a atuação abusiva às autoridades nos termos no CEM.

A objeção de consciência é medida a ser tomada sempre com muita prudência, pois em hipótese nenhuma pode servir de meio para que pacientes sejam discriminados pela sua religião, sexualidade, raça, opinião política ou quaisquer outros motivos atentatórios à dignidade da pessoa humana, personalidade, identidade, e aos direitos humanos e fundamentais²⁴.

A medicina deve servir a sociedade sendo meio de proporcionar saúde e bem-estar a todas as pessoas, indiscriminadamente.

Considerações Finais

A objeção de consciência é um tema complexo tanto para os médicos quanto para a sociedade. A escassez de estudos e a falta de divulgação desse direito resulta em situações que podem dificultar o desempenho profissional e a relação médico paciente.

Assim, partindo-se da premissa de que estas relações pessoais devem ser humanizadas, o médico dever ter uma escuta atenta dos envolvidos, para evitar a

²³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n.º 2.232, de 17 de julho de 2019. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção da consciência na relação médico-paciente. **Diário Oficial da União**, Brasília, ed. 179, seção 1, p. 113, 16 de set. de 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.232-de-17-de-julho-de-2019-216318370?fbclid=IwAR2QOo56N-DTtaMMBnKvnTHXWYEuQAsqw4xZZYnoICIFw6a8Yjus7vrEcl00> acesso em 12/01/2022.

²⁴ UNESCO. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. *In*: CONFERÊNCIA GERAL DA UNESCO, Paris, 19 de outubro de 2005, **Anais[...]** Tradução e revisão final sob a responsabilidade da Cátedra UNESCO de Bioética da Universidade de Brasília (UnB) e da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB). Tradução: Ana Tapajós e Mauro Machado do Prado. Revisão: Volnei Garrafa. Paris: UNESCO, [S. n.]. Disponível em: https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf Acesso em: 25/02/2022.

objeção de consciência seletiva, o que representaria um abuso de direito por parte do profissional, já que sua escusa não pode apresentar um caráter discriminatório.

Uma vez que o objetivo da objeção de consciência é promover a isonomia, é necessário acautelar-se para evitar que o exercício da autonomia do médico se constitua em um pretexto para a discriminação causando prejuízo ao paciente, já que a escusa não é um direito absoluto.

A atuação médica envolve não apenas aspectos técnicos, mas também éticos sobre objeção de consciência. Assim, é necessário analisar todos os valores e interesses envolvidos, tanto na legislação quanto aos aspectos filosóficos, morais e religiosos do objeto, para se chegar à conduta mais adequada, não limitando o exercício do direito do paciente ao planejamento familiar.

Apesar deste tema ser importante para rotina profissional, a necessidade de maior aprofundamento do normativo deontológico que prevê a escusa por parte do médico, torna-se cada vez mais relevante, para que sejam esclarecidos os limites do exercício de seu direito e os deveres deste em relação a pessoa que deseja submeter-se ao uso das técnicas de reprodução assistida, reforçando a autonomia profissional e respeitando o direito do paciente ao tratamento desejado para a realização do projeto parental.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: DOU de 20/09/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 22/10/2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 18/11/2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.232/2019. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Publicada no D.O.U. de 16 de setembro de 2019, Seção I, p. 113. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>. Acessado em 13/11/2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.217/2018, modificada pelas Resoluções CFM 2.222/2018 e 2.226/2019. Aprova o Código de Ética Médica. Publicada no D.O.U. de 01 de novembro de 2018, Seção I, p. 179. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acessado em 14/11/2023.

DINIZ, D. **Estado laico, objeção de consciência e políticas de saúde**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 29, n. 9, p. 1704-1706, set. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/kTXML5K9KppMLGhxx4MNRrn/?lang=pt>. Acesso em: 23/11/2023.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Comentários ao Código de Ética Médica**. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2010.

KOURY, Adilon Passarinho. **A objeção da consciência do médico em sua relação com o paciente. Dissertação (Mestrado em Direito)**. CESUPA - Centro Universitário do Pará, Belém, 2015. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=2462354. Acesso em 04/11/2023.

MASCARENHAS, Igor de L. COSTA, Ana Paula Correia de A. MATOS. Ana Carla Harmatiuk. **Direito médico à objeção de consciência e a recusa em realizar procedimento de reprodução assistida em casais homossexuais: a discriminação travestida de direito**. Civislitica.com. A.10. n.1.2021. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/754>. Acesso: 15/11/2023

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 217 A (III), 1948. Declaração Universal dos Direitos Humanos: Brasília: Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, 1998. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>. Acesso em 18/11/2023.

SANTOS, J.B. dos. **Objecção de Consciência**. E-book Kindle.

A Proteção do Patrimônio Cultural Humano no Espaço: Do Conceito de Patrimônio Comum da Humanidade Aos Acordos Artemis

The Protection of Human Cultural Heritage in Space: from the concept of Common Heritage of Humanity to the Artemis Accords

Luís Eduardo Andreazi¹

Giuliane Cristina Ruas Silvestre²

Sumário: 1. Espaço: mais uma vez a fronteira final?; 2. O princípio do Patrimônio Comum da Humanidade; 3. Considerações sobre a proteção do patrimônio cultural humano no espaço; 4. Proteção do patrimônio humano no espaço e reflexões sobre o futuro do Direito Espacial; Considerações Finais; Referências bibliográficas; Documentos e Legislações.

Resumo: Este trabalho buscará desenvolver uma discussão sobre a proteção do patrimônio humano no espaço exterior, tomando em conta sua classificação como Patrimônio Comum da Humanidade. Desde a grande corrida espacial do século XX em que grandes potências competiram pela exploração do espaço, a humanidade nunca mais deixou de sonhar com as estrelas. Os últimos anos evidenciam um aumento nas atividades espaciais, e um renovado interesse dos Estados e dos particulares em novamente se lançarem ao espaço. Este trabalho reflete uma pequena parte deste cenário, em que buscaremos analisar, através das lentes do Direito, como certas áreas e artefatos humanos no espaço devem ser preservados como patrimônio cultural humano no espaço, a partir de um estudo do princípio do Patrimônio Comum da Humanidade. Ao longo do trabalho veremos como este princípio surgiu, e quais os elementos que o constituem e, posteriormente, entenderemos melhor quais áreas e artefatos humanos no espaço devem ser preservados, e como o atual *corpus iuris spatialis* trata este patrimônio. Por fim, fazendo uma análise do corpo jurídico de Direito Espacial que temos atualmente, em especial, os Acordos Artemis, refletiremos como este patrimônio espacial pode ser preservado, e quais os desafios que o Direito e a comunidade internacional ainda devem enfrentar para garantir esta proteção.

Palavras-chave: Direito Espacial; Espaço Exterior; Patrimônio Comum da Humanidade.

Abstract: This paper will discuss the protection of human heritage in outer space, taking into account its classification as a Common Heritage of Humanity. Since the great space race of the 20th century, in which the great powers competed for space exploration, humanity has never stopped dreaming of the stars. Recent years have seen an increase in space activities and a renewed interest on the part of States and private individuals in once again launching themselves into space. This work reflects a small part of this scenario, in which we will seek to analyze, through the lens of the Law, how certain areas and human artifacts in space should be preserved as human cultural heritage in space, based on a study of the principle of the

¹ Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-graduado em Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae (IGC). Especialista em Direito Europeu na vertente Socioambiental pela Associação de Estudos Europeus de Coimbra (AEEC). E-mail: andreazi.luis@gmail.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7743-5534>

² Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-graduada em Direito dos Contratos e do Consumo Europeu pelo Centro de Direito do Consumo (CDC). Pós-graduada em Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae (IGC). E-mail: silvestregiuliane@gmail.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4276-5824>

Common Heritage of Humanity. Throughout the paper we will look at how this principle came about and what elements make it up, and then we will better understand which areas and human artifacts in space should be preserved, and how the current *corpus iuris spatialis* deals with this heritage. Finally, by analyzing the current body of space law, in particular the Artemis Accords, we will reflect on how this space heritage can be preserved, and what challenges the law and the international community still have to face in order to guarantee this protection.

Keywords: Space Law; Outer Space; Common Heritage of Humanity.

1. Espaço: Mais Uma Vez a Fronteira Final?

Seríamos nós, seres humanos, exploradores natos? A ânsia de desvendar o desconhecido; de desbravar águas estranhas; de arriscar nossas vidas para satisfazer a curiosidade que temos de, simplesmente, “saber” algo novo. As civilizações humanas, em diferentes tempos e lugares, de diferentes formas e com objetivo muitas vezes conflitantes, desenvolveram-se descobrindo o mundo ao seu redor.

No mundo do século XXI, já descobrimos muito sobre nosso planeta. Embora as profundezas de seus vastos oceanos continuem sendo, em grande medida, um mistério para nós³, nossa insaciável curiosidade nos fez olhar para cima, para o céu e as estrelas, para todos os astros que rondam nosso planeta, nos perguntando o que mais existe para além deste pequeno ponto azul que chamamos de Terra.

A chamada “corrida espacial”, um período da História contemporânea em que duas das mais poderosas nações do século XX competiram pelo desenvolvimento de tecnologias aeroespaciais que lhes permitisse explorar o espaço⁴, ainda que tenha tido alguma conclusão com o pouso do homem na Lua, de tão intensa, deixou um poderoso legado a todos aqueles que se interessam pelo assunto: a vontade de saber ainda mais.

Este texto caminha no âmago desta curiosidade deixada pelos pioneiros da exploração espacial. Não pretendemos escrever aqui como se fossemos engenheiros espaciais, mas sim como juristas que somos, convictos da responsabilidade e do papel que o Direito tem em estudar também estes temas. Como poderemos observar ao longo deste trabalho, o Direito Espacial, especialmente em sua vertente internacional, tem avançado muito nas últimas décadas, impulsionado pelos avanços tecnológicos nas ciências espaciais,

³ Cf. COLEY, Kira. *A Global Ocean Map is Not an Ambition, But a Necessity to Support the Ocean Decade*. Marine Technology Society Journal, n° 3, p. 9-12, mai./jun. 2022; e UNESCO Office Venice and Regional Bureau for Science and Culture in Europe (Italy); Intergovernmental Oceanographic Commission; SANTORO, Francesca, et.al. *Ocean literacy for all: a toolkit*. Paris: UNESCO; Veneza: UNESCO Office Venice, 2018. p. 54.

⁴ SIDDIQI, Asif a. *Challenge to Apollo: The Soviet Union and the Space Race, 1945-1974*. [S.l.]: Military Bookshop, 2011.

e pela necessidade de se criar novos instrumentos jurídico-legislativos capazes de tratar destes novos horizontes.

Nos últimos anos, a exploração espacial ganhou um renovado vigor em vários países, dando início ao que pensamos ser uma “nova corrida espacial”⁵. Este novo cenário é muito mais abrangente do que aquele visto na Guerra Fria do século passado, composto por uma gama muito maior de atores, e sustentado por décadas de avanços tecnológicos na área espacial. Desta vez, além de países competindo entre si, através de suas agências espaciais, encontramos também uma crescente participação de indivíduos e de empresas privadas interessados em explorar o cosmo⁶.

O espaço é, novamente, a fronteira final.

2. O Princípio do Patrimônio Comum da Humanidade

Com este novo cenário espacial em mente, propomos discutir neste trabalho uma questão que não apenas é sensível em relação à exploração espacial, como também à própria memória humana. Pretendemos, pois, partindo do princípio do Patrimônio Comum da Humanidade (*Common Heritage of Humanity*, ou *Common Heritage of Mankind*) discutir a proteção do chamado “patrimônio cultural humano no espaço exterior” (ou “patrimônio humano no espaço”), conceito que já há algum tempo é discutido no âmbito do Direito Espacial, e que mais recentemente foi reforçado na altura da assinatura dos Acordos Artemis, sobre os quais falaremos em momento oportuno.

Convém primeiro explorarmos um pouco aquilo que constitui o princípio do Patrimônio Comum da Humanidade, relacionando-o ao espaço exterior. Como em tantos outros aspectos do Direito, porém, não é tão simples indicarmos uma conceituação precisa e amplamente aceita para este princípio.

Primeiramente, em termos gerais, podemos dizer que este princípio é aplicável a áreas que estão além dos limites de jurisdição dos Estados nacionais, bem como sobre os recursos naturais que ali se encontram⁷. Sua origem tem especial ligação ao debate legislativo que percorria a comunidade internacional na metade do século passado, altura em que se buscava o desenvolvimento de uma legislação internacional que fosse capaz de governar as atividades

⁵ PEKKANEN, Saadia M. *Governing the New Space Race*. AJIL Unbound, Vol. 113, p. 92-97, 2019.

⁶ Cf. FERNHOLZ, Tim. *Rocket Billionaires: Elon Musk, Jeff Bezos, and the New Space Race*. Boston; Nova Iorque: Mariner Books, 2018.

⁷ NOYES, John E. *The Common Heritage of Mankind: Past, Present and Future*. Denver Journal of International Law & Policy, Vol. 40, n° 1, p. 447-471, jan. 2011. p. 449.

de extração de recursos naturais realizadas nos fundos oceânicos⁸. Hoje, esta legislação é representada pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do mar.

Na Convenção encontramos vários desdobramentos dos elementos que formam o princípio do Patrimônio Comum da Humanidade, nomeadamente ligados à proibição do exercício da soberania e jurisdição dos Estados, e à ideia de distribuição equitativa das riquezas retiradas das áreas de interesse comum⁹.

Se analisarmos o princípio do Patrimônio Comum da Humanidade mais a fundo, veremos que um de seus elementos constitutivos mais importantes é justamente essa proibição de aquisição e exercício de soberania dos Estados nacionais sobre a área ou sobre os recursos tomados como patrimônio comum. Um exemplo é o parágrafo 1º da *Declaration of Principles Governing the Sea-Bed and the Ocean Floor, and the Subsoil Thereof, beyond the Limits of National Jurisdiction*, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1970: “the sea-bed and ocean floor, and the subsoil thereof, beyond the limits of national jurisdiction (hereinafter referred to as the area), as well as the resources of the area, are the common heritage of mankind”¹⁰.

Em termos filosóficos, este elemento se relaciona diretamente à condição de *res communis omnium* (“coisa comum a todos”, na tradução do latim) atribuída ao alto-mar, ou seja, áreas em que não se consegue exercer qualquer tipo de controle efetivo (e.g. ocupação ou apropriação), conseqüentemente não sendo possível o exercício de soberania e jurisdição por qualquer Estado ou entidade¹¹. Esta mesma lógica é aplicada no espaço exterior¹²: uma vez que se trata de um ambiente inóspito, onde a vida não consegue naturalmente prosperar e, portanto, onde nenhum controle efetivo pode ser exercido, aplica-se também à esta zona a condição de *res communis omnium*¹³, o que, por um lado, facilita sua classificação como Patrimônio Comum da Humanidade.

⁸ BUXTON, Carol R. *Property in Outer Space: The Common Heritage of Mankind principle vs. the “first in time, first in right” rule of Property Law*. *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 69, nº 4, p. 689- 707, 2004. p. 694-695. Cf. SHACKELFORD, Scott J. *The Tragedy of the Common Heritage of Mankind*. *Stanford Environmental Law Journal*, Vol. 28, nº 1, p. 109-169, 2009. p. 124-130.

⁹ Mencionemos, especialmente, os art. 136º a 149º, que tratam dos princípios que regem a “área”, zona que compõe “o leito do mar, os fundos marinhos e o seu subsolo além dos limites da jurisdição nacional” (art. 1º, º 1, 1 da Convenção) e que, por força do art. 136º, é Patrimônio Comum da Humanidade.

¹⁰ *Declaration of Principles Governing the Sea-Bed and the Ocean Floor, and the Subsoil Thereof, beyond the Limits of National Jurisdiction*, parágrafo 1º.

¹¹ PALIOURAS, Zachos A. *The Non-Appropriation Principle: The Grundnorm of International Space Law*. *Leiden Journal of International Law*, Vol. 27, nº 1, p. 37-54, mar. 2014. p. 41.

¹² Ao estudar o Direito Espacial, percebe-se como muitos assuntos jurídico-legislativos relacionados ao espaço têm raízes em discussões anteriores sobre o alto-mar.

¹³ PALIOURAS, *Op. cit.*, p. 41-42.

Vale mencionarmos que ainda há muito debate sobre a aplicação do princípio do Patrimônio Comum da Humanidade no território da Antártida¹⁴, e muito se discute sobre sua incidência em outras áreas particularmente interessantes ao bem-estar humano e à vida na Terra, nomeadamente, na proteção das florestas tropicais¹⁵, que contém uma biodiversidade e uma riqueza de recursos naturais gigantescas. Esta discussão não surge do acaso, uma vez que a proteção ambiental das áreas que formam o Patrimônio Comum da Humanidade corresponde a mais um elemento constitutivo do princípio¹⁶.

Por fim, John E. Noyes aponta em seu texto dois últimos elementos constitutivos do princípio do Patrimônio Comum da Humanidade, nomeadamente, a utilização das áreas e dos recursos para fins pacíficos, e a distribuição equitativa dos benefícios vindos da exploração destes recursos, ambos aplicáveis ao espaço exterior (vide o disposto nos artigos I, III e IV do Tratado do Espaço Exterior)¹⁷, embora, como o próprio autor aponta, este último elemento seja bastante controverso, pois implica na existência de uma espécie de “justiça distributiva” que não costuma ser bem aceita por alguns Estados¹⁸.

Em conclusão, com base nos exemplos que vimos acima, a adequação do “espaço exterior” à noção de um Patrimônio Comum da Humanidade parece ser bastante acertada, uma vez que os elementos constitutivos do princípio recebem total respaldo no contexto espacial. É preciso agora avançarmos nosso tema para questões relacionadas ao patrimônio humano em si. Nos próximos capítulos, reunindo os principais instrumentos do *corpus iuris spatialis*, buscaremos entender o que constitui o “patrimônio humano no espaço exterior”, e que benefícios a humanidade, como um todo, teria com a sua proteção.

¹⁴ Cf. TENENBAUM, Ellen S. *A World Park in Antarctica: The Common Heritage of Mankind*. Virginia Environmental Law Journal, Vol. 10, nº 1, p. 109-136, 1990; e FRANKES, Jennifer. *The Common Heritage of mankind Principle and the Deep Seabed, Outer Space, and Antarctica: Will Developed and Developing Nations Reach a Compromise?* Wisconsin International Law Journal, Vol. 21, nº 2, p. 409-434, 2003.

¹⁵ A aplicação do princípio, nestes casos, porém, encontra ainda hoje forte resistência, sobretudo por questões de soberania nacional. Há quem defenda que as florestas não são áreas consideradas *res communis omnium*, uma vez que integram o território dos Estados em que se localizam, estando, portanto, sujeitas à sua soberania e jurisdição. Neste tema, cf. ADELMAN, Sam. *Tropical forests and climate change: a critique of green governmentality*. International Journal of Law in Context, Vol. 11, nº 2, p. 195-212, jun. 2015.

¹⁶ NOYES, John E. *The Common Heritage of Mankind: Past, Present and Future*. Denver Journal of International Law & Policy, Vol. 40, nº 1, p. 447-471, jan. 2011. p. 450.

¹⁷ Dispõe o artigo I que “A exploração e utilização do espaço exterior, incluindo a Lua e outros corpos celestes, será conduzida para benefício e interesse de todos os países, independentemente do seu grau de desenvolvimento económico ou científico (...)”. O artigo III dispõe que “os Estados Partes neste Tratado conduzirão as suas actividades na exploração e utilização do espaço exterior, incluindo a Lua e outros corpos celestes, em conformidade com o direito internacional, incluindo a Carta das Nações Unidas, no interesse da manutenção da paz e segurança internacionais e promovendo a cooperação internacional e a compreensão recíprocas”. O artigo IV dispõe que “(...) A Lua e outros corpos celestes deverão ser utilizados por todos os Estados Partes no Tratado exclusivamente para fins pacíficos”. Tratado do Espaço Exterior, arts. I, III e IV.

¹⁸ NOYES, *Op. cit.*, p. 451.

3. Considerações sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Humano no Espaço

A vontade de proteger determinadas áreas que, seja pelo seu valor histórico, por sua beleza, ou pelo que representa simbolicamente para um determinado povo, é uma característica que se repete na história das civilizações humanas. Nos tempos atuais, esta proteção se desdobra na forma de legislações, nacionais, regionais e internacionais, que buscam identificar e salvaguardar o patrimônio cultural da humanidade.

Neste âmbito, no plano internacional, a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, adotada pelas Nações Unidas em 1972, assume um papel de extrema importância¹⁹. A Convenção não apenas determina conceitualmente aquilo que considera como patrimônios cultural e natural, como recomenda que os Estados signatários empreguem esforços no sentido de desenvolver legislações e mecanismos de proteção dos patrimônios localizados em seus territórios. Esta tarefa, segundo a Convenção, parte do pressuposto de que muitos patrimônios culturais e naturais correm o risco de ser destruídos, seja por eventos naturais ou pelo próprio desenvolvimento humano, e estas situações devem ser impedidas para se evitar o “empobrecimento efectivo do património de todos os povos do mundo”²⁰.

Nas décadas seguintes foram também adotadas a Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático (2001), a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003), e a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (2005), cada uma tratando de aspectos específicos do patrimônio cultural. É interessante observarmos que as Convenções, de maneira geral, apontam que a proteção do patrimônio cultural é essencial para o pleno gozo dos direitos humanos, contribui para uma maior aproximação de diferentes comunidades, e “gera um mundo rico e variado, que alarga as possibilidades de escolha e nutre as aptidões e os valores humanos, constituindo, portanto, um motor fundamental do desenvolvimento sustentável das comunidades, dos povos e das nações”²¹.

É razoável concluirmos, portanto, que a preocupação humana de salvaguardar tudo aquilo que considera como parte de sua herança cultural é algo já bastante fixado na história

¹⁹ Cf. MESKELL, Lynn. *UNESCO's World Heritage Convention at 40: Challenging the Economic and Political Order of International Heritage Conservation*. *Current Anthropology*, Vol. 54, nº 4, p. 483-494, ago. 2013; e O'KEEFE, Roger. *World Cultural Heritage: Obligations To The International Community As A Whole?*. *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, nº 1, p. 189-209, jan. 2004.

²⁰ Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, adotado pelas Nações Unidas, Preâmbulo.

²¹ Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, Preâmbulo.

jurídica internacional. A infinidade de instrumentos nacionais que também tratam desta matéria certamente fortalece este pensamento.

Ora, não seria então igualmente razoável concluirmos que toda esta lógica em torno do patrimônio cultural humano pode também ser aplicada a monumentos, artefatos, símbolos humanos deixados fora do planeta Terra? Não seria interessante pensarmos na proteção, por exemplo, da primeira pegada que o homem deixou na Lua? Ou de *rovers* enviados para Marte para explorar o solo marciano? Ou mesmo de fragmentos deixados no solo lunar pelos primeiros veículos espaciais? Certamente, não seria impossível considerarmos estes artefatos como parte integrante de nosso patrimônio comum.

Vimos no capítulo anterior que o espaço exterior é um Patrimônio Comum da Humanidade. No campo do Direito Espacial, o Tratado da Lua (*Agreement governing the activities of States on the Moon and other celestial bodies*), de 1979, é muito claro em determinar, em seu artigo 11, n° 1, que “a Lua e seus recursos naturais são patrimônio comum da humanidade (...)”²² (tradução nossa). Este Tratado, constituído após o pouso do homem na Lua em 1969, na altura do programa Apollo, dispõe sobre a importância de se criar instrumentos internacionais capazes de regular as atividades espaciais e de manter o uso pacífico do espaço exterior, seja para a exploração científica, ou dos recursos naturais da Lua e de outros corpos celestes.

É certo, porém, que o artigo 11, embora emblemático, não é suficiente para densificar esta matéria e, embora seu n° 5²³ recomende a confecção de um regime jurídico internacional, tal ideia nunca se desenvolveu completamente.

Em termos gerais, o Tratado da Lua coaduna-se bem com o anterior Tratado do Espaço Exterior (*Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies*), de 1967, considerado até hoje um importantíssimo instrumento do *corpus iuris spatialis*, constituindo-se como principal instrumento legislativo para a defesa da exploração pacífica do espaço²⁴, embora, possivelmente pelo contexto em que foi adotado, não contenha qualquer menção a um “patrimônio humano no espaço”. Sua contribuição para este tema parece ocorrer de forma indireta, visto que o Tratado dispõe que “a exploração e utilização do espaço exterior, incluindo a Lua e outros corpos celestes será conduzida para benefício e interesse de todos

²² Tratado da Lua, art. 11, n° 1.

²³ Determina o dispositivo: “States Parties to this Agreement hereby undertake to establish an international regime, including appropriate procedures, to govern the exploitation of the natural resources of the moon as such exploitation is about to become feasible (...). Tratado da Lua, art. 11, n° 5.

²⁴ JAKHU, Ram S. Evolution of the Outer Space Treaty. In: LELE, AJEY (ed.). *50 Years of the Outer Space Treaty*. Nova Déli: Pentagon Press, 2017. p. 13-19.

os países (...) constituindo apanágio de toda a Humanidade”²⁵, e que “os Estados Partes deste Tratado considerarão os astronautas como enviados da Humanidade no espaço exterior”²⁶. Estas disposições, alinhadas a outras regras e princípios igualmente previstas no Tratado do Espaço Exterior, contribuíram para a formação de boa parte do que hoje constitui o Direito Espacial Internacional²⁷.

Vale mencionarmos que o Tratado da Lua, embora densifique melhor certas matérias já dispostas no Tratado do Espaço Exterior, falhou em ter o alcance e aceitação internacional que este último teve. Poucas nações retificaram o Tratado até hoje e, embora tenha seu valor na formação do *corpus iuris spatialis*, é limitado em relação à sua aplicação em matéria jurídica internacional.

Mais recentemente, em 2020, no contexto do programa Artemis, criado pela agência espacial norte-americana (NASA), cujo principal objetivo é levar a humanidade novamente à Lua, foi formulado novo um conjunto de documentos intitulados “Acordos Artemis” (*The Artemis Accords - Principles for Cooperation in the Civil Exploration and Use of the Moon, Mars, Comets, and Asteroids for Peaceful Purposes*). Na trilha do Tratado da Lua, e levando em consideração o Tratado do Espaço Exterior, os Acordos Artemis igualmente pregam a exploração e o uso pacífico do espaço exterior, e incentivam a formação de acordos bilaterais de cooperação entre os países²⁸.

Para aquilo que nos interessa neste trabalho, o principal destaque é certamente a Seção 9 dos Acordos, intitulada “*Preserving Outer Space Heritage*”. Este dispositivo impõe aos Estados signatários o dever de preservar o patrimônio espacial, caracterizados por locais de pouso humano ou robótico que tenham um valor histórico, artefatos, aeronaves e quaisquer outras evidências de atividade realizada nos corpos celestes, devendo os signatários contribuir multilateralmente para o desenvolvimento de instrumentos e regras internacionais para a proteção do patrimônio cultural humano no espaço²⁹.

Os Acordos são o primeiro instrumento do *corpus iuris spatialis* a mencionar exemplos mais concretos daquilo que se entende como patrimônio humano no espaço, uma vez que nenhum dos Tratados anteriores faz menção a um patrimônio cultural humano no espaço.

²⁵ Tratado do Espaço Exterior, art. I.

²⁶ Tratado do Espaço Exterior, art. V.

²⁷ RANA, Harminderpal Singh. *The “Common Heritage of Mankind” & The Final Frontier: A Reevaluation of Values Constituting the International Legal Regime for Outer Space Activities*. Rutgers Law Journal, Vol. 26, n° 1, p. 225-250, 1994. p. 241.

²⁸ Acordos Artemis, Seções 1, 3 e 13.

²⁹ No original: “The Signatories intend to preserve outer space heritage, which they consider to comprise historically significant human or robotic landing sites, artifacts, spacecraft, and other evidence of activity on celestial bodies in accordance with mutually developed standards and practices”. Acordos Artemis, Seção 9.

Esta observação é importante, pois estamos diante de dois temas diferentes: o espaço exterior, *latu sensu*, enquanto Patrimônio Comum da Humanidade, tema mais amplo, que se relaciona ao espaço em si, seus astros e tudo que nele se encontra; e outro mais específico, voltado para o tema do patrimônio cultural, mais especificamente, o patrimônio cultural humano deixado no espaço, e que inclui, por exemplo, instrumentos deixados na Lua pelos astronautas que à exploraram. Ainda que o estudo do princípio do Patrimônio Comum da Humanidade seja essencial para compreendermos a relação entre Direito e espaço, é sobre o segundo tema que se debruçam os Acordos Artemis, e sobre o qual agora daremos seguimento.

Entendemos que a Seção 9 dos Acordos Artemis caminha na linha do que já havia sido disposto na Recomendação da NASA proferida em 2011 (*NASA's Recommendations to Space-Faring Entities: How to Protect and Preserve the Historic and Scientific Value of U.S. Government Lunar Artifacts*), que prevê uma série de condutas a serem tomadas por futuras missões à Lua, como forma de proteger zonas consideradas como patrimônio espacial³⁰.

Infelizmente, não há ainda qualquer densificação jurídica, ou planos de proteção e gestão das áreas e dos artefatos contidos no patrimônio espacial mencionado nos Acordos Artemis. A questão é que, desde a criação dos Acordos, até o momento em que escrevemos este trabalho, apenas 32 nações assinaram o documento³¹, criando-se o risco de eles se tornarem tão pouco aceitos na comunidade internacional quanto o Tratado da Lua.

O maior problema, pensamos, é a ausência de um instrumento contemporâneo de Direito Espacial Internacional, nos moldes daquilo que o Tratado do Espaço Exterior representa, tendo alcance e aceitação em todo o mundo, e que gere um regime jurídico espacial mais alinhado com o mundo moderno. Até que esta proposta seja concebível, parece-nos que os debates sobre o Direito Espacial continuarão a acontecer sob a égide do Tratado do Espaço Exterior³².

Por fim, e embora se trate de um tema que mereça um estudo próprio, gostaríamos de retomar um ponto abordado no capítulo anterior em relação à proteção do ambiente que envolve as áreas ou recursos considerados Patrimônio Comum da Humanidade, uma vez que mencionamos no capítulo anterior que este é um dos elementos constitutivos do princípio.

³⁰ Cf. NASA's Recommendations to Space-Faring Entities: How to Protect and Preserve the Historic and Scientific Value of U.S. Government Lunar Artifacts. p. 7-8.

³¹ LEA, Robert. Artemis Accords: *What are they & which countries are involved?*. Space, 14 nov. 2023.

³² JAKHU, Ram S. The Future of the Outer Space Treaty. In: LELE, AJEY (ed.). *50 Years of the Outer Space Treaty*. Nova Déli: Pentagon Press, 2017. p. 185-194.

Em se tratando do patrimônio espacial, a proteção do ambiente ao seu redor é, naturalmente, necessária, e pode até ser entendida como uma consequência lógica decorrente da própria proteção deste patrimônio. A preservação da zona lunar que contenha fragmentos do programa Apollo, por exemplo, é essencial para que este patrimônio seja protegido, não apenas por seu valor cultural, mas também histórico e científico³³. Há também que pensarmos no interesse em proteger o ambiente espacial por interesses puramente éticos, no sentido de que não temos o direito de prejudicá-lo, modificá-lo ou poluí-lo, direta ou indiretamente, em razão da realização de quaisquer atividades humanas, por mais inóspito e inabitado que seja o cosmo³⁴.

4. Proteção do Patrimônio Humano no Espaço e Reflexões sobre o Futuro do Direito Espacial

A proteção do patrimônio humano no espaço, conforme pudemos explorar ao longo deste trabalho, tem atrelado a si uma vontade jurídico-legislativa de se proteger uma parte recente, mas muito importante da história humana.

Tendo-se em conta que o espaço exterior é uma “província de toda a humanidade”³⁵, e que a preservação do patrimônio humano que lá se encontra é uma tarefa cada vez mais desejável, faz-se necessário, do ponto de vista do Direito, que existam mecanismos jurídicos, legislativos e de gestão do patrimônio cultural capazes de cumprir este papel.

Embora a concepção do patrimônio humano no espaço exterior seja uma ideia cada vez mais aceita e debatida – e este trabalho é um exemplo disso –, não existem ainda instrumentos internacionais que tratem este tema de forma mais aprofundada, ou que sequer lhes confirmam um aspecto prático, que proponha formas de gerir estas áreas do patrimônio cultural.

Neste sentido, apenas podemos fazer alguns paralelos entre um eventual instrumento específico sobre o patrimônio humano no espaço, e outros instrumentos legislativos que temos atualmente e que cuidam de diferentes aspectos do patrimônio cultural humano.

Um primeiro paralelo pode ser feito com a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972, da qual falamos anteriormente. Em muitos aspectos, as normas previstas na Convenção podem ser aplicadas ao patrimônio espacial³⁶. O maior

³³ Cf. “Apêndice E” da Recomendação, que lista uma série de itens deixados na Lua pelas várias missões do programa Apollo, e considerados patrimônio humano na Lua.

³⁴ WILLIAMSON, Mark. *Space ethics and protection of the space environment*. Space Policy, Vol. 19, nº 1, p. 47-52, 2003. p. 48.

³⁵ Tratado do Espaço Exterior, art. I.

³⁶ Em especial as definições e os valores trazidos pela Convenção. Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, arts. 1 a 7º.

obstáculo para um instrumento próprio do patrimônio espacial, que se confronta com aquilo que prevê a Convenção, seria em relação à delimitação das áreas e dos recursos a serem protegidos, uma vez que, nos moldes da Convenção, tal tarefa é atribuída aos Estados.

Uma vez que, segundo o Tratado do Espaço Exterior, o espaço não pode ser objeto de apropriação por nenhum Estado³⁷ – ou por nenhum particular, embora a legislação deixe brechas neste aspecto³⁸ –, em tese, não poderiam os Estados indicar os locais a ser salvaguardados, pois isto poderia implicar em um aparente exercício de suas soberanias. A criação de um Comitê intergovernamental, ligado às Nações Unidas, talvez pudesse resolver esta questão, mas ainda assim o novo instrumento deveria tomar todo o cuidado para não deixar transparecer qualquer exercício de soberania sobre os locais escolhidos.

Menções também devem ser feitas à Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático, de 2001; ao Protocolo ao Tratado da Antártida sobre Proteção ao Meio Ambiente e Anexos, de 1991³⁹; e à Recomendação feita pela NASA em 2011 (*NASA's Recommendations to Space-Faring Entities: How to Protect and Preserve the Historic and Scientific Value of U.S. Government Lunar Artifacts*), sobre a qual já comentamos anteriormente. Encontramos também importantes contribuições feitas por grupos de trabalho, como o *Building Blocks for the Development of an International Framework for the Governance of Space Resource Activities*⁴⁰, documento adotado em 2019 pelo *The Hague International Space Resources Governance Working Group*; e o *Best Practices For Sustainable Lunar Activities*⁴¹, um conjunto de diretrizes criadas pelo *Moon Village Association* para estabelecer regras, e promover a cooperação pacífica entre os sujeitos envolvidos em missões lunares no futuro, a fim de reduzir riscos relacionados às suas missões, e aumentar a confiança e a cooperação entre eles. Ambos os documentos trazem uma preocupação com a proteção de locais de interesse científico e histórico situados no espaço exterior⁴².

³⁷ Tratado do Espaço Exterior, art. II.

³⁸ TRONCHETTI, Fabio. *The Non-Appropriation Principle as a Structural Norm of International Law: A New Way of Interpreting Article II of the Outer Space Treaty*. *Air & Space Law*, Vol. 33, n° 3, p. 277-305, jun. 2008. p. 280-284.

³⁹ Especialmente em relação ao art. 3, n° 2, *b*), que inclui “sítios ou monumentos de reconhecido valor histórico” como Áreas Antárticas Especialmente Protegidas. Protocolo ao Tratado da Antártida sobre Proteção ao Meio Ambiente e Anexos, art. 3, n° 2, *b*).

⁴⁰ BITTENCOURT NETO, Olavo de O.; HOFMANN, Mahulena; MASSON-ZWAAN, Tanja; STEFOUDI, Dimitra (eds.). *Building Blocks for the Development of an International Framework for the Governance of Space Resource Activities: A Commentary*. Haia, Eleven International Publishing, 2020.

⁴¹ BARBURAS, Andrei. *Best Practices for Sustainable Lunar Activities – Issue 1*. Moon Village Association.

⁴² Podemos encontrar diversas referências à preservação do patrimônio humano no espaço no *Building Blocks for the Development of an International Framework for the Governance of Space Resource Activities*, com destaque para as páginas 93 e 94. No *Best Practices For Sustainable Lunar Activities*, menção ao ponto 5, *iv*, que menciona “sites of significant scientific or historical interest.”

Uma questão problemática, porém, é que, se por um lado, os Acordos Artemis mencionam o patrimônio humano no espaço de forma bastante clara; por outro, em termos de Direito Espacial Internacional a positividade da proteção deste patrimônio é, substancialmente, o que temos de mais avançado neste tema atualmente. É necessário, portanto, que esta matéria receba cada vez mais atenção dos Estados, e que seja desenvolvido um novo regime jurídico de Direito Espacial Internacional, que densifique todos (senão quase todos) os temas ligados a este ramo, incluindo, por óbvio, a questão de se proteger o patrimônio cultural humano no espaço.

Esta tarefa, senão hercúlea por natureza, parece ficar cada vez mais difícil de ser concretizada, por razões que escapam ao próprio Direito. Ao mesmo tempo em que assistimos ao início de um renovado interesse pela exploração do espaço, certo é que vemos uma degradação das relações internacionais, o que vai na contramão da ideia de se criar um regime jurídico amplamente aceito pela comunidade internacional.

Vemos, então, o surgimento de cada vez mais regimes jurídicos de Direito Espacial internos, baseados, claro, nos princípios de Direito Espacial Internacional, sobretudo, do Tratado do Espaço Exterior, mas com visões voltadas aos interesses de cada país.

Do ponto de vista do nosso trabalho, este cenário prejudica a plena concretização da preservação do patrimônio humano no espaço. A baixa adesão dos países aos Acordos Artemis, e a fragmentação do Direito Espacial em uma série de acordos bilaterais, muitas vezes concorrentes (e.g. o Memorando de Entendimento assinado pela Rússia e a China em 2021, em relação à construção da Estação Internacional de Pesquisa Lunar⁴³) são fatores que, em nosso entendimento, atrasam o desenvolvimento do Direito Espacial. Uma vez que o próprio espaço é tratado como uma província da humanidade, então questões relacionadas a ele deveriam ser debatidas, primeiro, pela humanidade como um todo, independentemente do nível de desenvolvimento e da capacidade de cada nação de propriamente explorar o espaço.

Considerações Finais

Mais uma vez os olhos da humanidade estão voltados para as estrelas. O sucesso de missões passadas, e os novos desenvolvimentos tecnológicos e científicos associados à

⁴³ Este Memorando de Entendimento visa promover a cooperação entre as agências espaciais russa e chinesa, com o objetivo de, no futuro, trabalharem juntas na construção de uma estação de pesquisa científica na Lua. O Memorando reconhece que a construção da Estação Internacional de Pesquisa Lunar baseia-se na ideia de exploração pacífica da Lua, e deixa em aberto a possibilidade de outros Estados e organizações internacionais participarem do projeto. Cf. JOINT STATEMENT Between CNSA And ROSCOSMOS Regarding Cooperation for the Construction of the International Lunar Research Station.

exploração espacial parecem ter renovado a vontade humana de explorar ainda mais o cosmo. Esta nova Era Espacial inevitavelmente trará novas adversidades, que deverão ser superadas, inclusive, pelo Direito.

Depois que o primeiro satélite artificial foi posto em órbita da Terra pela União Soviética, em 1957, surgiu a preocupação de se criar um regime jurídico que regulamentasse a exploração espacial. O Tratado do Espaço Exterior é fruto deste cenário, e ainda carrega o peso de ser o mais importante instrumento internacional a dispor regras e princípios de como a humanidade deve conduzir suas atividades no espaço exterior, embora, como defendemos neste texto, a criação de novo regime jurídico de Direito Espacial Internacional talvez fosse o caminho ideal.

Em se tratando do patrimônio humano no espaço exterior, resta bastante claro que, mesmo que esta ideia seja bastante aceita em termos conceituais, e inclusive replicada em documentos recentes, como os Acordos Artemis, é necessário ainda o desenvolvimento de um regime de identificação e proteção dos locais de interesse patrimonial. Por hora, apenas comparações legislativas podem ser feitas e, mesmo se fossem aplicadas de forma semelhante ao patrimônio espacial, correriam o risco de descumprir um dos princípios basilares do Direito Espacial: a não apropriação do espaço exterior.

Um eventual instrumento que regulamentasse esta matéria deverá se atentar a estas questões, e parece-nos que atores independentes, como a *Moon Village Association*, podem ser muito importantes para o desenvolvimento jurídico desta matéria, não devendo ser ignorados. Da mesma forma, a comunidade internacional deverá empregar esforços para a produção de um novo regime de Direito Espacial, baseado nos princípios do Tratado do Espaço Exterior, e que consiga melhor cuidar de matérias que, nas décadas passadas, não geravam tanto interesse, como a proteção do patrimônio humano no espaço. Assim como a proteção de monumentos humanos na Terra é de extrema importância para a preservação da nossa história, igualmente importante deve ser a proteção de nossas memórias, embora ainda muito breves, deixadas na imensidão do espaço.

Referências Bibliográficas

ADELMAN, Sam. *Tropical forests and climate change: a critique of green governmentality*. International Journal of Law in Context, Vol. 11, nº 2, p. 195-212, jun. 2015.

BARBURAS, Andrei. *Best Practices for Sustainable Lunar Activities – Issue 1*. Moon Village Association. Disponível em: <<https://moonvillageassociation.org/download/best-practices-for-sustainable-lunar-activities-issue-1/>>. Acesso em: 14 nov. 2023.

BITTENCOURT NETO, Olavo de O.; HOFMANN, Mahulena; MASSON-ZWAAN, Tanja; STEFOUDI, Dimitra (eds.). *Building Blocks for the Development of an International*

- Framework for the Governance of Space Resource Activities: A Commentary*. Haia, Eleven International Publishing, 2020. Disponível em: <<https://boeken.rechtsgebieden.boomportaal.nl/publicaties/9789462361218#152>>. Acesso em: 14 nov. 2023.
- BUXTON, Carol R. *Property in Outer Space: The Common Heritage of Mankind principle vs. the “first in time, first in right” rule of Property Law*. *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 69, n° 4, p. 689- 707, 2004.
- COLEY, Kira. *A Global Ocean Map is Not an Ambition, But a Necessity to Support the Ocean Decade*. *Marine Technology Society Journal*, n° 3, p. 9-12, mai./jun. 2022.
- FERNHOLZ, Tim. *Rocket Billionaires: Elon Musk, Jeff Bezos, and the New Space Race*. Boston; Nova Iorque: Mariner Books, 2018.
- FRAKES, Jennifer. *The Common Heritage of mankind Principle and the Deep Seabed, Outer Space, and Antarctica: Will Developed and Developing Nations Reach a Compromise?*. *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 21, n° 2, p. 409-434, 2003.
- JAKHU, Ram S. *Evolution of the Outer Space Treaty*. In: LELE, AJEY (ed.). *50 Years of the Outer Space Treaty*. Nova Déli: Pentagon Press, 2017. p. 13-19.
- _____. *The Future of the Outer Space Treaty*. In: LELE, AJEY (ed.). *50 Years of the Outer Space Treaty*. Nova Déli: Pentagon Press, 2017. p. 185-194.
- LEA, Robert. *Artemis Accords: What are they & which countries are involved?*. *Space*, 14 nov. 2023. Disponível em: <<https://www.space.com/artemis-accords-explained#section-who-has-signed-the-artemis-accords>>. Acesso em: 14 nov. 2023.
- MESKELL, Lynn. *UNESCO’s World Heritage Convention at 40: Challenging the Economic and Political Order of International Heritage Conservation*. *Current Anthropology*, Vol. 54, n° 4, p. 483-494, ago. 2013
- NOYES, John E. *The Common Heritage of Mankind: Past, Present and Future*. *Denver Journal of International Law & Policy*, Vol. 40, n° 1, p. 447-471, jan. 2011.
- O’KEEFE, Roger. *World Cultural Heritage: Obligations To The International Community As A Whole?*. *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, n° 1, p. 189-209, jan. 2004.
- PALIOURAS, Zachos A. *The Non-Appropriation Principle: The Grundnorm of International Space Law*. *Leiden Journal of International Law*, Vol. 27, n° 1, p. 37-54, mar. 2014.
- PEKKANEN, Saadia M. *Governing the New Space Race*. *AJIL Unbound*, Vol. 113, p. 92-97, 2019.
- RANA, Harminderpal Singh. *The “Common Heritage of Mankind” & The Final Frontier: A Reevaluation of Values Constituting the International Legal Regime for Outer Space Activities*. *Rutgers Law Journal*, Vol. 26, n° 1, p. 225-250, 1994
- SHACKELFORD, Scott J. *The Tragedy of the Common Heritage of Mankind*. *Stanford Environmental Law Journal*, Vol. 28, n° 1, p. 109-169, 2009.
- SIDDIQI, Asif a. *Challenge to Apollo: The Soviet Union and the Space Race, 1945-1974*. [S.l.]: Military Bookshop, 2011.
- TRONCHETTI, Fabio. *The Non-Appropriation Principle as a Structural Norm of International Law: A New Way of Interpreting Article II of the Outer Space Treaty*. *Air & Space Law*, Vol. 33, n° 3, p. 277-305, jun. 2008.
- TENENBAUM, Ellen S. *A World Park in Antarctica: The Common Heritage of Mankind*. *Virginia Environmental Law Journal*, Vol. 10, n° 1, p. 109-136, 1990.

UNESCO Office Venice and Regional Bureau for Science and Culture in Europe (Italy); Intergovernmental Oceanographic Commission; SANTORO, Francesca, et.al. *Ocean literacy for all: a toolkit*. Paris: UNESCO; Veneza: UNESCO Office Venice, 2018.

WILLIAMSON, Mark. *Space ethics and protection of the space environment*. Space Policy, Vol. 19, nº 1, p. 47-52, 2003.

Documentos e Legislações

ESTADOS UNIDOS. National Aeronautics and Space Administration. *NASA's Recommendations to Space-Faring Entities: How to Protect and Preserve the Historic and Scientific Value of U.S. Government Lunar Artifacts*. 20 de Julho de 2011. Disponível em:

<https://www.nasa.gov/wp-content/uploads/2017/10/617743main_nasa-usg_lunar_historic_sites_reva-508.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. National Aeronautics and Space Administration. *The Artemis Accords - Principles for Cooperation in the Civil Exploration and Use of the Moon, Mars, Comets, and Asteroids for Peaceful Purposes*. 13 de Outubro de 2020. Disponível em: <<https://www.nasa.gov/wp-content/uploads/2022/11/Artemis-Accords-signed-13Oct2020.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. *Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies*. 05 de Setembro de 1979. Disponível em:

<<https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/moon-agreement.html>>. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. *Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar*. 10 de Dezembro de 1982. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:21998A0623\(01\)&from=EL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:21998A0623(01)&from=EL)>. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. *Convenção para a Protecção do Património Mundial, Cultural e Natural*. 16 de Novembro de 1972. Disponível em: <<https://whc.unesco.org/archive/convention-pt.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. *Convenção para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial*. 17 de Outubro de 2003. Disponível em: <https://unescoportugal.mne.gov.pt/images/Comunica%C3%A7%C3%A3o/convencao_para_a_salvaguarda_do_patrimonio_imaterial.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. *Convenção sobre a Protecção do Património Cultural Subaquático*. 02 de Novembro de 2001. Disponível em: <https://unescoportugal.mne.gov.pt/images/Comunica%C3%A7%C3%A3o/convencao_sobre_a_proteccao_do_patrimonio_cultural_subaquatico.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. *Convenção sobre a Protecção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais*. 20 de Outubro de 2005. Disponível em:

<https://unescoportugal.mne.gov.pt/images/Comunica%C3%A7%C3%A3o/convencao_sobre_a_proteccao_e_a_promocao_da_diversidade_das_expressoes_culturais.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. *Declaration of Principles Governing the Sea-Bed and the Ocean Floor, and the Subsoil Thereof, beyond the Limits of National Jurisdiction*. 17 de Dezembro de 1970. Disponível em: <<https://digitallibrary.un.org/record/201718>>. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. *Protocolo ao Tratado da Antártida sobre Proteção ao Meio Ambiente e Anexos*. 04 de Outubro de 1991. Disponível em: <<https://www.ats.aq/e/protocol.html>>. Acesso em: 14 nov. 2023.

_____. *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies*. 27 de Janeiro de 1967. Disponível em: <<https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/outerspacetreaty.html>>. Acesso em: 14 nov. 2023.

O Papel da Vítima no Processo Penal Internacional: Perspetiva *Vitimológica*, e os Tribunais *Sui Generis* (ou Mistos)

Luísa Brandão Bárrios *
Mónica Gonçalves Mendonça

Resumo: O papel da vítima nos tribunais *sui generis* e no Tribunal Penal Internacional (TPI) destacam a importância da participação das vítimas no processo penal. No TPI, os direitos das vítimas passam pelo: direito à participação; à proteção; e à reparação. Há uma necessidade crítica de padrões comuns bem desenvolvidos, tanto a nível legal como normativo. Apesar desses avanços, permanecem muitos desafios. As vítimas enfrentam barreiras no acesso à justiça, incluindo medo de retaliação e estigmatização. É essencial continuar a fortalecer o papel das vítimas nos processos penais internacionais, e garantir que suas vozes sejam ouvidas. Os tribunais *sui generis* ou mistos, foram criados para lidar com situações específicas - Tribunal Especial para Serra Leoa; Tribunal Especial para o Líbano; Painéis Especiais de Timor - Leste; Câmaras Extraordinárias do Camboja - desempenham um papel importante na incorporação da perspetiva *vitimológica*, pois reconhecem as vítimas como participantes processuais, não apenas como testemunhas, permitem que as vítimas apresentem a sua visão e preocupações, oferecendo uma plataforma para a verdade e a reconciliação. Procuram garantir que recebam reparação adequada. No entanto, apesar desses avanços, muitos desafios permanecem. As vítimas muitas vezes enfrentam barreiras ao acesso à justiça, incluindo medo de retaliação e estigmatização. Portanto, é essencial continuar a fortalecer o papel das vítimas nos processos penais internacionais e garantir que suas vozes sejam ouvidas.

Palavras-chave: TPI; Tribunais *Sui Generis*; Vítimas e *vitimologia*; Proteção e participação processual

Abstract: The role of the victim in *sui generis* courts and the International Criminal Court (ICC) highlights the importance of victim participation in criminal proceedings. At the ICC, victims' rights include: the right to participation; the right to protection; and the right to reparation. There is a critical need for well-developed common standards, both legally and normatively. Despite these advances, many challenges remain. Victims face barriers in accessing justice, including fear of retaliation and stigmatization. It is essential to continue to strengthen the role of victims in international criminal proceedings, and to ensure that their voices are heard. The *sui generis* or mixed tribunals set up to deal with specific situations - Special Court for Sierra Leone; Special Court for Lebanon; East Timor Special Panels; Extraordinary Chambers of Cambodia - play an important role in incorporating the *victimological* perspective, as they recognize victims as procedural participants, not just as witnesses, allow victims to present their views and concerns, offering a platform for truth and reconciliation. They seek to ensure that they receive adequate reparation. However, despite these advances, many challenges remain. Victims often face barriers to accessing justice, including fear of retaliation and stigmatization. It is therefore essential to continue to strengthen the role of victims in international criminal proceedings and ensure that their voices are heard.

Keywords: ICC; *Sui Generis* Courts; Victims and *Victimology*; Protection and procedural Participation

A vitimologia, desde as suas origens, foi concebida como a disciplina que trata do estudo científico das vítimas. Este foi o entendimento de Mendelsohn, um israelita e advogado em Jerusalém, que afirmou ser o pai da disciplina, apesar da relutância que isso despertou em certos setores acadêmicos. Na década de 1940, surgiram as suas primeiras contribuições sobre este tema, destacando-se a conferência de março de 1947, no Hospital Coltzea, em Bucareste, perante uma plateia de psiquiatras, psicanalistas. É a vocação de preencher o vazio relacionado à vítima de crime, ignorado pela Criminologia por muitos anos e o pouco interesse pelo seu problema, mas para ter um caráter científico, como em qualquer ciência, é necessário delimitar nela um objeto próprio, tanto em seu sentido material (setor da realidade cujo estudo constitui sua razão de ser) quanto formal (método). A preocupação com a definição de Vitimologia e seu objeto de estudo ficou clara durante os três anos do estudo. A conceção semântica aproxima-nos daquilo que deve ser o "sujeito" de estudo, que não é outro senão a pessoa (singular ou coletiva) ou o grupo de pessoas com características comuns que se tornam sujeitos passivos dos "crimes mais graves de importância para a comunidade internacional no seu conjunto"; há também um sujeito passivo de natureza coletiva que é vitimado pela prática destes crimes, em particular o crime de agressão. Neste contexto, tomando como referência tipologias explícitas, podemos realizar uma sistematização genérica das vítimas de crimes internacionais da seguinte forma: Vitimização supranacional (comunidade internacional): o crime que corresponde ao crime de guerra e ao crime de agressão - agressão (uma pessoa comete um "crime de agressão" quando, estando em condições de controlo ou dirigindo eficazmente a ação política ou militar de um Estado, essa pessoa planeia, prepara, inicia ou pratica um ato de agressão que, pela sua natureza, gravidade e escala, constitui uma violação manifesta da Carta das Nações Unidas (artigo 8.º - A do Estatuto do TPI). O crime de guerra: lançar ataques que causam danos generalizados, duradouros e graves ao ambiente natural (artigo 8.º, n.º 2, alínea b), IV, Estatuto do TPI); uso de veneno ou armas envenenadas (artigo 8.2, alínea b), XVII, Estatuto do IPC); utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou semelhantes. Tal como as vítimas de crimes cometidos ao abrigo do direito nacional, as vítimas de crimes internacionais, numa tentativa de recuperar o controlo sobre as suas vidas e dar sentido à sua experiência, precisam de compreender por que razão foram agredidas e quais foram as motivações dos seus agressores. Isso explica por que, após um trauma coletivo causado por um conflito armado que afeta uma comunidade ou um país inteiro, as vítimas devem não apenas superar seu sofrimento individual, mas também superar seu sofrimento individual. Para ganhar controle sobre suas vidas e dar sentido à sua experiência, elas precisam entender por que foram agredidas e quais foram as

motivações de seus abusadores. Isso explica por que, após um trauma coletivo causado por um conflito armado que afeta uma comunidade ou um país inteiro, as vítimas devem não apenas superar seu sofrimento individual, mas também participar de um processo de cura social que envolve todas as pessoas envolvidas no conflito. As regras do direito humanitário, redigidas em termos de proibições aplicáveis às partes em conflito, foram geralmente interpretadas como sendo aplicáveis aos Estados em relação a outros Estados. Os tribunais têm decidido que a maioria das regras do DIH são regras de direito público que são da exclusiva responsabilidade dos Estados, e não são aplicáveis em litígios entre indivíduos lesados e o Estado.

Tribunais Criminais Mistos, Híbridos ou Internacionalizados (Sui Generis)

Os Tribunais Criminais Internacionalizados - Tribunal Especial para a Serra Leoa, as Câmaras Extraordinárias nos Tribunais do Camboja, os Painéis Especiais para Crimes Graves em Timor-Leste e os Painéis Internacionalizados no Kosovo, também referidos como tribunais híbridos ou mistos, surgiram no final da década de 1990, razão pela qual são por vezes referidos como jurisdições penais internacionais de "terceira geração" se não forem os mesmos que os Tribunais Penais Internacionais.

Tribunal Especial para a Serra Leoa (DECV) e as Vítimas

O Estatuto do CESL estabelece que: "O acusado tem direito a uma audiência justa e pública, ressalvadas as medidas decretadas pelo Juizado Especial para proteger vítimas e testemunhas". Os PPR do Tribunal preveem que as testemunhas devem "receber apoio, aconselhamento psicológico e outras medidas de assistência relevantes, incluindo assistência médica e reabilitação física e psicológica, especialmente em casos de violação, violência sexual e crimes contra crianças". Artigo 16 (4) do Estatuto do CESL, inspirado no artigo 46.º, n.º 3, do Estatuto do CPI. A Unidade de Vítimas e Testemunhas do TPI, em consulta com o Gabinete do Procurador, está mandatada para cumprir: "medidas de proteção e medidas de segurança, aconselhamento psicológico e outra assistência adequada para testemunhas e vítimas que compareçam perante o Tribunal e outras que estejam em risco devido ao depoimento prestado por essas testemunhas". Quanto às testemunhas vulneráveis, também necessitarão de assistência para testemunhar em tribunal e de apoio geral, se necessário.

Câmaras Extraordinárias nos Tribunais do Camboja (CECC)

O projeto de regras do CECC prevê que as vítimas têm direito a: participação, proteção e reparação das vítimas perante as câmaras, como testemunhas, queixosos ou partes civis. No entanto, à data da redação deste relatório, a relação com as disposições do direito nacional não era clara. As vítimas estão protegidas por todas as fontes do direito processual penal cambojano – fontes principais, mas não exaustivas: Conselho Nacional Supremo, Disposições de 10 de setembro de 1992 relativas à adjudicação e ao direito processual penal aplicável no Camboja e direito penal e processual aplicável no Camboja durante o período de transição – permitindo que as vítimas apresentem queixas às autoridades policiais ou judiciais, mas não pode obrigar a uma investigação. A queixa para investigar ou processar é mantida à discricção dos juízes de instrução ou dos procuradores que investigam o caso. As vítimas podem participar no processo na qualidade de parte civil, tendo acesso ao processo que contém as provas do processo, uma vez iniciado o processo pelo tribunal pelo Ministério Público, podendo continuar a exercer este direito até à apresentação da sentença transitada em julgado (art.131.º). Os direitos das vítimas a participar no processo são complementados e qualificados no projeto de Código de Processo do Camboja atualmente em apreciação no Conselho de Ministros – Lei aplicável ao CCEC, caso entre em vigor a tempo.

Painéis Especiais para Crimes Graves em Timor-Leste

Os Painéis Especiais são regulados pelo Estatuto e pelas suas Regras, ambos inspirados no Estatuto do TPI e contendo disposições relativas à participação e à proteção das vítimas. As regras processuais transitórias preveem que devem ser tomadas medidas para proteger a segurança, a dignidade e o respeito pela privacidade das vítimas e testemunhas; considerando fatores como idade, sexo, saúde e natureza do crime. As vítimas podem: apresentar pedidos de revisão das decisões do Ministério Público se decidirem rejeitar um caso, bem como solicitar a sua participação, que o Ministério Público conduza investigações específicas e que sejam ouvidas durante o processo. Na prática, muitas destas medidas não são aplicadas de forma adequada. Por exemplo, até à data, não foi posto em prática qualquer programa de proteção ou aconselhamento psicológico para as vítimas ou testemunhas.

Painéis Internacionalizados no Kosovo

O Código de Processo Penal provisório do Kosovo estabelece os direitos das vítimas em todas as fases do processo penal, incluindo o direito de chamar a atenção para factos específicos ou apresentar provas que possam ter um efeito na determinação da infração

penal, ou no que diz respeito à identificação do autor da infração. As vítimas têm igualmente o direito de apresentar pedidos de indemnização no âmbito de um processo penal e, por conseguinte, podem apresentar elementos de prova em apoio do seu pedido. Durante o processo, as vítimas podem: apresentar provas; fazer perguntas à defesa, às testemunhas e aos peritos; enviar informações e esclarecimentos no que diz respeito aos seus testemunhos e consultar a ata do processo e as provas. Além disso, as autoridades competentes que conduzem o processo penal devem, em todas as fases do processo, ter em conta as necessidades razoáveis das partes em causa, especialmente as crianças, os idosos, as pessoas com perturbações mentais ou com deficiência, os doentes físicos e as vítimas de violência sexual ou baseada no género. Apesar da criação do Tribunal Penal Internacional, as particularidades de cada conflito e a situação política de cada Estado levaram à criação de sistemas especiais de justiça penal. No Burundi, recomendou a criação de um tribunal especial no âmbito da estrutura judicial do Burundi. Do mesmo modo, antes de o Conselho de Segurança das Nações Unidas ter remetido a questão da situação no Darfur para o TPI, tinha sido seriamente ponderada a possibilidade de encontrar uma nova solução para a situação no Darfur. Podemos definir Tribunais Híbridos, Especiais, Internacionalizados ou Mistos – surgidos no final da década de 1990 – como tribunais normalmente estabelecidos no território dos Estados onde ocorreram os crimes que julgam, que combinam na sua estrutura, organização e funcionamento elementos do sistema judicial vernáculo com outros típicos dos tribunais internacionais. A origem desta experiência institucional remonta aos primeiros anos da década passada. Estes tribunais são designados jurisdições penais internacionais de "terceira geração" (sendo os Tribunais de Nuremberga e Tóquio da primeira geração e os tribunais ad hoc da segunda geração). Estes tribunais envolveram a participação direta da sociedade, vítimas de um conflito armado, através da integração de juízes, procuradores, advogados e, sobretudo, vítimas, num processo de julgamento e recuperação da verdade reforçada, ou legitimada, pela componente internacional. Desde o início, houve um forte e quase unânime entusiasmo por este novo sistema de justiça de transição e pelo nível de despesa mais baixo em comparação com os seus antecessores, que estes países tiveram no passado. Os tribunais internacionalizados foram concebidos para tirar partido das insuficiências do TPIJ e do TPII - a principal preocupação da comunidade internacional eram os custos exorbitantes do seu funcionamento. Tribunais. Desde as primeiras negociações para a criação do Tribunal Especial para a Serra Leoa (TESL), foi salientada a importância da questão orçamental como um constrangimento à atividade do tribunal. E no caso dos Painéis Ad Hoc, nenhum dos juízes timorenses tinha experiência

judicial prévia e, devido a estas circunstâncias e aos baixos salários que os tribunais internacionais receberiam face aos tribunais internacionais, os juristas ou juizes internacionais mostraram-se relutantes em integrar o tribunal internacionalizado. Tudo isto teve naturalmente impacto na celeridade e na qualidade dos processos penais. Além disso, apesar de sua relevância transcendental para a resolução de julgamentos, o DIH era completamente desconhecido pelos juizes e advogados locais. Como resultado, muitos casos que mereciam ser resolvidos de acordo com as regras do DIH acabaram sendo resolvidos sob as disposições locais de direito penal. Em suma, a falta de orçamento minou a possibilidade de uma integração judicial formada em Direito Penal Internacional e DIH e, posteriormente, a falta de rigor técnico significou a violação dos direitos das vítimas e dos agressores. A falta de recursos financeiros, técnicos e humanos, associada à vida política instável dos Estados sobre os quais os tribunais foram criados, tem conspirado contra sistemas de justiça de transição híbridos. Em suma, embora essas novas jurisdições não estejam isentas de suas falhas de eficácia e legitimidade, elas têm sido um grande avanço no que diz respeito às críticas elaboradas em relação à justiça transnacional em face dos crimes internacionais em larga escala.

Programa de Juizes Internacionais no Kosovo

Foram criados dois programas destinados a integrar juizes e procuradores internacionais no sistema de justiça penal kosovar, a fim de combater a impunidade e restabelecer o Estado de direito após a guerra. Estes programas são compostos por juizes e procuradores internacionais, com os mesmos poderes que os juizes locais em matéria penal, a fim de assegurar que os processos penais são conduzidos de forma independente, imparcial e em conformidade com o direito internacional. Temendo que o conflito se espalhasse para outros países vizinhos, os países ocidentais decidiram então intervir. Confrontada com o fracasso das negociações de Rambouillet, em fevereiro e março de 1999, e com o desenvolvimento de uma grande catástrofe humanitária, a NATO recorreu a ataques aéreos contra a Sérvia. Originalmente planejado para durar três ou quatro dias - tempo estimado. O bombardeamento durou 78 dias, de 24 de março a 10 de junho de 1999, quando as forças sérvias se retiraram do Kosovo. Desde então, o Kosovo tem estado sob a administração da Missão de Administração Interna das Nações Unidas no Kosovo (MINUK), bem como das forças multinacionais de manutenção da paz da NATO comandadas pelas Nações Unidas no Kosovo (KFOR) com base na Resolução 1244. As instituições provisórias de autoadministração do Kosovo declararam unilateralmente a independência do Kosovo em

relação à Sérvia em 17 de fevereiro de 2008. A conformidade desta declaração com o direito internacional baseou-se na Resolução 63/3. Neste caso, a operação será diferente. Embora o novo tribunal seja composto por juízes internacionais, seguirá as leis kosovares. Daí o seu nome técnico, Tribunal Especial Kosovar Relocalizado. Os parlamentos do Kosovo e dos Países Baixos têm agora de aprovar o acordo. O Kosovo declarou unilateralmente a independência em 2008 e era até então uma província da Sérvia. A justiça sérvia exige-o por suspeita de crimes de guerra contra civis sérvios durante o conflito do Kosovo (1998-1999), que opôs a então guerrilha separatista do Exército de Libertação do Kosovo (ELK) às forças sérvias. O Kosovo carece de uma lei de proteção de testemunhas e os juízes e procuradores muitas vezes não utilizam a proteção das testemunhas e os juízes e procuradores muitas vezes não utilizam os recursos disponíveis. A proteção das testemunhas é particularmente problemática, em especial nos casos que envolvem o crime organizado, os crimes de guerra e os ataques contra as minorias. A intimidação e o assédio generalizados de testemunhas significam que muitas testemunhas não estão dispostas a depor. Nos casos mais sensíveis, a transferência de testemunhas para fora do Kosovo é a única forma eficaz de as proteger. Apesar disso, alguns países europeus e os Estados Unidos mostram-se relutantes em receber, ou de outra forma apoiar, testemunhas que precisam de deixar o Kosovo.

Câmara de Crimes de Guerra na Bósnia e Herzegovina

Começou a funcionar em março de 2005 e tinha três objetivos: descongestionar o TPIJ e, assim, permitir-lhe concentrar-se em processos penais de grande visibilidade até 2010; participar na reconstrução do sistema judicial na Bósnia; promover o processo de reconciliação na Bósnia, levando os criminosos de guerra a tribunal. Durante o período inicial de operações, a Câmara de Crimes de Guerra incorporou uma presença internacional. Cada secção incluía dois juízes internacionais e um juiz nacional. O total do pessoal do Tribunal era também de origem mista. No entanto, a componente internacional deveria ser progressivamente eliminada entre o momento da sua criação e 2010. Esta Câmara Especializada representa o modelo mais atual de mecanismos de justiça internacionalizados, uma vez que, ao contrário dos modelos anteriores, a Câmara de Crimes de Guerra está totalmente integrada no sistema jurídico bósnio e não opera sob o eixo da ONU, em comparação com o Tribunal Especial para Serra Leoa ou as Câmaras Extraordinárias para o Camboja. O mandato da Câmara dos Crimes de Guerra estende-se não só aos casos que lhe são submetidos pelo TPIJ, mas também aos casos mais importantes no domínio dos crimes de guerra. Embora a Bósnia e Herzegovina tenha tomado medidas positivas para aumentar

os meios para processar os crimes de guerra, o financiamento continua a ser insuficiente e o Governo tem sido muito lento na implementação da estratégia nacional para a instauração de processos penais por crimes de guerra. A Rússia vetou uma resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas sobre o genocídio de Srebrenica, que reconhecia este crime, bem como a necessidade urgente de justiça para as vítimas e prestar apoio a longo prazo aos sobreviventes, e esclarecer o destino e o paradeiro das mais de 8.000 pessoas ainda desaparecidas desde a guerra. Na nossa opinião, a Bósnia e Herzegovina deve adotar a Estratégia de Justiça Transicional, um quadro não judicial abrangente que aborde questões que não são abordadas, ou que não são suficientemente abordadas, em relação a certos crimes cometidos na guerra. Deve também adotar legislação nacional que criminalize a negação do genocídio e dos crimes de guerra, implementar a Estratégia de Ação Penal por Crimes de Guerra e cumprir as suas obrigações nacionais e internacionais para garantir a responsabilização, a justiça e a reparação.

Câmaras Especiais para os Crimes Graves em Timor-Leste

Além das graves violações dos direitos humanos e das normas do DIH, a ocupação do território timorense pela Indonésia violou as normas *jus cogens* do direito internacional. Originalmente Timor-Leste era uma colónia portuguesa, mas em 1975 a ilha decidiu tornar-se independente, passando o poder para as mãos da Frente Revolucionária de Timor-Leste Independente (FRETILIN), o que aconteceu em novembro de 1975. Foi especialmente a partir de 1991, após um massacre num cemitério em Díli – capital do país – que começaram os constantes relatos de execuções extrajudiciais, tortura, desaparecimentos e atos de violência sexual atribuídos a membros das forças armadas indonésias e milícias e grupos paramilitares pró-indonésios. Em meados de 1997, uma crise económica e política na Indonésia, somada à grande pressão internacional que recaía sobre os atos cometidos em Timor-Leste e os ilegítimos após a anexação ao seu território, começaram a tomar forma negociações com a antiga colónia, Portugal. Por volta de 1999, com o apoio da Missão das Nações Unidas em Timor-Leste (UNAMET) e com um acordo prévio entre a Indonésia e Portugal, realizou-se um referendo para que os próprios timorenses decidissem sobre a sua autodeterminação. Em 2000, a Administração Transitória das Nações Unidas em Timor-Leste, de 1999 a maio de 2002, criou um tribunal internacionalizado para julgar os responsáveis por crimes cometidos em Timor-Leste antes e depois do referendo de setembro de 1999 (Regra n.º 2000/11 da UNTAET sobre a Organização dos Tribunais de Timor-Leste em 6 de março de 2000 e Regra n.º 2000/15 da UNTAET sobre a Criação de Painéis com

Jurisdição no que diz respeito a infrações penais graves. As Secções Especiais fazem parte do Tribunal Distrital de Díli e, por conseguinte, fazem parte da estrutura jurisdicional nacional. O Estatuto e o Regulamento das Câmaras Especiais foram influenciados pelo ECPI, pelo que contêm disposições relativas à participação e proteção das vítimas. Em 20 de junho de 2006, o Conselho de Segurança adotou a Resolução 1690, que apoiou as forças lideradas pela Austrália e prorrogou o Gabinete das Nações Unidas até 20 de agosto de 2006 - Gabinete das Nações Unidas em Timor-Leste (UNOTIL). Em 25 de agosto de 2006, o Conselho de Segurança adotou a Resolução 1704, que estabeleceu a Missão Integrada das Nações Unidas em Timor-Leste (UNIM) para ajudar o governo a "consolidar a estabilidade, promover uma cultura de governação democrática e facilitar o diálogo político entre as partes interessadas timorenses nos seus esforços para lançar um processo de reconciliação nacional e promover a coesão social". Desta foram criados Painéis Especiais com jurisdição exclusiva sobre os seguintes crimes: genocídio, homicídio. Esta jurisdição tem sua origem no direito de influência continental, este procedimento não integrou a figura de constituição de uma parte civil no desenvolvimento do processo penal como percebido em outros tribunais criminais internacionalizados. No que diz respeito ao estatuto ou reconhecimento do estatuto de vítima, os PPR consideram que este estatuto, concedido tanto a pessoas singulares como coletivas, não depende da identificação, apreensão, acusação ou condenação do autor do crime e, da mesma forma, é independente de qualquer relação familiar com o autor do crime (Regulamento Timor-Leste 2001/25, art. 12.2), o que constitui um importante avanço, tendo em conta que o TPI reconhece este estatuto às vítimas, em função da relação que têm á luz das acusações apresentadas pelo Gabinete do Procurador e dos danos sofridos pelas vítimas, o regulamento interno dos Painéis Internacionais sobre Timor-Leste inspira-se fortemente no estatuto do TPI. Tendo em conta que a participação que as vítimas possam ter no desenvolvimento do processo é importante, a sua reparação só pode ser resolvida através de uma ação cível perante o tribunal competente e, portanto, não pode ser decidida pelo juiz criminal. Não há desenvolvimento jurisprudencial de cada um dos elementos da definição de vítima, como se desenvolve na jurisprudência de outros tribunais já analisados.

Tribunal Especial para a Serra Leoa (TSSL ou CESL)

Serra Leoa foi uma colônia britânica por muitos anos. Desde meados do século XVIII, quando começaram as primeiras expedições dos grandes impérios ao continente africano, Serra Leoa, localizada na costa noroeste, era um ponto estratégico para o tráfico de escravos que foram comercializados tanto na Europa como na América, um grande paradoxo, uma

vez que a sua capital tem o nome de "Freetown". Em 1991, começou a guerra civil que remonta ao desenvolvimento da guerra na Libéria. Charles Taylor, senhor da guerra e comandante da Frente Patriótica Nacional da Libéria, fomentou a guerra na vizinha Serra Leoa, que foi usada como base logística. Durante os anos de conflito que era comercializado tanto na Europa quanto na América, um grande paradoxo, já que sua capital leva o nome de "Freetown" (terra do continente africano). Durante os anos de conflito interno na Serra Leoa, a comunidade internacional manteve um nível de intervenção quase nulo, mas em 1999 foi articulada através do Secretário-Geral das Nações Unidas para um Acordo de Paz chamado "Tratado de Lomé". A Quarta Convenção de Lomé, que entrou em vigor em 1 de setembro de 1991, foi assinada em 15 de dezembro de 1989 por um período de 10 anos (expirou em 28 de fevereiro de 2000). No entanto, esta Convenção prevê a possibilidade de revisão após cinco anos. Ao mesmo tempo, as Nações Unidas enviam uma missão de paz para manter a harmonia naquele país com um grande destacamento de um exército de capacetes azuis. Dentro do crime de Crime de Guerra tipificado nos estatutos, o tribunal julga especificamente os crimes incluídos no Artigo 3 comum às quatro Convenções de Genebra de 1949 do DIH, ou seja, aqueles ataques de caráter não internacional. É importante notar que apenas pessoas com mais de quinze anos podem ser julgadas. Por outro lado, os crimes cometidos por crianças com menos de quinze anos que foram recrutadas para cometer crimes, ou seja, as referidas "crianças-soldados". Uma Comissão da Verdade extrajudicial foi criada para eles, a fim de alcançar publicidade, satisfação e pacificação social através dos seus depoimentos e testemunhos. Estas experiências de justiça transicional também ocorreram no Camboja e no caso da África do Sul. Foi criada em 16 de fevereiro de 2002 em Freetown, capital da Serra Leoa, e alterada em 13 de maio de 2006 por um acordo entre a ONU e a Serra Leoa sobre a criação de um Tribunal Especial. O Estatuto do DECV foi anexado ao Acordo Especial do Tribunal e os PPR foram adaptados dos que regem o TPIJ e o TPIJ. Os PPR do tribunal preveem que as testemunhas devem "receber apoio, aconselhamento psicológico e outras medidas de assistência relevantes, incluindo assistência médica e reabilitação física e psicológica, especialmente em casos de violação e crimes contra crianças". Em 29 de março de 2006, Charles Taylor, ex-presidente da Libéria, foi preso e transferido para a CESL. O mandado de detenção foi emitido em março de 2003. O presidente do CESL solicitou que Charles Taylor fosse transferido para as instalações do TPI para que pudesse ser julgado perante a Câmara de Julgamento do CESL, com sede na cidade de Haia, sobre a segurança na região.

Secções Extraordinárias do Tribunal do Camboja

São tribunais nacionais que operam com participação internacional e foram criados a partir das câmaras extraordinárias de 2001. Ao contrário do CESL, o CECC faz parte da estrutura judicial nacional e opera sob a administração do Camboja e não da ONU. Ta Mok ocupou vários cargos no regime de Pol Pot e foi indiciado por genocídio e crimes contra a humanidade, aguardando julgamento no Camboja. Em 1993 foi instalada no Camboja, uma Autoridade de Supervisão das Nações Unidas. No final do mesmo ano, a ONU retirou-se do Camboja e os EUA retiraram o seu financiamento. Em 1997, Pol Pot foi julgado num tribunal popular, Pol Pot morreu em 15 de abril de 1998 e até à data as causas da morte não foram esclarecidas. Um problema particular surge em relação à categorização legal dos eventos que ocorreram no Kampuchea Democrático como "Genocídio", no entanto, os crimes atribuídos foram perseguição contra grupos sociais ou políticos. A possibilidade de julgar os tiranos do Kampuchea Democrático parecia próxima e, em junho de 1997, o governo cambojano solicitou a ajuda da ONU para processar. ex-líderes do Khmer Vermelho por crimes cometidos entre 1975 e 1979. Inicialmente, a ONU queria estabelecer um terceiro tribunal penal internacional ad hoc, como os que tinham sido criados para a ex-Jugoslávia ou Ruanda, no entanto, o governo cambojano rejeitou tal mecanismo, levando as partes a redigir um memorando de entendimento sobre "cooperação internacional significativa" em julgamentos perante as Câmaras Extraordinárias no Tribunal do Camboja. Vinte anos depois, a ONU adotou uma resolução a favor da perseguição dos principais líderes e propôs seu apoio ao governo cambojano – A/RES/52/135. Um relatório de peritos que recomendava a criação de um tribunal internacional e a criação de uma comissão da verdade foi rejeitado pelo Governo cambojano, que argumentou que se tratava de uma interferência inaceitável na sua soberania. Em março de 2003, após quatro anos de difíceis negociações, a ONU e o Camboja chegaram a acordo sobre a criação de Câmaras Extraordinárias dentro da estrutura existente do tribunal. O início das investigações criminais em 3 de julho de 2006 representa a evolução mais recente dos trabalhos destinados a criar esse mecanismo de justiça penal internacional. Em nossa opinião, ainda existem alguns debates doutrinários sobre se os acontecimentos ocorridos no Camboja podem ser classificados como parte de um genocídio, uma vez que este crime responde a um ataque perpetrado com a intenção de destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Este tribunal não considera a pena de morte como uma sentença, e a pena máxima é a prisão perpétua.

Tribunais Africanos Extraordinários no Senegal (*Chambres Africaines extraordinaires*)

Em 2012, o Senegal adotou uma lei que permite a criação de um órgão jurídico especial, o estatuto foi adotado em 30 de janeiro de 2013 e os Tribunais Extraordinários Africanos foram inaugurados em 8 de fevereiro de 2013, a serem criados pelo Senegal e pela União Africana, e dentro dos tribunais senegaleses, os Tribunais Extraordinários Africanos para julgar crimes cometidos no Chade por Habré. Durante o julgamento, as vítimas foram as protagonistas, um fator que distinguiu o caso de Habré dos julgamentos do TPI, que são pilotados pelo promotor ou pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. O governo de Habré foi rotulado de "Pinochet da África". Habré foi acusado de ser responsável por três perseguições étnicas realizadas em 1984, 1987 e 1989 contra grupos étnicos rivais. Em setembro de 2005, um tribunal belga indiciou Habré por alguns crimes, no entanto, o governo senegalês se recusou a entregar Habré. O Acórdão foi proferido pelo Presidente do Tribunal, Gustave Kam, e a sentença de prisão perpétua foi pedida pelo Procurador-Geral dos Tribunais Africanos Extraordinários, Mbacké Fall, em fevereiro de 2016. No entanto, as pessoas têm de ser compensadas. E como diz Soyleymane Guengeng, vítima do regime e criador da associação de vítimas, "a reparação é simbólica, não pode responder a todos os danos que causou a milhares de pessoas". As câmaras especiais do tribunal penal especial criado pela União Africana no sistema judicial do Senegal concederam a cada uma das vítimas de violação e violência sexual de Habré uma reparação de cerca de 34.000 dólares.

Conclusões

Os procedimentos de justiça de transição em casos de violações maciças de direitos abrem uma primeira porta para reparação moral. No entanto, a reparação não será suficiente sem a descoberta da verdade histórica, tanto nos seus aspetos sociais e coletivos, como nos casos específicos em que as vítimas e as suas famílias sofreram os danos decorrentes da sua própria dignidade humana e dos seus direitos fundamentais. Nos novos sistemas processuais criminais, as vítimas de condutas puníveis podem exercer o seu direito de defesa a partir do momento da comunicação da notícia criminal pelas autoridades competentes, de tal forma que a vítima passa a ser uma parte importante da investigação, uma vez que a vítima no processo não só procura a reparação do dano, mas também a reparação do dano, pelo contrário, procura ser dotada de instrumentos jurídicos que permitam a participação formal e material no decurso do processo para alcançar a possibilidade de aceder à justiça para

conhecer a verdade sobre o sucedido e obter tutela jurisdicional efetiva. No entanto, o reconhecimento e a proteção especiais das vítimas em situação de vulnerabilidade justificam-se na medida em que se trata de uma população vulnerável, frágil e que merece uma atenção especial. As jurisdições especiais têm vantagens importantes para a repressão eficaz dos crimes mais graves cometidos em circunstâncias excepcionais. Assim, a negociação entre as Nações Unidas e o Estado interessado em receber assistência permite à Organização controlar o processo internacionalmente a partir da definição de jurisdição material, garantindo que essas jurisdições não sirvam para conhecer apenas uma parte das atrocidades cometidas, inserir padrões mínimos de direitos humanos e garantias processuais que devem ser respeitadas. Vemos também como o envolvimento das Nações Unidas garante a aplicação uniforme do direito consuetudinário. É importante trabalhar no aperfeiçoamento das normas processuais internacionais, em nome da segurança jurídica, e que o fluxo de normas materiais seja coibido e que qualquer aceitação de intervenções nos Estados, incluindo o uso da força, seja justificável ou, pelo menos, sujeita a um mecanismo e procedimento neutros de controle. Cabe a todos os Estados não cessarem na prossecução desta nobre tarefa que estão a promover. Consideramos que, o mais rapidamente possível, a ONU deve incluir como objeto da sua responsabilidade áreas de proteção que atualmente se encontram fora da sua órbita: entre outras, as alterações climáticas (para as quais também existem culpados específicos), as barbaridades cometidas por grupos armados não estatais (ISIS e outros) ou a destruição, pelos mesmos bárbaros ou semelhantes, de sítios artísticos, património mundial (Budas de Bamiyan no Afeganistão; Bosra, antiga capital da província romana da Arábia, sul da Síria; e Palmira, entre outros). Já para não falar da escravatura a que submeteu o seu próprio povo norte-coreano, Kim Jong-un, que, além disso, ameaça a paz e a segurança internacionais com as suas armas nucleares. O trabalho das Nações Unidas para a elaboração de um Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade sobre a responsabilidade dos Estados por atos criminosos internacionais diz respeito a aspetos da vitimização coletiva, bem como à formulação de códigos de conduta internacionais relacionados com questões como as atividades das empresas transnacionais, e transferência de tecnologia, cujo objetivo é promover as normas e diretrizes que podem ser que poderia ser usado para prevenção e contemplação de possíveis formas de reparação. A universalidade dos direitos humanos exige a conceção de instrumentos de proteção de âmbito global – a globalização, juntamente com a individualização e a segurança, constitui um dos efeitos da modernização reflexiva – de modo a obter garantias suficientes de eficácia. Por todas estas razões, é necessária uma globalização jurídica para chegar ao sistema institucional da Justiça.

Bibliografía

- AMBOS, K., “El crimen de agresión después de Kampala”, *Cuadernos "Bartolomé de las Casas"*, Dykinson, S.L., Madrid, 2002
- ARBOUCHE, A., “Les Juridictions Hybrides Du Timor-Leste: Un Bilan En Demi-Teinte.”, *Droits fondamentaux*, p.5
- BONNIEU, M., “*Guide to cambodian Criminal Law*”, FUNAN, 2005, p.23; Coghill, S., *Resource Guide to the Criminal Law of Cambodia, International Human Rights Law Group and Camdodian Defenders Project*, 2000, capítulo 2, parr.2.06; capítulo 3.
- COHEN, D., “Seeking Justice on the Cheap: Is the East Timor Tribunal Really a Model for the Future?”, *Asia Pacific Issues* N° 61, East West Center, 2003, p. 2
- FATTAH, E.A., “La victimologie: Qu’est-elle, et quel est son avenir?”, *En Revue internationale de Criminologie et de Police technique*, 1967, p.11
- JIMENEZ DE ASÚA, L., “La llamada Victimología”, En *Estudios de Derecho penal y Criminología, I*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961, fundamentalmente p.22 y ss.
- KATALIN MOLNAR, A., “Timor Leste: Politics, History, and Culture”, Routledge, 2009, p.64 y ss.
- LANDROVE DÍAZ, G., “Las víctimas ante el derecho español”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXI (1998). *Cursos y Congresos n° 113, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela*, 2012, p.168 – 207
- MANNING, P., “Transitional Justice and Memory in Cambodia: Beyond the Extraordinary Chambers”, *Memory Studies: Global Constellations*, Taylor & Francis, 2017
- MENDELSON, B., “Une nouvelle branche de la science bio-psycho-sociale: la victimologie”, En *Revue internationale de Criminologie et de Police technique* 1956, p.95 y ss.
- O’ROURKE, A., “The writ of Habeas Corpus and the Special Court for Sierra Leone: Addressing an unforeseen problem in the establishment of a hybrid court”, *Columbia Journal of Transnational Law* n° 44, 2003, p.649.
- PEREÑO, J., “Las Víctimas de Crímenes Internacionales, en Particular los Grupos Especialmente Vulnerables ante la Justicia Penal Internacional”, (dir. CÉSARIO ESPADA Y MARÍA JOSÉ HORTAL) *Tesis Doctoral - Departamento de Derecho Financiero, Internacional y Procesal*, Murcia, 2014, p. 51 y ss.
- RAUCHENBACH, M. y SCALIA, D.: “Víctimas y justicia penal internacional: ¿una cuestión controvertida?”, En *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 870, junio de 2008, p. 423.
- RIVERA LLANO, A., “Victimología, Derecho penal y Cibernética”, En *Estudios de Derecho penal en memoria del Profesor Don Luís Zafra*, Cali, 1981, p.135
- ROMANO, C.P.R., NOLIKAEMPRE, A., KLEFFNER, J.K., “International Criminal Courts: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia”, Oxford university press, 2004
- SUDRE, F.” *Droit international et européen des droits de l’homme*”, 8eme éd., P.U.F., Paris, 2006, p. 445 y ss.
- VON HENTIG, H., “The criminal and his victim”, Yale University Press, New Haven, 1948

Impactos Jurídicos da Inteligência Artificial na Herança Digital: Análise sob o Aspecto dos Direitos Sucessórios, Direitos Humanos, Direitos da Personalidade do Falecido e Fontes Normativas Incidentes no Direito Brasileiro e no Direito Português

Legal Impacts of Artificial Intelligence on Digital Inheritance: Analysis from the Point of View of Inheritance Rights, Human Rights, Personality Rights of the Deceased and Normative Sources in Brazilian and Portuguese Law

Maíra Feltrin Alves¹

Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti²

Sumário: 1. Introdução; 2. Herança digital; 3. Direitos da personalidade na esfera de direitos sucessórios; 4. Inteligência artificial generativa de direitos físicos, psíquicos e morais da personalidade e a (im)possibilidade de simulação de conduta humana; 5. Considerações Finais.

Resumo: O presente estudo tem por objetivo geral verificar o impacto das tecnologias digitais, notadamente a inteligência artificial, nos direitos da personalidade e nos direitos sucessórios da pessoa falecida. Para tanto, o estudo abrangerá o aspecto jurídico da possibilidade ou impossibilidade do uso da inteligência artificial generativa, promovida por sucessores, de imagem, voz e características da pessoa humana, mesmo após a sua morte, levando-se como fundamento a legislação brasileira e portuguesa. Para tanto, inicia traçando algumas premissas conceituais e técnicas, para auxiliar na conjunta reflexão acerca dos direitos incidentes na hipótese de trabalho. A metodologia utilizada é a dedutiva, descritiva e comparativa, com pesquisa normativa brasileira e portuguesa - leis, projetos de lei, doutrina, jurisprudência e outros documentos jurídicos pertinentes -, bibliográfica e qualitativa, partindo-se dos novos fatos sociais e tecnológicos que impactam os direitos imateriais como direito da personalidade e direitos humanos. Para o presente estudo mostra-se a confirmação da importância da proteção da chamada herança digital como forma de preservação de direitos personalíssimos humanos, buscando entender qual o conteúdo que pode ser administrado, utilizado, gerido e produzido e autorizado pelo próprio titular de direitos e pelos seus sucessores e ponderando se o que se caracterizaria herança digital, partindo-se dos direitos humanos e direitos da personalidade.

Palavras-chave: Inteligência artificial generativa; Sucessão digital; Direitos Humanos e da Personalidade.

Abstract: The general objective of this paper is to verify the impact of digital technologies, notably Artificial Intelligence, on the personality rights and inheritance rights of the deceased person. To this end, the study will cover the legal aspect of the possibility or impossibility of using generative Artificial Intelligence, promoted by successors, of image, voice and characteristics of the human person, even after their death, taking Brazilian and Portuguese

¹ Advogada. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de graduação e pós-graduação. Vinculação acadêmica com as Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Professora de pós-graduação modalidade EaD na Pontifícia Universidade de Campinas e na Faculdade Legale. Vinculação acadêmica com as Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, em São Paulo. E-mail: maira.alves@feltrinalves.com.br

² Doutora e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora da Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU em São Paulo. Pesquisadora e Advogada. E-mail: aelwc@terra.com.br

legislation as a basis. To this end, it begins by outlining some conceptual and technical premises, to assist in joint reflection on the rights incident to the working hypothesis. The methodology used is deductive, descriptive and comparative, with Brazilian and Portuguese normative research - laws, bills, doctrine, jurisprudence and other pertinent legal documents -, bibliographic and qualitative, starting from new social and technological facts that impact the immaterial rights such as personality rights and human rights. This study confirms the importance of protecting the so-called digital heritage as a way of preserving personal human rights, seeking to understand what content can be administered, used, managed and produced and authorized by the rights holder himself and by their successors and considering what would be characterized as digital inheritance, starting from human rights and personality rights.

Keywords: Generative artificial intelligence; Digital succession; Human and Personality Rights.

1. Introdução

A principal vertente da presente pesquisa é investigar se o uso da inteligência artificial generativa viola direitos subjetivos e humanos da pessoa falecida, em especial com a criação de novos conteúdos e memórias, tendo como base dados pessoais sensíveis pré-existentes do *de cuius*. Uma das hipóteses utilizadas para explicar o problema apresentado, leva em consideração a autonomia da vontade do falecido, identificando que a questão poderia ser resolvida com a disposição de vontade por ato intervivos, em negócios jurídicos como o testamento ou o codicilo.

Por outro lado, como outra hipótese, caso o falecido não tenha disposto em vida sobre o assunto, pondera-se se a tomada de decisão caberia exclusivamente aos sucessores do falecido que herdaram seus bens digitais, não havendo mais o que se falar de direitos personalíssimos do *de cuius* que, por sua vez, não tem mais personalidade jurídica.

Tais são questões que atualmente suscitam ponderações jurídicas, sendo que, para o desenvolvimento do trabalho de pesquisa proposto, considera-se que a inteligência artificial é instrumento relevante no debate da efetivação dos direitos subjetivos, em especial na preservação dos direitos humanos, notadamente em seu caráter personalíssimo. O debate faz-se atual e necessário diante do cenário da sociedade da informação, em especial para em um momento em que há ponderação global acerca da regulamentação relativa à inteligência artificial, tendo em vista que, parte das normas vigentes em ambos os países lusófonos estudados (Brasil e Portugal) se apresentam positivamente para a calibração dessa nova realidade da sucessão digital. No entanto, de fato, mostra-se essencial a análise pormenorizada do assunto, permitindo-se a ponderação sobre a suficiência ou não das normas já existentes e da necessidade ou não da intervenção do Estado com a elaboração de novas normas jurídicas, até mesmo com a criação de um microssistema legal para regulamentar o uso da Inteligência Artificial, como já se defende em vários países, inclusive no Brasil e, ainda, se pode a jurisprudência, como fonte do direito, auxiliar nesse diálogo das fontes e realização de norma jurídica.

Pondera-se que os estudos acerca do tema se mostram essenciais, em virtude de notável tendência de ampliação de situações presentes e que envolvem a sucessão digital e as relações que dela decorrem.

Assim sendo, pretende-se referendar a importância da proteção da chamada da herança digital ou do que se pode nomear como tutela de direitos da personalidade do *de cuius* como forma de preservação de direitos personalíssimos humanos, buscando entender qual o conteúdo que pode ser administrado, utilizado, gerido e produzido pelos sucessores da herança digital, partindo-se dos direitos humanos e direitos da personalidade.

2. Herança Digital

Em vida, a pessoa natural pode acumular – e de fato o faz – uma série de bens. Até poucos anos atrás, tais bens constituíam-se de ordem material ou imaterial, mas ainda distantes do que se pode entender atualmente como bens digitais. Mesmo os imateriais não se relacionavam imediata e diretamente a espécies de bens produzidos ou arquivados em meios telemáticos e mesmo fatos gerados no referido ambiente, até bem pouco tempo atrás, não eram alçados à perspectiva de patrimônios ou direitos que se pudessem encerrar no acervo sucessório.

No entanto, as novas relações sociais, atos e fatos produzidos no ambiente telemático por uma pessoa, passaram a ensejar a preocupação individual e, via de consequência, a repercussão jurídica em sua proteção, à medida em que a pessoa que o acumulou, produzindo, adquirindo, criando, controlando, utilizando ou acessando – e na qualidade seus bens ou direitos, fizeram emergir a necessidade de se discutir acerca de sua natureza e proteção jurídicas.

A questão ainda é de amplo debate na legislação de diversos países, ensejando prospecção de ponderação desde aspectos essenciais, como, p.ex., quais bens podem ser herdados e, assim sendo, como se dá a sua proteção.

No sentido de se estabelecer uma possível resposta à questão acerca de quais bens digitais podem ser herdados, pode-se ponderar pela proposta de considerar que, nesse âmbito digital, existam os bens patrimoniais e os bens existenciais (estes articulados a uma proteção diferente, inerente aos direitos da personalidade). Assumir a existência dessa espécie de divisão conceitual, promove, via de consequência, também uma divisão na forma de tratamento e solução jurídica relativa à herança digital.

No Direito Português, JORGE DUARTE PINHEIRO aponta que o *“conceito de sucessão foi adoptado (adoção por morte de uma liberdade, ou vinculação, à custa, ou à mercê, do património*

do falecido) só abrange situações jurídicas patrimoniais. A exclusão das situações jurídicas não patrimoniais decorre igualmente da noção legal de sucessão (art. 2024º) e do preceito que caracteriza os sucessores (art. 2030º, n.2)»³

No Direito Brasileiro, ao menos inicialmente, promovendo-se uma avaliação sistemática do Código Civil, tem-se que os direitos patrimoniais são objeto de sucessão⁴, sendo os direitos da personalidade do *de cuius* intransmissíveis (art. 11, CC) e apenas defensáveis em virtude de ameaça ou lesão pelos sucessores (art. 12, parágrafo único, CC).

Nesse sentido, IZAURA FABÍOLA LINS DE BARROS LOBO CAVALCANTI⁵:
“*A partir do significado da palavra sucessão, que tem sua acepção relacionada à substituição da titularidade de determinado patrimônio, o direito das sucessões decorre da causa mortis, ou seja, da morte de alguém. O autor da herança é substituído por seus sucessores, que recebem os bens, direitos e obrigações daquele que faleceu. Observa-se que o direito das sucessões tem o papel de regulamentar a destinação da massa patrimonial de quem morreu, transmitindo-a a seus herdeiros legítimos ou testamentários.*”

Complementa STOLLENWERK *apud* IZAURA FABÍOLA LINS DE BARROS LOBO CAVALCANTI⁶: “*O Direito Sucessório é o ramo do Direito Civil, permeado por valores e princípios constitucionais, que tem por objetivo primordial estudar e regulamentar a destinação do patrimônio da pessoa física ou natural em decorrência de sua morte, momento em que se indaga qual o patrimônio transferível e quem serão as pessoas que o recolherão.*”

A premissa que se propõe aqui parte da ideia de que o direito sucessório, no que diz respeito à transferência de direitos e autonomia em sua utilização pelos herdeiros, pode estar vinculado apenas ao conteúdo patrimonial transmissível. Assim sendo, o acervo de bens imateriais e patrimoniais amealhado licitamente pelo falecido ao longo da sua vida (biblioteca virtual, fotos, vídeos, documentos...), constituem-se bens passíveis de partilha e transmissíveis na qualidade de herança (neste caso, digital).

Ao imaginar como essa a ideia inicial de cisão conceitual entre bens digitais patrimoniais e direitos da personalidade, via de consequência, é possível supor, então, que os direitos da personalidade não estariam na seara de transmissibilidade a herdeiros, impedindo a promoção de seu exercício autônomo pelos sucessores.

³ In PINHEIRO, Jorge Duarte. O direito das sucessões contemporâneo. Lisboa: AAFDL Editora, 2020, p.28.

⁴ Veja-se que o direito à sucessão aberta é, por força de lei, considerado como bem imóvel, de acordo com o disposto no art. 80, II do Código Civil Brasileiro.

⁵ CAVALCANTI, Izaura Fabíola Lins de Barros Lobo. Sucessão: do falecido para os herdeiros. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1801/Sucess%C3%A3o%3A+do+falecido+para+os+herdeiros>. Acesso em 10.01.2024.

⁶ Idem

Assim sendo, considerando os termos que envolvem o direito sucessório neste ponto, suas características, conceituação e exercício, passa-se a uma ponderação mais específica acerca dos direitos da personalidade.

3. Direitos da Personalidade na Esfera de Direitos Sucessórios

A formação dos direitos da personalidade vincula-se com a formação e evolução dos direitos humanos, seja no ordenamento jurídico brasileiro, seja no português, seja em outros países. Enquanto os direitos da personalidade tutelam a esfera de direitos particulares da pessoa em suas relações privadas, os direitos humanos – e fundamentais em legislação lusa e brasileira – apresentam a tutela jurídica da pessoa, porquanto cidadão, em suas relações públicas (sociais e com o Estado)⁷.

A consolidação dos direitos da personalidade acontece ao fim do século XIX, época em que diversos países positivaram sua proteção (em especial nome, imagem e direitos autorais), sendo um exemplo Portugal, em seu Código Civil de 1966. Embora doutrina e jurisprudência brasileiras já apresentassem preocupação e proteção aos direitos da personalidade, demonstrando sua importância, dada a derivação de direitos humanos e fundamentais, a efetiva tutela sistematizada dessa espécie de direitos aconteceu de maneira mais tardia, tendo sido positivada apenas no Código Civil de 2002.

Os contornos da tutela jurídica aos direitos da personalidade foi se delineando, tanto no ordenamento jurídico brasileiro, como no lusitano, com uma característica de intransmissibilidade, inerência e adesão à pessoa, sua titular. Assim sendo, pode-se dizer que se tornaram uma espécie de poderes jurídicos de seus titulares *per se* e, após sua morte, como um dever legal de defesa pelos seus sucessores, *causa mortis* e *post mortem*. Veja-se que aqui o termo utilizado é “sucessores” e não “herdeiros”. Os sucessores, assim, podem ser entendidos como aqueles que possuem a legitimidade para a defesa *erga omnes* dos direitos do *de cuius* e que tais direitos permanecem com todas as suas características presentes, mormente a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade e a inalienabilidade⁸. Herdeiros recebem conteúdo patrimonial (ainda que digital e imaterial), que, sendo possível, transmite-se para seu próprio acervo patrimonial, tornando-se, então, proprietário de tais bens.

⁷ CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Os Direitos da Personalidade na Sociedade da Informação: impactos das novas tecnologias. In: *O direito na Sociedade da Informação V*. LISBOA, Roberto Senise (coord). Almedina. São Paulo. 2020, p.16-28.

⁸ O art. 11 do Código Civil Brasileiro determina a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade e o impedimento de seu exercício sofrer limitação voluntária, salvo para os casos previstos em lei. No Direito Português, essa mesma espécie de tutela encontra espelho no art. 81º do Código Civil, ponderando por uma eventual limitação excepcional, prevista em lei, temporária e desde que não ofenda a ordem pública.

Considerando que os direitos da personalidade não são transmissíveis, enseja-se a conclusão de que a legitimidade dos sucessores do *de cuius*, em relação aos direitos da personalidade de um indivíduo, indica a exegese legislativa no sentido de se tornarem guardiões dos direitos e interesses do falecido e não titulares de seu direito à personalidade. E, bem por isso, dentre as características dos direitos personalíssimos estão a perpetuidade e a imprescritibilidade, denotando a intenção de tutela de prospecção de sua defesa *ad eternum*.

4. Inteligência Artificial Generativa de Direitos Físicos, Psíquicos e Morais da personalidade e a (Im)possibilidade de Simulação da Conduta Humana

É uma realidade contemporânea a descoberta social da capacidade produtiva da inteligência artificial. Este mecanismo tecnológico é, atualmente, capaz de promover interação com o ser humano, fazendo uma intrincada e detalhada compilação de dados pré-existentes que resultam em uma base de pesquisa ou uma espécie de “biblioteca-base” especializada virtual. No entanto, noutro giro, a inteligência artificial também já é capaz de, com base em dados aportados, criar novas identidades pessoais, com produção de simulação de conduta autônoma, tendo como base ou não uma pessoa real.

Essas interações tecnológicas promovidas pela inteligência artificial promovem, igualmente, fatos sociais e também jurídicos, indicando, para este momento, a necessidade de atenção e talvez mesmo de observação dos Ordenamentos Jurídicos em diversos Países, tanto sob o aspecto da possibilidade de redação de nova regulamentação para a criação generativa (e aqui envolvendo limites éticos), como, também, a preocupação em entender se se trata da situação de regular situações específicas, como a que se debate neste estudo, permitindo-se ou não aos sucessores promoverem novas interações e possibilidade de perpetuar memórias de pessoas já falecidas. Ou ainda, noutro giro, perceber como é possível a tutela diante da normatização atual existente.

Tomando-se por base os Ordenamentos Jurídicos de Brasil⁹ e Portugal¹⁰, tem-se, neste momento, a discussão para a implementação, em ambos os países, de legislação de

⁹ No Brasil há debates em Projetos de Lei acerca de diretrizes para a utilização da inteligência artificial, bem como outros que também voltam a atenção para a questão da herança digital. Ainda muito incipiente a produção legislativa, há algumas normas administrativas que iniciaram o norteamto da questão, tal como a Portaria GM nº 4.617/2021 que muito mais alavanca a questão pela sua exposição de motivos – que conduz a uma exegese de proteção de direitos humanos e de atenção ao *machine learning* -, do que propriamente pelo seu curto texto normativo.

¹⁰ Portugal participa de debates e elaboração de parametrização ética relativa à inteligência artificial, da União Europeia, que trabalha na Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, contribuindo para a normatização principiológica de “Práticas de Inteligência Artificial Proibidas”, criando ali parâmetros de acordo com os riscos que se podem existir (inaceitável; elevado; baixo ou mínimo). Essa norma proposta, ao que parece ser, deverá dialogar com normas específicas, tais como as regras de proteção de dados, consumeristas e civis, *v.g.*

parametrização principiológica e ética a ser incidente relativamente à utilização e possibilidade de criação que a inteligência artificial permite.

Considerando a presente realidade de produção generativa pela inteligência artificial, possibilitando perpetuação de simulação de imagem, voz e conduta humana criados por meios telemáticos, o debate consequente pondera acerca da possibilidade jurídica dessa produção. Para o momento deste estudo e considerando o cenário normativo presente, é ainda incipiente indicar uma conclusão determinista. No entanto, justamente considerando tratem-se esses aspectos da pessoa humana a que a inteligência artificial generativa pode produzir, entende-se por necessário avaliar os parâmetros já vigentes de tutela jurídica, também porquê a proteção aos direitos da personalidade foi construída ao longo de muitas gerações de direitos, tornando-se uma espécie de tutela jurídica tão fundamental quanto complexa em sua amplitude.

Dentre as espécies de direitos da personalidade, adotando-se a classificação proposta por ROBERTO SENISE LISBOA¹¹, eles se dividem em direitos físicos, direitos psíquicos e direitos morais. Os direitos físicos da personalidade, considerando o enfoque desse estudo, destacam-se em direito à imagem e à voz. No mesmo sentido, relativamente aos direitos psíquicos da personalidade, destacam-se o direito à convivência social e o direito à intimidade. Por fim, no que pertine aos direitos morais da personalidade, elencam-se para o enfoque deste artigo os direitos à identidade, à honra e às criações intelectuais.

A proposição deste trabalho é ponderar diante da concreta “*possibilidade de a inteligência artificial produzir dados de simulação de reprodução ou de criação de conduta de uma pessoa que exista ou que já tenha falecido*”¹². E, ainda, “*citando Kant, partindo-se da ideia de que o homem deve ser considerado como um fim em si mesmo, Santos (2016, p.1) diz que: [...] portanto, não pode ser coisificado, nem reificado, ao ponto de ser submetido às quaisquer vontades de seus semelhantes. É uma situação que denota a magnitude do ser humano pelo simples fato de assim o ser, estando, desta feita, tutelado e elevado ao fim maior de atenção da norma, tendo em conta a dignidade da pessoa humana*”¹³.

Não se pode perder de norte, que quaisquer que sejam as espécies de direitos da personalidade, estes são inatos e intransmissíveis e, segundo a primeira premissa proposta neste trabalho, não se tornam direitos pessoais dos sucessores de uma pessoa falecida, diferentemente de acervo patrimonial digital que o *de cuius* possa ter constituído.

Esclarecem, nesse sentido, ANA ELIZABETH LAPA WANDERLEY

¹¹ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil Volume 1. Saraiva: São Paulo, 6ª ed., 2013, p.210.

¹² CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley e ALVES, Maira Feltrin. A proteção do direito à personalidade e os impactos causados pela inteligência artificial generativa: estudo comparado normativo entre Brasil e Portugal. In *Temas Relevantes de Direito Privado*. Ceará, 2023, p. 153

¹³ Idem

CAVALCANTI e MAÍRA FELTRIN ALVES¹⁴: “*Em virtude disso, quando assim se prospecta a possibilidade de que as pessoas criem (ou autorizem a terceiros criar) uma personificação telemática de si ou de a quem seja sucessor em prerrogativa de proteção aos direitos da personalidade, forma-se uma possibilidade de reificação, permitindo que a partir das entradas de dados base, a inteligência artificial promova novas atitudes, situações, fatos e circunstâncias da pessoa, em paralelo à sua existência real.*”

A produção telemática dessa forma, atinge diretamente direitos físicos (ainda que assim considerados em meio telemático), psíquicos e morais do *de cuius* e de quem a titularidade de sua utilização é exclusiva.

Desta feita, se o falecido deixa uma prévia manifestação de vontade – por declaração específica e expressa, testamento ou codicilo – de autorização de criação de simulação de sua imagem, voz e novas interações e condutas, parece ser o caso de os sucessores promoverem a defesa dos direitos da personalidade do *de cuius* no exato limite da sua determinação prévia de vontade, inclusive permitindo a produção generativa, se este for o caso.

No entanto, na ausência de manifestação prévia da vontade da pessoa falecida, a questão que se coloca é se os sucessores poderiam deliberar a respeito, autorizando a produção generativa de uma pessoa já inexistente fisicamente.

A titularidade do direito da personalidade atribuído apenas à pessoa em si é prevista e garantida pela lei civil brasileira e lusitana, tornando essa espécie de direitos irrenunciável, inalienável, intransmissível e defensável *erga omnes*. A titularidade dessa espécie de direito preconiza a proteção por si ou por seus sucessores. Ressalte-se: a proteção. Se o titular do direito não dispôs em vida acerca da possibilidade de produção generativa simulada de suas imagens, voz, reações, interações, condutas...entende-se, ao menos diante da legislação civil existente, aos seus sucessores não estaria franqueada a autorização à produção generativa telemática. Poderiam, isto sim, oporem-se, pedirem a supressão, retirada ou mesmo reparação e danos¹⁵ por quem tenha realizado tal inovação sobre a pessoa falecida, sem sua autorização prévia.

5. Considerações Finais

Diante das ponderações apresentadas, propõe-se que, ao analisar os direitos

¹⁴ CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley e ALVES, Maíra Feltrin. A proteção do direito à personalidade e os impactos causados pela inteligência artificial generativa: estudo comparado normativo entre Brasil e Portugal. In *Temas Relevantes de Direito Privado*. Ceará, 2023, p. 154.

¹⁵ A reparação em comento tem guarida, no Código Civil Brasileiro pelos arts. 186 e 187, como regra geral de reparação civil, inclusive apontando como solução uma obrigação de fazer ou de não fazer e, no Código Civil Português pelo seu art. 70º, uma regra específica à proteção de danos aos direitos da personalidade).

sucessórios e a atual sociedade da informação, cujo uso da tecnologia é praticamente imprescindível, se faça uma cisão entre o conteúdo digital/telemático pertencente ao acervo patrimonial do *de cuius*, estabelecendo o que se pode denominar de herança digital; e aquilo que após sua morte se poderia promover por inteligência artificial generativa e que, portanto, constitui-se direito da personalidade exclusivo do falecido.

Contudo, há que se fazer uma análise criteriosa sobre os impactos que essas tecnologias podem causar aos direitos mais caros e intrínsecos dos seres humanos, entendendo que a proteção aos direitos da personalidade, fundamentais e humanos não pode ser desconsiderada nessa nova realidade social. A ciência deve servir à humanidade, o uso da tecnologia deve respeitar direitos já postos e conquistados, como os direitos humanos. Por outro lado, é imperioso pensar o Direito de forma a adequar as normas existentes à realidade social e, a Inteligência Artificial promove essa reflexão sobre os direitos daqueles que se foram e daqueles que ficaram. O debate mundial atual volta-se para as questões de inteligência artificial, parecendo ver, para o momento, a necessidade de traçar um regramento muito mais principiológico e de parametrização ética, do que tipificado em cada possibilidade de interferência da inteligência artificial nas relações humanas e a sua conseqüente tutela jurídica.

Destarte, não se pode desconsiderar o que existe positivado para a proteção dos direitos humanos e dos direitos da personalidade, propondo-se que, a partir dessa análise, se possa promover uma tutela basilar de novos fatos sociais da sociedade da informação.

Bem nesse sentido, tem-se que, pela atual dicção legislativa brasileira e portuguesa, pode-se proteger tanto a possibilidade sucessória da herança digital (conteúdo de cunho patrimonial, ainda que imaterial) pelos herdeiros legítimos ou testamentários, bem como diferenciá-la e igualmente proteger os direitos humanos e personalíssimos do *de cuius* por seus sucessores.

Assim sendo, pondera-se pela impossibilidade de os sucessores promoverem a autorização de produção de simulação de imagem, voz, novas interações e condutas humanas do falecido, se esta não foi sua prévia deliberação ainda em vida.

Da mesma feita, pondera-se pela possibilidade e mesmo determinação que os sucessores defendam a produção telemática generativa de direitos da personalidade do falecido, por terceiro que o tenha feito sem permissão do titular, podendo, inclusive, ser alvo de atribuição de responsabilidade civil e indenização.

A questão a que se propôs aqui ao estudo é uma realidade ainda bastante recente e muito ainda será debatido a respeito, bem como tem se delineado uma produção legislativa

a respeito.

Em se tratando de novos fatos sociais com repercussão jurídica, em ordenamentos jurídicos positivados, é natural que se instigue a produção de leis a respeito. No entanto, a norma jurídica não é apenas a lei positivada, mas também é composta por jurisprudência, doutrina, costumes e mesmo o poder negocial (que deve estar dentro da licitude), de modo que a dialeticidade entre tais fontes do direito constitui-se importante instrumento para a melhor exegese e tutela de temas como os do presente estudo.

Referências Bibliográficas

ALEXYS, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 221, p. 159-188, jul. /set. 2000. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47588/45167>. Acesso em: 18 de novembro 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 de novembro de 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 de novembro de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 18 de novembro de 2023.

BRASIL. Portaria GM nº 4.617, de 6 de abril de 2021. *Institui a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial e seus eixos temáticos*. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-gm-n-4.617-de-6-de-abril-de-2021-* 313212172. Acesso em: 18 de novembro 2023.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Os Direitos da Personalidade na Sociedade da Informação: impactos das novas tecnologias. In: *O direito na Sociedade da Informação V*. LISBOA, Roberto Senise (coord). Almedina. São Paulo. 2020.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley e ALVES, Máira Feltrin. A proteção do direito à personalidade e os impactos causados pela inteligência artificial generativa: estudo comparado normativo entre Brasil e Portugal. In *Temas Relevantes de Direito Privado*. Ceará, 2023.

CAVALCANTI, Izaura Fabíola Lins de Barros Lobo. *Sucessão: do falecido para os herdeiros*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1801/Sucess%C3%A3o%3A+do+falecido+para+os+herdeiros>. Acesso em 10.01.2024.

CORDEIRO, António Menezes. *Os Direitos da Personalidade na Civilística Portuguesa*. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, v. 61, n. 3, p. 1229-56, 2001. Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7Be1ee299b-5174-4e50-9b0b-c8d97c0c6d3b%7D.pdf>. Acesso em: 18 de novembro 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. CIDH, 1969.* Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acessado em: 18 de novembro 2023.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto; MENDES, Laura Schertel; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. In: *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, vol. 23, n. 4, p. 1-17, out. /dez. 2018

DORNELLE, João Ricardo. *O que são direitos humanos*. São Paulo. 5. ed., São Paulo: Editora Brasiliense Ltda, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JASANOFF, Sheila. *The Ethics of Invention: Technology and the Human Future*. New York: W. W. Norton & Company, 2016.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil* Vol. 1. 6ª ed. Saraiva. São Paulo. 2013.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito das sucessões contemporâneo*. Lisboa: AAFDL Editora, 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 18 de novembro de 2023.

PORTUGAL. ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. *Lei nº 58/2019, de 08 de agosto*. Assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/Lei582019.aspx>. Acesso em: 18 de novembro de 2023.

PORTUGAL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Decreto-lei nº 47 344, de 25 de novembro de 1966, atualizado até a Lei 59/99, de 30/06. Código Civil Português*. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>. Acesso em: 18 de novembro 2023. Acesso em: 18 de novembro de 2023.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5ª ed., Saraiva. São Paulo. 2003.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed., Saraiva. São Paulo. 2002.

SANTOS. Eduardo Barreto Espíndola. Os Direitos da Personalidade e os Limites à Intervenção do próprio corpo. In *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*, Ano 2 (2016), nº 3, p. 1-36. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0001_0036.pdf. Acesso em: 18 de novembro 2023.

SANTOS, Rafael Seixas; VARELLA, Marcelo Dias. Uma análise conceitual da dignidade como fundamento dos direitos humanos e sua invocação em decisões do STF e da CIDH. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 14, n. 19, p. 171-194, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.revistaopiniãojuridica.com.br/revista/14/19/171-194>. Acesso em: 18 de novembro 2023.

<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/996/391>.
Acessado em: 18 de novembro 2023.

SILVA, Luzia Gomes da. ***A evolução dos direitos humanos***. Egov, 2013. Disponível em:
<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/evolu%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 18 de novembro 2023.

Conceitos de “Política Pública” na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2009-2018)

Concepts of “Public Policy” within the Inter-American Commission on Human Rights (2009-2018)

Marcelo Raimundo da Silva¹

Sumário: 1. Introdução e Problema; 2. Hipótese; 3. Marco teórico; 4. Metodologia; 5. Resultados e discussão; 6. Considerações finais.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo investigar se existe, atualmente, um conceito oficial de “política pública” no sistema interamericano de direitos humanos, formulado, institucionalmente, pelos órgãos deste sistema. Para tanto, o nosso objeto de pesquisa trata da análise de teor neo-institucionalista acerca dos marcos conceituais ou paradigmáticos de “políticas públicas” criados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos na última década. Nossos questionamentos iniciais foram: i) se há um conceito próprio “política pública” em matéria de direitos humanos; e ii) se, em caso afirmativo, como se construiu epistemologicamente tal conceito de política pública através do tempo. Os resultados mostram que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos formulou um novo marco conceitual “interamericano” de política pública em matéria de direitos humanos em sentido amplo ou *lato sensu*, atuando como “instituição uniformizadora” para todo o sistema interamericano.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Direitos Humanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Abordagem Direito e Políticas Públicas.

Abstract: This paper aims to investigate whether there is currently an official concept of “public policy”, within the Inter-American system of human rights, institutionally formulated by the bodies of this system. Having that in mind, we investigate, under a neo-institutionalist analysis approach, the conceptual or paradigmatic frameworks behind “public policies” developed by the Inter-American Commission on Human Rights in the last decade. Our initial questions were: i) if there is a specific concept of “public policy” for human rights; and ii) if so, how the concept of “public policy” was epistemologically formulated over time. Our results show that the Inter-American Commission on Human Rights framed a new and comprehensive “Inter-American” conceptual framework for public policy under the perspective of human rights, by acting as a “standardizing institution” for the entire Inter-American system

Key words: Public Policies. Human Rights. Inter-American Commission on Human Rights. Inter-American Human Rights System. The Law and Public Policy Approach.

1. Introdução e Problema

¹ Doutorando em Sistema Constitucional de Direitos (Linha “Direitos Fundamentais e Inclusão Social”), Instituição Toledo de Ensino, Centro Universitário de Bauru/São Paulo, Brasil. Mestre em Ciência Política pela Universidad Torcuato di Tella, Argentina. Analista Legislativo, Assembleia Legislativa do Estado do Amapá – ALAP. Pesquisador mestre no Grupo de Pesquisa “Caleidoscópio Tucuju do Direito” – Universidade Federal do Amapá/UNIFAP. Advogado em Direitos Humanos. E-mail: marcelo.raimundo.silva@gmail.com.

Este trabalho tem como objetivo apresentar os resultados parciais de pesquisa acerca dos conceitos de “políticas públicas” desenvolvidos e utilizados por sistemas internacionais de direitos humanos.

Isto posto, no presente caso, buscou-se investigar, preliminarmente, se existe, atualmente, um conceito oficial de “política pública” no sistema interamericano de direitos humanos, formulado, institucionalmente, pelos órgãos deste sistema.

Para tanto, escolhemos a Comissão Interamericana de Direitos Humanos/CIDH como unidade de análise, pois é nosso interesse verificar a existência – ou não – de conceitos próprios e uniformes de “políticas públicas” na jurisprudência interamericana de direitos humanos.

A partir da CIDH, concentramo-nos na análise descritiva do documento institucional “*Políticas Públicas con enfoque de Derechos Humanos*” (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 191), publicado em 15 de agosto de 2018², pela CIDH, a fim de compreendermos se em tal documento, a CIDH propôs – ou não – um novo paradigma conceitual de “política pública” em matéria de direitos humanos.

Juridicamente, tal publicação pertence ao gênero “relatório”, possuindo, *prima facie*, natureza não vinculante, e foi publicado pela CIDH com fulcro em sua competência consultiva, nos termos do art. 106 da Carta da Organização dos Estados Americanos/OEA³, e nos termos do art. 41, alínea “c”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)⁴.

Cumpramos observar que, neste artigo, buscamos pesquisar apenas o papel da CIDH. Dessa forma, no conjunto do sistema interamericano de direitos humanos, a pesquisa é, todavia, parcial e, por consequência, demanda investigação mais vasta acerca se outros órgãos formulam ou formularam conceitos operacionais de políticas públicas em direitos humanos, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos/Corte IDH.

² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc.191/18, 2018.

³ Art. 106. Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria.

⁴ Art. 41. A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: (...) c) preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções”.

A propósito, o papel da Corte IDH em políticas públicas já vem sendo tratado, no Brasil, por acadêmicos do Direito, a exemplo de Oliveira⁵, Lascala⁶ e Moura⁷. Seja como for, considerando o período posterior a agosto de 2018, data de publicação do relatório “*Políticas Públicas con enfoque de Derechos Humanos*”, identificamos os seguintes trabalhos que relacionam o tema das políticas públicas, em geral, com órgãos do sistema interamericano de direitos humanos: Leal e Lima⁸, Anjos⁹, Moraes¹⁰ e Leal e Moraes¹¹.

Com base nesses estudos feitos após agosto de 2018, verificamos, contudo, que não há menção ao relatório retrocitado, inclusive no tema e na discussão das “sentenças estruturantes”¹², razão pela qual se faz primordial uma análise mais acurada, de tom institucionalista-histórico.

Ademais, o fato de determinadas “políticas públicas” deverem ser conceitualizadas ou categorizadas com base em perspectivas setoriais, de acordo com áreas específicas de política pública, não deve ser visto como assunto incomum ou controverso.

Nesse sentido, um recente exemplo é o caso de políticas “com perspectiva de gênero”, a exemplo da Resolução nº 492, de 17 de março de 2023 do Conselho Nacional de Justiça¹³ no âmbito judiciário nacional. Isso demonstra, em suma, a relevância de se pensar

⁵ OLIVEIRA, Simone Lavelle Godoy de. *A Corte Interamericana de Derechos Humanos e a formulação de políticas públicas*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Católica de Santos, 2010.

⁶ LASCALA, Maria Carolina Florentino. *A Corte Interamericana de Derechos Humanos e a implementação de políticas públicas brasileiras*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Universidade Estadual Paulista, 2011.

⁷ MOURA, Rafael Osvaldo Machado. “Julgados da corte interamericana sobre casos brasileiros e políticas públicas: reflexões acerca de possíveis influências”, *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, 2018 p.164-177, 2018.

⁸ LEAL, Mônica Clarissa Hennig; LIMA, Sabrina Santos. “A determinação de implementação de políticas públicas pela Corte Interamericana de Derechos Humanos: análise do caso Pueblo Indígena Xucuru y Sus Miembros vs. Brasil”, *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 6, Núm. 14, p. 137-56, mai./ago., 2019.

⁹ ANJOS, Priscila Caneparo dos. “A harmonização das políticas públicas no cumprimento das sentenças da Corte Interamericana como forma de efetivação dos direitos humanos na América Latina”, *Revista Direito das Políticas Públicas*, Rio de Janeiro, Vol. 2, n. 1, p. 151-82, jan./jul. 2020.

¹⁰ MORAES, Maria Valentina de. *A (in)existência de estrutura institucional para execução das decisões da Corte Interamericana de Derechos Humanos no que toca à implementação de políticas públicas pelo Brasil: uma proposta de instrumentalização do Estado a partir da teoria dialógica e da perspectiva das sentenças estruturantes*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, 2022.

¹¹ LEAL, Mônica Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. “Caso Escher e outros versus Brasil: os elementos que tornam o caso o único cumprido integralmente pelo Brasil perante a Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Rev. Faculdade de Direito*, v. 47, n. 1, 2023.

¹² No contexto interamericano, as sentenças estruturantes ou “macrosentenças” são sentenças da Corte IDH que atingem toda a coletividade, de maneira a abarcar todo o conjunto das políticas públicas de ordem nacional, abrangendo mais de uma área de política pública, com vistas à proteção de direitos humanos, sob uma vertente intersectorial, com fundamento na não repetição de violações. Vide LEAL, Mônica Clarissa Hennig; AZEVEDO, Douglas Matheus de. “A postura preventiva adotada pela Corte Interamericana de Derechos Humanos: noções de “dever de proteção” do estado como fundamento para a utilização das “sentenças estruturantes”. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 2, 2016.

¹³ Observa-se que esta mesma resolução cita expressamente, como base normativa, a Recomendação nº 33/2014 do Comitê da Convenção da ONU para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a

políticas públicas sob um diálogo das fontes, a partir da jurisprudência internacional de direitos humanos, incluindo, assim, a produção institucional não vinculante de órgãos convencionais e extraconvencionais.

2. Hipótese

A nossa hipótese é a seguinte: atuando como instituição uniformizadora com fulcro em sua competência consultiva, a CIDH – no relatório *Políticas Públicas con enfoque de Derechos Humanos*” (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 191) – formulou um novo marco conceitual de política pública para o sistema interamericano de direitos humanos, criando paradigmaticamente o conceito de “política pública com perspectiva de direitos humanos”.

3. Marco Teórico

Esta pesquisa fundamentou-se nas abordagens de Políticas Públicas a partir do Direito, e baseou-se, portanto, nas reflexões teóricas atuais acerca dos “modelos jurídicos” ou da “dimensão jurídica” das políticas públicas, o que é conhecido atualmente como “abordagem Direito e Políticas Públicas”. Portanto, o interesse dessa vertente teórica direciona-se ao estudo dos arranjos jurídico-institucionais que configuram verdadeiras “tecnologias jurídicas governamentais” para formular e executar políticas públicas.

Desse modo, entendemos por política pública um programa de ação, como segue:

Política pública é programa de ação governamental que resulta de um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados¹⁴. (grifo nosso)

Dada a interdisciplinaridade ínsita à Abordagem Direito e Políticas Públicas, seguimos o marco teórico da análise institucional, de acordo com a qual as normas jurídicas são verdadeiras instituições¹⁵. Neste vértice, aderimos à vertente neo-institucionalista

Mulher (CEDAW), bem como a sentença da Corte IDH, de 7 de setembro de 2021, referente ao Caso Márcia Barbosa de Souza e outros *versus* Brasil (BRASIL, 2023).

¹⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 39.

¹⁵ NORTH, Douglass. *Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico*. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

histórica que visa a compreender a mudança ou a permanência das instituições através do tempo¹⁶.

Em complementação, utilizamos também o marco teórico específico da Análise de Políticas Públicas aplicada para políticas de direitos humanos, como é o caso da teorização acerca do conceito de “política de direitos humanos *stricto sensu*” proposto por Ciconello¹⁷, conceito que se refere a políticas públicas voltadas para grupos vulneráveis ou com histórico de discriminação.

4. Metodologia

Considerando que a CIDH foi a unidade de análise escolhida e visto que o nosso marco teórico tem por base os estudos neo-institucionalistas históricos em cotejo com a Abordagem Direito e Políticas Públicas, os procedimentos metodológicos adotados foram: i) revisão da literatura acadêmica recente sobre o sistema interamericano de direitos humanos; ii) revisão de documentos normativos (“relatórios”) produzidos pela CIDH entre os anos de 2009 e 2018, tendo como marco inicial o primeiro documento que criou, em 2009, um conceito próprio de “política pública” no sistema interamericano e como marco final o relatório específico sobre o novo conceito publicado em 2018; e, por fim, iii) a categorização dos conceitos de “políticas públicas” encontrados em documentos normativos produzidos pela CIDH entre 2009 e 2018.

Nota-se, portanto, que a presente investigação teve teor descritivo qualitativo, vez que buscou analisar o desenvolvimento histórico-institucional de um paradigma “normativo” produzido por um órgão convencional interamericano de direitos humanos.

5. Resultados e Discussão

Utilizando o marco teórico adotado, identificamos que a CIDH formulou um primeiro conceito uniformizador de política pública no Relatório “Segurança Cidadã e Direitos Humanos” (OEA/Ser.L/V/II. doc. 57), publicado em 31 de dezembro de 2009¹⁸. Neste conceito, a CIDH adotou uma conceitualização de política pública como uma ação intencional, ou seja, “comissiva”, operacionalizada apenas pelo Estado.

¹⁶ Nesse sentido, COLLIER, David; COLLIER, Ruth Berins. *Shaping the political arena: critical junctures, the labor movement, and regime dynamics in Latin America*, Princeton: Princeton University Press, 1991. MAHONEY, James. “Path dependence in historical sociology”. *Theory and Society*, 29, 507–548, 2000.

¹⁷ CICONELLO, Alexandre. “Políticas Públicas de Direitos Humanos”. DELGADO, Ana Luiza de Menezes; GATTO; Carmen Isabel; REIS, Maria Stela; ALVES, Pedro Assumpção (org.). *Gestão de políticas públicas de direitos humanos*. Brasília: ENAP, p. 161-188, 2016.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Segurança Cidadã e Direitos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. doc. 57, 2009.

Tal conceito puramente “estatocêntrico” de política pública proposto pela CIDH, em 2009, para utilização normativa pelo sistema interamericano de direitos humanos permaneceu inalterado até o ano de 2018, ano em que a CIDH passou a utilizar expressamente o conceito de “políticas públicas com perspectiva de direitos humanos”, a partir do Relatório “Deslocamento Interno nos países do Triângulo Norte da América Central” (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 101), publicado em 27 de julho de 2018¹⁹.

Precisamente nesse relatório, a CIDH instou os Estados do sistema interamericano a adotarem “políticas públicas com perspectiva de direitos humanos” de forma geral e ampla, a serem formuladas a partir dos parâmetros interamericanos relacionados com obrigações estatais para prevenção, proteção, e prestação de assistência humanitária a vítimas do deslocamento forçado, a fim de garantir o seu retorno aos seus lugares de origem.

É mister destacar que o conceito de “políticas públicas com perspectiva de direitos humanos” surge pela primeira vez, portanto, em um relatório sobre deslocamento forçado, visto que é fenômeno complexo e multicausal, que exige necessariamente a adoção de políticas de direitos humanos de maneira interseccional.

Nesse sentido, no documento anexo a esse relatório, intitulado “*Guía práctica sobre lineamientos para la formulación de políticas públicas en materia de desplazamiento interno*”²⁰, a CIDH propôs uma metodologia própria de gestão de “políticas públicas com perspectiva de direitos humanos”, que inclui a adoção, por lei formal, de macropolíticas sob tal perspectiva.

Por conseguinte, constatamos que, diferentemente de nossa hipótese inicial, o relatório “*Políticas Públicas con enfoque de Derechos Humanos*” (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 191), de 15 de agosto de 2018, na verdade não inova na criação do conceito, embora o detalhasse mais pormenorizadamente. Em outras palavras, o referido relatório aprofundou o paradigma proposto no relatório anterior sobre deslocamento interno, e contextualizou sua conceitualização na teorização sobre Análise de Políticas Públicas, sobretudo na discussão sobre as capacidades estatais ou da governança das políticas de direitos humanos.

Nesse sentido, a partir de 2018, a CIDH passou a estabelecer um novo marco conceitual, de maneira a atualizar e uniformizar, institucionalmente, o novo conceito de “política pública com foco em direitos humanos”, compreendendo todo o ciclo de políticas públicas, como segue:

Esta nova conceitualização pretende integrar os diversos elementos que têm sido desenvolvidos na teoria e na prática ao longo dos anos pelo

¹⁹ Idem. *Deslocamento Interno nos países do Triângulo Norte da América Central*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 101, 2018.

²⁰ Idem. *Guía práctica sobre lineamientos para la formulación de políticas públicas en materia de desplazamiento interno*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 101, 2018.

Sistema Interamericano, pelo Estados da OEA e pelos atores sociais que promovem e defendem os direitos humanos no continente. *Uma política pública com foco em direitos humanos significa o conjunto de decisões e ações que o Estado formula, implementa, monitora e avalia – a partir de um processo permanente de inclusão, de deliberação e de participação social efetiva – com o objetivo de proteger, promover, respeitar e garantir os direitos humanos de todas as pessoas grupos e coletividades que conformam a sociedade, sob os princípios de igualdade e de não discriminação, universalidade, acesso à justiça, prestação de contas, transparência, transversalidade e intersetorialidade.*²¹ (grifo nosso).

Coincidentemente, em relação a relatórios anuais da CIDH, o conceito de “política pública com foco em direitos humanos” já aparece no relatório “Situação dos Direitos Humanos no Brasil” (OEA/Ser.L/V/II, Doc. 9), publicado em 12 fevereiro 2021²².

Nesse relatório, o referido conceito de política pública aparece expressamente como recomendação oficial ao Brasil, no quesito “Institucionalidade em Direitos Humanos”, como segue: “[Recomenda-se] [f]ortalecer os órgãos estatais e autônomos responsáveis pela formulação, implementação e avaliação de políticas públicas com foco em direitos humanos.”²³

Considerando a adoção do conceito de Ciconello²⁴, como indicado em nosso marco teórico, também constatamos que no novo conceito, desenvolvido de maneira mais aprofundada no relatório “*Políticas Públicas con enfoque de Derechos Humanos*”, a CIDH adotou uma terminologia ampla ou *lato sensu* de políticas públicas de direitos humanos, diferindo do conceito *stricto sensu* que compreende apenas aquelas políticas públicas de direitos humanos direcionadas a grupos vulneráveis ou com histórico de discriminação.

Igualmente, o conceito consolidado em 2018 coincide com o marco conceitual adotado na abordagem Direito e Políticas Públicas²⁵, pois ambas as conceitualizações consideram como “políticas públicas” apenas as ações estatais ou societárias, não incluindo, assim, comportamentos omissivos, em sentido estrito, por tais atores.

6. Considerações Finais

Diante dos achados, concluímos, portanto, que a CIDH, entre os anos de 2009 a 2018, conseguiu formular um conceito “convencional” uniformizador para incorporar à Análise de Políticas Públicas o campo dos direitos humanos, criando o conceito de “política

²¹ Idem. *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc.191/18, 2018. (OEA/CIDH, 2018, parágrafos 147-8, p. 45-6; tradução livre.

²² Idem. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc.9/21, 2021.

²³ Ibidem. p. 194.

²⁴ CICONELLO, Alexandre. *op.cit.* 2016.

²⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *op.cit.* São Paulo: Saraiva, 2013.

pública com perspectiva de direitos humanos”. Por sua vez, a criação de tal conceito foi, em si, inovadora, pois a CIDH utilizou, com metodologia própria, as próprias decisões da CIDH e da Corte IDH para construir o novo marco conceitual.

No entanto, como visto, o conceito apresentado, de forma consolidada, no relatório “*Políticas Públicas con enfoque de Derechos Humanos*”, não pode ser considerado um conceito original ou propriamente inovador, visto que, neste relatório, a CIDH detalhou, sob metodologia mais robusta, o paradigma conceitual já formulado no relatório anterior sobre deslocamento interno. Neste último relatório, por sua vez, a CIDH inaugurou um novo paradigma conceitual, iniciando uma nova trajetória institucional que permanece vigente até os dias atuais.

Referências Bibliográficas

ANJOS, Priscila Caneparo dos. “A harmonização das políticas públicas no cumprimento das sentenças da Corte Interamericana como forma de efetivação dos direitos humanos na América Latina”, *Revista Direito das Políticas Públicas*, Rio de Janeiro, Vol. 2, n. 1, p. 151-82, jan./jul. 2020.

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 492, de 17 de março de 2023*.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. “Método e aplicações da abordagem Direito e Políticas Públicas (DPP)”. *REI – Revista Estudos Institucionais*, UFRJ: Rio de Janeiro, 5(3), p. 791–832, 2019. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/430>. Acesso em: 15 jul. 2023.

CICONELLO, Alexandre. “Políticas Públicas de Direitos Humanos”. DELGADO, Ana Luiza de Menezes; GATTO; Carmen Isabel; REIS, Maria Stela; ALVES, Pedro Assumpção (org.). *Gestão de políticas públicas de direitos humanos*. Brasília: ENAP, p. 161-188, 2016.

COLLIER, David; COLLIER, Ruth Berins. *Shaping the political arena: critical junctures, the labor movement, and regime dynamics in Latin America*, Princeton: Princeton University Press, 1991.

LASCALA, Maria Carolina Florentino. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a implementação de políticas públicas brasileiras*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Universidade Estadual Paulista, 2011.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; AZEVEDO, Douglas Matheus de. “A postura preventiva adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: noções de “dever de proteção” do estado como fundamento para a utilização das “sentenças estruturantes”. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 2, 2016.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; LIMA, Sabrina Santos. “A determinação de implementação de políticas públicas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: análise do caso Pueblo Indígena Xucuru y Sus Miembros vs. Brasil”, *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 6, Núm. 14, p. 137-56, mai./ago., 2019.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. “Caso Escher e outros versus Brasil: os elementos que tornam o caso o único cumprido integralmente pelo Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos”, *Rev. Faculdade de Direito*, v. 47, n. 1, 2023.

MAHONEY, James. “Path dependence in historical sociology”. *Theory and Society*, 29, 507–548, 2000.

MORAES, Maria Valentina de. *A (in)existência de estrutura institucional para execução das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que toca à implementação de políticas públicas pelo Brasil: uma proposta de instrumentalização do Estado a partir da teoria dialógica e da perspectiva das sentenças estruturantes*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, 2022.

MOURA, Rafael Osvaldo Machado. “Julgados da corte interamericana sobre casos brasileiros e políticas públicas: reflexões acerca de possíveis influências”, *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, 2018 p.164-177, 2018.

NORTH, Douglass. *Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico*. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

OLIVEIRA, Simone Lavelle Godoy de. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a formulação de políticas públicas*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Católica de Santos, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Segurança Cidadã e Direitos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. doc. 57, 2009.

_____. *Deslocamento Interno nos países do Triângulo Norte da América Central*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 101, 2018.

_____. *Guía práctica sobre lineamientos para la formulación de políticas públicas en materia de desplazamiento interno*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 101, 2018.

_____. *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc.191/18, 2018.

_____. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OEA/Ser.L/V/II. Doc.9/21, 2021.

O Testamento Vital: Uma Análise da Liberdade do Paciente Terminal sob a Ótica das Teorias Republicanas.

The Living will: An Analysis of the Terminally Ill Patient's Freedom from the Perspective of Republican Theories.

Márcio Fernando Rodrigues¹

Marcos Antônio Striquer Soares²

Rita de Cassia Resqueti Tarifa Espolador³

Sumário: 1 Introdução. 2 A liberdade. 2.1 A liberdade no mundo antigo e sua evolução para a liberdade no mundo moderno. 2.2 O liberalismo. 3 Sobre o papel da vontade: autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. 3.1 Autonomia da vontade. 3.2 A autonomia privada e a liberdade contratual. 3.3 A autodeterminação. 4 O testamento vital e a sua aplicação no Ordenamento Jurídico brasileiro. 4.1 A definição de morte digna e os conceitos de eutanásia, ortotanásia e distanásia trazidos pelo CFM. 4.2 O testamento vital no Brasil. Conclusão. Referências.

Resumo: O presente trabalho aborda o tema do testamento vital como um documento hábil para assegurar uma morte digna a pacientes terminais, cuja análise baseia-se nas teorias republicanas. O objetivo geral deste estudo consiste, portanto, em analisar a adoção do testamento vital com o intuito de proporcionar uma morte digna a pacientes terminais. Assim, busca-se conceituá-lo por meio da doutrina e de resoluções do Conselho Federal de Medicina. Para a sua elaboração será empregado o método dedutivo e terá por base de pesquisa doutrinas, artigos, pareceres e resolução do Conselho Federal de Medicina.

Palavras-chave: testamento vital; morte digna; teorias republicanas.

Abstract: This work addresses the topic of the living will as a skillful document to ensure a dignified death for terminally ill patients, whose analysis is based on republican theories. The general objective of this study is, therefore, to analyze the adoption of a living will with the aim of providing a dignified death to terminally ill patients. Thus, we seek to conceptualize it through the doctrine and resolutions of the Federal Council of Medicine. The deductive method will be used to prepare it and will be based on research doctrines, articles, opinions and resolutions from the Federal Council of Medicine.

Key-words: testamento vital; morte digna; teorias republicanas.

¹ Mestrando em direito negocial pela UEL 2023, especialista em direito processual civil pelo IDCC, especialista em direito aplicado pela EMAP, bacharel em direito pela Unifil 2006, integrante do grupo de pesquisa negócios biojurídicos: as tecnologias e o direito civil, e-mail marcioclaro1@gmail.com.

² Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1987), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Atualmente, é professor titular da Universidade do Oeste Paulista, da Universidade Norte do Paraná e professor da Universidade Estadual de Londrina, atuando nesta Instituição como docente permanente do Programa de Mestrado em Direito Negocial, com ênfase em Teoria da Constituição, especialmente nos seguintes temas: processo constitucional e hermenêutica jurídica, com base nas teorias de Charles Sanders Peirce. É líder do grupo de pesquisa Direitos Sociais e Desenvolvimento Humano, da Universidade Norte do Paraná, e pesquisador de dois outros grupos, Direito Negocial e Acesso à Justiça, ambos da Universidade Estadual de Londrina.

³ Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professora Universitária, na Universidade Estadual de Londrina - UEL. E-mail: rita.tarifa@gmail.com.

1 Introdução

O presente trabalho tem como propósito analisar um instituto que vem sendo muito debatido no biodireito que é o testamento vital como um instrumento hábil para assegurar uma morte digna a pacientes terminais, cuja análise baseia-se nas teorias liberal-republicanas.

O objetivo geral deste estudo consiste, portanto, em analisar a adoção do testamento vital com o intuito de proporcionar uma morte digna a pacientes terminais.

Para tanto, adota-se como metodologia a dedutiva e terá por base de pesquisa doutrinas, artigos, pareceres e resolução do Conselho Federal de Medicina.

2 A Liberdade

Antes de adentrar ao tema propriamente dito, o qual se propõe a estudar o testamento vital e a sua inserção no Ordenamento Jurídico brasileiro, como um documento hábil para atender a disposição de pacientes terminais, inicialmente, é necessário fazer uma análise do conceito de liberdade, examinando a sua conceituação histórica nas civilizações antigas, até a sua evolução no mundo moderno.

Não se pretende, aqui, aprofundar na análise do instituto, visto que seria impossível fazê-lo em tão poucas páginas, mas simplesmente rememorar seus principais pontos, para que se possa dizer do testamento vital como um meio idôneo para atender às disposições de última vontade do paciente terminal.

Sem mais delongas, passa-se, neste momento, a tratar do conceito de liberdade e a sua evolução histórica perpassando as civilizações antigas, até os dias atuais.

2.1 A Liberdade no Mundo Antigo e sua Evolução para a Liberdade no Mundo Moderno

A noção de liberdade deu-se com a queda da Bastilha, durante a Revolução Francesa, em 1789. A partir dessa data o homem passa a ser livre, há 230 anos aproximadamente.

A liberdade republicana consistia em trabalhar em favor dos interesses de todos, pois ambos detinham as referências axiológicas.

Benjamin Constant⁴ explica que existem duas espécies de liberdades. A primeira, consistia em uma liberdade que era muito cara aos povos antigos. A outra, aquela cuja utilização era útil para as nações modernas. Este exame será interessante, salvo engano, sob um duplo aspecto. O referido autor Constant⁵ explica que a confusão desses dois tipos de liberdade foi, durante anos – conhecida da revolução francesa –, o motivo de muitos males. A França viu-se molestada por experiências inúteis, e os autores, desapontados pelo pouco êxito que conseguiram, tentaram obrigá-la a usufruir de um bem que ela não desejava e reivindicavam o bem que ela almejava. Striquer Soares⁶ explica que, admitir-se maior ou menor liberdade, é uma celeuma no campo axiológico, não podendo ser escolhida por fatores racionais, visto que são arbitrários e logicamente indeterminados, e também não pode ser resolvida por uma razão prática, a qual é formada abstratamente.

Striquer Soares⁷ expõe, ainda, que muito além da liberdade, a distinção entre antigos e modernos parece estar no entendimento dos princípios os quais devem ser tutelados pelo homem. O homem da antiguidade tinha a sua vida aplicada à promoção do bem comunitário; na modernidade, cada homem tem a sua visão de bem, proporciona um feixe de valores que o faculte.

Assim, a liberdade, como se conhece nos tempos modernos, foi fruto de conquistas com o passar dos anos, tendo como marco simbólico, a queda da Bastilha, na Revolução Francesa, quando se tem a ascensão da burguesia no lugar do absolutismo monárquico. Analisando-se a evolução histórica da liberdade até os dias de hoje, passa-se, neste momento, a examinar o liberalismo.

2.2 O Liberalismo

⁴CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: MONTEIRO, João Paulo e ou. Filosofia Política 2. Porto Alegre: L&PM Editores; UNICAMP; UFRGS, 1985.

⁵CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: MONTEIRO, João Paulo e ou. Filosofia Política 2. Porto Alegre: L&PM Editores; UNICAMP; UFRGS, 1985.

⁶ STRIQUER SOARES, Marcos Antônio. Contradições entre liberdade e igualdade e a necessidade de uma racionalidade dialógica. In: GONÇALVES, Anabela (org.). Congresso Luso-Brasileiro de Direito e Desenvolvimento Sustentável: Escola de Direito da Universidade do Minho / JusGov, jun. 2023. p. 21-27. Disponível em: https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/85363/1/Congresso%20Luso_Brasileiro.pdf. Acesso em: 16 out. 2023.

⁷ STRIQUER SOARES, Marcos Antônio. Contradições entre liberdade e igualdade e a necessidade de uma racionalidade dialógica. In: GONÇALVES, Anabela (org.). Congresso Luso-Brasileiro de Direito e Desenvolvimento Sustentável: Escola de Direito da Universidade do Minho / JusGov, jun. 2023. p. 21-27. Disponível em: https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/85363/1/Congresso%20Luso_Brasileiro.pdf. Acesso em: 16 out. 2023.

O liberalismo pode ser entendido como a forma de pensar do homem na modernidade e que se fortaleceu nos tempos atuais com a conquista de alguns direitos fundamentais, como por exemplo a propriedade e a liberdade individuais, entre outros direitos.

Sobre o liberalismo, Cezar Augusto Ramos⁸ aponta que:

O liberalismo apresentou-se como modo de pensar e constituir a dimensão política do homem na modernidade, e que se consolidou nos dias de hoje como depositário de determinados valores como a propriedade e a liberdade individuais, os direitos subjetivos, a defesa de um governo constitucional limitado, a ordem espontânea do mercado, o pluralismo na concepção do bem, os direitos humanos como apanágio de qualquer indivíduo.

Assim, pode-se verificar que a liberdade foi fruto de conquistas sociais que percorreu desde as civilizações gregas e que se fortaleceu com a Revolução Francesa, em 1789. A liberdade republicana, por sua vez, implicava em trabalhar em prol dos interesses de todos, visto que todos detinham os mesmos valores. O fundamento da liberdade como participação popular deu-se por meio de vários pensamentos políticos teóricos que deram base ao republicanismo.

O liberalismo pode ser entendido como a forma de pensar do homem na modernidade e que se fortaleceu nos tempos de hoje com a conquista de alguns direitos fundamentais, como por exemplo a propriedade e a liberdade individuais, entre outros direitos.

Visto o conceito do liberalismo, passa-se neste momento à análise da vontade, autonomia privada e a autodeterminação.

3. Sobre o Papel da Vontade: Autonomia da Vontade, Autonomia Privada e Autodeterminação

3.1 Autonomia da Vontade

O princípio da autonomia da vontade refere-se, no direito, às partes que estabelecerem de maneira independente e segundo suas preferências, por meio de um consenso de vontades, as regras que irão reger os seus interesses, resultando em consequências amparadas pela lei. Isto abrange, não somente a liberdade de formar o contrato, como também a liberdade de se irão ou não celebrá-lo, de escolher com quem

⁸ RAMOS, César Augusto. A cidadania como intitulação de direitos ou atribuição de virtudes cívicas: liberalismo ou republicanismo? Síntese – Revista de Filosofia, Belo Horizonte, v. 33, n. 105, p. 77, 2006.

contratar e estabelecer as cláusulas específicas do contrato. Fabio Ulhoa Coelho⁹ explica que a autonomia da vontade é uma definição extraída da filosofia, relaciona-se à chave, extraída da ética Kantiana para discriminar a moralidade das condutas. Por exemplo: Quem afirma que não se deve mentir, porque teme envergonhar-se na hipótese de ser revelada a verdade, não exprime uma vontade autônoma.

Tartuce¹⁰ ensina que:

Diante da valorização da pessoa e dos três princípios do direito civil constitucional (dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade em sentido amplo), não se pode olvidar que houve uma forte aproximação entre dois sistemas legislativos importantes para os contratos, sendo certo que tanto o Código Civil de 2002, quanto o Código de Defesa do Consumidor consagram uma principiologia social do contrato.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves¹¹

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Tem as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹² elucidam que não se pode estudar o contrato sem fazer menção ao princípio da autonomia da vontade. Mesmo em um Ordenamento Jurídico como o brasileiro, que tem como princípio maior a função social do contrato, este não poderá impedir a livre iniciativa das partes.

Assim, o princípio da autonomia da vontade se faz presente em qualquer espécie de contrato, desde os mais complexos até os mais simples, configurando fonte formal de direito, visto que, em caso de inadimplemento do celebrado no contrato, as partes poderão acionar o Poder Judiciário.

3.2 A Autonomia Privada e a Liberdade Contratual

A autonomia privada pode ser entendida como a liberdade dos indivíduos de estabelecerem termos e condições e se comprometerem como desejarem, de maneira que

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: contratos. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 3.

¹⁰ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 9. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. v. 3, p. 21.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 3, p. 44.

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: Contratos. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 4.

a capacidade das partes envolvidas em uma relação jurídica seja reconhecida. Ademais, a autonomia privada se faz presente tanto em situações jurídicas subjetivas existenciais quanto patrimoniais.

A respeito do assunto, Enzo Roppo¹³ (1947, p. 128) dispõe que:

[...] nos limites impostos pela lei, as partes podem livremente determinar o conteúdo do contrato. Esta é uma expressão – a mais significativa do princípio da autonomia privada, ou autonomia contratual.

Significam liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada na vontade de uma contraparte do consenso contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir, das modificações que se pretende assumir no seu patrimônio.

Em linha de princípio, portanto, os sujeitos privados são livres de obrigarse como quiserem. Mas, quando se obrigam, obrigam-se verdadeiramente; aquilo que livremente escolheram tornam-se vínculo rigoroso dos seus comportamentos, e se violam a palavra dada, respondem por isso e sujeitam-se às sanções. É o nexa liberdade contratual – responsabilidade contratual.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁴ ensinam que a exaltação da autonomia privada à categoria de dogma, alicerçada na mencionada visão antropocêntrica e materialista, refletiu-se amplamente em toda a conceituação dos contratos até o final do século XIX e até o começo do século XX.

Ledo, Sabo e Amaral¹⁵ asseveram que o negócio jurídico consiste em um ato segundo o qual uma pessoa orienta por si seus próprios interesses nos relacionamentos com as outras pessoas. Estabelece-se um ato de autonomia privada conforme o qual o direito liga os efeitos de acordo com a função econômico-social que lhe caracteriza o tipo.

Dessa forma, os indivíduos têm liberdade para assumir compromissos, porém, quando os assumem, passam a estar vinculados por suas escolhas. Caso quebrem a sua palavra, tornam-se responsáveis e se submetem-se a punições. Isto estabelece a conexão entre liberdade contratual e responsabilidade contratual.

3.3 A Autodeterminação

¹³ ROPPO, Enzo. O contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1947, p. 128.

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: Contratos. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 4.

¹⁵ LÊDO, Ana Paula Ruíz Silveira; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 1, p. 1-22, 2017. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/285/235>. Acesso em: 15 out. 2023.

Segundo Joaquim de Souza Ribeiro¹⁶ 2017, p. 455), a autodeterminação manifesta o

[...] poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida, de acordo com as suas preferências. Trata-se de uma concepção diretiva básica, que, no quadro de certas concepções políticas, ideológicas, éticas e econômicas, se condensa num princípio fundante e estruturante do sistema de direito privado.

Ledo, Sabo e Amaral¹⁷ explicam que a autodeterminação das pessoas e a concretização de suas necessidades individuais, as quais representam o resguardo de uma das dimensões de sua dignidade humana e consistem, portanto, na própria realização da pessoa como ser humano, podem não se bastar apenas nos direitos subjetivos dos quais eles são titulares.

A autodeterminação¹⁸, portanto, consiste na habilidade do ser humano de se autogerenciar, seja por meio de decisões pessoais e privadas, seja por decisões relacionadas a convicções religiosas, orientação sexual, sem influências exteriores, inclusive governamentais.

Identificado o conceito da autodeterminação do indivíduo, faz-se necessário examinar o testamento vital e sua aplicação no Ordenamento Jurídico brasileiro.

4 O Testamento Vital e a sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

4.1 A Definição de Morte Digna e os Conceitos de Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia Trazidos pelo CFM

No ano de 2006¹⁹, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução nº 1.805, que em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, dispõe sobre a morte digna. Apesar desse avanço, em maio de 2007, o Ministério Público Federal propôs a Ação Civil Pública 2007.34.00.014809-3, requerendo a nulidade da referida resolução ou que fossem definidos os critérios para a prática da ortotanásia.

¹⁶ MELLO, Cleyson de Moraes. Direito civil: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

¹⁷ LÉDO, Ana Paula Ruiz Silveira; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 1, p. 1-22, 2017. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/285/235>. Acesso em: 15 out. 2023.

¹⁸ BERMEJO, Araceli Mesquita Bandolin; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. A autodeterminação nos negócios biojurídicos: uma necessária releitura da autonomia privada sob o aspecto liberal. *Revista de Biodireito e Direitos dos Animais*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 57-73, jan./jun. 2017.

¹⁹ CRUZ, Maria Luiza da; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. *Revista Bioética*, Brasília, v. 21, n. 3, p. 405-411, 2013.

Pleiteando a improcedência da ação, foi apresentado ao Judiciário um parecer que demonstrou a definição dos conceitos de ortotanásia, eutanásia e distanásia, possibilitando a melhor compreensão do teor da resolução: entende-se por eutanásia a provocação da morte de um paciente, em estágio terminal de vida ou acometido por doença incurável, praticada por terceiro, movido por sentimento de piedade; a distanásia, por sua vez, consiste no prolongamento artificial do estado degenerativo praticado pelo médico por meio de tratamentos extraordinários; e a ortotanásia é entendida como a não intervenção do desenvolvimento da morte natural dos pacientes em fase terminal de vida, quando a morte é iminente e inevitável.

Com base nesse parecer, o magistrado julgou improcedente a Ação Civil Pública supramencionada.

Dessa forma, por meio da resolução do CFM, foram detalhados os conceitos de eutanásia, ortotanásia e distanásia, para que fosse, então, esclarecido ao Poder Judiciário, dando a compreensão das espécies, e este julgou improcedente a ação promovida pelo Ministério Público Federal.

4.2 O Testamento Vital no Brasil

O testamento vital é um documento, da espécie Diretivas Antecipadas de Vontade, em que o paciente declara quais tipos de tratamentos médicos ele aceita ou não, quando ele se encontrar em estado de terminalidade da vida. No Brasil, o testamento vital foi regulamentado pela Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Nesse sentido, Pereira²⁰ explica que o testamento vital, trata da terminalidade da vida, situação que passa a ser considerada como um exercício da autonomia da vontade, liberdade e dignidade, na fase terminal da vida, seja por uma doença ou um acidente, muitos procedimentos podem ser feitos com o propósito de protelar a morte do paciente.

Dadalto, Tupinambás e Greco²¹ descrevem que as espécies de diretivas antecipadas de vontade compreendem o testamento vital, que é um documento por meio do qual o paciente define os cuidados, tratamentos e procedimentos médicos de que deseja ou

²⁰ PEREIRA, Luciana Mendes. Direito e análise de discurso: a construção significação no testamento vital. 2016. 206 f. Tese (Doutorado em Estudos da Linguagem) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2016.

²¹ DADAUTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. Revista Bioética, Brasília, v. 21, n. 3, p. 463-476, 2013.

não para si próprio. Já o mandato duradouro é um documento no qual o paciente escolhe alguém em quem ele confia, para agir em nome deste quando ele estiver impossibilitado de fazê-lo.

Mikami²² elucida que as diretrizes do testamento vital ou diretivas antecipadas de vontade, no Brasil, estão regulamentadas pela Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina. Apesar de não ter forma de lei, o testamento vital é reconhecido como de muita relevância para orientar as decisões médicas, respeitando a autodeterminação da pessoa.

Dessa forma, entende-se por testamento vital o documento por meio do qual o paciente define quais tratamentos ele aceita quando ele se encontrar em um quadro terminal de sua existência física. No Brasil, o testamento vital é regulado pela Resolução nº 1.995/2012 do CFM, que traz as diretrizes para a elaboração do documento.

Conclusão

Isto posto, conclui-se que a liberdade como se conhece nos tempos modernos foi fruto de conquistas com o passar dos anos, tendo como marco simbólico a queda da Bastilha, na Revolução Francesa, quando aconteceu a ascensão da burguesia no lugar do absolutismo monárquico.

A liberdade republicana, por sua vez, implicava trabalhar em prol dos interesses de todos, visto que todos detinham os mesmos valores. O fundamento da liberdade como participação popular deu-se por meio de vários pensamentos políticos teóricos que deram base ao republicanismo.

Foi possível concluir, também, que o liberalismo pode ser entendido como a forma de pensar do homem na modernidade e que se fortaleceu nos tempos de hoje com a conquista de alguns direitos fundamentais, como por exemplo a propriedade e a liberdade individuais, entre outros direitos.

O princípio da autonomia da vontade diz respeito ao direito das partes de estabelecerem de maneira independente e segundo as suas preferências, mediante consenso de vontades, as regras que irão reger os seus interesses, resultando em consequências amparadas pela lei. Isto abrange não somente a liberdade de formar o contrato, como também a liberdade de se irão celebrá-lo ou não, escolher com quem contratar e estabelecer as cláusulas específicas do contrato.

²² MIKAMI, Andrea de Pula Resende. Testamento Vital. Jus Navegandi. 25 maio 2023.

Infere-se, ainda, que o princípio da autonomia da vontade se faz presente em qualquer espécie de contrato, desde os mais complexos, até os mais simples, configurando fonte formal de direito, visto que, em caso de inadimplemento do celebrado no contrato, as partes poderão acionar o Poder Judiciário.

A autonomia privada, por sua vez, pode ser entendida como a liberdade dos indivíduos de estabelecerem termos e condições e de se comprometerem como desejarem, de maneira que a capacidade das partes envolvidas em uma relação jurídica seja reconhecida. Ademais, a autonomia privada se faz presente tanto em situações jurídicas subjetivas existenciais quanto patrimoniais.

Dessa forma, os indivíduos têm liberdade para assumir compromissos, porém, quando os assumem, passam a estar vinculados por suas escolhas. Caso quebrem a sua palavra, tornam-se responsáveis e se submetem-se a punições. Isto estabelece a conexão entre liberdade contratual e responsabilidade contratual.

A autodeterminação, portanto, implica a habilidade do ser humano de se autogerenciar, seja por meio de decisões pessoais e privadas, como decisões relacionadas a crenças religiosas, orientação sexual, sem influências exteriores, inclusive governamentais. A autodeterminação, portanto, é o fundamento que confere aos pacientes terminais o direito de poder escolher uma morte digna por meio da ortotanásia.

Assim sendo, pode-se entender que a eutanásia é a provocação da morte do paciente em estado de terminalidade da vida ou por doença incurável, provocada por terceiro, movida por um ato de piedade. A distanásia, por sua vez, é o prolongamento artificial da vida do paciente terminal com emprego de tratamentos extraordinários e, por fim, a ortotanásia consiste na não intervenção da morte natural dos pacientes em estágio terminal, visto que a morte é iminente e inevitável.

Por fim, entende-se por testamento vital o documento por meio do qual o paciente determina quais tratamentos ele aceita quando ele se encontrar em um quadro terminal de sua existência física. No Brasil, o testamento vital é regulado pela Resolução nº 1.995/2012 do CFM, que traz as diretrizes para a sua elaboração.

Referências

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil: Contratos típicos e atípicos. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 4.

BERMEJO, Araceli Mesquita Bandolin; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. A autodeterminação nos negócios biojurídicos: uma necessária releitura da autonomia privada sob o aspecto liberal. Revista de Biodireito e Direitos dos Animais, Brasília, v. 3, n. 1, p. 57-73, jan./jun. 2017.

- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: contratos. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 3.
- CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: MONTEIRO, João Paulo e ou. Filosofia Política 2. Porto Alegre: L&PM Editores; UNICAMP; UFRGS, 1985.
- CRUZ, Maria Luiza da; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. *Revista Bioética*, Brasília, v. 21, n. 3, p. 405-411, 2013.
- DADAUTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista Bioética*, Brasília, v. 21, n. 3, p. 463-476, 2013.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: Contratos. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 4.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 3.
- LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 1, p. 1-22, 2017. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/285/235>. Acesso em: 15 out. 2023.
- MELLO, Cleyson de Moraes. Direito civil: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.
- MIKAMI, Andrea de Pula Resende. Testamento Vital. *Jus Navegandi*. 25 maio 2023. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/104285/testamento-vital>. Acesso em: 15 out. 2023.
- PEREIRA, Luciana Mendes. Direito e análise de discurso: a construção significação no testamento vital. 2016. 206 f. Tese (Doutorado em Estudos da Linguagem) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2016.
- RAMOS, César Augusto. A cidadania como intitulação de direitos ou atribuição de virtudes cívicas: liberalismo ou republicanismo? Síntese – *Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, v. 33, n. 105, p. 77-115, 2006.
- ROPPO, Enzo. O contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1947.
- STRIQUER SOARES, Marcos Antônio. Contradições entre liberdade e igualdade e a necessidade de uma racionalidade dialógica. In: GONÇALVES, Anabela (org.). Congresso Luso-Brasileiro de Direito e Desenvolvimento Sustentável: Escola de Direito da Universidade do Minho / JusGov, jun. 2023. p. 21-27. Disponível em: https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/85363/1/Congresso%20Luso_Brasileiro.pdf. Acesso em: 16 out. 2023.
- TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 9. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. v. 3.

Efetividade do Direito à Consulta Prévia dos Povos Indígenas e Tradicionais: os casos da Bolívia e do Equador

*Effectiveness of the Right to Prior Consultation of Indigenous and Traditional Peoples: the cases of Bolivia
and Ecuador*

Marco Aurélio Gumieri Valério¹

Sumário: Resumo; Palavras-chave; Abstract; Keywords; **1.** Introdução; **2.** Bolívia e Equador: cenário formal-institucional; **3.** O direito à consulta livre, prévia e informada na Bolívia e no Equador; **4.** A dependência da atividade extrativista como possível motivo de inefetividade; **5.** Conclusão; **6.** Referências.

Resumo

O direito à consulta livre, prévia e informada é estabelecido, em nível internacional, pela Convenção nº 169 da OIT, pela Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas e pela Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, sendo entendido como expressão do princípio da autodeterminação. A elaboração deste estudo envolveu a realização de pesquisa exploratória e descritiva, por meio documental, no que diz respeito aos textos legais; e bibliográfico, no que diz respeito ao uso de fontes secundárias que abordam o tema. Os resultados obtidos indicaram diferenças no grau de positividade do direito à consulta nos sistemas jurídicos da Bolívia e do Equador desde uma perspectiva material; no entanto, não confirmaram um maior compromisso tanto da Bolívia quanto do Equador com a eficácia do direito à consulta. A análise mostrou que a concretização do direito à consulta livre, prévia e informada apresenta falhas apesar do compromisso destes países a nível internacional e das diferenças em relação a um maior ou menor grau de proteção constitucional ou legal no âmbito dos respectivos regulamentos internos.

Palavras-chave: Direito à consulta livre, prévia e informada; Princípio da autodeterminação dos povos indígenas e tradicionais; Efetividade do direito à consulta.

Abstract

The right to free, prior and informed consultation is established, at the international level, by ILO Convention No. 169, by the United Nations Declaration on Indigenous Peoples and by the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, being understood as an expression of the principle of self-determination. The preparation of this study involved carrying out exploratory and descriptive research, through documents, with regard to legal texts; and bibliographic, with regard to the use of secondary sources that address the topic. The results obtained indicated differences in the degree of positivity of the right to consultation in the legal systems of Bolivia and Ecuador from a material perspective; however, they did not confirm a greater commitment from both Bolivia and Ecuador to the effectiveness of the right to consultation. The analysis showed that the implementation of the right to free, prior and informed consultation presents flaws despite the commitment of these countries at an international level and the differences in relation to a greater or lesser

¹ Professor da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo; Professor do Programa de Pós-graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo; Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Doutor em Sociologia pela Faculdade de Ciências e Letras da Universidade Estadual Paulista. E-mail: marcoaureliogv@usp.br

degree of constitutional or legal protection within the scope of their respective internal regulations.

Keywords: Right to free, prior and informed consultation; Principle of self-determination of indigenous and traditional peoples; Effectiveness of the right to consultation.

1. Introdução

O direito à consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas e tradicionais (ou apenas “direito à consulta prévia” ou “direito à consulta”) situa-se em um rol mais amplo de direitos políticos e de participação indígena que representam a concretização do princípio da autodeterminação desses povos e a superação do paradigma assimilacionista predominante até a redação dada ao tema pela Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) nº 169, aprovada no dia 27 de junho de 1989 na Cidade de Genebra, na Suíça, seguida pela Declaração sobre Povos Indígenas, da Organização das Nações Unidas (ONU), aprovada no dia 13 de setembro de 2007 na cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, e ainda pela Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Organização dos Estados Americanos (OEA), aprovada no dia 15 de junho de 2016, na cidade de Santo Domingo, na República Dominicana.

A adesão a esses textos internacionais é grande entre os países da América Latina, que se comprometeram, assim, a realizarem procedimentos de consulta prévia sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas com potencial de afetar seus povos indígenas e tradicionais, por meio da realização de procedimentos apropriados que considerem as instituições representativas desses povos. O interesse que o tema desperta na região deve-se à forte presença de povos indígenas e tradicionais, bem como ao histórico de conflitos em relação à garantia de seus direitos.

Consta do relatório publicado pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal), intitulado “Povos Indígenas na América Latina: Progressos da Última Década e Desafios para Garantir seus Direitos”, dados de 2010 que indicam uma população indígena de cerca de 45 milhões de pessoas, representando 8,3% da população total da região, distribuída em aproximadamente 826 (oitocentos e vinte e seis) povos.²

A Bolívia se destacou como um dos países da América Latina com maior população indígena, apresentando povos que superavam um milhão de pessoas, como o Quíchua, com aproximadamente 1,84 milhões de pessoas, e o Aimara, com aproximadamente 1,6 milhões,

² COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA. Os Povos Indígenas na América Latina: Avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos. Chile, 2015, p. 42. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/publicaciones/37773-os-povos-indigenas-america-latina-avancos-ultima-decada-desafios-pendientes>. Acesso em 26 de janeiro de 2023.

com a população indígena superando a não indígena. O relatório da Cepal estimou que 62,2% do total da população boliviana era composta por indígenas, que somavam 6.216.026 pessoas, distribuídas entre 39 povos. Já no Equador, a participação indígena na população total foi estimada em 7%, com cerca de um milhão de pessoas.³

Bolívia e Equador ainda se destacam por serem os mais autênticos representantes do chamado “Novo Constitucionalismo Latino-Americano”. A Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia (*Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*) e a Constituição da República do Equador (*Constitución de la República del Ecuador*). Seus textos fundamentais têm sido entendidos, na lição de Wolkmer como um espaço estratégico de inspiração e de legitimação, para impulsionar o desenvolvimento de vanguarda no âmbito das novas sociabilidades coletivas e dos direitos aos bens comuns naturais e culturais.⁴

O modelo de país do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, que pode ser chamado de “estado constitucional ambiental”, de “estado de *welfare* ambiental” – em razão do forte garantismo voltado ao meio ambiente – ou, ainda, de “estado plurinacional” ou de “estado pluralista multiétnico” – por causa da variedade de povos que compõem a população – promoveria a própria *refundação* do estado sobre novas bases que outorgam um valor fundamental à biodiversidade e à sociobiodiversidade,. Assim, as cartas políticas da Bolívia e do Equador preveem a plurinacionalidade e a interculturalidade como qualidades fundadoras de seus países, o que significa dizer que prometem o máximo respeito ao princípio da autodeterminação dos diferentes grupos e etnias sob seus territórios. Desde a entrada em vigor, contudo, esteve clara a existência de um grande desafio relacionado à redução da distância entre a realidade formal e a material desses textos fundamentais para a concretização da eficácia social dos direitos constitucionalmente garantidos a esses povos, na explicação de Melo.⁵

Este trabalho se propõe a analisar se a identificação da Bolívia e do Equador como pertencentes ao movimento do Novo Constitucionalismo Latino-Americano consiste em elemento capaz de dotar o direito à consulta livre, prévia e informada de seus povos indígenas e tradicionais de uma real efetividade. A pretensão deste estudo é o de se credenciar entre as

³ COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA (CEPAL). Os Povos Indígenas na América Latina: Avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos. Chile, 2015, p. 42. Disponível em <https://www.cepal.org/pt-br/publicaciones/37773-os-povos-indigenas-america-latina-avancos-ultima-decada-desafios-pendientes>. Acesso em 26 de janeiro de 2023.

⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Crítico e Perspectivas para um Novo Constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; e MELO, Milena Petters (orgs.). Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 39.

⁵ MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: Neoconstitucionalismo? In: WOLKMER, Antonio Carlos; e MELO, Milena Petters (orgs.). Constitucionalismo Latino-Ametricano: Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 76-7.

análises que, para além do exame dos textos constitucionais e infraconstitucionais da Bolívia e do Equador, voltam-se para os desafios relacionados à sua implementação.

Parte-se da constatação de que o tema do Novo Constitucionalismo Latino-Americano tem sido avaliado com alguma ingenuidade, de forma que se pretende, por meio desta pesquisa, trazer uma visão sobre o que de fato ocorre com o direito à consulta prévia. Para tanto, além da perspectiva da sua positivação no âmbito formal-institucional de cada estado, será levada em conta a bibliografia mais recente sobre a sua efetividade nesses países.

A elaboração deste estudo envolveu a realização de pesquisa exploratória e descritiva, por meio documental, no que corresponde aos textos legais; e bibliográfico, no que concerne ao uso de fontes secundárias que abordam o tema.

2. Bolívia e Equador: Cenário Formal-Institucional

Bolívia e Equador possuem em suas Constituições disposições específicas sobre o direito à consulta livre, prévia e informada de povos indígenas e tradicionais. Adicionalmente, essas Cartas têm características bastante particulares, que caracterizam o que seria um Novo Constitucionalismo Latino-Americano, ao, dentre outras inovações, disporem sobre Estados plurinacionais e interculturais. Esse aspecto permeia ambos os textos, havendo diversas passagens em que se privilegia o princípio da autodeterminação dos povos.

Especificamente sobre o direito à consulta livre, prévia e informada, destaca-se o artigo 57, alíneas 7 e 17, e o artigo 308 da Constituição do Equador, aprovada em 2008.⁶ Já

⁶ Art. 57. Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: (...) 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. (...) 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos. (...) Art. 398. Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptado por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley. EQUADOR. Constitución de la República del Ecuador. Disponível em: https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf. Acesso em 21 de janeiro de 2023.

a Constituição da Bolívia de 2009 prevê de forma específica a realização de consulta prévia nos artigos 30, II, 15 e 16; artigo 304; artigo 343; artigo 352; e artigo 403.⁷

Ainda que as Constituições repisem de forma bastante assertiva o dever dos Estados com relação à realização da consulta prévia, são poucos os avanços, sendo que em ambos os textos o poder vinculante das consultas permanece em aberto ou é relativizado. Isso significa que as Cartas em questão não tratam da obtenção de consentimento prévio, livre e informado, mas apenas da realização de consulta. Nesse sentido, enquanto a Constituição da Bolívia não traz previsão sobre o resultado da consulta e suas consequências, a Constituição do Equador prevê a atribuição da lei e dos instrumentos internacionais de direitos humanos para definir os critérios segundo os quais o Estado valorará o resultado da consulta, e, no caso de não obtenção do consentimento da comunidade consultada, afirma que se procederá conforme à própria Carta e à lei, e que a decisão de executar ou não o projeto objeto da consulta será adotada por resolução “devidamente motivada” da instância administrativa superior. Ademais, ainda que a Constituição do Equador reconheça o direito à consulta prévia, livre e informada com relação a planos e programas de prospecção, exploração e comercialização de recursos naturais não renováveis, e antes da adoção de uma medida legislativa, o documento não menciona medidas administrativas no geral.

Em nível internacional, ambos os países ratificaram a Convenção n. 169 da OIT e, enquanto para o Equador os tratados internacionais em matéria de direitos humanos estão localizados abaixo da Constituição e acima das leis, para a Bolívia, as convenções internacionais possuem *status* constitucional. Além disso, as cortes constitucionais dos dois

⁷ Artículo 30. (...) II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: (...) 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan. 16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios. (...) Artículo 304. I. Las autonomías indígenas originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias exclusivas: (...) 21. Participar, desarrollar y ejecutar los mecanismos de consulta previa, libre e informada relativos a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas y administrativas que los afecten. (...) Artículo 343. La población tiene derecho a la participación en la gestión ambiental, a ser consultado e informado previamente sobre decisiones que pudieran afectar a la calidad del medio ambiente. (...) Artículo 352. La explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada. (...) En las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios. (...) Artículo 403. I. Se reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley; a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza. (...) ESTADO PLURINACIONAL DE BOLÍVIA. Constitución Política del Estado de Plurinacional de Bolivia. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf. Acesso em 21 de janeiro de 2023.

países já teriam emitido decisões reconhecendo que a Declaração da ONU sobre Povos Indígenas como uma fonte de interpretação para as obrigações estatais, e ambos os Estados aceitam a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁸

Isso significa que a Bolívia e o Equador devem observar os critérios gerais de interpretação de direitos humanos fixados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que vem desenvolvendo uma significativa jurisprudência sobre o direito de consulta e, de modo mais amplo, sobre a participação dos povos indígenas. De acordo com a jurisprudência da Corte, o Estado tem a obrigação de não apenas consultar os povos afetados, mas também de obter o consentimento prévio, livre e informado, de acordo com seus costumes e tradições, quando se trate de planos de desenvolvimento ou investimento em larga escala que tenham maior impacto no território, o que, em tese, deveria ser seguido pelos Estados.

Do ponto de vista internacional, constitucional e legal, assim, pode-se afirmar que tanto a Bolívia quanto o Equador devem respeitar o direito à consulta livre, prévia e informada de seus povos indígenas e tradicionais, sendo que, na Bolívia, a necessidade de obtenção de consentimento prévio foi internalizada em seu arcabouço legislativo. Ademais, a despeito da ausência de regulamentação ampla e geral em nível infraconstitucional, há de se remarcar a existência de regulamentos setoriais mais ou menos bem desenvolvidos em ambos os ordenamentos. Neste contexto, passa-se a investigar a efetividade de tal direito, por meio de uma revisão bibliográfica dos estudos mais recentes sobre o tema.

3. O Direito à Consulta Livre, Prévia e Informada na Bolívia e no Equador

Independentemente de seu pertencimento ao chamado Novo Constitucionalismo Latino-Americano, Bolívia e Equador são comumente identificados entre os países mais comprometidos com os direitos indígenas, ao menos do ponto de vista formal. Isso não significa que seus marcos normativos sejam completos ou compatíveis com os parâmetros internacionais, mas apenas que esses Estados adotam leis, regulamentos ou decretos que versam sobre os processos de consulta em determinados setores econômicos. Dessa forma, a despeito dos avanços constitucionais e legais, o Equador não é tido como um país em que o direito à consulta livre, prévia e informada dos povos indígenas seja exemplarmente respeitado. Embora o Equador tenha implementado uma legislação que prevê a aplicação de

⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração das Nações Unidas sobre Direito dos Povos Indígenas. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em 26 de janeiro de 2023.

consultas prévias, na prática o Estado continuaria apoiando estratégias de desenvolvimento extrativista que desconsideram a vontade dos povos indígenas e tradicionais.⁹

Nesse sentido, Paredes chegou mesmo a afirmar que nunca se havia realizado no Equador processo de consulta prévia que cumprisse com os parâmetros internacionais e nacionais de direitos humanos – apesar da outorga de permissões e licenças ambientais que evidenciam a violação sistemática de tal direito.¹⁰ À mesma conclusão chega Picq, ao dizer, em artigo sobre a resistência indígena a projetos de mineração, que, até 2020, o governo do Equador não teria realizado nenhuma consulta livre, prévia e informada em relação à implementação do que chama de megaprojetos extrativistas.¹¹

No mesmo sentido, Melo reporta o que chama de uma sistemática omissão ou desvirtuação dos deveres relacionados à consulta prévia pelos governos ao longo dos mais de 30 anos que se passaram desde a ratificação da Convenção n. 169 da OIT, sem que o reconhecimento constitucional, a mobilização do movimento indígena ou as condenações nacionais e internacionais das violações do dever estatal tenham representado avanços práticos. O autor menciona como exemplo as condenações da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso do povo Sarayaku, julgado em 2012, e decisões mais recentes da justiça nacional equatoriana a favor das comunidades Aí Cofán de Sinangoe, Waorani de Pastaza e Kichwas del río Piatúa, em 2019, para demonstrar que, a despeito das condenações, nada teria sido feito pelo Estado equatoriano.¹²

A conclusão vai ao encontro de denúncias realizadas por organizações indígenas, afirmando que no Equador os processos de consulta se entendem como audiências de socialização de informações, nas quais o propósito seria apenas obter o acordo dos povos consultados, e não como ferramentas para o efetivo exercício de sua livre determinação. Assim, processos de socialização de informações teriam sido considerados pelo Estado equatoriano como processos de consulta para a obtenção de permissões e licenças

⁹ CEBALLOS, Malka San Lucas. The Failure to consult Indigenous Peoples and obtain their free, prior and informed consent in Ecuador. In WRIGHT, Claire e TOMASELLI, Alexandra (coords.). *The Prior Consultation of Indigenous Peoples in Latin America: Inside the Implementation Gap*. Londres: Routledge, 2019. p. 197.

¹⁰ PAREDES, Natalia (coord.). *Abusos de poder, extractivismos y derechos en la región andina: Informe de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú sobre abusos de poder, extractivismo y situación de la defensa de los derechos humanos, territoriales y ambientales en la región andina*. Ed. La Libre, 2019, p. 72. Disponível em: <https://cedib.org/wp-content/uploads/2020/01/InformeAndino-LibroBOL.pdf>. Acesso em 26 de janeiro de 2023.

¹¹ PICQ, Manuela L. *Resistance to Extractivism and Megaprojects in Latin America*. Oxford Research Encyclopedias, 2020, p. 15.

¹² MELO, Mario. Ecuador: 30 años de Incumplimientos. In *Aportes – Revista de la Fundación para el Debido Proceso (DPLf)*, n. 22, set. de 2020. p. 22. Disponível em <https://dplf.org/es/resources/22-el-derecho-la-consulta-previa-libre-e-informada-30-anos-de-la-adopcion-del-convenio-169>. Acesso em 26 de janeiro de 2023, p. 22.

ambientais, autorizações de uso de água e títulos de concessão minerária, sem a devida realização de processos de consulta prévia, livre e informada.¹³ Já na Bolívia, de 2007 a 2018 aproximadamente 70 (setenta) processos de consulta relacionados a projetos e medidas no setor petrolífero foram concluídos, e o país se destaca dentre aqueles em que o direito interno e a prática da consulta prévia se mostram mais avançados, ainda que seu significado concreto, implementação e efetividade permaneçam altamente contenciosos.¹⁴

As críticas à Bolívia por vezes são elaboradas a partir de um ponto de vista mais amplo, tendo em vista o enfraquecimento das intenções do constituinte de dotar os povos indígenas de autonomia política no geral. Nesse sentido, Crespo menciona um contexto de desmobilização das organizações indígenas após aprovação da Constituição de 2009, que teria resultado na posterior aprovação de leis que restringem o alcance das disposições constitucionais relativas à direitos indígenas. Como resultado, a aposta extrativista do governo teria pressionado os territórios e direitos indígenas, sem possibilidade de resistência pelos autogovernos destes povos. O autor menciona a ampliação da fronteira agrícola, a construção de estradas, hidrelétricas, e o desenvolvimento de projetos minerários e petrolíferos, que teriam reduzido o direito à consulta a um procedimento burocrático, em prejuízo dos compromissos assumidos pelo constituinte. Esta percepção se aplica igualmente ao Equador, que assistiu nos últimos anos a um aumento da atividade extrativista minerária em seu território.¹⁵

As análises mais recentes sobre a implementação do direito dos povos indígenas e tradicionais à consulta prévia, livre e informada na Bolívia e no Equador, assim, demonstram uma preocupação comum com relação a falta de efetividade dos procedimentos. Dessa forma, embora se reconheça o desenvolvimento formal do tema em nível constitucional, legal ou regulamentar, com base na revisão bibliográfica realizada conclui-se que a aplicação do direito à consulta na Bolívia e no Equador apresenta problemas graves em relação à sua efetividade, sendo geralmente assumido pelas autoridades como um procedimento administrativo para avaliar projetos.

¹³ PAREDES, Natalia (coord.). *Abusos de poder, extractivismos y derechos en la región andina: Informe de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú sobre abusos de poder, extractivismo y situación de la defensa de los derechos humanos, territoriales y ambientales en la región andina*. Ed. La Libre, 2019, p. 72. Disponível em: <https://cedib.org/wp-content/uploads/2020/01/InformeAndino-LibroBOL.pdf>. Acesso em 26 de janeiro de 2023.

¹⁴ SCHILLING-VACAFLOR, Almut; FLEMMER, Riccarda. Mobilising free, prior and informed consent (FPIC) from below: A typology of indigenous peoples' agency. *In: International journal on minority and group rights*, v. 27, n. 2, 2020. p. 299.

¹⁵ CRESPO, Marco A. Mendonza. Derecho a la Consulta em Bolivia: Avances Constitucionales y Regresiones Político-institucionales. *In Aportes: Revista de la Fundación para el Debido Proceso (DPLf)*, n. 22, set. de 2020. p. 20-21. Disponível em: <https://dplf.org/es/resources/22-el-derecho-la-consulta-previa-libre-e-informada-30-anos-de-la-adopcion-del-convenio-169>. Acesso em 26 de janeiro de 2023, p. 20.

4. A Dependência da Atividade Extrativista como Possível Motivo de Inefetividade

O nível de comprometimento formal da Bolívia e do Equador em relação ao dever de consultar seus povos, não se reflete na efetiva realização do procedimento ou na efetividade de seus resultados. No fim das contas, os povos indígenas e tradicionais de ambos os Estados permanecem com seu direito à consulta desguarnecido de efeitos práticos, a despeito do alto grau de formalização a este dispensado.

Nesse sentido, é também interessante notar que não foram verificados avanços relevantes no tema entre governos nacionais de posicionamentos políticos progressistas que governam ou governaram a Bolívia e o Equador, identificados com a luta dos povos indígenas por seus direitos. Sobre o assunto, é importante lembrar que a elaboração e aprovação das atuais Constituições dos dois países guardam profundas relações com a mobilização e força política de movimentos sociais indígenas no campo da esquerda.

Na Bolívia e no Equador esses movimentos adotaram o projeto de avançar em direção ao Estado e assumir nele uma posição política, comandando ações coordenadas junto a outros setores populares e de esquerda, de forma que a emergência de Constituições que trataram de forma inédita em relação à multinacionalidade e interculturalidade se deu em um contexto de histórica mobilização e articulação indígena no campo político progressista. Ademais, desde a aprovação de suas atuais Constituições, a Bolívia e o Equador foram governados por progressistas. No caso do Equador, Rafael Correa presidiu o país entre 2007 e 2017, sucedido por Lenin Moreno, eleito com um discurso de continuidade, que governou o país até 2021, quando então Guillermo Lasso, atual presidente, foi eleito representando abertamente um governo de direita e rompendo com o correísmo. A Bolívia, por sua vez, foi governada por Evo Morales de 2006 a 2019, o qual foi sucedido, depois de uma interrupção golpista, por Luis Arce, de 2020 até os dias atuais. Rafael Correa, Lenin Moreno, Evo Moreno e Luis Arce foram todos eleitos como candidatos de esquerda, e governaram durante grandes períodos. Este aspecto político adiciona outra camada na contradição indicada pelos achados da pesquisa, sobre a inefetividade do direito à consulta no Equador e na Bolívia. Isso porque, a partir de seus discursos e compromissos públicos com o respeito à Constituição e aos direitos dos povos indígenas, era de se esperar que, principalmente durante os governos Correa e Morales, se tivesse solidificado no Equador e na Bolívia um histórico de consultas prévias efetivas e adequadas – o que, no entanto, não se verificou. A seguir busca-se uma

explicação para esse conflito, dentre outras possíveis, como bem desenvolvem Urquidi, Teixeira e Lana.¹⁶

Sugere-se, por hipótese, que a persistente inefetividade do direito à consulta prévia mesmo sob governos ideologicamente alinhados à ampliação e fortalecimento dos direitos indígenas possa ser explicada pela relevância econômica das medidas e obras que deveriam ser objeto dos procedimentos de consulta. Isso porque, conforme os resultados acima descritos, há uma percepção de que o direito à consulta seja menos efetivo conforme o projeto ou medida pretendido envolva maior interesse econômico, comumente relacionado às indústrias extrativistas interessadas na exploração de recursos naturais.

Haveria, assim, um desinteresse por parte do Estado – independentemente do posicionamento político de seu governo – em obstaculizar a realização de projetos extrativistas, o que poderia ocorrer caso o dever de consulta fosse realizado de forma adequada. Os interesses econômicos do Estado seriam priorizados em relação aos direitos dos povos indígenas e tradicionais a serem consultados – mesmo que tal ordem de prioridades não transpareça no discurso político dos governantes.

Dentro desta chave interpretativa, a importância econômica da atividade extrativista seria mais determinante para o fortalecimento ou enfraquecimento do direito à consulta do que o posicionamento político-ideológico de governos centrais tidos como de esquerda, ou progressistas. Ainda que não trate do tema da consulta prévia, a conceituação de Gudynas sobre o que chamou no início dos anos 2010 de “neoextrativismo progressista” corrobora com essa hipótese, diferenciando do “extrativismo clássico”. Segundo o autor, trata-se de duas categorias de extrativismos praticados no continente latino-americano ao longo das últimas décadas. Em comum, ambos os modelos se baseariam na expansão de atividades caracterizadas pela exploração de grandes volumes de recursos naturais visando serem exportados como *commodities*, dependentes de economias de enclave. Essas atividades podem estar localizadas, como é o caso dos campos petrolíferos ou de minas, ou podem ser espacialmente abrangentes, com é o caso do monocultivo de soja.¹⁷

O chamado de “extrativismo clássico”, seria aquele próprio de governos conservadores ou neoliberais, em que empresas transnacionais possuem um papel

¹⁶ URQUIDI, V.; TEIXEIRA, V.; LANA, E. Questão Indígena na América Latina: Direito Internacional, Novo Constitucionalismo e Organização dos Movimentos Indígenas. *In: Cadernos PROLAM/USP: Brazilian Journal of Latin American Studies*, nº 7. São Paulo, 2008. p. 208-9. Disponível em <https://doi.org/10.11606/issn.1676-6288.prolam.2008.82316>. Acesso em 16 de janeiro de 2023.

¹⁷ GUDYNAS, Eduardo. Estado compensador y nuevos extractivismos: Las ambivalencias del progresismo sudamericano. *In: Nueva sociedad*, n. 237, 2012. p. 131-2. Disponível em: <https://www.nuso.org/revista/237/los-laberintos-del-capitalismo/>. Acesso em 23 de janeiro de 2023.

preponderante, e os Estados se restringem a servir à tal transnacionalização, com regulações e controles bastante limitados. Nesse modelo, acredita-se que o extrativismo gere crescimento econômico e que este, por seu turno, “se derrame” sobre toda a sociedade. Já o “extrativismo progressista”, que seria verificado sob governos progressistas, compreenderia a continuidade de algumas características do modelo clássico, mas também a ocorrência de mudanças, como a nacionalização de recursos (por exemplo, as nacionalizações do setor de petróleo e gás na Bolívia, Equador e Venezuela). O Estado possuiria um papel muito mais ativo no “extrativismo progressista” do que no “extrativismo clássico”, seja por exercer uma participação direta (por meio de empresas estatais, por exemplo), ou indireta (por meio do provimento de assistência financeira, subsídios, apoios em infraestrutura, etc.); e o empresariado transnacional, ainda presente, assumiria formas associativas, tais como a prestação de serviços ou conformação de *joint ventures* para a comercialização dos recursos objeto da atividade extrativista, conforme Gudynas.¹⁸

Ademais, também as bases conceituais a partir das quais o novo extrativismo seria defendido teriam sido atualizadas. O modelo “neoextrativista” seria defendido pelos governos progressistas por viabilizar a arrecadação de fundos que seriam utilizados em programas de combate à pobreza e outros no campo da justiça social, direta ou indiretamente. O modelo, assim, ganharia uma substantiva legitimação social e política, ao ser defendido por tais governos como um componente indispensável para o desenvolvimento e combate à pobreza. Junto a outros componentes e novas articulações, o neoextrativismo atualizaria ideias tradicionais do desenvolvimentismo latino-americano, baseadas na intensa apropriação da natureza e recursos naturais, que passariam, sobre novas bases conceituais, a ser defendidas não apenas pelos progressistas, mas por amplos setores da sociedade, novamente remetendo aos ensinamentos de Gudynas.¹⁹

Os governos progressistas, portanto, não teriam rompido com a lógica de exploração extrativista do território, o que poderia ter significado maior comprometimento com direitos que comumente conflitam com tais atividades – relacionados ao meio ambiente e ao direito dos povos tradicionais, principalmente. Nesse sentido, as ideias de Gudynas ajudam a explicar a invariabilidade do descumprimento do dever estatal em realizar consultas e de

¹⁸ GUDYNAS, Eduardo. Estado compensador y nuevos extractivismos: Las ambivalencias del progresismo sudamericano. *In: Nueva sociedad*, n. 237, 2012. p. 133-4. Disponível em: <https://www.nuso.org/revista/237/los-laberintos-del-capitalismo/>. Acesso em 23 de janeiro de 2023.

¹⁹ GUDYNAS, Eduardo. Estado compensador y nuevos extractivismos: Las ambivalencias del progresismo sudamericano. *In: Nueva sociedad*, n. 237, 2012. p. 134-5. Disponível em: <https://www.nuso.org/revista/237/los-laberintos-del-capitalismo/>. Acesso em 23 de janeiro de 2023.

obter o consentimento livre, prévio e informado dos povos consultados ao longo das últimas décadas na Bolívia e no Equador, a despeito da presença de governos progressistas.

Sustentar que haja relação entre os dois temas, contudo, não significa condicionar o cumprimento do dever de consulta pelos Estados à superação do modelo extrativista. A despeito da tensão constante entre, de um lado, o respeito ao direito à consulta e, do outro lado, interesses econômicos envolvidos em projetos ambientalmente problemáticos, não existe, no plano jurídico, qualquer condicionante à efetivação dos compromissos assumidos pelos Estados em âmbito internacional e nacional.

A realização de consultas não deveria ser entendida como um tema de debates, considerando sua solidez com que se inscreve direito internacional. O comprometimento dos Estados em nível internacional e/ou interno, constitucional ou legal, já deveria ser suficiente para que o direito em questão fosse respeitado, não tendo sido encontradas neste estudo justificativas legítimas para a falta de disposição dos Estado em realizar os procedimentos de consulta ou em se comprometer com seus resultados, segundo Picq.²⁰

Reconhece-se, assim, que a hipótese levantada sobre o “neoextrativismo progressista” não explica todos os aspectos da contradição apontada nos resultados da Bolívia e do Equador. Ela não explica, por exemplo, porque há diferenças tão grandes entre um cenário de total desatenção ao direito à consulta, no Equador, e outro distinto na Bolívia, em que os procedimentos de consulta são realizados com alguma frequência, porém reduzidos a meras formalidades; ou porque se teria observado uma desmobilização política indígena após a aprovação dessas Constituições a despeito da manutenção de abusos.

Ainda, não é possível sustentar que uma menor dependência de atividades extrativistas resultaria necessariamente em maior efetividade do direito à consulta, sendo necessários estudos complementares sobre a questão. Em todo caso, os estudos como o de Pirsoul sobre o direito à consulta realizados em Estados com perfis tão diferentes quanto Colômbia e Nova Zelândia demonstram resultados similares ao encontrados neste estudo, quanto a persistência de sua baixa efetividade prática e redução da consulta à procedimento meramente burocrático.²¹ Caso houvesse uma relação direta entre dependência de atividades extrativistas e efetividade do direito à consulta, como variáveis inversamente proporcionais, seria de se esperar que houvesse alguma variação nos resultados das análises sobre diferentes países, como os citados, o que, no entanto, não costuma ocorrer. De toda forma, acredita-se

²⁰ PICQ, Manuela L. Resistance to Extractivism and Megaprojects in Latin America. Oxford Research Encyclopedias, 2020, p. 14.

²¹ PIRSOUL, Nicolas. The deliberative deficit of prior consultation mechanisms. Australian Journal of Political Science, 54:2, 2019. p. 254.

que a persistente dependência das economias da Bolívia e do Equador em relação à atividade extrativista configure um aspecto relevante, que contribui para um entendimento da questão.

5. Conclusão

Inicialmente, sobre o que diz respeito aos achados da pesquisa, pode-se afirmar que, do ponto de vista formal, Bolívia e Equador se comprometem a observar o dever de realizar consultas prévias, livres e informadas de seus povos indígenas e tradicionais. Em âmbito internacional, os dois estados se obrigam com a Convenção n. 169 da OIT, que possui força vinculante, e com a Declaração da ONU sobre Povos Indígenas e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas da OEA.

No que diz respeito à internalização de tal direito, as Constituições da Bolívia e do Equador o consagram de maneira mais completa, ainda que, em ambos os textos, o poder vinculante das consultas permaneça em aberto ou seja relativizado, ademais, em ambos os países existem normas aplicáveis a setores específicos, com algum grau de detalhamento sobre como deve se dar a condução dos respectivos procedimentos, a despeito de tampouco nestes estados haver regulamentos amplos e gerais.

Sob a perspectiva material, contudo, não se confirmou um maior comprometimento dos estados equatoriano e boliviano com a efetividade do direito à consulta. A análise da literatura demonstrou que a efetivação do direito à consulta livre, prévia e informada é falha na Bolívia e no Equador, a despeito do comprometimento dos estados, em nível internacional, e das diferenças em relação a sua maior ou menor constitucionalização ou regulamentação pelo direito interno dos países. Existem, contudo, algumas particularidades a serem apontadas.

Destaca-se a realização de numerosos procedimentos de consulta pela Bolívia, em contraposição a inobservância desse dever de forma sistemática pelo Equador, que, no geral, sequer realiza procedimento que possa ser entendido como consultas prévias. Na Bolívia, portanto, a discussão gira em torno do tratamento dispensado aos resultados das consultas, sobre seu caráter meramente formal e não vinculante, e sobre como a regulamentação tende a progressivamente enfraquecer e esvaziar o poder político dos povos consultados. Já no Equador, sequer a realização dos procedimentos de consulta é observada.

Pontuadas tais particularidades, as conclusões obtidas contrariam a expectativa sobre a garantia do direito à consulta em ambos os países. Notou-se uma contradição entre a caracterização desses Estados como plurinacionais e interculturais, e seu pouco comprometimento em dotar de efetividade o direito à consulta prévia de seus povos,

entendido como um desdobramento de sua autodeterminação. Dessa forma, ao menos no que diz respeito ao direito à consulta, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano não pareceu capaz de garantir o exercício da autodeterminação e autonomia dos povos indígenas e tradicionais. Esta conclusão reforça a vertente da literatura que vê limitações no Novo Constitucionalismo Latino-Americano, no que diz respeito, em específico, ao direito à consulta livre, prévia e informada, e, de forma geral, à garantia do exercício dos povos indígenas e tradicionais a sua autodeterminação.

A contradição verificada pode ser parcialmente explicada pela persistência da dependência de atividade extrativista, percebida como grande causadora de impactos nos territórios e modos de vida dos povos indígenas e tradicionais. Assim, possíveis caminhos para novos estudos que se debruçam sobre o assunto podem investigar sua conexão com o modelo extrativista atual. O nexo entre sistemas de exploração do território e sua governança se torna cada vez mais relevante em um contexto de agravamento da crise climática e reflexão sobre modelos de desenvolvimento alternativos, que tragam menores impactos ambientais.

O direito à consulta prévia, livre e informada revela potencial para exercer um papel chave no desenho de tais novos modelos, de forma que análises sobre como tornar o direito à consulta efetivo poderão contribuir com reflexões mais amplas relacionadas à justiça ambiental e à mitigação e reversão dos efeitos da crise climática.

Há diversos possíveis caminhos para novos estudos que visem analisar o tema da falta de efetividade do direito à consulta prévia na América-Latina. Inúmeras outras hipóteses que não foram exploradas neste estudo podem ajudar a explicar a situação, tais como, por exemplo: *(i)* a existência de uma certa tradição latino-americana relacionada ao entendimento de que nem todas as leis são feitas para serem cumpridas; *(ii)* a análise sobre como características dos povos indígenas de cada Estado, como numerosidade ou densidade da população, por exemplo, podem ou não influenciar os resultados; *(iii)* a necessária discussão sobre quão impositivas são as condenações contra o Estado em âmbito internacional e nacional; e *(iv)* a análise de eventuais efeitos de uma maior ou menor representatividade de povos indígenas e tradicionais entre os aplicadores da lei, dentre tantos outros caminhos.

6. Referências

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA. Os Povos Indígenas na América Latina: Avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos. Chile, 2015. Disponível em: <https://www.cepal.org>. Acesso em 26 jan. 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pueblos indígenas Comunidades afrodescendientes industrias extractivas. CIDH, 2015. Disponível em: <http://www.oas.org>. Acesso em: 26 jan. 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales. CIDH, 2021. Disponível em: <https://www.oas.org>. Acesso em: 26 jan. 2023.

CRESPO, Marco A. Mendonza. Derecho a la Consulta em Bolivia: Avances Constitucionales y Regresiones Político-institucionales. *In* Aportes: Revista de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF), n. 22, set. de 2020. p. 20-21. Disponível em: <https://dplf.org>. Acesso em: 26 jan. 2023.

ECUADOR. Constitución de la República del Ecuador. Disponível em: <https://www.defensa.gob.ec>. Acesso em: 21 jan. 2023.

ESTADO PLURINACIONAL DE BOLÍVIA. Constitución Política del Estado de Plurinacional de Bolivia. Disponível em: <https://www.oas.org>. Acesso em: 21 jan. 2023.

GUDYNAS, Eduardo. Estado compensador y nuevos extractivismos: Las ambivalencias del progresismo sudamericano. *In*: Nueva sociedad, n. 237, 2012. p. 128-146. Disponível em: <https://www.nuso.org/revista/237/los-laberintos-del-capitalismo/>. Acesso em 23 jan.2023.

MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: Neoconstitucionalismo? *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; e MELO, Milena Petters (orgs.). Constitucionalismo Latino-Américano: Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 59-87.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Disponível em: <https://www.oas.org>. Acesso em: 26 jan. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <https://www.oas.org>. Acesso em: 26 jan. 2023.

PAREDES, Natalia (coord.). Abusos de poder, extractivismos y derechos en la región andina: Informe de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú sobre abusos de poder, extractivismo y situación de la defensa de los derechos humanos, territoriales y ambientales en la región andina. Ed. La Libre, 2019. Disponível em: <https://cedib.org>. Acesso em: 26 jan. 2023.

PICQ, Manuela L. Resistance to Extractivism and Megaprojects in Latin America. Oxford Research Encyclopedias, 2020.

PIRSOUL, Nicolas. The deliberative deficit of prior consultation mechanisms. Australian Journal of Political Science, 54:2, 2019. p. 255-271.

URQUIDI, V.; TEIXEIRA, V.; LANA, E. Questão Indígena na América Latina: Direito Internacional, Novo Constitucionalismo e Organização dos Movimentos Indígenas. *In*: Cadernos PROLAM/USP, nº 7. São Paulo, 2008. p. 199-222. Disponível em <https://doi.org>. Acesso em 16 jan. 2023.

SCHILLING-VACAFLOR, Almut; FLEMMER, Riccarda. Mobilising free, prior and informed consent (FPIC) from below: A typology of indigenous peoples' agency. *In*: International journal on minority and group rights, v. 27, n. 2, 2020. p. 291-313.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. *In*: MORAES, Germana de Oliveira, GARCIA, Marcos Leite e UNNEBERG, Flávia Soares (org.). Para Além das Fronteiras: O Tratamento Jurídico das Águas na UNASUL, Parte 1. Itajaí: Univali, 2012.

A Contratação Pública “Verde” “Green” Public Procurement

Marco Rodrigues¹

Patrícia Anjos Azevedo²

Sumário: 1. Introdução. 2. Princípios gerais da contratação pública (principais destaques). 2.1. Princípio da prossecução do interesse público. 2.2. Princípio da proporcionalidade. 2.3. Princípios da legalidade e da discricionariedade. 2.4. Princípio da concorrência. 2.4.1. Manifestações do princípio da concorrência. 2.5. Princípios da igualdade e da não discriminação. 2.6. Princípios da transparência e da publicidade. 2.7. Princípios da imparcialidade e da boa fé. 2.8. Princípios da colaboração e da participação. 3. A contratação pública como instrumento de proteção do ambiente. 3.1. As preocupações concorrenciais e as considerações ambientais no âmbito de instrumentos de Direito internacional e da UE: especial destaque para a Diretiva 2014/24/EU. 3.2. O Acórdão Concordia Bus. 3.3. O princípio do caráter voluntário das considerações ambientais na contratação pública e a concorrência. 4. Considerações finais. Referências.

Resumo: O art.º 1.º-A do Código dos Contratos Públicos (CCP) estabelece, no seu n.º 1, que na formação e execução dos contratos públicos devem ser respeitados os princípios gerais decorrentes da Constituição da República Portuguesa (CRP), dos Tratados da UE e do Código do Procedimento Administrativo (CPA), em especial os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa-fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade, bem como os princípios da concorrência, da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação. O objetivo primário (ou principal) da contratação pública trata-se da racionalidade económica. Neste seguimento, via de regra, os processos de compras terão de ser pautados pela preocupação com os custos, tendo em conta uma boa relação qualidade-preço. Comprar com racionalidade económica passa por seguir processos de compras dirigidos à consideração dos custos, numa ideia de racionalidade económica, e sem descurar determinados princípios, como é o caso do princípio da concorrência. A legislação referente à contratação pública vem contemplar procedimentos que levam à compra de acordo com critérios económicos, com atenção para os custos, que corresponderão a um importante fator de avaliação em matéria de compras públicas. No âmbito dos procedimentos de contratação pública, as considerações ambientais são perfeitamente compatíveis com as preocupações de cariz puramente económico.

Palavras-chave: contratação pública; considerações ambientais; contratação pública “verde”.

Abstract: Article 1.º-A of the Public Contracts Code (CCP) establishes, in paragraph 1, that in the formation and execution of public contracts, the general principles arising from the Constitution of the Portuguese Republic (CRP) must be respected, of the EU Treaties and the Code of Administrative Procedure (CPA), in particular the principles of legality, pursuit of the public interest, impartiality, proportionality, good faith, protection of trust,

¹ Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais, Universidade Portucalense, Infante D. Henrique.
Email: mrodrigues998@hotmail.com.

² Prof.ª Adjunta na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico do Porto.
Email: patricia_anjos_azevedo86@hotmail.com.

sustainability and responsibility, as well as such as the principles of competition, advertising and transparency, equal treatment and non-discrimination. The primary (or main) objective of public procurement is economic rationality. In this context, as a rule, purchasing processes will have to be guided by concerns about costs, taking into account a good quality-price ratio. Buying with economic rationality involves following purchasing processes aimed at considering costs, with an idea of economic rationality, and without neglecting certain principles, such as the principle of competition. The legislation relating to public procurement includes procedures that lead to purchases in accordance with economic criteria, with attention to costs, which will correspond to an important evaluation factor in terms of public procurement. Within the scope of public procurement procedures, environmental considerations are perfectly compatible with concerns of a purely economic nature.

Keywords: public procurement; environmental considerations; “green” public procurement.

1. Introdução

O objetivo primário (ou inicial) da regulamentação da contratação pública trata-se da racionalidade económica. Comprar com racionalidade económica passa, em princípio, por seguir processos de compras dirigidos à consideração dos custos, custos esses que deverão ser inferiores aos resultados da atividade. A legislação referente à contratação pública vem contemplar procedimentos que levam à compra de acordo com critérios económicos, com atenção para os custos, que corresponderão a um importante fator de avaliação em matéria de compras públicas.

Convém ainda aludirmos à proteção da concorrência (e à igualdade de oportunidades), no sentido do acesso às vantagens económicas que decorrem da celebração de contratos públicos. Destarte, o Estado tem de publicitar que pretende ir ao mercado, anunciando aos potenciais “fornecedores” aquilo que é pretendido, com a finalidade de receber diversas propostas, que vai avaliar de acordo com o critério da “proposta economicamente mais vantajosa” (PEMV), com vista à obtenção do “*best value for public money*” (proteção do interesse público financeiro e defesa dos contribuintes).

Com a reforma de 2014 das Diretivas da contratação pública³, a abertura do Direito da União Europeia (UE) à “utilização estratégica da contratação pública” veio alargar o potencial regulador dos contratos públicos, com especial enfoque para o facto de a adjudicação dos contratos se tratar de uma ferramenta que ultrapassa a intenção imediata – e mais visível – da compra. As referências doutrinárias e jurisprudenciais, designadamente por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), às “políticas secundárias” e às

³ *V.g.*, Diretivas 2014/23/UE (relativa à adjudicação de contratos de concessão), 2014/24/UE (relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE) e 2014/25/UE (relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE), todas de 26 de fevereiro de 2014.

“políticas horizontais” da contratação pública⁴ vieram dar o mote no sentido da consagração de fatores sociais e ambientais nos critérios de adjudicação e nas condições de execução dos contratos.

A título de exemplo, no considerando 95 da Diretiva 2014/24/UE, pode ler-se: “*é extremamente importante tirar o máximo proveito do potencial dos contratos públicos para cumprir os objetivos da Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*”. Esta regulamentação aponta para a já aludida “utilização estratégica”, que pugna pela realização dos objetivos sociais e ambientais (isto é, a sustentabilidade), bem como por políticas tendentes à inovação e ao desenvolvimento. Também a Comunicação da Comissão Europeia COM (2017) 572 final, de 03 de outubro de 2017, intitulada “Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa” aponta como uma das seis prioridades estratégicas no sentido da transformação da contratação pública num instrumento de política económica de cada Estado-Membro, precisamente a “*adoção generalizada da contratação pública estratégica*”⁵.

2. Princípios Gerais da Contratação Pública (Principais Destaques)

2.1. Princípio da Prossecução do Interesse Público

Em termos históricos, a regulamentação da contratação pública surge devido às exigências decorrentes da boa utilização dos dinheiros públicos. Neste sentido, deve afirmar-se que a regulamentação da contratação pública deverá encontrar-se ao serviço da realização do interesse público, designadamente o interesse público financeiro, isto é, o “*best value for money*”. Contudo, este não é o único interesse público a acautelar neste contexto e, daí, ser importante destacar a “utilização estratégica da contratação pública”, que alude à utilização da contratação pública e das compras públicas enquanto instrumento de regulação e de incentivo à inovação tecnológica, à sustentabilidade e às políticas sociais e ambientais, em geral⁶.

2.2. Princípio da Proporcionalidade

⁴ Há autores que utilizam o termo “políticas horizontais”, em vez de “políticas secundárias”, sendo que esta última será uma terminologia mais tradicional. Para maiores desenvolvimentos sobre esta questão doutrinária, veja-se a nota de rodapé n.º 1 do seguinte contributo: Silva, C. F. (2017). “Políticas horizontais Ambientais e Sociais e Concorrência na Contratação Pública: Uma leitura em face do caleidoscópico ambiental e social reforçado pela Diretiva 2014/24/UE e pelo Anteprojeto do Código dos Contratos Públicos”, *in* Revista de Contratos Públicos, n.º 15, pp. 169-202. Coimbra: Cedipre, UC, Almedina.

⁵ Para maiores desenvolvimentos, veja-se: Gonçalves, P. C. (2018). Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina, 3.ª Ed., Vol. I, pp. 340-341.

⁶ Para maiores desenvolvimentos, cfr. Gonçalves, P. C. (2018). Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina, 3.ª Ed., Vol. I, pp. 358-359.

O princípio da proporcionalidade, que se encontra previsto no art.º 1.º-A, n.º 1 do CCP, apresenta uma tripla dimensão, isto é: necessidade, adequação e proibição do excesso (ou proporcionalidade em sentido estrito). Este princípio encontra-se concretizado, por exemplo, no âmbito do concurso limitado, onde se estabelece que os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira devem ser *“adequados à natureza das prestações objeto do contrato a celebrar”* (art.º 165.º, n.º 1 do CCP); ademais, e no que respeita aos impedimentos, o princípio da proporcionalidade manifesta-se no facto de se considerarem impedidas as entidades abrangidas por conflitos de competências *“que não possam ser eficazmente corrigidos por outras medidas menos gravosas que a exclusão”* [art.º 55.º, n.º 1, k)].

2.3. Princípios da Legalidade e da Discricionariedade

O princípio da legalidade trata-se de um princípio fundamental da atuação da Administração Pública. No âmbito da contratação pública aplica-se, naturalmente, este princípio, que estabelece a obediência, na escolha do procedimento, em todas as suas fases, bem como em todas as decisões aí adotadas, à lei (em sentido amplo). Aliás, o desrespeito pela lei, em matéria de contratação pública, pode acarretar a responsabilidade financeira reintegratória e a responsabilidade sancionatória dos decisores públicos. Com a revisão de 2017 do CCP, alargou-se o leque de possibilidades tendentes ao exercício do poder discricionário em matéria de contratação pública.

2.4. Princípio da Concorrência

O princípio da concorrência⁷ encontra-se previsto na parte final do art.º 1.º-A, n.º 1 do CCP e trata-se de um valor nuclear para o Direito da Contratação Pública, muito embora não seja exclusivo deste ramo, já que se aplica quer às relações de Direito Administrativo que se desenvolvem entre a Administração Pública e os particulares; quer às relações de Direito Privado que se estabelecem entre os particulares (neste caso, integrará o Direito da Concorrência)⁸. O princípio da concorrência encontra-se, desde logo, relacionado com o princípio da igualdade, previsto na CRP, e materializa-se na abertura à concorrência, o que remete para a hierarquia dos procedimentos de adjudicação, de acordo com a qual se dá

⁷ Segundo a doutrina de Pedro Fernández Sánchez, *“(…) é de duas fontes superiores que o legislador recebe a obrigação de erguer o princípio da concorrência como centro aglutinador da formação de contratos públicos: (i) por um lado, a concorrência na escolha do co-contratante da Administração constitui um instrumento de criação do mercado interno comunitário; (ii) por outro lado, antes de qualquer imposição externa, é o próprio ordenamento constitucional português que estabelece a defesa da concorrência não só como valor estruturante da organização económica mas também como instrumento de prossecução eficaz do interesse público.”* – Cfr. Sánchez, P. F. (2020). Direito da Contratação Pública. Lisboa: AAFDL Editora, Vol. I, p. 69.

⁸ Para maiores desenvolvimentos, cfr. Gonçalves, P. C. (2018). Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina, 3.ª Ed., Vol. I, pp. 354 e ss.

primazia aos procedimentos abertos de seleção dos concorrentes, em detrimento dos procedimentos de acesso limitado ou fechados (como o ajuste direto, por exemplo). A jurisprudência europeia, recusando as presunções inilidíveis no âmbito das causas de exclusão dos concorrentes, admite que a Administração Pública adjudicante afira, no caso concreto, se se verificam situações ou práticas suscetíveis de falsear a concorrência, tendo como resultado a exclusão dos concorrentes. A concorrência é, muitas vezes, um critério de avaliação dos Tribunais, designadamente no que toca à apreciação da legalidade das decisões e dos procedimentos adotados pelas entidades adjudicantes.

2.4.1. Manifestações do Princípio da Concorrência

A primeira manifestação é do princípio da publicidade. Assim, e quando o valor do benefício económico do contrato a celebrar seja suscetível de despertar interesse no mercado, exige-se que todos os operadores económicos tenham conhecimento de que a Administração pretende contratar. Tal facto manifesta-se na previsão legal de publicação de um ou mais anúncios, exceto se um interesse material superior impuser a respetiva não publicitação (cfr. art.ºs 24.º e seguintes do CCP). Além disso, e para que a participação livre e concorrencial não seja colocada em causa, designadamente mediante a formulação de condições contratuais restritivas, não pode ainda verificar-se qualquer discriminação no procedimento, com o intuito de favorecer ou desfavorecer operadores no mercado – nisto consiste o princípio da não discriminação. São ainda fixados impedimentos à participação no procedimento por parte de operadores que beneficiem de condições privilegiadas à obtenção da adjudicação, pelo facto de, por exemplo, terem participado, direta ou indiretamente, na elaboração das peças do procedimento, na condição de a dita participação falsear as condições concorrenciais – cfr. alínea i) do n.º 1 do art.º 55.º do CCP. Acresce que, tendo diversos operadores económicos manifestado a sua intenção de participar no procedimento, é exigível que a entidade adjudicante lhes atribua um tratamento segundo os ditames da igualdade e da imparcialidade, quer no tocante à apreciação das candidaturas, soluções e propostas, quer ainda no que concerne às informações ou esclarecimentos prestados a cada um deles.

2.5. Princípios da Igualdade e da Não Discriminação

No âmbito do Direito da Contratação Pública, os princípios da igualdade⁹ e da não discriminação encontram-se previstos na Diretiva 2004/18/CE, bem como nas diretivas de

⁹ Nas palavras de Pedro Fernández Sánchez, “(...) o princípio da igualdade preside, por natureza, a qualquer procedimento administrativo: a Administração fica impedida de dispensar um tratamento desigual em casos diversos (...) se não existe um

2014 referentes à Contratação Pública. Por exemplo, a Diretiva 2014/24/UE dita que os concursos não podem ser organizados com o fito de reduzir artificialmente a concorrência – o que acontece, de acordo com a segunda parte do n.º 1 do art.º 18.º da referida Diretiva, quando o concurso se encontra organizado de forma a “favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos”¹⁰. Muito embora não se encontre expressamente previsto no CCP, o princípio da não discriminação trata-se de um corolário do princípio da igualdade de tratamento, materializando-se especialmente no princípio da não discriminação em razão da nacionalidade.

2.6. Princípios da Transparência e da Publicidade

O princípio da transparência tem como finalidade pugnar pela ausência do risco de favoritismos ou de qualquer outro tipo de arbítrio por parte da entidade adjudicante¹¹. Este princípio implica que todas as condições e modalidades do procedimento de adjudicação se encontrem formuladas de forma clara, precisa e unívoca no anúncio ou nas peças do procedimento¹². De notar que um dos corolários mais importantes do princípio da transparência prende-se com o dever de fundamentação das decisões tomadas no decurso dos procedimentos de formação dos contratos. A transparência encontra-se ainda relacionada com a publicidade, o que se materializa no acesso, quer dos participantes no procedimento, quer do público, em geral, às decisões adotadas desde a adjudicação até aos ajustamentos ao contrato¹³.

2.7. Princípios da Imparcialidade e da Boa Fé

Conforme prevê o art.º 9.º do CPA (bem como o n.º 2 do art.º 266.º da CRP), também aplicável no domínio do Direito da Contratação Pública, a Administração Pública deve tratar de forma imparcial todos os interessados, candidatos e concorrentes, atendendo, com base em razões objetivas, aos interesses relevantes no caso concreto e tomando as medidas indispensáveis à isenção administrativa e à confiança nessa isenção¹⁴. As garantias

fundamento constitucionalmente aceitável para essa diferenciação.” – Cfr. Sánchez, P. F. (2020). Direito da Contratação Pública. Lisboa: AAFDL Editora, Vol. I, p. 81.

¹⁰ De notar que o que se encontra aqui em causa trata-se da proibição de favorecimento ou desfavorecimento indevido, não se afastando, aqui, as formas legais de redução da concorrência, tais como os “contratos reservados”.

¹¹ Cfr. Acórdão do TJUE, de 16 de abril de 2015, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, Processo C-278/14.

¹² Cfr. Acórdão do TJUE, de 29 de abril de 2004, *Comissão/CAS Succhi di Frutta*, Processo C-496/99.

¹³ Para maiores desenvolvimentos, cfr. Gonçalves, P. C. (2018). Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina, 3.ª Ed., Vol. I, pp. 362-365.

¹⁴ Neste sentido, e para maiores desenvolvimentos, cfr. Gonçalves, P. C. (2018). Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina, 3.ª Ed., Vol. I, pp. 365-366.

de imparcialidade justificam regras específicas, no CCP, destinadas a prevenir a ocorrência de conflitos de interesses durante o procedimento (como, por exemplo, o art. ° 55.º do CCP, que se refere aos impedimentos).

2.8. Princípios da Colaboração e da Participação

Subjacente ao princípio da colaboração (recíproca) entre a Administração e os particulares (previsto no art. ° 11.º do CPA) encontra-se o princípio da participação dos interessados na formação das decisões ou deliberações que lhes digam diretamente respeito, numa ideia de coresponsabilização pelas decisões (cfr. n.º 5 do art.º 267.º da CRP e art.º 12.º do CPA)¹⁵. Mais concretamente, a legislação sobre contratação pública privilegia, por exemplo, a realização da audiência prévia dos interessados antes da aprovação das decisões finais da entidade adjudicante, sendo que se estabelecem ainda formas específicas de participação no procedimento como, por exemplo, o regime de suprimento de erros e omissões (art.º 50.º do CCP). Com isto, pretende o legislador antecipar, resolvendo, os litígios que possam vir a surgir entre as partes.

3. A contratação Pública como Instrumento de Proteção do Ambiente

3.1. As Preocupações Concorrenciais e as Considerações Ambientais no Âmbito de Instrumentos de Direito Internacional e da UE: Especial Destaque para a Diretiva 2014/24/UE

A possibilidade de atender a considerações ambientais no âmbito da contratação pública foi apenas prevista na reforma de 2004 da regulamentação europeia dos contratos públicos. Numa fase anterior, destaque-se, designadamente, o contributo da Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável aos contratos públicos e as possibilidades de integrar considerações ambientais nos contratos públicos – COM (2001) 274 final. No ano seguinte, surge o Acórdão *Concordia Bus Finland Oy Ab*, do TJUE, referente ao Processo C-513/99, de 17 de setembro de 2002, de que nos ocuparemos a seguir.

Uma nota também para aludir à evolução da regulamentação internacional, designadamente o “Acordo sobre Contratos Públicos” de 1979, celebrado no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), que não continha qualquer menção a considerações ambientais. Com a revisão de 2011, este instrumento passou a determinar que as entidades adjudicantes podem contemplar especificações técnicas tendentes à promoção

¹⁵ Para maiores desenvolvimentos sobre os princípios aqui em causa, cfr. Sánchez, P. F. (2020). Direito da Contratação Pública. Lisboa: AAFDL Editora, Vol. I, pp. 108-110.

da conservação dos recursos naturais e da proteção do ambiente. Também a “Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional” (UNCITRAL) sobre contratação pública vem prever que, quando entendam apropriado, as entidades adjudicantes podem exigir qualificações técnicas e ambientais aos concorrentes, definindo as características ambientais do objeto do procedimento como critério de adjudicação¹⁶.

Dignas de referência são também as iniciativas mais recentes da Comissão Europeia¹⁷ e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE)¹⁸, que se traduzem, no fundo, em manuais que apelam às boas práticas no âmbito da contratação pública ecológica e sustentável.

3.2. O Acórdão Concordia Bus

O Acórdão *Concordia Bus*, do TJUE, referente ao Processo C-513/99 opôs a Concordia Bus Finland Oy Ab à Cidade de Helsínquia e à empresa HKL Bussiliikenne, a propósito da discussão da validade da decisão da comissão de serviços comerciais da cidade de Helsínquia, que adjudicou o contrato relativo à gestão de uma linha da rede de autocarros urbanos desta cidade à HKL. De acordo com o anúncio do concurso, o adjudicatário seria quem apresentasse a proposta mais vantajosa para o município, no plano económico global, tendo em conta três categorias de critérios, a saber: (i) preço global pretendido pela exploração; (ii) qualidade dos autocarros; (iii) gestão da qualidade e do ambiente. Foram recebidas oito propostas, tendo ficado a HKL em primeiro lugar e a Concordia como segunda classificada, facto que levou a que a Concordia interpusesse recurso de anulação da dita decisão, invocando, entre outros argumentos, que a atribuição de pontos adicionais a um material cujas emissões de óxido de azoto e de nível sonoro são inferiores a certos limites não é equitativa, sendo ainda discriminatória. O provimento do recurso foi negado e a Concordia recorreu de tal decisão. O recurso foi, então, reenviado para o TJUE¹⁹. Ora, e na sequência do previsto no art.º 36.º da Diretiva 92/50, de 18 de junho de 1992, o TJUE veio admitir que, na definição da PEMV, as entidades adjudicantes “*podem tomar em consideração*

¹⁶ Neste mesmo sentido, veja-se Gonçalves, P. C. (2018). *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 3.ª Ed., Vol. I, p. 344.

¹⁷ Comissão Europeia (2016). *Buying green! A handbook on green public procurement*. Bélgica: União Europeia, 3.ª edição, disponível em: <https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/Buying-Green-Handbook-3rd-Edition.pdf>.

¹⁸ OECD (2015). *Going Green, Best practices for sustainable procurement*, disponível em: https://www.oecd.org/gov/public-procurement/Going_Green_Best_Practices_for_Sustainable_Procurement.pdf.

¹⁹ Para maiores desenvolvimentos, cfr. a análise presente em: Silva, F. F. (2017). “A contratação pública ecológica – o importante contributo da União Europeia”, in Rodrigues, N. C., Coord. (2017). *Direito Internacional e Europeu da Contratação Pública*. Lisboa: Universidade de Lisboa, pp. 132 e ss, disponível em: https://www.ideff.pt/xms/files/uploads/eBook_ContratacaoPublica_IE_UL.pdf.

critérios ecológicos, como o nível de emissões de óxido de azoto ou o nível sonoro dos autocarros, desde que esses critérios estejam relacionados com o objeto do concurso, não conferem à referida entidade adjudicante uma liberdade de escolha incondicional, estejam expressamente mencionados no caderno de encargos ou no anúncio de concurso e respeitem os princípios fundamentais do direito comunitário, designadamente o princípio da não discriminação.”

3.3. O Princípio do Caráter Voluntário das Considerações Ambientais na Contratação Pública e a Concorrência

Do exposto anteriormente pode concluir-se que o Direito da UE coloca a proteção ambiental como possibilidade e não propriamente como obrigação das entidades adjudicantes. Por isso, convém aqui referir um “*princípio do caráter voluntário das considerações ambientais na contratação pública*”. Contudo, o aludido princípio contempla alguns desvios, previstos legalmente, de uma forma expressa. Desde logo, verifica-se a existência de normas de Direito da UE que impõem considerações ambientais em determinados domínios da contratação pública²⁰.

O facto de se ter em conta a proteção do ambiente nas compras públicas poderá implicar distorções à concorrência, bem como um afastamento do princípio da igualdade de oportunidades dos agentes económicos. Esta situação ocorrerá pela circunstância de determinados agentes económicos ficarem “de fora do mercado público”, por não conseguirem adaptar os seus métodos e processos às exigências tecnológicas em matéria de proteção ambiental, normalmente muito dispendiosas. O afastamento de determinados operadores económicos das compras públicas leva a que diminua o leque de escolha das entidades adjudicantes. Por esse motivo é que se justifica o caráter voluntário das considerações ambientais na contratação pública. Neste sentido, a UE apresenta como meramente excecional a imposição da proteção ambiental nas políticas de contratação pública, optando pela regra da possibilidade das considerações ambientais.

4. Considerações Finais

No âmbito dos procedimentos de contratação pública, as considerações ambientais são perfeitamente compatíveis com as preocupações de cariz puramente económico. Importa aqui salientar que as considerações ambientais se compaginam, especialmente, com a abordagem do CCV. Quer isto dizer que, muito embora determinadas compras de produtos

²⁰ Seguimos, nesta parte da nossa exposição, os mesmos exemplos apresentados por Pedro Costa Gonçalves *in* Gonçalves, P. C. (2018). Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina, 3.^a Ed., Vol. I, pp. 342-343.

com grande eficiência energética, pelo facto de evidenciarem a utilização de tecnologias de última geração, possam apresentar um custo inicial mais elevado, em termos de utilização poderão apresentar um custo muito inferior, quando comparadas, por exemplo, com compras menos eficientes, energeticamente falando. Tal facto faz com que surjam, com alguma frequência, tensões entre as preocupações económicas e a proteção ambiental. Acresce que os aparentes mais elevados custos económicos poderão gerar externalidades positivas, tais como a conservação de recursos finitos ou a diminuição da emissão de gases com efeito de estufa.

Referências

- Comissão Europeia (2016). *Buying green! A handbook on green public procurement*. Bélgica: União Europeia, 3.^a edição, disponível em: <https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/Buying-Green-Handbook-3rd-Edition.pdf>
- Gonçalves, P. C. (2018). *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 3.^a Ed., Vol. I.
- OECD (2015). *Going Green, Best practices for sustainable procurement*, disponível em: https://www.oecd.org/gov/publicprocurement/Going_Green_Best_Practices_for_Sustainable_Procurement.pdf.
- Sánchez, P. F. (2020). *Direito da Contratação Pública*. Lisboa: AAFDL Editora, Vol. I.
- Silva, C. F. (2017). “Políticas horizontais Ambientais e Sociais e Concorrência na Contratação Pública: Uma leitura em face do caleidoscópio ambiental e social reforçado pela Diretiva 2014/24/UE e pelo Anteprojeto do Código dos Contratos Públicos”, *in* *Revista de Contratos Públicos*, n.º 15, pp. 169-202. Coimbra: Cedipre, UC, Almedina.
- Silva, F. F. (2017). “A contratação pública ecológica – o importante contributo da União Europeia”, *in* Rodrigues, N. C., Coord. (2017). *Direito Internacional e Europeu da Contratação Pública*. Lisboa: Universidade de Lisboa, pp. 132 e ss, disponível em: https://www.ideff.pt/xms/files/uploads/eBook_ContratacaoPublica_IE_UL.pdf.

Biometria na Saúde Biometrics in Healthcare

Mariana Basto Matos¹

Sumário: 1. Biometria; 2. Vantagens e desvantagens da Biometria na saúde; 3. O caso português; 4. Proteção de dados: RGPD e a Lei nº 58/2019 de 8 de agosto.

Resumo: Numa época em que a tecnologia se tem desenvolvido a um nível estonteante, novos desafios são colocados às sociedades. Um deles prende-se com a implementação da biometria nos mais diversos dispositivos móveis, caso dos smartphones (através do reconhecimento facial ou leitura da impressão digital desbloqueiam o ecrã) ou mesmo em espaços físicos em que o controlo é realizado nestes moldes, como é o caso das Alfândegas aeroportuárias. Os dados biométricos permitem identificar os seus titulares de acordo com as suas características físicas e biológicas.

Desta forma, o presente trabalho visa refletir sobre a utilização de dados biométricos na saúde e as suas implicações legais e éticas. Analisam-se as vantagens e desvantagens da biometria aplicada à saúde. Faz-se um levantamento sobre a utilização da biometria a nível nacional, verificando-se ou não a hipótese de se aplicar a biometria para a admissão dos pacientes nos hospitais de modo a facilitar e agilizar o seu processo de admissão. Por último há uma análise da Lei nº 58/2019 de 8 de agosto e o Regulamento Geral de Dados para verificar a proteção de dados conferida pela legislação nacional e europeia, bem como a possibilidade de se utilizar estes dados nas admissões hospitalares.

Palavras-chave: Biometria; Saúde; Proteção de dados.

Abstract: In an era where technology is developing at a dizzying speed, societies posed are with new challenges. One of them concerns the implementation of biometrics in the most diverse mobile devices, such as smartphones (through facial recognition or fingerprint reading, they unlock the screen) or even in physical spaces where control is carried out along these lines, such as the case of airport customs. Biometric data allows the identification of a user according to their physical and biological characteristics.

Therefore, this work aims to reflect on the use of biometric data in healthcare and its legal and ethical implications. The advantages and disadvantages of biometrics applied to healthcare are analyzed in this work. A survey is carried out on the use of biometrics at a national level, whether it is verified or biometrics can be applied to admit patients to hospitals in order to facilitate and speed up their admission process. Finally, there is an analysis of Law No. 58/2019 of August 8 and the General Data Regulation to verify the data protection afforded by national and European legislation, as well as the possibility of using this data in hospital admissions.

Keywords: Biometrics; Health; Data protection.

1. Biometria

¹ Mestre em Direito das Empresas e Negócios, pós-graduada em Direito Médico pelo Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra, doutoranda na Faculdade de Letras da Universidade do Porto e aluna de Administração Hospitalar na Escola Nacional de Saúde Pública. E-mail: marianamatos@me.com.

Segundo o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) os dados biométricos resultam “de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular que permitam ou confirmem a identificação única dessa pessoa singular, nomeadamente imagens faciais ou dados dactiloscópicos” (art. 4º/14 RGPD²). A biometria pode ser recolhida através da impressão digital, reconhecimento facial, voz, íris, retina. Sendo analisados elementos tão pessoais, configuram-se como dados sensíveis. Pela sua relevância e ao permitir que os seus titulares sejam facilmente identificados, são propícios a usurpação e até eventuais discriminações. Estes dados mantêm-se praticamente inalterados ao longo da vida do seu titular, salvo em casos de acidente ou doenças que provoquem deformações.

2. Vantagens, Desvantagens e Desafios da Biometria Aplicada à Saúde

A aplicação da Biometria à saúde acarreta vantagens, desafios à sua implementação, mas também desvantagens, suscitando algumas questões éticas.

É possível otimizar-se o tempo despendido pelos utentes e pelos administrativos no processo de admissão nas instituições de saúde. Ao invés do paciente preencher formulários ou ter que mostrar documentos de identificação, basta a leitura da impressão digital ou do reconhecimento facial para que o sistema dê entrada do paciente nas instalações hospitalares. Se este método fosse implementado, os administrativos ficariam com o trabalho mais facilitado, podendo aproveitar o tempo para tratar de outras questões importantes ou até ajudar as pessoas a utilizar as máquinas de leitura biométrica. Haveria uma distribuição dos recursos para outros serviços. Note-se que a população idosa tem dificuldade em lidar com burocracia no que concerne ao preenchimento das fichas de admissão, configurando um método mais confortável e rápido. A redução do tempo de atendimento, irá reduzir o tempo de espera dos pacientes, contribuindo assim para o aumento da sua satisfação.

Havendo uma base de dados (art. 30º da Lei nº58/2019³) com os registos dos pacientes e a respetiva correspondência com os seus dados biométricos, existe uma maior fiabilidade em termos de identificação. Isto ocorre devido ao facto de, apesar de existirem nomes iguais gerando, muitas vezes, confusão a nível hospitalar com a administração de medicação e diagnósticos, os dados biométricos são únicos daquele indivíduo em concreto.

² Cfr. PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO - Regulamento (UE) n.º 679/2016, de 27 de abril [em linha] [Consult. 7 set. 2023]. Disponível em WWW:URL:https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2961&tabela=leis.

³ Cfr. LEI Nº 58/2019 de 8 de agosto. Diário da República: I série, nº 151. (2019) 3–40 p. [Consult. 11 out 2023]. Disponível em WWW:URL:www.dre.pt. *Vide* também CORDEIRO, A. Barreto Menezes (Coord) - Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei nº 58/2019. Almedina, 2021.

Esta implementação poderá consistir numa medida de melhoria da qualidade ao nível da prestação de cuidados de saúde, minorando riscos.

O recurso à biometria facilita também a identificação e o acesso dos pacientes e acompanhantes, controlando a assiduidade nas consultas, bem como o seu percurso dentro das instalações hospitalares.

Outra vantagem prende-se com a redução e eventual eliminação da duplicação de registos, já que todos os dados ficarão condensados em apenas um local. Numa altura em que tanto se fala da sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde, pode ser uma medida eficaz para reduzir os custos⁴, nomeadamente com a redução do papel utilizado. Para que isto fosse possível o dado biométrico teria que estar associado ao processo clínico e não conter apenas aos dados administrativos (nome, morada, idade, sexo, etc).

Pode-se igualmente combater a fraude na dispensa de medicamentos (tal como ocorreu no Brasil devido à usurpação de identidade para ter acesso a fármacos e posterior venda no mercado negro). Com o recurso aos dados biométricos apenas a pessoa que possuir aquela impressão digital os pode levantar.

Ao nível da interoperabilidade dos sistemas de saúde, também pode ter efeitos positivos a utilização destes sistemas, na medida em que as organizações podem partilhar dados, criando-se um registo eletrónico nacional, evitando os efeitos lesivos à saúde com a duplicação de meios complementares de diagnóstico, por exemplo, quando o paciente recorre a uma instituição privada de saúde e em outra ocasião dirige-se a um hospital público.

No que concerne à segurança dos dados, a implementação deste sistema implica a criação de entraves nos locais de acesso não autorizado, já que, dependendo do dado biométrico, as características patentes *a priori* são de difícil replicação (salvo no caso da impressão digital, em que há dedos de silicone⁵ que conseguem defraudar o sistema). Somam-

⁴ No Brasil, a Famesp (Fundação para o Desenvolvimento Médico e Hospitalar) implementou a biometria nos hospitais e ambulatórios que estão sob a sua gestão, com vista a reduzir a impressão mensal de 53.390 formulários de papel, pretendendo, desta forma, reduzir os custos do serviço público. Este formulário é utilizado não só para o registo do atendimento, mas também para o registo da faturação dos serviços que foram prestados, no caso dos serviços de ambulatório vinculados ao SUS. Na Ficha de Atendimento Ambulatorial biométrica (com a leitura da impressão digital) a assinatura é digital, reduzindo o tempo de permanência dos doentes nos balcões de atendimento para realizarem a sua admissão nas instalações. Para um maior desenvolvimento, *vide* MASIERO, M. - Tecnologia em saúde: Famesp implanta sistema biométrico em hospitais e ambulatórios sob sua gestão. *Jornal HCFMB* [em linha]. 23 de julho de 2021 [Consult. 14 set. 2023]; disponível em: <https://jornal.hcfmb.unesp.br/tecnologia-em-saude-famesp-implanta-sistema-biometrico-em-hospitais-e-ambulatorios-sob-sua-gestao/>.

⁵ Cfr. SCHIAVONI, Eduardo - Envolvidos em fraude de ponto com dedos de silicone são afastados do Samu em São Paulo. *UOL Notícias*. [em linha] (11 mar. 2013). [Consult. 15 set. 2023]. Disponível em WWW:<URL:<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/03/11/envolvidos-em-fraude-de-ponto-com-dedos-de-silicone-sao-afastados-do-samu-em-sao-paulo.htm>>. Cfr. também TOMÉ, Pedro Ivo - Dedo de silicone de R\$ 50 engana leitor de impressões digitais. *Folha de S. Paulo*. [Em linha]. [Consult. 15

se ainda as seguintes desvantagens: elevados custos financeiros na colocação dos aparelhos que procedem à leitura dos dados; é necessário qualificar os profissionais de modo a que saibam mexer no software; realização de ações de consciencialização para a categoria de dados (sensíveis) que tratam, bem como para a necessidade de manter sigilo profissional. Ao nível organizacional, estamos perante instituições complexas pela diversidade de profissionais que abrigam, com diversos saberes e competências, arraigados às suas tradições, pelo que a implementação deste tipo de sistemas poderá gerar uma certa tensão, resistindo à mudança.

Os sistemas também são passíveis de falhas técnicas. O software pode sofrer interrupções, os aparelhos ser danificados, não se reconhecendo o dado biométrico que se queira inserir. Os problemas de reconhecimento, bem como as restantes falhas devem ser antecipadas com planos de contingência, de modo a minorar os seus efeitos adversos.

Não raras vezes, somos confrontados com ataques cibernéticos a instituições de saúde⁶, o que poderá implicar o furto de dados biométricos e consequente usurpação de identidade, utilizando-a de forma fraudulenta. A falta de cuidado no uso dos dados, pode levar a uma utilização indevida, pondo em causa a privacidade dos titulares dessas informações. A segurança e confidencialidade destas bases de dados configuram uma desvantagem (pelos efeitos nefastos que pode ter a nível prático, mas também pelos elevados custos e recursos que é necessário despender para que se garantam os padrões mínimos de segurança, a manutenção e as atualizações de software).

Outro desafio prende-se com a questão da qualidade dos dados recolhidos. Apesar dos leitores destes dados estarem em constante evolução, a qualidade da iluminação, bem como a deficiente captura das características biométricas, pode implicar uma leitura errada ou imprecisa comprometendo a correlação entre a imagens fotografadas e a titularidade dos dados na base de dados.

set. 2023]. Disponível em:URL:<https://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/04/1262224-dedo-de-silicone-de-r-50-engana-leitor-de-digitais.shtml>.

⁶ Cfr. BALTAZAR, Carolina - Hospitais portugueses são vulneráveis a ciberataques. Em casos extremos, podem resultar na morte dos pacientes. CNN Portugal. [em linha] (23 mar. 2023). [Consult. 15 set. 2023]. Disponível em WWW:URL:<https://cnnportugal.iol.pt/ciberataques/hospitais/hospitais-portugueses-sao-vulneraveis-a-ciberataques-em-casos-extremos-podem-resultar-na-morte-dos-pacientes/20230323/63d806600cf28f3e15c9cd9c>. *Vide* também EL PAÍS - Ciberataque paralisa 16 hospitais do Reino Unido. El País. [em linha] (12 mai. 2017). [Consult. 15 set. 2023]. Disponível em WWW:URL:https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/12/internacional/1494602389_458942.html; SECURITY REPORT - Ransomware atingiu uma importante rede de hospitais e serviços de saúde dos EUA. [em linha] (1 out. 2020). [Consult. 15 set. 2023]. Disponível em WWW:URL:<https://www.securityreport.com.br/ransomware-atingiu-uma-importante-rede-de-hospitais-e-servicos-de-saude-dos-eua/>.

A implementação destes sistemas levanta desafios ao nível da privacidade e proteção dos dados sensíveis, daí a preocupação da União Europeia (UE) na promulgação do RGPD. O titular dos dados tem que ser informado sobre a finalidade da recolha e tratamento destes de modo a poder consentir de forma livre e esclarecida. Assim é necessário prestar todos os esclarecimentos, identificando os benefícios e as fraquezas do sistema, sempre de forma transparente.

A padronização dos dados e a interoperabilidade dos sistemas (biométrico, por um lado e, registos médicos por outro) afigura-se necessária que funcione sem erros e permite retirar vantagens ao nível da eficiência e eficácia na sua utilização. Esta interoperabilidade levantará dúvidas quanto à classificação da tipologia de dados, na medida em que os que estão contidos no processo clínico são dados de saúde, pelo que o seu tratamento tem que ser realizado ao abrigo do art. 29º da Lei nº 58/2019⁷ e Lei nº5/2012 de 23 de Janeiro⁸, em conformidade com o art. 9º/2/h) e i) do RGPD.

Um dos desafios mais complexos será o acompanhamento do Direito nas questões tecnológicas, em virtude da sua rápida evolução. É necessário possuir uma legislação que salvaguarde os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos como também sancione severamente quem usurpar dados sensíveis.

Todos os desafios mencionados necessitam de um envolvimento conjunto não só das empresas fornecedoras dos sistemas biométricos, mas também entidades reguladoras e fiscalizadoras, informáticos e profissionais de saúde, pois só assim se conseguirá estabelecer protocolos de segurança capazes, garantindo a eficiência no seu funcionamento. Por este motivo, a Proposta de Regulamento do PE e do Conselho sobre a Inteligência artificial estabelece vários níveis de risco, inserindo a biometria no de risco inaceitável e no de risco elevado⁹, precisamente pela possível violação de direitos fundamentais e segurança dos titulares dos dados.

⁷ Cfr. LEI Nº 58/2019 de 8 de agosto. Diário da República: I série, nº 151. (2019) 3–40. [Consult. 11 out 2023]. Disponível em WWW:URL:www.dre.pt. Vide também CORDEIRO, A. Barreto Menezes (Coord) - Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei nº 58/2019. Almedina, 2021.

⁸ Cfr. LEI Nº 5/2012 de 23 de janeiro. Diário da República: I série, nº 16. (2012) 360–361. [Consult. 15 out 2023]. Disponível em WWW:URL:www.dre.pt.

⁹ A Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em Matéria de Inteligência Artificial, distingue dois tipos de sistemas de identificação biométrica à distância no Considerando 8, os quais podem ser em “tempo real” ou “em diferido”. Conferindo-se como prática proibidas as que utilizem estes sistemas à distância em “tempo real” em espaços acessíveis ao público para efeitos de manutenção da ordem pública (art. 5º/1/d) e nº 2 a 4, salvo as exceções previstas no mesmo preceito). Cfr. também Considerandos 18 a 24, 65 da Proposta. Para os sistemas que impliquem risco elevado, o art. 6º nº 2 e o anexo III definem regras a seguir. Cfr. PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO - Proposta do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial e altera determinados atos legislativos da União. Jornal Oficial da União Europeia [em linha]. 21 de abril de 2021

3. O Caso Português

O sistema de biometria apenas é utilizado nas instituições de saúde como forma de controlar a assiduidade dos seus profissionais de saúde. Destaca-se o recurso à impressão digital como mecanismo de fiabilidade nesse controlo. O Despacho n.º 9397/2017¹⁰ determina o uso obrigatório deste sistema em todas as unidades do Serviço Nacional de Saúde. Através deste sistema apura-se o número de horas de trabalho (dia ou semana) e regista-se o trabalho realizado a nível suplementar ou extraordinário. A informação recolhida é reportada e registada no sistema biométrico para o sistema de recursos humanos e vencimentos¹¹. O art. 9.º/2/b) do RGPD e o art. 28.º/6 da Lei n.º 58/2019 permitem a utilização da Biometria nos casos em que se pretenda controlar a assiduidade, bem como o acesso¹² às instalações.

Para o tratamento dos dados sensíveis consagrados no art. 9.º/2/b) do RGPD é relevante que se verifiquem os seguintes requisitos: ser necessário, para efeitos do cumprimento de obrigações e do exercício de direitos específicos do responsável pelo tratamento ou do titular; apenas quando se trate de matéria de legislação laboral, de segurança social e proteção social; desde que permitido pelo Direito da UE ou dos Estados Membros (EM) ou ainda em convenção coletiva de trabalho. Apesar do art. 88.º do RGPD atribuir poderes laborais aos EM, é o art. 9.º/2/b) RGPD que se reporta aos dados sensíveis, não sendo contemplado no art. 88.º do RGPD. A este propósito, Menezes Cordeiro alerta para o facto do legislador europeu reconhecer a pertinência dos empregadores tratarem de alguns dados dos seus funcionários, nomeadamente os biométricos (quando se reporte a questões de proteção e segurança das instalações, por exemplo), genéticos, ou até dados relativos à saúde. O critério da necessidade pressupõe a verificação cumulativa dos seguintes critérios: existência de suporte legal e uma “relação direta entre o tratamento e o cumprimento das obrigações ou o exercício do direito”. Este tratamento só é necessário “se não existir uma alternativa menos intrusiva do direito à autodeterminação informacional do titular dos dados”¹³.

Ao analisar o artigo 28.º da Lei n.º 58/2019, verifica-se que este artigo surge na sequência do artigo 88.º do RGPD relativo ao tratamento dos dados no contexto laboral. Os EM podem

[Consult. 19 nov. 2023]; Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206>

¹⁰ Cfr. Despacho n.º 9397/2017. Diário da República: II série. (2017). 24217–24218 P.

¹¹ Cfr. SNS - Controlo biométrico [em linha], atual. 2 jan. 2018. [Consult. 29 ago. 2023]. Disponível em WWW:URL:<https://www.sns.gov.pt/noticias/2018/01/02/controlo-biometrico/>.

¹² Cfr. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - Privacidade no local de trabalho. A utilização de dados biométricos para o controlo de acessos e de assiduidade. 2004. 3–15 P.

¹³ *Cit.* CORDEIRO, A. Barreto Menezes (Coord) - Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019. Almedina, 2021. 136-137 p.

legislar de modo a garantir a defesa das liberdades e dos direitos no que concerne ao tratamento desses dados pessoais (art. 88º/1 RGPD). O 88º/2 do RGPD apela para a salvaguarda dos interesses legítimos, direitos fundamentais e dignidade dos titulares dos dados, especialmente no que toca à transparência do seu tratamento. Regressando ao artigo 28º/1 da Lei nº 58/2019, verifica-se que o empregador pode tratar os dados pessoais dos trabalhadores¹⁴, mas tendo por base as restrições e finalidades definidas no Código de Trabalho e legislação complementar. O nº 6 refere-se em específico aos dados biométricos, consignando que é condição de licitude¹⁵ quando a finalidade se prende com o controlo de assiduidade e acesso às instalações do empregador. Para efeito do RGPD, os dados biométricos são considerados dados especiais (art. 9º/1 RGPD e podem ser tratados ao abrigo do art. 9º/2/b) do RGPD) “se o tratamento for necessário para efeitos do cumprimento de obrigações e do exercício de direitos específicos do responsável pelo tratamento ou do titular dos dados em matéria de legislação laboral (...)”, já que existe uma norma à luz do Direito nacional que faz operar esta cláusula da alínea b). O art. 18º/1 do CT¹⁶ consagra que o empregador “só pode tratar dados biométricos do trabalhador após notificação à Comissão Nacional de Proteção de dados”, sendo apenas permitido o seu tratamento “se os dados a utilizar forem necessários, adequados e proporcionais aos objetivos a atingir” (art. 18º/2 do CT)¹⁷. O RGPD parece não exigir notificação prévia, tal como está consagrado no art. 18º do CT. O Parecer nº 20/2018 da CNPD¹⁸ consagra que o empregador pode ter interesse em proteger a informação acerca da atividade da organização, utilizando a biometria para o controlo do acesso às instalações, sistemas e aplicações informáticas. Daí que o elevado grau de complexidade do tratamento destes dados deva cumprir regras e limites criteriosamente definidos, estabelecendo-se ainda a não reversibilidade do dado biométrico, no sentido de evitar o risco de descodificação e de reprodução. Deve-se ainda proibir o registo e o armazenamento da imagem biométrica, limitando-se o tratamento apenas à coleta de um único dado biométrico do trabalhador, proibindo-se a possibilidade de se relacionar este dado com outras tecnologias, caso dos sistemas de videovigilância (tal como é reforçado pelo ponto 14 do Parecer de 26 de

¹⁴ Cfr. COUTINHO, Francisco Pereira; MONIZ, Graça Canto - Anuário da Proteção de Dados. Universidade Nova de Lisboa. Faculdade de Direito. CEDIS, 2019. 13-36 p.

¹⁵ Cfr. COUTINHO, Francisco Pereira; MONIZ, Graça Canto - Anuário da Proteção de Dados. Universidade Nova de Lisboa. Faculdade de Direito. CEDIS, 2019. 13-36 p.

¹⁶ Cfr. LEI Nº 7/2009 de 12 de Fevereiro. Código do Trabalho. [em linha] Diário da República: I série, Nº 30. (2009). [Consult. 18 out 2023]. Disponível em WWW:URL:www.dre.pt.

¹⁷ LEI Nº 7/2009 de 12 de Fevereiro. Código do Trabalho. [em linha] Diário da República: I série, Nº 30. (2009). [Consult. 18 out 2023]. Disponível em WWW:URL:www.dre.pt.

¹⁸ Cfr. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - Parecer nº 20/2018. Em Processo n.º 6275/2018 [Consult. 15 set. 2023]. 36 v-37 v p.

Fevereiro de 2004¹⁹). O Parecer sobre a utilização de dados biométricos no âmbito do controlo e de assiduidade (pontos 8 e 9)²⁰ consagra o facto de se recolher os dados biométricos com “(...) a finalidade de controlo do horário de trabalho não envolve, em si mesmo, uma violação da integridade física do trabalhador, do seu direito à privacidade ou da sua intimidade”. Verificamos que havendo um vínculo contratual, a legislação e os pareceres da CNPD não são contra a aplicação da Biometria desde que estejam salvaguardados os direitos fundamentais, liberdades e garantias dos trabalhadores²¹. Posto isto, cabe verificar se tanto o RGPD como a Lei n.º 58/2019 permitem a implementação da biometria na admissão de doentes nas instalações hospitalares.

5. Proteção de Dados: RGPD e Lei n.º 58/2019

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²² no art. 8.º/1 e 2 consagra que “todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito”, reforçando a necessidade de um tratamento leal dos dados, para fins específicos determinados, mediante o consentimento do seu titular, podendo consultá-los e retificá-los na eventualidade de existir alguma incongruência. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia²³ também reforça a ideia de proteção dos dados de carácter pessoal no art. 16.º/1. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem no art. 8.º/1 estabelece que “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada”²⁴.

O RGPD visa, por um lado, defender os direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares, onde se inclui o direito à proteção dos dados tal como está consignado no art. 1.º/2 e por outro, a promoção da livre circulação desses dados (art. 1.º/3).

O art. 4.º/1 do RGPD entende que os dados pessoais são qualquer “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”. A pessoa singular é identificável quando possa ser identificada (direta ou indiretamente) por referência a um indicador, como seja um

¹⁹ Cfr. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - Princípios sobre a utilização de dados biométricos no âmbito do controlo de acessos e de assiduidade. 26 de fevereiro de 2004. 1–11 P.

²⁰ Cfr. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - Princípios sobre a utilização de dados biométricos no âmbito do controlo de acessos e de assiduidade. 26 de fevereiro de 2004. 2 p.

²¹ Cfr. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - Privacidade no local de trabalho. A utilização de dados biométricos para o controlo de acessos e de assiduidade. 2004. 3–15 P.

²² Cfr. PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO EUROPEU; COMISSÃO EUROPEIA - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia. [em linha]. [Consult. 7 set. 2023]. Disponível em WWW:URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=FR>. E ainda, SILVEIRA, A, CANOTILHO, M. - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada. Almedina. 2013. 120–128 P.

²³ Cfr. UNIÃO EUROPEIA - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada). Jornal Oficial da União Europeia. 2012.

²⁴ *Cit.* COUNCIL OF EUROPE - Convenção Europeia dos Direitos do Homem. [em linha]. [Consult. 8 set. 2023]. Disponível em: www.conventions.coe.int.

nome, número de identificação, dados de localização, elementos específicos da identidade física, genética, fisiológica, etc. Segundo o GT 29 a propósito da Diretiva 95/26/CE (anterior ao RGPD), ao analisar a definição constata-se a presença de quatro elementos não cumulativos: “qualquer informação” (inclui-se todos os aspetos que dizem respeito àquela pessoa), “relativa a”, “pessoa singular” e “identificada ou identificável” (quando existe um dado que identifica de modo inequívoca uma pessoa). “A expressão “relativa a” deve ser analisada em diversas vertentes: quanto ao conteúdo (a pessoa é o objeto de análise), finalidade (os dados recolhidos permitem aferir sobre o comportamento ou estatuto da pessoa) ou resultado (informação que permita retirar conclusões sobre estes dois elementos supra)²⁵. De acordo com a interpretação do Considerando 26 e o art. 4º/1 do RGPD, os dados são relativos a pessoa determinável quando, à luz do princípio da razoabilidade, o responsável pelo tratamento da informação ou terceiros consigam ou possam identificar a identidade do seu titular.

Os dados relativos à saúde são os “dados pessoais relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem informações sobre o seu estado de saúde” (art. 4º/15) RGPD). Estes dados dizem respeito à saúde do seu titular e não às doenças que possa vir a padecer. Menezes Cordeiro dá como exemplo deste tipo de dados, as informações que são recolhidas durante a inscrição e realização da prestação de cuidados de saúde, um número (o de utente, por exemplo) ou símbolo que identifique aquela pessoa em concreto²⁶.

O facto de um paciente realizar um exame complementar de diagnóstico após a sua passagem pela instituição de saúde, ao identificar a sua impressão digital, por exemplo, os resultados serão encaminhados para o processo correspondente aquele dado biométrico, evitando dúvidas sobre a sua titularidade quando existe mais do que um doente com o mesmo nome dentro da organização.

Se avançarmos na leitura da anotação do art. 4º/ 15 do RGPD²⁷ de Menezes Cordeiro, deparamo-nos com indicações relativas ao art. 2º da Lei nº 12/2005, para efeitos da qual se considera informação de saúde “(...) todos os dados que estejam directa e indirectamente

²⁵ Cfr. GRUPO DE TRABALHO DE PROTECCIÓN DE DADOS DO ARTIGO 29º - Parecer 4/2007 sobre o conceito de dados pessoais. 2007 [em linha]. [Consult. 8 set. 2023]Disponível em: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/media/dataprot/index.htm; CORDEIRO, A. Barreto Menezes (Coord) - Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei nº 58/2019. Almedina, 2021. 81-86 p.

²⁶ *Cit.* CORDEIRO, A. Barreto Menezes (Coord) - Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei nº 58/2019. Almedina, 2021. 95-96 p.

²⁷ *Cit.* CORDEIRO, A. Barreto Menezes (Coord) - Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei nº 58/2019. Almedina, 2021. 95-96 p.

ligados à saúde. Neste sentido, a estadia por vários dias num hospital está acautelada por este regime jurídico, o que não se verifica, em princípio, com uma simples ida a um hospital ou a um consultório médico, na medida em que deste facto isolado não é possível retirar qualquer conclusão, mesmo que probabilística”. Permito-me discordar deste argumento, na medida em que não é pelo facto de o paciente dar entrada no hospital para uma consulta de especialidade, por exemplo, que não serão registados dados ou retiradas conclusões sobre a sua saúde. Não se pode circunscrever que a informação de saúde apenas decorra do facto do doente estar internado por vários dias, pois não estamos perante uma *conditio sine qua non* restrita e exclusiva. Não se pode fazer depender a recolha da informação de saúde do número de dias de internamento, tal argumentação é descabida de fundamento.

O RGPD não define o que são dados pessoais especiais, apenas se socorre do art. 9º/1 para elencar taxativamente os dados especiais. Ao recorrermos ao art. 4º do RGPD, verificamos a densificação das seguintes categorias: dados biométricos, genéticos e os relativos à saúde.

O artigo 9º/1 do RGPD afirma que “é proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica (...), bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde (...)”. Há, portanto, a divisão destes dados em duas tipologias diversas: a que se prende com o resultado que advém do tratamento desses dados e o segundo (dados genéticos, biométricos, relativos à saúde, etc.) tem a ver com a categoria de dados (grupo que nos interessa para o presente trabalho). A proibição do nº1 não se aplica se se verificar alguma circunstância elencada no nº 2 do mesmo preceito, nomeadamente: no caso de consentimento do titular (9º/2/a) RGPD); se o tratamento dos dados for relevante para o “cumprimento de obrigações e do exercício de direitos específicos do responsável pelo tratamento ou do titular dos dados em matéria de legislação laboral, de segurança social e de proteção social” [al. b)]. É à luz desta alínea b) do presente artigo e da conjugação com o art. 28º da Lei nº 58/2019 que se integram os casos de biometria utilizada pela entidade patronal como forma de controlo da assiduidade e do acesso às instalações. Não se pode descurar a existência de vínculo laboral. Há um contrato de trabalho subjacente à aplicação deste regime, o que no presente caso de estudo (identificação dos doentes através da biometria nas instituições de saúde) não se verifica. Há um contrato implícito de prestação de serviços (de saúde), mas não uma relação de cariz laboral.

O art. 9º/1 do RGPD também não se aplica “se o tratamento for necessário para proteger os interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular, no caso de o

titular dos dados estar física ou legalmente incapacitado de dar o seu consentimento” (art. 9º/2/ c) do RGPD). O interesse vital é restrito, abrangendo especificamente aquelas situações em que a integridade física ou até a vida do titular dos dados ou de terceiros se encontra em perigo. Para além deste requisito soma-se o da incapacidade (pode ser utilizado este regime quando o titular dos dados estiver físico ou legalmente incapacitado de dar o seu consentimento, ou seja, aquelas situações em que não é possível obter o consentimento em tempo útil) e o da necessidade (do tratamento, em que não sendo verificado pode causar danos graves, não descurando o princípio da minimização dos dados). Esta alínea claramente não se aplica ao nosso caso concreto na medida em que a admissibilidade e identificação dos utentes nas organizações de saúde pode ocorrer com base noutros sistemas. A finalidade da recolha dos dados biométricos não preenche os requisitos supracitados. Desta forma, a não colheita de dados biométricos do sujeito, não tem relação direta com as situações em que a integridade física ou até a vida do titular dos dados ou de terceiros se encontra numa fase de perigosidade. A identificação dos doentes pode ser realizada por outro método menos invasivo. A aplicação deste preceito só poderia ser aceitável, no caso de um acidente em que a vítima se encontra num estado de tal gravidade, sem documentos que atestem a sua identidade, que poderia ser útil o seu reconhecimento através dos dados biométricos, nomeadamente através da impressão digital, de modo a agilizar o processo de atendimento.

A proibição do art. 9º/1 também poderá ser derogada nos casos da alínea h) do nº 2. Esta alínea é relativa aos casos de medicina preventiva ou do trabalho, para o diagnóstico médico, prestação de cuidados ou tratamentos de saúde ou a gestão de sistemas e serviços de saúde (onde se inclui o tratamento por parte da administração e das autoridades centrais nacionais dos dados recolhidos como forma de controlar a qualidade, supervisão geral de âmbito local e nacional do sistema de saúde, mas também de informações de gestão, com o intuito de garantir a continuidade dos cuidados de saúde)²⁸. Segundo Menezes Cordeiro, o elemento necessário deve ter em consideração o princípio da proporcionalidade, daí que o uso de dados sensíveis para a realização dos cuidados de saúde “deve apenas ocorrer se outra solução não for adequada”²⁹. A única alínea em que poderia recair a identificação por dados biométricos dos pacientes nas instituições de saúde, parece-me que seria esta. Todavia, esta possibilidade decai em virtude de vários argumentos. Não estamos perante a prática de uma

²⁸ *Cit.* CORDEIRO, A. Barreto Menezes (Coord) - Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei nº 58/2019. Almedina, 2021. 140 p. e ainda Monge, C. - Proteção de dados de saúde nos hospitais públicos. Em: Revista de Direito Administrativo. AAFDL Editora; 2020. 81 p.

²⁹ *Cit.* CORDEIRO, A. Barreto Menezes (Coord) - Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei nº 58/2019. Almedina, 2021. 141 p.

medicina preventiva, na medida em que os dados biométricos apenas seriam aplicados com o intuito de agilizar a identificação e admissibilidade dos doentes. A recolha da biometria na sua essência não se enquadra no próprio conceito de Medicina Preventiva (vista como “uma especialidade médica que aposta na prevenção das doenças e na promoção da saúde e da qualidade de vida das pessoas que recorrem com alguma regularidade ao médico, ainda que se sintam saudáveis”)³⁰. Note-se que o único elemento de qualidade de vida que poderia advir seria o da comodidade para o paciente em não preencher os papeis de admissão. Poderia eventualmente enquadrar-se na questão de auxiliar a qualidade e melhorar a supervisão da prestação de cuidados, no tratamento de saúde ou na gestão de sistemas e serviços de saúde. O tratamento dos dados de saúde terá sempre que respeitar o princípio da proibição do excesso (na sua vertente da proporcionalidade e razoabilidade e ainda o princípio da finalidade (nos termos do art. 5º/b) do RGPD). Não podemos ignorar o princípio da proporcionalidade e o princípio da minimização dos dados³¹ (art. 5º RGPD), já que o uso de dados sensíveis apenas deve ocorrer quando não exista outra solução adequada. Tal como temos verificado ao longo dos anos de funcionamento do SNS, os serviços sempre funcionaram sem o recurso à biometria e identificação biométrica dos pacientes, daí que esta alínea não deva ser utilizada para fundamentar a sua implementação.

No art. 9º/4 do RGPD é concedida a possibilidade de os EM manterem ou até imporem novas condições ou limitações no que concerne ao tratamento dos dados biométricos e dados relativos à saúde. Estamos novamente perante uma cláusula aberta.

Na Lei nº 58/2019 o artigo 29º/2 regula o tratamento dos dados de saúde e dados genéticos e apenas consagra, que nos casos previstos no art. 9º/2/h) do RGPD, o tratamento dos dados deve ser realizado sob dever de sigilo (art. 29º/4 e 5 sob pena de violação nos termos do art. 51º da Lei nº 58/2019) por um profissional ou pessoa sujeita a dever de confidencialidade de modo a garantir a segurança da informação.

O único artigo do diploma em análise que contempla verdadeiramente a aplicação da biometria é o já mencionado art. 28º para as relações laborais. Desta forma, a implementação da biometria para identificação dos doentes nas instituições de saúde encontra-se vedada.

5. Conclusão

³⁰ *Cit.* UNIVERSIDADE DE LISBOA- Medicina Preventiva. [em linha]. [15 set. 2023]. Disponível em: <https://www.estadio.ulisboa.pt/atividade/medicina-preventiva>

³¹ Cfr. Alves, J.A. - O novo modelo de proteção de dados pessoais europeu. Almedina; 2021. 50–67 P. *Vide* também Monge, C. - Proteção de dados e tratamento de dados de saúde - algumas questões. Em: Farinho DS, Marques FP, Freitas TF de editores. Direito da Proteção dos Dados. Almedina; 2023. p. 349–402.

Os dados biométricos fazem parte do elenco dos dados sensíveis ao abrigo do art. 4º/14 do RGPD e como tal carecem de proteção acrescida de modo a salvaguardar os direitos fundamentais dos cidadãos.

Existem vantagens na sua implementação nas instituições de saúde, mas também muitos perigos que se prendem com a fuga de informação ou mesmo comercialização dos dados. O acesso a bases de dados biométricas pode acarretar acréscimo da criminalidade (por exemplo, casos de gangues dedicadas a tráfico de órgãos que conseguem ter acesso ao perfil dos cidadãos). Poderá circular informação relativa a etnias, raças, condições socioeconómicas, moradas, características dos bebés que passaram por um processo de recolha biométrica. Todos estes elementos de identificação potenciam casos de discriminação.

Em Portugal o reconhecimento biométrico é efetuado pela entidade empregadora como forma de controlar a assiduidade e o acesso às instalações. A aplicação do RGPD e da Lei nº 58/2019 permite a utilização da biometria nestes casos. Todavia, parece-me não haver fundamento legal para o alargamento desta medida à identificação dos doentes no âmbito das organizações de saúde, para além da elevada perigosidade que tal implementação traria.

6. Bibliografia

ALVES, J.A. - O novo modelo de proteção de dados pessoais europeu. Almedina; 2021.

BALTAZAR, Carolina - Hospitais portugueses são vulneráveis a ciberataques. Em casos extremos, podem resultar na morte dos pacientes. CNN Portugal. [em linha] (23 mar. 2023). [Consult. 15 set. 2023]. Disponível em: URL: <https://cnnportugal.iol.pt/ciberataques/hospitais/hospitais-portugueses-sao-vulneraveis-a-ciberataques-em-casos-extremos-podem-resultar-na-morte-dos-pacientes/20230323/63d806600cf28f3e15c9cd9c>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - Parecer nº 20/2018. Em Processo n.º 6275/2018.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - Princípios sobre a utilização de dados biométricos no âmbito do controlo de acessos e de assiduidade. 2004.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - Privacidade no local de trabalho. A utilização de dados biométricos para o controlo de acessos e de assiduidade. 2004.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes (Coord) - Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei nº 58/2019. Almedina, 2021.

COUNCIL OF EUROPE - Convenção Europeia dos Direitos do Homem. [em linha]. [Consult. 8 set. 2023]. Disponível em: www.conventions.coe.int.

COUTINHO, Francisco Pereira; MONIZ, Graça Canto - Anuário da Proteção de Dados. Universidade Nova de Lisboa. Faculdade de Direito. CEDIS, 2019.

DEODATO, S. - A Proteção dos dados pessoais de saúde. UCP Editora; 2017.

DESPACHO N^o 9397/2017. Diário da República: II série. (2017). 24217–24218 P.

EL PAÍS - Ciberataque paralisa 16 hospitais do Reino Unido. El País. [em linha] (12 mai. 2017). [Consult. 15 set. 2023]. Disponível em:URL:https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/12/internacional/1494602389_458942.html.

GRUPO DE TRABALHO DE PROTEÇÃO DE DADOS DO ARTIGO 29^o - Parecer 4/2007 sobre o conceito de dados pessoais. 2007 [em linha]. [Consult. 8 set. 2023] disponível em: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/media/dataprot/index.htm

GRUPO DE PROTEÇÃO DE DADOS DO ARTIGO 29^o. Parecer 3/2012 sobre a evolução das tecnologias biométricas. Adotado em 27 de abril de 2012. 2012;(GT193).

LEI N^o 7/2009 de 12 de fevereiro. Código do Trabalho. [em linha] Diário da República: I série, N^o 30. (2009). [Consult. 18 out 2023]. Disponível em WWW:URL:www.dre.pt.

LEI N^o 5/2012 de 23 de janeiro. Diário da República: I série, n^o 16. (2012) 360–361. [Consult. 15 out 2023]. Disponível em:URL:www.dre.pt.

LEI N^o 58/2019 de 8 de Agosto. Diário da República: I série, n^o 151. (2019) 3–40. [Consult. 11 out 2023]. Disponível em:URL:www.dre.pt.

MASIERO, M. - Tecnologia em saúde: Famesp implanta sistema biométrico em hospitais e ambulatórios sob sua gestão. Jornal HCFMB [em linha]. 23 de julho de 2021 [Consult. 14 set. 2023]; disponível em: <https://jornal.hcfmb.unesp.br/tecnologia-em-saude-famesp-implanta-sistema-biometrico-em-hospitais-e-ambulatorios-sob-sua-gestao/>.

MONGE, Cláudia - Proteção de dados de saúde nos hospitais públicos. Em: Revista de Direito Administrativo. AAFDL Editora; 2020.

MONGE, Cláudia - Proteção de dados e tratamento de dados de saúde - algumas questões. Em: Farinho DS, Marques FP, Freitas TF de editores. Direito da Proteção dos Dados. Almedina; 2023.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO; COMISSÃO EUROPEIA - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia. [em linha]. [Consult. 7 set. 2023]. Disponível em URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=FR>.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO - Proposta do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial e altera determinados atos legislativos da União. Jornal Oficial da União Europeia [em linha]. 21 de abril de 2021 [Consult. 19 nov. 2023]; Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206>.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO - Regulamento (UE) n.º 679/2016, de 27 de Abril [em linha] [Consult. 7 set. 2023]. Disponível em: URL:https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2961&tabela=leis.

SCHIAVONI, Eduardo - Envolvidos em fraude de ponto com dedos de silicone são afastados do Samu em São Paulo. UOL Notícias. [em linha] (11 mar. 2013). [Consult. 15 set. 2023]. Disponível em WWW:URL:<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/03/11/envolvidos-em-fraude-de-ponto-com-dedos-de-silicone-sao-afastados-do-samu-em-sao-paulo.htm>.

SECURITY REPORT - Ransomware atingiu uma importante rede de hospitais e serviços de saúde dos EUA. [Em linha] (1 out. 2020). [Consult. 15 set. 2023]. Disponível em WWW:URL:<https://www.securityreport.com.br/ransomware-atingiu-uma-importante-rede-de-hospitais-e-servicos-de-saude-dos-eua/>.

SILVEIRA, A.; CANOTILHO, M. - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada. Almedina. 2013.

SNS - Controlo biométrico [Em linha], atual. 2 jan. 2018. [Consult. 29 ago. 2023]. Disponível em WWW:URL:<https://www.sns.gov.pt/noticias/2018/01/02/controlo-biometrico/>.

TOMÉ, Pedro Ivo - Dedo de silicone de R\$ 50 engana leitor de impressões digitais. Folha de S. Paulo. [Em linha]. [Consult. 15 set. 2023]. Disponível em WWW:URL:<https://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/04/1262224-dedo-de-silicone-de-r-50-engana-leitor-de-digitais.shtml>.

UNIÃO EUROPEIA - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada). Jornal Oficial da União Europeia. 2012.

UNIVERSIDADE DE LISBOA- Medicina Preventiva. [em linha]. [Consult. 15 set. 2023]. Disponível em: <https://www.estadio.ulisboa.pt/atividade/medicina-preventiva>.

Os Direitos e Deveres dos Teletrabalhadores em Matéria de Segurança e Saúde no Trabalho – um Objetivo Jurídico Logrado (?)

The Rights and Duties of Teleworkers in terms of Safety and Health at Work – A legal objective achieved

(?)

Mário Simões Barata¹

António Bentes de Oliveira²

Sumário: 1. Introdução; 2. Fundamentos Normativos; 3. Conclusões

Resumo: Este artigo pretende analisar a segurança e saúde no trabalho que é uma disciplina que aprofunda a tutela dos direitos de personalidade dos trabalhadores. A higiene e saúde no trabalho visam prevenir os acidentes de trabalho e as doenças profissionais. O trabalho ora apresentado considera especificamente a proteção dos trabalhadores e dos teletrabalhadores em matérias conexas com a segurança e saúde no trabalho no quadro do direito internacional, designadamente a Convenção n.º 155 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Para além destes, considera a Carta Social Europeia e o Direito da União Europeia. Trata igualmente da proteção ao nível interno com especial destaque para os artigos 59.º e 64.º da lei fundamental bem como para os artigos 165.º e seguintes do Código de Trabalho que estabelecem o regime jurídico do teletrabalho aplicável às relações jurídico-privadas de trabalho livre, remunerado e subordinado, assim como aos trabalhadores da administração pública que tem um vínculo de emprego público, por força do artigo 68.º do Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas. As normas que compõem este regime são analisadas à luz da Agenda para o Trabalho Digno e da doutrina. Por fim, chama a atenção para alguns aspetos que ainda merecem aperfeiçoamento.

Palavras-chave: Segurança; Saúde; Teletrabalhadores; Direito Internacional; Constituição; Código do Trabalho

Abstract: This article aims to analyse safety and health at work, which is a discipline that aims to deepen the protection of workers' personality rights. Occupational hygiene and health aim to prevent workplace accidents and occupational diseases. The work presented here specifically considers the protection of workers and teleworkers regarding health and safety within the framework of international law, namely Convention n.º 155 of the International Labor Organization and the Universal Declaration of Human Rights, as well as the International Pact on Social, Economic, and Cultural Rights. It also considers the European Social Charter and European Union Law. It also deals with internal protection, with special emphasis on articles 59 and 64 of Portugal's fundamental law, as well as article 165 and following of the Labor Code, which establishes the legal regime for teleworking applicable to private legal relationships involving voluntary, paid, and subordinate labour, as well as public administration workers who have a public employment relationship, according to article 68 of the General Labor Law in Public Functions. The rules that make up this regime are analysed considering the Decent Work Agenda and legal doctrine. Finally, it draws attention to some aspects that still deserve improvement.

Keywords: Health; Safety; Teleworkers; International Law; Constitution; Labour Code

¹ Doutor em Direito. Professor Adjunto do Politécnico de Leiria. Investigador do Instituto Jurídico da Portucalense (IJP) – Pólo de Leiria. E-mail: mario.barata@ipleiria.pt

² Mestre em Direito. Inspetor de Trabalho Principal, da Autoridade para as Condições de Trabalho (ACT). E-mail: bentesdeoliveira@gmail.com

1. Introdução

A segurança e saúde no trabalho é uma disciplina que aprofunda a tutela dos direitos de personalidade dos trabalhadores em geral e concretiza um “dever humanitário”, nas palavras de MARTINEZ, P. ROMANO³, de proteção que incumbe ao Estado, o qual, por sua vez através da regulação, endossa e imputa ao empregador, a obrigação principal de garantir a segurança e saúde aos seus trabalhadores na medida em que o Direito de Trabalho (e este Direito que nele se inclui) reconhecem a debilidade contratual do trabalhador, que empenha a sua personalidade, disponibilidade, liberdade na prestação de trabalho, onde aplica as suas aptidões físicas, psíquicas e técnicas, numa organização produtiva heterónoma do empregador através da subordinação jurídica (ABRANTES, J.J.)⁴.

Assim, a segurança⁵ (higiene) e saúde no trabalho visam grosso modo, e de forma primordial, prevenir a ocorrência de acidentes de trabalho e doenças profissionais, sendo que as deficientes condições de trabalho que originam aqueles funestos eventos, estima-se que trazem associados gastos que, em média, correspondem a 4% do produto interno bruto dos países da União Europeia, com indemnizações, tratamentos, reabilitação, pensões, subsídios, ausências ao trabalho⁶.

Ora, a proteção dos trabalhadores neste âmbito, logrou vir a ser consagrada na Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976, nomeadamente, no contexto dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais, como se verá de seguida, nos artigos. 59.º, n.º 1, alínea c), e 64.º, do diploma fundamental, entre outros, designadamente, os provenientes da receção das normas internacionais constantes de convenções internacionais ratificadas ou aprovadas, das normas emanadas por organizações internacionais de que Portugal faça parte e das disposições dos Tratados da UE e normas emanadas pelas suas instituições, como reza o art. 8.º, da CRP⁷, e se focará superficialmente à frente.

³ Direito do Trabalho, 2017, Almedina, Coimbra, 849.

⁴ “Direitos Fundamentais como limites dos poderes empresariais”, Estudos de Direito do Trabalho, AAFDL Editora, Lisboa 2018, 174-175

⁵ Segundo CABRAL, F./ROXO, M.M., 2006, Segurança no Trabalho “Compreende o conjunto de metodologias adequadas à prevenção de acidentes de trabalho, tendo como principal campo de ação o reconhecimento e o controlo dos riscos associados aos componentes materiais de trabalho”; já a Higiene “compreende o conjunto de metodologias adequadas à prevenção de doenças profissionais, tendo como principal campo de ação o controlo da exposição aos agentes físicos, químicos e biológicos presentes nos componentes matérias de trabalho, assentando em técnicas e medidas que incidem sobre o ambiente de trabalho”; a saúde no trabalho “Não se contém na vigilância da saúde visando a ausência de doença e/ou enfermidade (...) compreendendo a promoção e manutenção do bem estar-físico, mental e social dos trabalhadores (OMS)”.

⁶ FREITAS, L.C., Segurança e Saúde do Trabalho, 2011, p.21.

⁷ Para maiores desenvolvimentos vide MIRANDA, J., Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra, 2005, págs. 80 e ss.

2. Fundamentos Normativos

2.1. Direito Internacional

As normas de segurança e saúde no trabalho, atenta a classificação proposta pelo iminente juslaboralista LEITE⁸, J. são de origem internacional, universal quando abrangem todo o mundo que conhecemos e cuja principal fonte é a OIT, que produz quer Convenções⁹ que vinculam os Estados que as ratificam, e as respetivas Recomendações. Sobressai, no âmbito da SST, a Convenção n.º 155.º, que aplicável a todos ramos de atividades e a todos os seus trabalhadores (com algumas contadas exceções), tendo os Estados que estabelecer políticas nacionais de segurança e saúde e ambiente no trabalho, que previnam acidentes e doenças profissionais resultantes, relacionados ou que ocorram durante o trabalho, tendo ainda de tomar as medidas (legislativas) e de controlo através de sistema de inspeção¹⁰, atualmente, papel assumido pela ACT.

Ao nível da ONU cumpre referenciar a Declaração Universal dos Direitos do Homem que reconhece o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (art.3.º), ao trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho (art. 23.º, n.º1) e a um nível suficiente para lhe assegurar e à sua família saúde e bem-estar (art. 25.º/1); bem como o Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais da ONU (onde está previsto o direito a condições de trabalho justas, a eliminação ou diminuição a condições com ocupações perigosas, insalubres e o dever do Estado Promulgar regulamentos/medidas de controlo, em especial no art.7.º).

No âmbito das fontes internacionais em SST relevam ainda os atos normativos de âmbito regional como os direitos consagrados na Carta Social Europeia (revista)¹¹, onde, na Parte 1, n.ºs 1 e 2, respetivamente os trabalhadores tem direito a condições de trabalho justas em trabalhar em condições de higiene e segurança, referindo aliás, na Parte 2, no art. 2º, direito à eliminação dos riscos inerentes às ocupações perigosas ou insalubres e, quando esses riscos ainda não tenham podido ser eliminados ou suficientemente reduzidos, a assegurar aos trabalhadores empregados nessas ocupações uma redução da duração do trabalho e férias

⁸ Segurança, saúde & Higiene no Trabalho nas Autarquias locais, organização do CEFA e Instituto de Higiene e Medicina Social, Universidade de Coimbra, 199, p. 53-54.

⁹ MARTINS, David Carvalho, “Segurança e saúde no Trabalho breves notas introdutórias”, in *Prontuário do Direito do Trabalho*, CEJ, 2019-I p.336-337, que aponta para a ratificação de, pelo menos, 36 Convenções, sendo de principal relevo, a Convenção n.º 155 (1981) sobre segurança e saúde no trabalho (1981), a n.º 187, sobre o quadro promocional para a Segurança e saúde no Trabalho (2006). A 10 de junho de 2022, na 110.ª Conferência Internacional do Trabalho, foi adotada a resolução para juntar, um ambiente de trabalho seguro e saudável, aos quatro Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho existentes. <https://www.dgert.gov.pt/convencoes-da-oit-ratificadas-por-portugal-seguranca-e-saude-no-trabalho>.

¹⁰ Quanto sobre a Inspeção de Trabalho na indústria e agricultura, vide respetivamente as Convenções n.ºs 81 (147), 129 (1969).

¹¹ <https://files.diariodarepublica.pt/1s/2001/10/241a01/00020029.pdf>, cfr. DRE, 1.ª Série-A, de 17.10.2001.

suplementares pagas suplementares; o direito a condições de trabalho justas. O art. 3.º relativo à segurança e à higiene no trabalho prevê uma política nacional com o objetivo primordial melhorar a segurança e a higiene profissionais e prevenir os acidentes e os danos para a saúde que resultem do trabalho, estejam ligados ao trabalho ou ocorram no decurso do trabalho, designadamente reduzindo ao mínimo as causas dos riscos inerentes ao meio de trabalho; adotar regulamentos de segurança e de higiene e medidas de controlo da aplicação dos mesmos; bem como promover a instituição de serviços de saúde no trabalho para todos os trabalhadores.

No plano regional cumpre ainda referir a relevantíssima produção normativa da União Europeia, em especial a partir do Ato Único Europeu, na redação do Tratado de Amsterdão, onde ficou o Conselho incumbido de adotar diretivas com prescrições mínimas para melhoria do ambiente em ordem à proteção da saúde e segurança dos trabalhadores, de acordo com o art.137.º, n.º1 alíneas a) e b) - atuais arts. 151.º e 153.º do TFUE. Fundamental neste domínio a Diretiva Quadro consagrada pela Diretiva 89/391/CEE, de 12/6, sobre a segurança e saúde no trabalho. Segundo ROUXINOL, M.¹², esta Diretiva consagrou a obrigação de segurança e saúde no trabalho (de resultado) a cargo do empregador assente nos princípios gerais de prevenção¹³, com o respetivo direito atribuído ao trabalhador de trabalhar em condições de SST bem como estabeleceu uma noção ampla de saúde no trabalho, estendendo o âmbito de aplicação (a quase) todos os trabalhadores (independentemente do tipo de vínculo laboral) e todos os setores de atividade, prevendo, por fim, no seu art. 16.º a adoção de Diretivas especiais que a desenvolvessem.

Ora, por seu turno, para o âmbito da SST do teletrabalho relevam em especial a Diretiva 89/354/CEE, do Conselho, de 30 de novembro de 1989, relativa às prescrições mínimas de segurança e de saúde para os locais de trabalho, bem como a Diretiva 90/270/CEE, de 29 de maio de 1990, relativa às prescrições mínimas dos equipamentos dotados de visor.

Contudo não se pode olvidar o Acordo-quadro do teletrabalho, de 2002 (UE, UNICE, UEAPME, ETUC, CEEP), que estabelece que o empregador é responsável pela proteção da segurança do teletrabalhador, devendo informá-lo da sua política de SST e dos requisitos que os equipamentos dotados de visor devem possuir. Não obstante, o teletrabalhador deve seguir aquela política, permitir que o empregador aceda ao local de trabalho/residência para controlo das condições de SST e desde que seja previamente

¹² A obrigação de segurança e saúde do empregador, Coimbra Editora, 2008, p 76-77.

¹³ Para maiores desenvolvimentos vide CABRAL, F. A, ROXO, M. M., Segurança e saúde do trabalho - legislação anotada, 4.ª Edição, 2006, Almedina, 71-72.

avisado e acordado com o primeiro. Por fim, prevê-se a possibilidade de o trabalhador solicitar visitas inspetivas às autoridades (laborais) para controlo das suas condições de trabalho.

2.2. Direito Interno

2.2.1. A Constituição da República Portuguesa

É consabido que a Constituição não se configura apenas como norma primária sobre produção de normas, mas constitui, igualmente, uma fonte de Direito – uma norma normata – enquanto conjunto de regras reguladoras das relações sociais de trabalho, sendo certo, na douta opinião de LEITE, J¹⁴, que possui um catálogo de direitos fundamentais dos trabalhadores generoso, plasmados no Título II, Cap. III, sob a epígrafe Direitos, Liberdades e Garantias dos trabalhadores, onde se inclui p.e. o princípio da segurança no emprego, e no Título III com o *caput* Direitos e deveres económicos, sociais e culturais, os Caps. I e II, respetivamente Direitos e Deveres Económicos (em especial o art 59.º, relativos aos direitos dos trabalhadores) e os Direitos e Deveres Sociais (em especial, o direito à saúde, cfr. art. 64.º da CRP).

CAUPERS, J.¹⁵ considerava que tais direitos se revestiam de natureza de direitos fundamentais dos trabalhadores em sentido material, entre outros, os que estivessem “previstos nas leis ou normas de direito internacional, quer com natureza análoga, quer não”, não significando isto que os mesmos oferecessem quantidade de proteção, mas fundamentalmente qualidade de proteção. Todavia, o antigo Presidente do Tribunal Constitucional parece que reconduzia os direitos de que agora se tratarão como direitos a prestações, não parecendo que os associava aos direitos, liberdades e garantias de natureza análoga, pelo que careciam de regulamentação a partir da qual permitiam obter reparação da violação dos mesmos pelos Tribunais, como sucederia com a proteção das condições de trabalho a garantia do direito ao repouso (antigo art. 60.º, 1, d), relativo à proteção em condições de higiene e segurança (antigo art. 60., n.º1, c), entre outros.

Na ótica de PIMPÃO, R.C¹⁶. o direito dos trabalhadores à segurança e higiene e saúde no trabalho reveste-se de uma natureza bipolar, onde “imperava uma feição negativa (..) de abstenção de condutas lesivas do empregador à saúde do trabalhador (art. 64.º) (...) e um direito positivo, de satisfação pela entidade patronal de condições de segurança (higiene) e

¹⁴ Direito do Trabalho, Vol. 1, SASUC, 1998, p.109 e ss.

¹⁵ Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição, Livraria Almedina, 185, p.136.

¹⁶ A tutela do trabalhador em matéria de segurança (higiene) e saúde no trabalho, Coimbra Editora, Grupo Wolters Kluwer, 2011, p.61-62.

saúde no trabalho (art. 59.º/1/c, CRP). A primeira dimensão atrás referida constituiria, nas douras palavras de LEITE, J¹⁷. um direito análogo aos direitos liberdades e garantias (art. 64.º, n.º 1 conjugado com o art. 17.º, ambos da CRP), na medida protegeria bens essenciais idênticos aos dos direitos liberdades e garantias como a vida e integridade pessoal. Quanto à segunda dimensão, o trabalhador tem direito a (só) prestar trabalho em condições de segurança e higiene saúde asseguradas pelo empregador, impendendo sobre este, obrigações de *face* e *non facere* naquele sentido, podendo recorrer a diversos meios de tutela, judiciais e não judiciais para se salvaguardar face a situações de risco¹⁸.

Neste concreto, os direitos fundamentais, que para nós agora relevam são (alguns) dos direitos individuais dos trabalhadores¹⁹, por pressuporem a existência de uma relação de trabalho dependente, evidenciando-se o direito à prestação do trabalho em organizado em condições socialmente dignificantes (cfr., art. 59.º/1/b), da CRP) que tem como destinatário o Estado e os empregadores, consistindo num direito dos trabalhadores em condições não degradantes, gratificante e não contrárias à dignidade humana (cfr. art. 1.º, 13.º/1), ou impeditivas da conciliação da vida profissional com a familiar e pessoal do trabalhador/a (cfr. art. 67.º). Correlacionado com a alínea anterior, veja-se a alínea c), n.º 1, deste preceito constitucional, que se cifra no direito dos trabalhadores a prestarem trabalho em condições de higiene, segurança e saúde no trabalho e que visa a preservação da saúde, segurança e bem-estar no trabalho, parecendo implicar a inexigibilidade de prestação de prestação sempre que ocorra a falta de condições e, concomitantemente, tal crie um risco de agressão iminente e grave à vida, integridade física e saúde daqueles de acordo com CANOTILHO, J.J.²⁰

O reputado constitucionalista considera ainda que este preceito consagra uma imposição constitucional dirigida aos poderes públicos para editarem regulamentos (vejam-se as normas da OIT e da legislação comunitária) e tornar efetivas medidas de controlo das condições impostas por estes, cabendo aos empregadores assegurarem o controlo das condições de trabalho e cumprirem as disposições legais atinentes que adotou ou transpôs, com o sucede quanto à legislação comunitária. Nesse concreto, SILVA, V. P.,²¹ reconhece como existindo um dever de proteção do Estado no que concerne à segurança e saúde no trabalho tendo em vista a salvaguarda da vida e integridade física dos trabalhadores.

¹⁷ LEITE, J., Direito do Trabalho, Vol. I, p.88.

¹⁸ Vide obra e autora citados na nota 10, p.71-72.

¹⁹ Classificação fundamental criada por LEITE, J., cfr supra 121-122.

²⁰ Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª Edição Revista, 2007, p.773

²¹ Deveres do Estado de proteção de Direitos Fundamentais, Universidade Católica Editora, 2015 p. 19-21.

De salientar ainda o direito à limitação máxima da jornada do trabalho, direito ao repouso e descanso semanal, férias pagas (cfr. art. alínea d), do n.º 1, do art. 59.º)²², mercê da sua conexão, reconhecida desde as primeiras legislações operárias, com a segurança e saúde no trabalho. FERNANDES, F. L. aponta certeira que (limitação) do tempo de trabalho visa salvaguardar a saúde e segurança no trabalho prevenindo a sinistralidade laboral,²³ e que hodiernamente a legislação do teletrabalho integrou como garantias de proteção dos respetivos trabalhadores, considerando-as com direitos, liberdades, e garantias, de natureza análoga, uma vez que a limitação da jornada de trabalho é essencial à defesa de bens fundamentais da pessoa (saúde, integridade física, liberdade pessoal) já que a sua consagração visa obstar também que se atinjam aqueles bens jurídicos dos trabalhadores.

De forma distinta, MIRANDA, J²⁴., considera que os direitos retro referidos terão natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias mas em zonas de fronteira, com direitos económicos, sociais e culturais ou com garantias institucionais, anotação ao art. 17.º, da CRP. Contudo, em anotação à alínea b) e c), do art. 59.º, o Autor reconhece que o direito à organização em condições socialmente dignificantes, realização pessoal e conciliação e direito à prestação de trabalho em condições de segurança e saúde está conectado ao princípio da dignidade humana, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito à proteção da família e da saúde, e melhoria das condições (de vida e) do trabalho conforme resulta, do art. 64.º, n.º2, alínea b), da CRP, norma esta fundamentalmente programática.

2.2.2. Lei

a) Disposições gerais

Contrariamente ao Código do Trabalho (CT) 2003, o legislador do CT 2009 – Lei 7/2009, de 12/2, optou por consagrar meros princípios gerais sobre a SST, plasmando em diploma complementar autónomo o regime da SST, como o dever do empregador²⁵ de proporcionar boas condições de trabalho físicas e morais (art. 127.º, n.º 1, alíneas b) e g), e prevenir os riscos profissionais e doenças profissionais, tendo em conta a proteção da segurança e saúde do trabalhador, bem como reconhecendo o direito correlativo deste de prestar trabalho em condições de saúde e segurança (art. 281 e ss., do CT2009).

A Lei 102/2009, de 10.9 (regime da promoção da segurança e saúde no trabalho) no art. 15.º delineou a obrigação/dever de cuidado e prevenção sobre o empregador na medida

²² LEITE, vide obra supracitada p. 1390.

²³ O trabalho e o tempo, Comentário ao Código do trabalho, CIJE, Porto, 2018, p. 132.

²⁴ Constituição Portuguesa Anotada, TOMO I, Coimbra Editora, 2005, p.145.

²⁵ FREITAS, J., “Acidentes de Trabalho e doenças profissionais – a obrigação de segurança no trabalho”, in PDT, 2020-I, CEJ, 420-421.

em que criando a organização empresarial, suscita riscos para a segurança dos trabalhadores inseridos no seu processo produtivo, sendo-lhe imposto que assegure todas as condições e aspetos do local de trabalho, cumprindo com a legislação de proteção, nos aspetos ligados ao ambiente físico e social, conforme aduz FERNANDES, M.²⁶. Deve assim garantir que os riscos profissionais não constituam riscos para a SST do trabalhador, nomeadamente de cariz psicossocial, devendo adaptar-se o trabalho ao homem para reduzir os riscos deste jaez.

b) Disposições específicas

A era digital, em especial o teletrabalho, suscitou o aparecimento de novos riscos profissionais²⁷, quer devido ao aumento do controlo patronal centralizado e objetivo implicado pelo distanciamento das instalações física que exige que os teletrabalhadores estejam sempre disponíveis, on line aumentando a exposição aos riscos psicossociais²⁸ como o stress, o isolamento, desenraizamento social e laboral, o desgaste psicológico, a diluição das fronteiras entre a vida pessoal e profissional, mas também riscos físicos derivada da exposição permanente a campos eletromagnéticos originando p.e. cefaleias, écrans de visualização que provocam a fadiga visual a redução/perda de visão, problemas musculoesqueléticos devido a posturas forçadas e movimentos repetitivos mão/braço.

O regime do teletrabalho encontra-se regulado atualmente nos arts 165.º e ss, do CT sendo que abrange os trabalhadores subordinados²⁹, que prestam a sua atividade laboral, em local não determinado pelo empregador³⁰, fora do núcleo e instalações da empresa –

²⁶ Direito do Trabalho, 19.ª Edição, 2019, Almedina, Coimbra, p. 419-423.

²⁷ MOREIRA, Teresa, Direito do trabalho na Era Digital, Almedina, Coimbra, 2021, p. 156 e ss.

²⁸ Segundo BORGES, Isabel V., parafraseando a OMS “são os riscos causados por interações sociais negativas associadas “(..)a conceção, organização e gestão de trabalho, assim como um contexto socioprofissional desfavorável, no seio da empresa ou na sua relação com colegas, terceiros, fornecedores (...)”, p. 159 “Violência e assédio: os riscos psicossociais da era digital e durante a pandemia Covid 19”, p. 159, in Trabalho na era digital: que Direito? APODIT 2022.

²⁹ Aplicando-se ainda ao trabalho à distância sem subordinação jurídica, mas com dependência económica, nos termos do art. 10.º, do CT2009 para maiores desenvolvimentos LAMBELHO, Ana, “O trabalho à distância, o teletrabalho e os trabalhadores economicamente dependentes em Portugal” p.30 e ss., in Revista Questões Laborais, n.º 60, 2022, Almedina, Coimbra.

³⁰ RAMALHO, M. R. P, Tratado de Direito do Trabalho, Parte IV, Contratos e regimes especiais, 2.ª edição, revista e atualizada à Lei 13/2023, de 3/4, Almedina, p.193-194. refere que, em concreto, o local de trabalho só não é determinado por acordo pois o empregador tem de assentir quanto à possibilidade de o teletrabalhador trabalhar a partir do seu domicílio, apontando a infelicidade da nova redação do art. 165.º, n.º 1. Assim, grosso modo, a falta de acordo no teletrabalho pressuposta naquela noção só se verificaria, atentas aos respetivos requisitos, para aqueles que constituem direito dos trabalhadores, usando a terminologia de VICENTE, Joana N, a saber: vítimas de violência doméstica, trabalhadores cuidadores informais a título não principal e progenitores com filhos menores de 3 anos filho com deficiência, doença crónica ou oncológica e que viva em comunhão de mesa e habitação “Direito do Trabalho – relação individual”, 2.ª edição revista e atualizada, 2023, Almedina, p 696 e ss. REDINHA, Regina contrariamente admite que a expressão “local determinado pelo empregador” através de uma interpretação redutora da sua literalidade que repusesse o significado originário “local não controlado ou gerido pelo empregador, que não tem imediato e irrestrito acesso”, Revista Questões Laborais, n.º 60, Jan/Jun 2022, p.29.

elemento geográfico - com recurso às tecnologias de informação e comunicação previsto – elemento tecnológico, nomeadamente hardware, software, sistemas de interconexão e interação entre posto de trabalho digital e o centro operativo patronal. Abrange, por isso, quer teletrabalhadores externos (exarado no próprio contrato de teletrabalho), quer internos (com clausula prevista ab initio no contrato ou introduzida através de acordo ad hoc).³¹

Partindo das modalidades³² de teletrabalho atendendo ao critério do local onde o teletrabalho é prestado, a especificidade ao nível da segurança e saúde será mais notada quando é prestada no domicílio do teletrabalhador e no centro de trabalho comunitário (local externo ao domicílio e às instalações do empregador, em coexistência com outros teletrabalhadores doutras firmas). Com efeito, GOMES, J. aponta para o perigo insidioso derivado das dificuldades patronais de acesso ao local de trabalho, que é o da sua auto-desresponsabilização, pelo menos parcial, quanto àquele³³. Já no que respeita ao teletrabalhador em escritório satélite a obrigação patronal de assegurar de condições de segurança e saúde no trabalho, sendo sua propriedade ou a si alocada, será em tudo semelhante à que sobre si impende no que toca aos trabalhadores presenciais.

Por forma a garantir a SST ao teletrabalhador o art. 169.º/1 do CT consagrou o princípio de igualdade de direitos e deveres ao nível de descanso, duração³⁴, proteção de SST e reparação de doenças profissionais e acidentes de trabalho face ao que trabalhadores presenciais da mesma categoria profissional e funções, por forma a precluir algum tratamento desfavorável mercê deste tipo de trabalho afastado das instalações das empresas.

Para fazer face ao tecno stress e travar a funesta hiperconectividade nas relações de trabalho e mistura dos tempos de trabalho com os da vida familiar e pessoal, foi estabelecido um dever de abstenção³⁵ do empregador (e doutros a seu mando) de contactar o teletrabalhador no período de descanso, através da remissão da alínea b), do n.º 1, do art. 169.º-B - A para o 199.º A, do CT 2009, prevendo-se, em caso de infração, a aplicação duma contraordenação grave.

³¹ Vide obra e Autora citada na nota 28, p.199.

³² ALMEIDA, M.ª Eunice L. O teletrabalho e o direito a teletrabalhar, Revista Questões Laborais, n.º 58, 2020 p.84 e ss.

³³ “O teletrabalho obrigatório em tempos de Covid 19 e algumas insuficiências do regime jurídico português”, Trabalho na era digital: que Direito? APODIT 2022.

³⁴ O normal (198.º), período de descanso (199.º), descanso diário (214.º), entre outros. O art. 166.º, n.º 4, alíneas c) e d), exige que do acordo de teletrabalho tenha definido, respetivamente, o período normal do trabalho diário e semanal.

³⁵ Que tem como correlato o direito do teletrabalhador à desconexão, para maiores desenvolvimentos, vide AMADO, J. L., “Escritos Laborais teletrabalho: os deveres especiais das partes”, 2023, Almedina, Coimbra, p 176 e ss.

O art. 168.º do CT estabelece que o empregador é responsável pela disponibilização dos equipamentos e sistemas para realização do trabalho, devendo ser compensadas as despesas adicionais como consequência de aquisição ou uso de equipamentos. Contudo, VICENTE, J. N.,³⁶ vê com dificuldade que as despesas inerentes à aquisição de cadeiras e secretárias ergonómicas se pudessem incluir no conceito de equipamentos e sistemas de trabalho, ao contrário de RAMALHO, M. R.³⁷, que interpreta extensivamente o art. 168.º acomodando aquelas despesas. Ao invés de GOMES, I.³⁸, reconhece, contudo, que a assunção das despesas, pelo menos, com uma cadeira ergonómica poderia ser aceitável à luz das obrigações de SST, já não assim com a água, climatização, etc. Ora, o que nos parece, salvo melhor opinião, que está em causa é o eventual (in)cumprimento do n.º 2, do art. 170.ºA, do CT de 2009, na sua redação atual, o qual tem prevista, em caso de incumprimento, uma contraordenação muito grave por eventual (in)cumprimento e que manda aplicar o DL 349/93, de 1/10^{39 40} – que transpôs a Diretiva 90/270/CEE, de 29/5, estabelece no art. 6.º, a obrigatoriedade do empregador avaliar as condições de trabalho de SST dos postos de trabalho quanto à visão, afeições físicas e tensão mental, assumir medidas corretivas (e preventivas) face ao resultado daquela no local de trabalho e a Portaria 989/93, de 6/10, estabelece exigências ao nível de características de visores e teclados (1.º), mas também especificamente a mesa (flexível) e cadeira de trabalho (boa estabilidade, altura ajustável e possuir um espaldar regulável), bem como indicações para o ambiente/iluminação (3.º) informar (cfr. 8.º, n.º1) n.º 2), e por fim o interface computador/homem (4.º), que exige software adaptável à tarefa, de fácil utilização de acordo com os conhecimentos do utilizador e a um ritmo a ele adaptado. Estas normas técnicas quando infringidas têm associada uma contraordenação laboral grave.

Do referido parece haver cobertura expressa, parece, à aquisição de tais equipamentos acessórios às custas do empregador, desde que previamente se realize a avaliação de riscos que identifique a adoção/compra daqueles móveis (ou outros, p.e. descanso de pés) como sendo necessários à prestação laboral em boas condições de trabalho. Tal não se verificará caso o (tele)trabalhador possua ele próprio material de escritório no seu local de trabalho que cumpra as regras, nomeadamente ergonómicas e que o mesmo tenha

³⁶ VICENTE, J. N., *Direito do Trabalho - Relação Individual*, 2.ª Edição revista e atualizada, 2023, Almedina, Coimbra, 704-705.

³⁷ Vide autora supracitada, p. 220.

³⁸ “Disponibilização de equipamentos e sistema de compensação das despesas adicionais – um exemplo do intrincado puzzle em que se converteu o regime jurídico do teletrabalho? *Revista Questões Laborais*, n.º 60, Número especial – o teletrabalho, Almedina, Coimbra, 2022, p. 111.

³⁹ Este diploma é regulado pela Portaria 989/93, de 6/10 que estabelece as regras técnicas de execução.

⁴⁰ Em Espanha quanto à “pantalla de visualización de dados”, aplica-se Real Decreto n.º 488/1997, de 14/4

autorização superior para os levar para o seu domicílio. Acresce que por força do art. 6.º, n.º 5, da Diretiva 89/391/CEE, as medidas relativas à SST no local de trabalho não devem implicar encargos financeiros para os trabalhadores, o que se parece ser de aplicar sem reboço à matéria de cadeiras/secretárias e outras conexas com a utilização de écrans dotados de visor, aplicáveis ao teletrabalho.

O art.170.º-A do CT, proíbe no seu n.º 1, teletrabalho em atividades com substâncias/materiais perigosos para saúde e ou integridade física, conforme resulta do Acordo de teletrabalho, mas poderá ser considerada despropositado, a não ser que se possam subsumir àqueles conceitos p.e. a falta de qualidade no ar no local de trabalho, a exposição prolongada a campos eletromagnéticos/radiações provenientes de desktops.

Já o n.º 2, do art. 170.A do CT, esclarece que ao empregador incumbe organizar de forma específica e adequada os meios, dir-se-ia organizacionais, técnicos, humanos físico para cumprir com as suas obrigações em SST perante os seus teletrabalhadores facultando os meios preventivos necessários para o fazer, nomeadamente para observância do DL 349/93, de 1/10, relativo aos equipamentos dotados de visor.

O n.º 3, do art. 170.º-A do CT, determina ao empregador a feitura de exames de saúde antes dos teletrabalhadores iniciarem a sua atividade de teletrabalho, o que pode levar a que um teletrabalhador interno e que possua exame de saúde válido e efetuado em tempo, possa (deva), no rigor, ser submetido a novo exame de saúde, estabelecendo uma regra de submissão a exame de saúde de periodicidade inferior à a geral (art. 108.º da n.º3, alínea b), da Lei 102/2009), para confirmar a aptidão física e psíquica para o exercício das condições em que há de ser prestada e medidas preventivas adequadas. Prevê-se ainda a submissão a exames de saúde periódicos anuais do teletrabalhador, independentemente, da sua idade, regra que é mais exigente do que para os trabalhadores presenciais e em geral, conforme resulta do art. 108.º, n.º 3, alínea b), da Lei 102/2009, de 10/9, que obriga a exames periódicos a partir dos 50 anos.

A avaliação e controlo de riscos a cargo do empregador passa necessariamente pela visita ao local de trabalho e à observação das condições (e local) de trabalho do teletrabalhador ao domicílio, o que deverá ser assegurado, em princípio, por técnico de segurança e saúde. A visita deste deverá previamente ser acordada quanto ao período em que ocorrerá, e terá de respeitar a privacidade do teletrabalhador, observando aquele apenas a

divisão/divisões adstritas à prestação de trabalho, e que deverá ocorrer entre as 09.h00 e as 19.h00, conforme previsto no n.º 4, do art. 170.º-A do CT⁴¹.

E se é verdade que ao teletrabalhador cabe o dever de cumprir com diretrizes em matéria de SST (cfr. 169.º, n.º2, d do CT) em arrimo com as obrigações gerais dos trabalhadores neste âmbito, constantes do art 128.º, n.º1, e) do CT 2009 e do art. 17.º, da Lei 102/2009, de 10/9), também os empregadores, nesta atividade e forma de organização de trabalho, continuam a ter o papel essencial de devedores da obrigação de segurança e saúde no trabalho para com os teletrabalhadores, pelo que parece não poder aceitar-se como justificável a não feitura (ou diferimento no tempo da sua feitura) da avaliação de riscos ao local de trabalho/residência de todo e qualquer teletrabalhador pela dificuldade logística e custos económicos associados⁴², bem como a realização de exames de saúde de admissão a esta atividade (sendo teletrabalhadores internos ou externos) ou periódicos fora do tempo legalmente estipulado para o efeito, em virtude da sede do serviço/empregador estarem a uma distância significativa (o que também seria incómodo para o trabalhador), sob pena de não se poder assegurar as condições de segurança do teletrabalhador, bem como da vigilância de saúde⁴³ a que tem de estar sujeito.

Não podemos olvidar ainda que por força do art. 170.º-A, n.º 2, do CT seja aplicável o já mencionado DL 349/1993, de 1/10, que exige, em reforço dos direitos em SST já mencionados aquando da verificação de perturbações visuais no teletrabalhador seja sujeito a exame médico oftalmológico ocasional, sejam proporcionados dispositivos especiais quando os dispositivos normais de correção não puderem ser utilizados, organização da atividade no trabalho diário, que seja periodicamente interrompido por pausas/mudanças de

⁴¹ Dificuldades poderão equacionar-se se o teletrabalhador trabalhar em turnos, nomeadamente noturnos, ora neste caso cumpriria fazer uma interpretação hábil da lei, permitindo-se fazer fora do horário pré-estabelecido no período diurno, ou noturno respaldado pela autorização prévia do teletrabalhador, já que aquela visita visa o seu bem-estar. Doutra forma o empregador poderia não poder zelar pelas suas condições de trabalho e fornecer-lhe equipamentos acessórios necessários para a melhoria das condições de trabalho, como é pressuposto na Lei.

⁴² Parece, poder inferir-se uma certa “compreensão” das palavras de COSTA, Cristina R. (2022) pelo incumprimento (pelo menos parcial) dalgumas suas regras basilares. Aliás, sendo o empregador a colher os frutos económicos da atividade laboral do teletrabalhador e, também a poupar significativamente nos custos de contexto, por não carecer porventura de espaços físicos tão amplos, e a reduzir bastante ou eliminar parte do gasto com água, eletricidade (e climatização), parece ser proporcionado e adequado que assuma em contrapartida as deslocações dos técnicos de segurança e a deslocação dos trabalhadores a outros locais para serem submetidos a exames de saúde no trabalho.

⁴³ Aliás, a DGS (Direção Geral de Saúde) em recomendação veda a possibilidade de feitura de consultas para efeito de submissão a exame de saúde no trabalho a teleconsultas, para prevenir eventuais fraudes, sendo arriscado que os médicos do trabalho caiam na tentação, sob pena, de poderem incorrer em responsabilidade disciplinar, sendo considerada má prática <https://www.dgs.pt/saude-ocupacional/perguntas-frequentes-/pergunta-frequente-302015-pdf.aspx>. Advoga-se também essa impossibilidade *mutatis mutandis* para as visitas de segurança para avaliação de locais de trabalho/domicílio do teletrabalhador, que não devem ser realizadas telematicamente mas com presença efetiva nos locais de trabalho também podem ser objeto de sancionamento disciplinar designadamente face ao DL 42/2012, de 28/8.

atividade (arts. 6.º e 7.º do diploma supra). Devendo ser observadas as regras sobre visores e teclados; mesa e cadeira de trabalho; meios ambiente e interface computador/homem (respetivamente previstos nos n.ºs 1, 2, 3 e 4 da Portaria 989/93, de 6/10).

Por fim, e atendendo ao princípio da igualdade de tratamento dos teletrabalhadores com os trabalhadores presenciais acima já focado surgem dúvidas quanto à aplicabilidade de outros diplomas legais sobre prevenção de riscos profissionais, como seja o DL 347/93, de 1/10, que foi regulado pela Portaria n.º 987/93, de 6/10 (relativa á segurança nos locais de trabalho). Ora, tendo em conta a definição de local de trabalho (cfr. Art. 3.º) “(...) todo o local destinado à implantação de posto de trabalho, quer em edifícios, quer em outros locais da empresa ou do estabelecimento a que o trabalhador tenha acesso no desempenho das suas funções(...)” e não estando a atividade do teletrabalhador excluída do seu âmbito de aplicação (art. 2.º, n.º2) parece, ter de ser tida em conta quanto às suas prescrições no teletrabalho prestado nos centros satélites⁴⁴ (pertença ou adstritos à empregador), em centros multimédia nas periferias das grandes cidades (telecenters) ou centros criados em zonas rurais destinados às comunidades locais (telecottage), ou prestado em diversos locais dispersos, incluindo em instalações de clientes do empregador (mobile telework) e até no domicílio/residência do teletrabalhador (homebased telework)⁴⁵. Assim, parece ser considerar, em rigor, para efeitos das condições de trabalho dos teletrabalhadores, pese embora cum grano salis, os números 2.º (pé direito, densidade de ocupação e cubagem), 6 (ventilação), 7. (temperatura e humidade), 8.º (iluminação), entre outras prescrições.

No que respeita aos acidentes de trabalho e doenças profissionais dos teletrabalhadores rege o n.º5, do art. 170.-A do CT, e que dada a circunstância do teletrabalho decorrer fora das instalações do empregador foi alterada a Lei 98/2009, de 4/9, no art.8.º, n.2⁴⁶, alínea c), referindo-se que o local de trabalho (enquanto um dos elementos chave para caracterização de sinistro como sendo de trabalho ou serviço, convencionou-se que seria aquele que constasse do acordo de teletrabalho. Contudo, como a RAMALHO, M. R P⁴⁷,

⁴⁴ Neste concreto, cumpre recordar que em caso de desenvolvimento de atividades simultâneas ou sucessivas no mesmo local de trabalho, designadamente quando várias empresas, estabelecimentos ou serviços simultaneamente atividades com os seus trabalhadores no mesmo local de trabalho, estão obrigados tais empregadores a cooperar no sentido da proteção dos trabalhadores (art. 15.º n.º1, da Lei 102/2009, de 10/9), contudo as empresas em cujas instalações outros trabalhadores prestam serviço ao abrigo de contratos de prestação de serviços poderão, nos termos do n.º2, alínea c), do retro referido art. 15.º, poderão ser responsabilizados contraordenacionalmente, conforme resulta do n.º4, do mesmo preceito legal. Assim, parece ser aplicável aqueles e outros diplomas específicos sobre a SST, às entidades onde tenha lugar teletrabalho, p.e. no caso proprietários de instalações

⁴⁵ DRAY, Guilherme, Código do Trabalho anotado, 2020, 12.ª Edição, p. 425-426.

⁴⁶ LEITÃO, Sara, Os acidentes de trabalho em teletrabalho, 2021, e ainda MARTINEZ, Pedro Romano-Direito do Trabalho, 11.ª edição, IDT, Almedina., 2023 p. 689, “Acidentes de trabalho em teletrabalho”, a revista, STJ, 2022, p. 75 e ss.

⁴⁷ Vide obra autora supracitada, p. 232-233.

bem aponta, nem todas situações de teletrabalho carecem de acordo escrito, ora quando é exercido um direito, por um dos trabalhadores do art. 166.ºA do CT, não terá de haver um acordo, entendendo-se que, em princípio, seja coincidente com a sua residência, depois em casos de teletrabalho híbrido parece ter de se entender que local de trabalho terá de ser qualquer um dos que estão estabelecidos. Também os acidentes in itinere suscitam questões duvidosa sendo certo que deverão incluir os acidentes ocorridos na deslocação para as instalações da empresa, para clientes, para aquisição de equipamentos necessários à sua prestação ou que se encontrem a reparar.

Correlacionado com o dever fundamental do Estado zelar pela proteção da segurança e saúde dos (tele) trabalhadores sobressai a necessidade do controlo da ACT⁴⁸ das regras do teletrabalho, nomeadamente em matéria de SST, ora o n.º2, deste preceito legal, prevê a realização da visita inspetiva⁴⁹, ao domicílio de teletrabalhador (se esse for o seu local de trabalho), pressupõe a anuência prévia do teletrabalhador e que lhe tenha sido informado prévia com antecedência mínima de, pelo menos, dois dias, o que poderá trazer dificuldades operativos à Inspeção do Trabalho, mas constrangimento que tem de ser entendido por forma a garantir o respeito pela intimidade da residência do teletrabalhador, e respeitando os princípios do direito processual penal sobre busca domiciliária.⁵⁰

3. Conclusões

Face ao que tem vindo a ser exposto, reconhecem-se a valia de algumas críticas ao novel regime jurídico do teletrabalho (plasmado na Lei 83/2021, de 6/12 e pela Lei 13/2023, de 3/4), designadamente quanto a alguma falta de cuidado do legislador na redação e terminologia utilizada (veja-se na própria definição de teletrabalho onde consta falta a determinação pelo empregador, o que não se aplica a grande parte dos teletrabalhadores, ou deixar de considerar como elementos distintivo da figura a predominância deste tipo de trabalho), ou o recurso a opções legislativas desnecessárias conforme refere RAMALHO, M. R. P., pois a redação anterior do art. 8.º, n.º 1 a) da Lei 98/2009, já abrangia o local de trabalho onde o trabalhador prestava teletrabalho ou que se devia dirigir em virtude do seu

⁴⁸ A Autoridade da Condições de Trabalho, tem a sua lei orgânica publicada no Decreto-Regulamentar n.º 47/20012, de 31/7.

⁴⁹ Este poder consta do art. 11.º, alínea a), do DL 102/2000, de 2/6.

⁵⁰ ALMEIDA, Marta, “A intervenção Inspetiva em teletrabalho: um problema sem solução?” Revista Questões Laborais n.º62, 2023, Almedina, p. 211, e ss. Aponta como estratégia de superação das dificuldades de acesso aos locais dos teletrabalhadores domiciliários a obtenção de autorização simplificada de entrada sem pré-aviso ou sem anuência destes, dando o exemplo da vizinha Espanha, ora, no contexto processual atual tal parece, de todo, impossível de implementar tanto mais que as visitas/buscas domiciliárias pressupõe para que ocorra mandato judicial a existência de crimes, o que não é subsumível à situação retro referida.

trabalho, mencionando que o local de trabalho era o que constasse no acordo de teletrabalho, sendo certo que inexistem nas modalidades de teletrabalho derivadas de direitos dos próprios, além de que não resolveu o caso dos acidentes de trabalho in itinere do teletrabalho híbrido.

Admite-se que iure condendo o legislador poderia concretizar expressamente quais e com que recorte deveriam ser cumpridas as obrigações em SST, pois como se viu, quanto à avaliação de riscos a mesmo só fará sentido para certas modalidades deste tipo de contrato. Também nos pareceria ser útil que constasse expressamente o que as despesas em SST, nomeadamente com móveis e acessórios de escritório, como cadeiras, mesas, écrans, teclados considerados como necessários após avaliação de riscos, o pagamento fosse custeado pelo empregador.

Acresce que o Estado ao prever a intervenção da ACT para controlo dos locais de trabalho, em especial o coincidente com o domicílio do teletrabalhador andou bem, podendo ser útil, contudo, para intervenções inspetivas que não fossem meramente reativas (originadas por queixas), que p.e. na base da SS constassem os locais de trabalho dos teletrabalhadores, como agora consta o estabelecimento das empresas para alavancar intervenções neste domínio da SST.

Contudo, face à novidade (relativa) do regime jurídico atual do teletrabalho parecem ser ainda, face à falta de dados empíricos, ajuizar sobre qual é (está ser a Law in action) quanto à segurança e saúde no trabalho dos teletrabalhadores face à law in the books.

Bibliografia:

ABRANTES, João José, *Estudos de Direito do Trabalho*, Lisboa, AAFDL Editora, 2018.

ALMEIDA, Maria Eunice Lopes de, O teletrabalho e o direito a teletrabalhar, *Revista Questões Laborais*, ano XVII, n.º 56, Jan.-Jun 2020, Coimbra, Almedina, 2020.

ALMEIDA, Marta, A intervenção Inspetiva em teletrabalho: um problema sem solução? *Revista Questões Laborais*, ano XXX, n.º62, Jan./jun 2023, Coimbra, Almedina, 2023.

AMADO, João Leal, *Escritos laborais*, Coimbra, 2023.

CABRAL, Fernando/ROXO, Manuel M., *Segurança e Saúde do Trabalho – Legislação Anotada*, Coimbra, Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, inter alia (Moreira Vital), *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CAUPERS, João, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Coimbra, Livraria Almedina, 1985

CARVALHO, David Martins, Segurança e saúde no Trabalho: breves notas introdutórias, in *Prontuário do Direito do Trabalho*, 2019, 1.º semestre de 2019, n.º1, Lisboa, CEJ, 2019

COSTA, Ana Cristina Ribeiro, A saúde e segurança no novo regime do teletrabalho: reflexões sobre o “sentido mais favorável aos trabalhadores”, *Revista Questões Laborais*, número especial – o teletrabalho, n.º 60, Coimbra, Almedina, 2022

DRAY, Guilherme, O novo regime de teletrabalho: A Lei 83/2021, de 6 de dezembro, *Prontuário do Direito do Trabalho*, 2022, 2.º semestre de 2022, n.º 2, Lisboa, CEJ, 2022

DRAY, Guilherme, inter alia, *Código do Trabalho Anotado*, 12.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2020.

FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 19.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2019.

FERNANDES, Francisco Liberal, *O trabalho e o tempo, Comentário ao Código do trabalho*, CIJE, FDUP, Porto, 2018.

FREITAS, Jerónimo, Acidentes de trabalho e doenças profissionais – a obrigação de segurança no trabalho, *Prontuário do Direito do Trabalho*, 2020, 1.º semestre de 2020, n.º 1, Lisboa, CEJ, 2020.

FREITAS, Luís Conceição, *Segurança e Saúde do Trabalho*, 2.ª Edição, revista e corrigida, Lisboa, Edições Sílabo, Lda., 2011.

FREITAS, Luís Conceição, *Gestão da Segurança e Saúde do Trabalho*, 2 Volume, Lisboa, Edições Universitárias Lusófonas, Lda., 2003.

GOMES, Júlio Vieira, O teletrabalho obrigatório em tempos de Covid 19 e algumas insuficiências do regime jurídico português, in *Trabalho na Era Digital: Que Direito?*, Estudos APODIT 9, Coordenação de M.ª R. Palma Ramalho, Catarina Carvalho, Joana N. Vicente, Lisboa, AAFDL Editora, 2022.

GOMES, Maria Irene, Disponibilização de equipamentos e sistemas e compensação das despesas adicionais – um exemplo do intrincado puzzle em que se converteu o regime jurídico do teletrabalho? *Revista Questões Laborais*, número especial – o teletrabalho, n.º 60, Coimbra, Almedina, 2022.

LAMBELHO, Ana, O trabalho à distância, o teletrabalho e os trabalhadores autónomos economicamente dependentes em Portugal, *Revista Questões Laborais*, número especial – o teletrabalho, n.º 60, Coimbra, Almedina, 2022.

LEITÃO, Sara, Os acidentes de trabalho em teletrabalho *Prontuário do Direito do Trabalho*, 2021, 1.º semestre de 2021, n.º 1, Lisboa, CEJ, 2021.

LEITE, Jorge, *Direito do Trabalho*, Vol. I, SASUC, 1998.

LEITE, Jorge, *Segurança, Saúde & Higiene no Trabalho nas Autarquias locais*, Coimbra, CEFA, 1999.

MARECOS, Diogo Vaz, *Lei 102/2009, regime jurídico da promoção da segurança e saúde no trabalho anotado*, Lisboa, Petrony, 2016.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 8.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2017.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 11.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2023.

MIRANDA, Jorge, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

MOREIRA, Teresa Coelho, *Direito na Era Digital*, Coimbra, Almedina, 2021.

PIMPÃO, Céline Rosa, *A tutela do trabalhador em matéria de segurança, (higiene) e saúde no trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora Grupo Wolters Kluwer, 2011.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte IV, - contratos e regimes especiais*, 2.^a edição, Coimbra, Almedina, 2023.

REDINHA, Maria Regina, A noção de teletrabalho na Lei 83/2021, de 6 de dezembro, *Revista Questões Laborais*, número especial – o teletrabalho, n.º 60, Coimbra, Almedina, 2022.

ROUXINOL, Milena Silva, *A obrigação de segurança e saúde do empregador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

SILVA, Jorge Pereira, *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015.

VICENTE, Joana Nunes, inter alia, *Direito do Trabalho, Relação Individual*, 2.^a edição Revista e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2023.

Uso da Convenção de Aarhus nos Litígios Climáticos

Use of the Aarhus Convention in Climate Litigation

Marlon Antônio Rosa¹

Sumário: 1. O crescente número de litígios climáticos; 2. Convenção de Aarhus: Informação, Participação e Acesso à Justiça; 3. A Convenção como instrumento de futuros litígios climáticos; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho visa apresentar reflexões iniciais sobre o papel da Convenção de Aarhus como uma das ferramentas estratégicas de argumentação nos litígios climáticos, de modo a fortalecê-los no seu intuito de influenciar políticas climáticas, comportamentos corporativos e responsabilizações ambientais. Assim, se caracteriza como um estudo doutrinário e jurisprudencial que analisa a importância da Convenção de Aarhus como ferramenta de fortalecimento de litígios climáticos. Após os estudos, percebe-se que a convenção de Aarhus possui uma vinculação de três elementos: informação, participação pública nos processos de tomada de decisões, e acesso à justiça, pressupostos da formação de uma sociedade da informação ambiental. Percebe-se que por meio dos ditames da Convenção de Aarhus pode-se conseguir um fortalecimento dos litígios climáticos, ao abrir as portas dos tribunais aos cidadãos e organizações, em especial no acesso às informações necessárias de questões ambientais em posse de autoridades públicas e corporações.

Palavras-chave: Convenção de Aarhus; Litígios Climáticos; Sociedade da Informação Ambiental; Direito Processual Ambiental.

Abstract: The present work aims to provide initial reflections on the role of the Aarhus Convention as one of the strategic tools for argumentation in climate litigation, aiming to strengthen them in their intent to influence climate policies, corporate behaviors, and environmental accountabilities. Thus, it is characterized as a doctrinal and jurisprudential study analyzing the importance of the Aarhus Convention as a tool for reinforcing climate litigation. Following these studies, it is observed that the Aarhus Convention comprises three interconnected elements: information, public participation in decision-making processes, and access to justice, all prerequisites for the formation of a society focused on environmental information. It is evident that by adhering to the principles of the Aarhus Convention, a reinforcement of climate litigation can be achieved, as it opens the doors of courts to citizens and organizations, particularly in accessing necessary information on environmental matters held by public authorities and corporations.

Keywords: Aarhus Convention; Climate Litigation; Environmental Information Society; Environmental Procedural Law

1. O Crescente Número de Litígios Climáticos

Constata-se ao redor do mundo o surgimento cada vez maior de litígios climáticos como estratégia de combate a omissão de agentes públicos e privados no combate à crise climática. Esse fenômeno é resultado de a dificuldade dos países cumprirem os objetivos do

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), Uberlândia, Brasil. Pesquisador da Cátedra Jean Monnet – Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: marlon1vsp@gmail.com

Acordo de Paris e ineficácia de resultados nos numerosos compromissos corporativos. Assim, surgem os casos de litígios climáticos, com reivindicações no cumprimento de legislações relacionadas ao combate da crise climática, através de diversos atores como crianças e jovens, grupos de mulheres, povos originários, ONGs, governos nacionais, etc.

A definição adotada destes “litígios climáticos” é aquela definida pelo relatório de 2017 do Programa Ambiental das Nações Unidas “PNUMA” em cooperação com o Centro de Direito das Mudanças Climáticas Sabin, ou seja: Casos apresentados perante órgãos administrativos, judiciais e outros órgãos de investigação que levantam questões de direito ou de fato relacionadas à ciência das mudanças climáticas e aos esforços de mitigação e adaptação às mudanças climáticas. (Sabin Center, 2023)

São considerados litígios climáticos os casos relatados perante órgãos administrativos, judiciais ou outros órgãos de investigação que abordam questões jurídicas ou de fato relacionadas à ciência das mudanças climáticas e aos esforços para mitigação e adaptação às mudanças climáticas. A definição de litígio climático adotada foi: (1) relacionado a uma disputa que surge de ou é exacerbada por: (a) a contribuição de uma parte para as mudanças climáticas, (b) as consequências físicas das mudanças climáticas ou (c) leis, estruturas regulatórias ou deveres legais relacionados às mudanças climáticas; ou (2) que surge de uma disputa de terceiros descrita na seção (1) e é transmitido por meio de uma relação legal. (Sabin Center, 2023)

Do Relatório de Litígio Climático Global: Revisão do Status de 2023 extrai-se que em 2017 foram identificados 884 casos em 24 jurisdições, em 2020 foram identificados 1.550 casos em 39 jurisdições, e por fim, em 2023, o número cumulativo de casos rastreados aumentou para 2.180 casos em 65 jurisdições. (PNUMA, 2023)

Houve 114 casos no Sul Global, 1.943 no Norte Global (só nos Estados Unidos da América são 1.522 casos) e 127 em tribunais e órgãos adjudicatórios internacionais e regionais (que podem incluir demandantes do Norte Global e Sul Global). Considerando os casos nos Estados Unidos da América, os casos no Norte Global representam 89% do número total de casos de litigância climática. Casos no Sul Global correspondem a 5,2%, enquanto casos internacionais e regionais correspondem a 5,8%. (Sabin Center, 2023)

Segundo os dados disponíveis, atualmente há 128 processos em todo o mundo que envolvem litígios contra governos (excluindo os casos dos Estados Unidos da América, que são registrados separadamente). Esses casos abrangem jurisdições tanto domésticas quanto internacionais, sendo fundamentados nos direitos humanos. A classificação desses casos inclui questões relacionadas aos direitos das crianças, ao direito a um meio ambiente saudável,

à migração climática, aos direitos das mulheres, aos direitos dos indígenas, entre outros. (PNUMA, 2023)

Por fim, identificam-se seis categorias nas quais a maioria dos casos pode ser inserida e onde se discute questões que surgem e percorrem esses casos: 1 - Uso de "direitos humanos" reconhecidos no direito internacional e no direito constitucional doméstico na litigância sobre mudanças climáticas. 2 - Exigência de aplicação (ou não aplicação) de medidas, leis ou políticas relacionadas a mudança climática; 3 - Cessaçãõ do uso de combustíveis fósseis e sumidouros de carbono; 4 - Responsabilidade pelos danos climáticos e responsabilidade corporativa. 5 - Melhora da qualidade do clima por meio de transição climática e combate ao chamado "greenwashing". 6 - Abordagem das falhas na adaptação das mudanças climáticas e seus impactos. (Sabin Center, 2023)

A litigância climática é um fenômeno em ascensão, embora não seja algo inédito. Essa prática desempenha um papel crucial na proteção de direitos, uma vez que representa uma das poucas ferramentas acessíveis ao público em geral para responsabilizar os Estados diante da negligência climática. Esses Estados muitas vezes se eximem de sua obrigação de proteger os direitos humanos, priorizando outras considerações em detrimento dos impactos adversos das mudanças climáticas (Ohchr, 2021).

2. Convenção de Aarhus: Informação, Participação e Acesso à Justiça

Em 25 de junho de 1998, no âmbito da Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa (UNECE), foi assinada, na cidade de Aarhus, a Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público e Acesso à Justiça em matéria de ambiente (Convenção de Aarhus). A Convenção de Aarhus, assim se consolida como o primeiro instrumento de relevância internacional e juridicamente vinculativo, visando desenvolver padrões legais mínimos dos direitos de acesso à informação, participação do público na tomada de decisões e acesso à justiça em matéria ambiental. (Ferreira, Alencar e Cruz, 2021)

A Convenção de Aarhus surge então como um fator de aperfeiçoamento do conceito mais democrático de cidadania no domínio da gestão e proteção internacional do meio ambiente. Originalmente, o acordo foi assinado por 35 Estados e entrou em vigor no dia 30 de outubro de 2001, após sua ratificação pelo 16º membro signatário, seguindo conforme o preceituado no seu artigo 20. Hoje, a Convenção conta com 47 Estados contratantes, incluindo a União Europeia, sendo o primeiro acordo ambiental multilateral a impor obrigações às suas Partes em relação aos seus próprios cidadãos. O Brasil é um dos signatários da Convenção de Aarhus, mas ainda não a ratificou. (Ferreira, Alencar e Cruz,

2021)

Os propósitos da Convenção vêm expressos no seu artigo 1º, assim redigido:

Com o objetivo de contribuir para a proteção do direito de todos os indivíduos, das gerações presentes e futuras, a viver num ambiente propício à sua saúde e bem-estar, cada Parte garantirá a concessão dos direitos de acesso à informação, à participação do público no processo de tomada de decisões e à justiça no domínio do ambiente, em conformidade com o disposto na presente Convenção. (ONU, 2023)

Assim, convenção de Aarhus possui uma vinculação de três elementos: informação, participação pública nos processos de tomada de decisões, e acesso à justiça, pressupostos da formação de uma sociedade da informação ambiental. Este tripé de Aarhus, se encontra baseado na vinculação entre os elementos informação, participação pública nos processos de tomada de decisões, e acesso à justiça, como pressupostos indispensáveis para o desenvolvimento de um novo ambiente cultural: o de uma sociedade da informação ambiental. (Mazzuoli e Ayala, 2011)

Inclusive, embora não seja indiferente à sociedade internacional a consideração de deveres estatais dedicados à informação e à cooperação em semelhante domínio, seria possível sugerir que a afirmação de uma cultura internacional (e, por que não, global) de informação ambiental só teve origem com o texto da referida Convenção, em 1998. (Mazzuoli e Ayala, 2011)

Essa tríade podem ser consideradas parte integrante dos "direitos ambientais procedimentais", mesmo sem a consideração de um direito fundamental ao ambiente como um direito subjetivo, manifestam-se através de direitos à informação, participação e acesso à justiça. (Canotilho, 2004)

Pelos três elementos que compõem os direitos ambientais procedimentais estão intimamente interligados, apresentando conteúdos normativos tanto de natureza material quanto procedimental, os quais são interdependentes. Essa interconexão é particularmente evidente na relação entre a participação pública na tomada de decisões e o acesso à informação. O acesso à informação é um pré-requisito essencial para que a participação pública ocorra de maneira qualificada e efetiva. (Sarlet, 2018)

E isso só é possível mediante o acesso às informações ambientais detidas pelos órgãos públicos responsáveis pela decisão, e, em certas circunstâncias, também às informações ambientais em posse de particulares. Sem esse acesso à informação, a participação, mesmo que formalmente garantida, não será efetiva. O mesmo princípio se aplica ao acesso à justiça, sendo este um meio para reivindicar o exercício dos demais direitos ambientais procedimentais em casos de violação ou restrição indevida, conforme será

discutido posteriormente. (Sarlet, 2018)

O acesso à informação tem o intuito de garantir aos indivíduos uma participação eficaz e mais atuante na formulação de suas concepções, sendo que a tomada de decisão participativa ajuda na elaboração de políticas e medidas ambientais adequadas e consensuais na sociedade, sendo por último o acesso à justiça, uma forma de se assegurar os direitos ambientais e uma abertura para responsabilização jurídica dos autores.

É relevante salientar que o conceito de informação ambiental é abrangente, abarcando qualquer informação relacionada ao estado de componentes do ambiente, como ar, atmosfera, água, solo, terra, diversidade biológica e seus elementos, incluindo organismos geneticamente modificados. Além disso, engloba fatores como substâncias, ruído, radiação, assim como atividades ou medidas, como acordos, políticas, legislação e planos, que tenham potencial para impactar os elementos do ambiente. Isso também compreende análises econômicas e premissas utilizadas no processo de tomada de decisão em questões ambientais, bem como informações sobre o estado da saúde e segurança humana, e os locais de interesse cultural e estruturas construídas que possam ser afetados pelo estado dos elementos do ambiente ou pelas atividades mencionadas anteriormente.

São as autoridades públicas (órgãos governamentais e organismos que exercem função pública) os autores a suportarem o ônus da convenção, bem como o setor privado, uma vez que, o termo “autoridade pública” é definido como aquele onde toda pessoa ou órgão possui ou exerce poderes que não estão disponíveis para cidadãos individuais. Desta forma, empresas particulares com responsabilidades públicas em relação ao meio ambiente, e que estão sob o controle de autoridades públicas propriamente ditas, também estão inseridas na definição. (ONU, 2023)

No que diz respeito aos direitos estabelecidos pela Convenção, estes são destinados ao público, definido como "uma ou mais pessoas singulares ou coletivas, bem como as suas associações, organizações ou agrupamentos, de acordo com a legislação ou práticas nacionais". O acordo também fornece uma definição para "público interessado", entendido como aquele que pode ser afetado, direta ou indiretamente, pelo processo de tomada de decisões no campo ambiental, ou que demonstre interesse em tais decisões, incluindo organizações não governamentais que promovam a proteção do ambiente e atendam aos requisitos estabelecidos pela legislação nacional. (ONU, 2023)

Como fortalecimento da legitimidade e fortalecimento nos litígios climáticos extraem-se da Convenção, os ditames dos artigos 4º a 9º, os quais asseveram: Primeiramente o de ter o público em geral o acesso à informação que desejar, incluindo o direito de ter

cópias da documentação que contém a informação solicitada: a) sem que seja necessário declarar um interesse na questão; b) na forma solicitada, a menos que: i) seja razoável que a autoridade pública apresente a informação de outra forma; nesse caso, devem ser expostas as razões que o justificam; ou ii) a informação já esteja disponível ao público de outra forma (art. 4º, § 1º). (ONU, 2023)

Tal informação deve ser prestada de forma rápida, o mais tardar no prazo de um mês a contar da apresentação do pedido, a menos que o volume e a complexidade da informação justifiquem um prolongamento deste prazo até dois meses após a apresentação do pedido, devendo o requerente ser informado do prolongamento do prazo, bem como das razões que o justificam (art. 4º, § 2º). (ONU, 2023)

Ademais, deve o público envolvido ser informado de forma adequada na fase inicial de um processo de tomada de decisões em matéria ambiental, por meio de aviso público ou individualmente, designadamente: a) da atividade proposta e do pedido relativamente ao qual será tomada uma decisão; b) da natureza das eventuais decisões ou do projeto de decisão; c) da autoridade pública responsável pela adoção da decisão; d) do procedimento previsto, incluindo como e quando podem ser comunicadas: i) as informações sobre o início do processo; ii) as informações sobre as possibilidades de participação do público; iii) as informações sobre o momento e local de realização das audições públicas previstas; iv) a indicação da autoridade pública junto da qual seja possível obter a informação relevante e à qual esta informação tenha sido confiada para exame pelo público; v) a indicação da autoridade pública ou qualquer outro órgão oficial para o qual possam ser enviados comentários ou questões, assim como o prazo de apresentação desses mesmos comentários ou questões; e vi) a indicação da informação ambiental disponível relevante para a atividade proposta; e ainda e) do fato de a atividade estar sujeita a um procedimento transfronteiras de avaliação de impacto ambiental (art. 6º, 2º). (ONU, 2023)

Ainda por cima, deve ser garantido, em conformidade com o disposto na legislação nacional de cada Estado-parte, o direito de se interpor recurso junto aos tribunais, ou de outro órgão independente e imparcial instituído por lei, a qualquer pessoa que considere que o pedido de informações por si apresentado nos termos do disposto no art. 4º foi ignorado, indevidamente recusado, no todo ou em parte, objeto de uma resposta incorreta, ou que não tenha recebido um tratamento consentâneo com o disposto no mesmo artigo (art. 9º). (ONU, 2023)

Um bom caso de exemplo é o caso *ClientEarth vs Banco Europeu de Investimentos*. O Banco Europeu de Investimento (BEI) aprovou um empréstimo para uma usina de biomassa

na Galiza, Espanha em 2018 no valor de 60 milhões de euros. A ONG *ClientEarth* contestou essa decisão, alegando que o projeto não considerava corretamente os impactos ambientais em que o projeto superestimou as vantagens ambientais ao subestimar os riscos de desmatamento e emissões de incêndios florestais, descumprindo os ditames da Convenção de Aarhus. (CEU, 2023)

Após uma série de ações legais, o Tribunal Geral da União Européia decidiu, em janeiro de 2021, que o Banco Europeu deveria reconsiderar a petição da *ClientEarth* para revisão interna, pois a decisão de financiamento afetava questões ambientais. O Banco Europeu recorreu dessa decisão, argumentando contra a interpretação da Convenção de Aarhus pelo Tribunal Geral. (CEU, 2023)

O Tribunal de Justiça rejeitou estes argumentos e negou provimento aos recursos. O acórdão afirma, portanto, que o Banco Europeu está sujeito ao dever de proceder a uma revisão interna das suas decisões de financiamento, sempre que tal revisão seja solicitada por uma ONG ambiental. Tal argumentação, conforme se percebe, fora baseado nos ditames da Convenção de Aarhus. (CEU, 2023)

3. A Convenção como Instrumento de Futuros Litígios Climáticos

A garantia de direitos ambientais está estritamente ligada ao conceito de democracia ambiental, pois dá acesso à população a uma legislação ambiental eficaz e pratica, resultando em uma população verdadeiramente informada e capaz de contribuir no processo de tomada de decisões e exigir a legislação no que diz respeito às questões ambientais. (Ferreira, Alencar e Cruz, 2021)

Dentro deste contexto, surgem também os direitos ambientais procedimentais, sob este regime constitucional ambiental, que estabelecem condições efetivas para que os deveres fundamentais de proteção ambiental sejam postos em prática pelos cidadãos (e, em certa medida, também pelas instituições públicas intermediárias encarregadas de garantir a defesa ecológica em benefício de toda a sociedade). (Sarlet, 2018)

Além disso, esses direitos proporcionam a salvaguarda do direito fundamental ao ambiente em casos de ameaça de violação ou violação efetiva. Os mecanismos de controle e participação da sociedade, derivados desses direitos ou posições jurídicas subjetivas vinculadas aos direitos ambientais procedimentais, configuram instrumentos significativos nas mãos de indivíduos e entidades associativas que defendem o meio ambiente, permitindo-lhes exigir o rigoroso cumprimento da legislação ambiental por parte de agentes tanto públicos quanto privados. (Sarlet, 2018)

A Convenção de Aarhus se destaca como um instrumento procedimental ambiental, proporcionando uma estrutura legal abrangente para promover a participação pública efetiva nas decisões relacionadas ao meio ambiente. Seu enfoque na transparência, acesso à informação e participação cidadã a torna uma ferramenta essencial para fortalecer a governança ambiental. (Patricio, 2021)

Ao estabelecer direitos ambientais procedimentais, como o acesso à informação, participação no processo decisório e acesso à justiça em questões ambientais, a Convenção de Aarhus contribui significativamente para a promoção da sustentabilidade e para assegurar que as decisões que impactam o ambiente sejam tomadas de maneira democrática e transparente. Essa abordagem procedimental ressalta a importância de envolver ativamente a sociedade civil na gestão ambiental e fortalece a aplicação efetiva das normas ambientais. (Patricio, 2021)

No caso dos litígios climáticos, começando pelo acesso à informação, está ligado a um conceito de administração aberta, pois, ao mesmo tempo que constitui um direito autônomo, uma vez que a sensibilização ambiental requer, inevitavelmente, o acesso à informação, configura-se como um direito funcional, uma vez que está intimamente relacionado à participação no processo decisório ambiental, bem como à possibilidade de contestar judicialmente as decisões tomadas. (Amado Gomes e Lacero, 2018)

A disponibilização de informações é considerada o alicerce fundamental da participação popular e um elemento integral do processo político, os quais se alicerçam nos artigos 4.º e 5.º da Convenção, sob dois diferentes aspectos: o acesso à informação ambiental mediante requerimento (perspectiva passiva) e a divulgação de informações sobre o ambiente (perspectiva ativa).

A participação ativa na tomada de decisões ambientais assume um papel crucial, especialmente em litígios climáticos. Em questões relacionadas às mudanças climáticas, a inclusão de diversas vozes e perspectivas é vital para garantir decisões justas e eficazes. A participação pública não apenas amplia o alcance das discussões sobre ações climáticas, mas também fortalece a legitimidade das medidas adotadas.

Em litígios climáticos, onde os impactos afetam amplamente a sociedade, a participação na formulação de políticas e estratégias é essencial para abordar desafios complexos e promover soluções que levem em consideração as necessidades e preocupações de diversos grupos de interesse. Além disso, a transparência e o envolvimento direto dos cidadãos no processo decisório contribuem para a responsabilização e para a criação de soluções mais sustentáveis e justas diante dos desafios climáticos globais.

Essa participação representa uma abordagem ativa na conscientização dos legisladores sobre a necessidade de adotar decisões ambientalmente responsáveis, em vez de simplesmente aguardar passivamente o cumprimento de suas promessas democráticas. Constitui uma forma de supervisão a partir de uma perspectiva ascendente. Afinal, a preservação da saúde humana e do meio ambiente não recai apenas sobre a administração pública, mas é, igualmente, moldada pelos direitos, responsabilidades e poderes dos membros do público e do setor empresarial. Estes desempenham papéis cruciais na atuação, no controle e na tomada de decisões relacionadas às questões ambientais. (Patrício, 2021)

E o foco principal quando o assunto são os litígios climáticos, é garantir um acesso abrangente à justiça, que é um dos principais objetivos da Convenção de Aarhus, conforme evidenciado pelo seu considerando 18. Nesse contexto, destaca-se a importância de proporcionar ao público e às organizações o acesso a mecanismos judiciais eficazes, visando assegurar a proteção de seus interesses legítimos e a aplicação da legislação ambiental. (Patrício, 2021)

O acesso à justiça é dividido em três regimes: defesa do direito de acesso à informação ambiental (artigo 9.º, n.º 1); defesa do direito de participação em procedimento de tomada de decisão ambiental (artigo 9.º, n.º 2) e para impugnar atos e omissões de particulares ou de autoridades públicas que infrinjam a legislação nacional ambiental (artigo 9.º, n.º 3).

Nos dois primeiros regimes, as partes são obrigadas a assegurar procedimentos de revisão perante um tribunal ou órgão similar estabelecido por lei, com independência e imparcialidade, alheios à Administração. No terceiro regime, o acesso à justiça pode ocorrer tanto por meio de um tribunal como por via administrativa, sendo essencial, neste último caso, a garantia de independência e imparcialidade, embora não explicitamente mencionadas na convenção. (Patrício, 2021)

Em todos os casos, é imperativo garantir soluções justas, eficazes e adequadas, incluindo medidas cautelares, após procedimentos rápidos e de baixo custo. As decisões devem ser documentadas por escrito e acessíveis ao público (artigo 9.º, n.º 4). As partes têm a responsabilidade de fornecer informações ao público sobre o processo de acesso à justiça, além de disponibilizar assistência para reduzir custos financeiros e outros obstáculos a esse acesso (artigo 9.º, n.º 5).

O acesso do público à justiça deve ser garantido sem discriminação com base na cidadania, nacionalidade, domicílio ou, no caso de pessoas jurídicas, na localização de sua sede ou centro de atividades (artigo 3.º, n.º 9). Isso assegura o acesso à justiça além das

fronteiras do Estado, uma vez que condições idênticas devem ser proporcionadas ao público dentro ou fora de seu território.

Considerações Finais

Disto, vislumbra-se o fortalecimento dos litígios climáticos, considerando os ditames da Convenção de Aarhus ao abrir as portas dos tribunais aos cidadãos e organizações, em especial no acesso às informações necessárias de questões ambientais em posse de autoridades públicas e corporações.

A Convenção fornece um quadro jurídico que serve de apoio aos litígios climáticos, pois auxilia no acesso à informação ambiental e responsabiliza as empresas por suas contribuições para as mudanças climáticas. É sabido que o acesso à informação ambiental é essencial para que as pessoas e organizações possam fundamentar suas reivindicações judicial ou extrajudicialmente contra governos e/ou empresas que estejam descumprindo legislações e causando impactos ambientais.

Destaca-se os pontos em que é garantido ter o público em geral o acesso à informação que desejar, incluindo o direito de ter cópias da documentação que contém a informação solicitada; Ser o público envolvido informado de forma adequada na fase inicial de um processo de tomada de decisões em matéria ambiental; Ser garantido, em conformidade com a legislação nacional de cada Estado-parte, o direito de se interpor recurso junto aos tribunais, ou de outro órgão independente e imparcial instituído por lei, a qualquer pessoa que considere que o pedido de informações por si apresentado nos termos do disposto no art. 4º foi ignorado, indevidamente recusado, no todo ou em parte, objeto de uma resposta incorreta, ou que não tenha recebido um tratamento consentâneo com o disposto no mesmo artigo.

Inclusive, o direito à participação pública é de extrema importância em sociedades democráticas, pois envolve processos de tomada de decisão ambiental que garante que preocupações e dúvidas serão sanadas por pessoas ou organizações e levadas em consideração.

Por fim, o que se percebe é que a Convenção de Aarhus deve ser reconhecida como importante instrumento no fortalecimento dos litígios climáticos, pois por meio de seus ditames, abrem-se as portas dos tribunais aos cidadãos e organizações, principalmente na garantia do acesso às informações necessárias envolvendo questões ambientais em posse de autoridades públicas e corporações do setor privado. Deste modo, os cidadãos são

consagrados em ter acesso à informação, a participação na tomada de decisões e o ingresso à justiça em matéria ambiental.

Referências Bibliográficas

AMADO GOMES, Carla e LANCEIRO, Rui Tavares. *O acesso à informação ambiental no direito internacional e no direito da União Europeia*. In: Revista Argumentum, vol. 19, nº 2, Mai-Ago 2018, Marília/SP, p. 583-613. Disponível em <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/629/302>, acesso em 11 jan. 2024.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “O direito ao ambiente como direito subjetivo”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

Court of justice of the European Union (Tribunal de Justiça da União Europeia) C-212/21 P e C-2 23/21 P (T-9/19, EU: T:2021:42. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62021CJ0212> Acesso em 09 jan. 2024.

FERREIRA, Adriano Fernandes. ALENCAR, Brenda Freitas de. CRUZ, Thiago Snaides Nunes da. *A importância da Convenção de Aarhus como instrumento de democracia ambiental*. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v.7, n.6, p. 62681-62698 jun. 2021

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. AYALA, Patryck de Araujo. *Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a convenção de Aarhus*. Rev. direito GV 8 (1) doi: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322012000100012>. Jun 2012 •

ONU. Convenção sobre acesso à informação, participação do público no processo da tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente. Aarhus, 1998. Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005D0370&from=PT>. Acesso em: 10 jan. 2024.

OHCHR. Frequently Asked Questions on Human Rights and Climate Change. Fact Sheet n. 38. 2021. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-09/FSheet38_FAQ_HR_CC_EN_0.pdf. Acesso em: 12. jan. 2024.

PATRÍCIO, Patrícia de Moraes. *O acesso à justiça ambiental junto dos tribunais da União Europeia*. (Dissertação) Universidade de Lisboa, Lisboa, 2021

PNUMA – Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. *Global Climate Litigation Report 2023 Status Review*. Disponível em: <https://www.unep.org/resources/report/global-climate-litigation-report-2023-status-review> Acesso em: 19 out. 2023.

Sabin Center for Climate Change Law (2023). *Climate Change Litigation Databases*. Disponível em: <http://climatecasechart.com>. Acesso: 20 out. 2023.

Sabin Center for Climate Change Law (2023). U.S. *Climate Change Litigation – Public Trust Doctrines*. Disponível em: <http://climatecasechart.com/principle-law/public-trust-doctrine/>. Acesso: 20 out. 2023

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos ambientais procedimentais: acesso à informação, a participação pública na tomada de decisão e acesso à justiça em matéria ambiental*. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 23 - n. 2 - maio-ago 2018

A Alteração de Prenome e Gênero de Pessoas Trans de Forma Gratuita como Direito Fundamental

Changing the Name and Gender of Trans People free of Charge as a Fundamental Right

Mônica Alves da Costa¹

Sumário: 1.Introdução; 2. Parecer consultivo OC 24/17; 3.Decisão do STF; 4.Diante da resposta da Corte, o Brasil estaria descumprindo as determinações da Corte Interamericana de Direitos Humanos?; Considerações Finais

Resumo: Por ser dimensão de construção de uma identidade, pessoas trans alteram seus nomes, primeiramente utilizando de um nome social e posteriormente fazendo alteração no registro civil. Em 2018, o Supremo Tribunal Federal conferiu ao art. 58 da Lei n. 6.015/73, interpretação conforme à Constituição Federal, reconhecendo o direito da pessoa transgênero, independentemente de cirurgia de redesignação ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, realizar a substituição de prenome e gênero diretamente no ofício do Registro Civil de Pessoas Naturais (ADI n. 4.275/DF). No mesmo ano, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento n° 73, regulamentando o procedimento no Cartório de Registro civil, dispondo rol de documentos necessários. Quanto a cobrança de emolumentos para a alteração, o Provimento determinou que caberia aos Estados e ao Distrito Federal a edição de normas específicas, de forma que, enquanto não editadas, seria aplicada a tabela referente ao valor cobrado na averbação de atos de registro civil. Em Minas Gerais havia cobrança de valores, diante da ausência de lei específica. Como consequência, as pessoas trans hipossuficientes economicamente não conseguiam acessar este direito, e por conseguinte, os que lhes são correlatos, resultando em nova discriminação. Em 18/05/2016, a República da Costa Rica apresentou solicitação de parecer consultivo sobre a interpretação e alcance dos artigos 11.2, 18 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Uma das perguntas realizadas, era se poderia entender-se que o artigo 54 do Código Civil da Costa Rica deveria ser interpretado, de acordo com a CADH, no sentido de que as pessoas que desejam mudar seu primeiro nome com base em sua identidade de gênero não são obrigados a submeter-se ao processo jurisdicional ali contemplado, mas o Estado deve fornecer-lhes uma procedimento administrativo gratuito, rápido e acessível para exercer esse direito humano. A Corte proferiu parecer consultivo (oc-24/17) em 24/11/2017. Diante da resposta da Corte, o Brasil estaria descumprindo as determinações da Corte Interamericana de Direitos Humanos? O objetivo da investigação é analisar o parecer consultivo (oc-24/17) e responder se o Estado é obrigado a realizar gratuitamente a alteração, e em caso positivo, estaria o Brasil descumprindo determinações da CADH. A metodologia consiste em análise do parecer consultivo (oc-24/17) e pesquisa bibliográfica quanto a obrigatoriedade de cumprir o determinado em consulta realizada por Estado diverso.

Palavras-chaves: pessoa transgênero; nome; alteração; gratuidade; direito fundamental.

¹ Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em Direito Processual e Tributário pela Universidade do Estado de Minas Gerais. Defensora Pública do Estado de Minas Gerais, titular da 1ª Defensoria Cível de Ituiutaba. Membro das Comissões de Diversidade Sexual e para Assuntos Internacionais da ANADEP e da Câmara de Estudos de Igualdade Étnico-racial, Gênero e Diversidade Sexual da DPMG. E-mail: monica.costa@defensoria.mg.def.br

Abstract: As it is a dimension of identity construction, trans people change their names, first using a social name and later making changes to their civil registration. In 2018, the Federal Supreme Court granted art. 58 of Law no. 6.015/73, interpretation in accordance with the Federal Constitution, recognizing the right of transgender people, regardless of reassignment surgery or hormonal or pathologizing treatments, to replace their first name and gender directly in the Civil Registry of Natural Persons (ADI n. 4,275/DF). In the same year, the National Council of Justice issued Provision No. 73, regulating the procedure at the Civil Registry Office, providing a list of necessary documents. Regarding the charging of fees for the change, the Provision determined that it would be up to the States and the Federal District to issue specific rules, so that, while they were not edited, the table referring to the amount charged for the endorsement of acts of civil registration would be applied. In Minas Gerais, amounts were charged, in the absence of a specific law. As a consequence, economically disadvantaged trans people were unable to access this right, and consequently, those related to it, resulting in new discrimination. On 05/18/2016, the Republic of Costa Rica presented a request for an advisory opinion on the interpretation and scope of articles 11.2, 18 and 24 of the American Convention on Human Rights. One of the questions asked was whether it could be understood that article 54 of the Civil Code of Costa Rica should be interpreted, according to the CADH, in the sense that people who wish to change their first name based on their gender identity They are not obliged to submit themselves to the judicial process contemplated there, but the State must provide them with a free, fast and accessible administrative procedure to exercise this human right. The Court issued an advisory opinion (oc-24/17) on 11/24/2017. Given the Court's response, would Brazil be failing to comply with the determinations of the Inter-American Court of Human Rights? The objective of the investigation is to analyze the advisory opinion (oc-24/17) and answer whether the State is obliged to carry out the change free of charge, and if so, would Brazil be failing to comply with ACHR determinations. The methodology consists of analysis of the advisory opinion (oc-24/17) and bibliographical research regarding the obligation to comply with what was determined in a consultation carried out by a different State.

Keywords: transgender person; name; alteration; free of charge; fundamental right

1. Introdução

Inicialmente, importante fazer distinção quanto aos termos. Pessoas cisgênero (cis) são aquelas que se identificam com o gênero que lhes foi atribuído quando ao nascimento. Já o termo transgênero, no Brasil, há discussão sobre sua utilização, razão pela qual adotaremos neste artigo os conceitos dados pela Professora Jaqueline Gomes de Jesus², de forma que pessoa transgênero, ou trans, são as não-cisgênero, que não se identificam com o gênero que lhes foi determinado ao nascer. Ainda segundo a professora, há as pessoas que não se identificam com qualquer gênero, não havendo consenso quanto a como denominá-las, sendo utilizado os termos queer, andrógino ou a palavra transgênero.

² JESUS, Jaqueline Gomes de. Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos. Brasília: 2012. p.10. Disponível em: https://issuu.com/jaquelinejesus/docs/orienta__es_popula__o_trans. Acesso em: 09 out. 2023

As pessoas transgêneros, assim como as demais minorias sexuais, ainda se encontram submetidas à maior vulnerabilidade social, sendo vítimas de uma discriminação estrutural advinda de uma estigmatização que exclui os indivíduos simplesmente por estes não se enquadrarem nas normas binárias de gênero. Em verdade, até mesmo nossa legislação é fundada na binariedade de gênero, como por exemplo, aposentadoria, serviço militar obrigatório, licenças maternidade/paternidade.

Em razão dessa marginalização, as pessoas trans são excluídas do gozo de direitos fundamentais como nome, intimidade, privacidade, educação, trabalho, dentre outros.

No presente artigo, abordaremos acerca do direito fundamental ao nome, que se como constitui atributo da personalidade, dimensão de construção de uma identidade, sendo expressão da individualidade do ser.

Diante disso, as pessoas trans sentem a necessidade de alterar seus nomes, para adequá-los a vivência de suas identidades. Primeiramente, utilizam de um nome social e posteriormente fazem alteração no registro civil.

Inobstante essa necessidade e importância de realizar a alteração, por vezes as pessoas trans encontram barreiras para tanto, podendo citar a ausência de legislação que possibilite a mudança, falta de informações, quando existente a legislação, e até mesmo carência financeira, quando o procedimento de alteração não é gratuito.

Cumprе mencionar que o direito a alteração do nome e gênero impacta outros direitos fundamentais, como ser verá no decorrer do artigo.

2. Parecer Consultivo OC 24/17

Em 18/05/2016, a República da Costa Rica apresentou solicitação de parecer consultivo sobre a interpretação e alcance dos artigos 11.2, 18 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com as seguintes perguntas:³

1. "Levando em consideração que a identidade de gênero é uma categoria protegida pelos artigos 1º e 24 da CADH, além do estabelecido nos artigos 11.2 e 18 da Convenção, esta proteção e a CADH contemplam a obrigação do Estado de reconhecer e facilitar a mudança de nome das pessoas, de acordo com a identidade de gênero de cada uma?"
2. "Caso a resposta à consulta anterior for afirmativa, poderia considerar-se contrário à CADH que a pessoa interessada em modificar seu nome próprio possa ter acesso apenas a um processo judicial sem que exista um procedimento para tanto em via administrativa?"
3. "Poderia ser entendido que o artigo 54 do Código Civil da Costa Rica deve ser interpretado, de acordo com a CADH, no sentido de que as pessoas que desejem

³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Parecer consultivo OC- 24/17 de 24 de novembro de 2017 solicitado pela República da Costa Rica. p.4-5 Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 30 nov.2023

mudar seu nome próprio a partir de sua identidade de gênero não estão obrigadas a submeter-se ao processo judicial ali contemplado, mas que o Estado deve prover a estas pessoas um trâmite administrativo gratuito, rápido e acessível para exercer esse direito humano?”

4. “Tomando em consideração que a não discriminação por motivos de orientação sexual é uma categoria protegida pelos artigos 1 e 24 da CADH, além do estabelecido no artigo 11.2 da Convenção, essa proteção e a CADH implicam que o Estado deve reconhecer todos os direitos patrimoniais que se derivam de um vínculo entre pessoas do mesmo sexo?”, e

5. “Caso a resposta anterior seja afirmativa, é necessária a existência de uma figura jurídica que regulamente os vínculos entre pessoas do mesmo sexo para que o Estado reconheça todos os direitos patrimoniais que se derivam desta relação?”

Foi expedido então o Parecer Consultivo N° OC 24/17, em 24 de novembro de 2017, publicado em janeiro de 2018, quanto ao tema *“identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo, e quais as obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo”* com base na Convenção Americana de Direitos Humanos.

O Parecer Consultivo n° OC 24/17 também trouxe um glossário acerca dos principais conceitos atinentes à sexualidade: sexo, gênero, identidade de gênero e orientação sexual.

Considerando que o artigo versa sobre a alteração de prenome e gênero das pessoas trans, será realizado um recorte e nos atentaremos às perguntas um a três realizadas pela Costa Rica.

Nesta orientação, a Corte opinou que além da mudança de nome, deverá haver também a retificação do registro do gênero ou sexo, tanto nos documentos de identidade como nos registros correspondentes para que os interessados exerçam seus direitos subjetivos. Esta alteração, de acordo com a identidade de gênero autopercebida, é um direito protegido pelo artigo 18 (direito ao nome), mas também pelos artigos 3° (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 7.1 (direito à liberdade) e 11.2 (direito à vida privada), todos da Convenção Americana. Conseqüentemente, os Estados estão obrigados a reconhecer, regular e estabelecer os procedimentos adequados para tais fins.

A Corte IDH opinou ainda no sentido da remoção de quaisquer obstáculos das normas internas dos Estados quanto ao procedimento, que deve se dar através de simples verificação da manifestação da vontade do solicitante. Opinou ainda que o procedimento de alteração deve estar focado na adequação integral da identidade de gênero autopercebida, estar baseado unicamente no consentimento livre e informado do solicitante, sem que se

exijam requisitos como as certificações médicas e/ou psicológicas ou outros que possam resultar não razoáveis ou patologizantes⁴:

Por outro lado, no que respeita aos certificados médicos, psicológicos ou psiquiátricos normalmente exigidos nesse tipo de procedimento além de ter um caráter invasivo e colocar em tela de juízo a atribuição de identidade levada a cabo pela pessoa, repousam no pressuposto de que ter uma identidade contrária ao sexo que foi atribuído no nascimento constitui uma patologia. É assim que tais requisitos ou certificados médicos contribuem para perpetuar os preconceitos associados à construção binária dos gêneros masculino e feminino.

Outros requisitos as serem seguidos, segundo ao Corte, são a confiabilidade e que as mudanças, correções ou adequações nos registros e em documentos de identidade não devem fazer menção às mudanças que decorreram da alteração para se adequar à identidade de gênero.

Ainda segundo a Corte, o procedimento não deve exigir a certificação de operações cirúrgicas e/ou hormonais e ser, na medida do possível, gratuito⁵.

Ademais, tal como assinala o Programa Interamericano para o Registro Civil Universal e “Direito à Identidade”, esses trâmites relacionados com processos registrares deveriam ser gratuitos ou, pelo menos, tender a ser o menos gravoso possível para as pessoas interessadas nos mesmos, em particular, se se encontram “em situação de pobreza e vulnerabilidade, [...] levando em conta [ainda] a perspectiva de gênero.

A gratuidade é importante, segundo a Corte, para que sejam reduzidos obstáculos de natureza financeira para o reconhecimento legal da identidade de gênero, bem como para não criar diferenças discriminatórias de tratamento em relação às pessoas cisgênero, que não necessitam recorrer a estes procedimentos e, portanto, não desembolsam valores pecuniários para o reconhecimento de sua identidade de gênero.

3. Decisão do STF

Em 2018, o Supremo Tribunal Federal conferiu ao art. 58 da Lei n. 6.015/73, interpretação conforme à Constituição Federal, reconhecendo o direito da pessoa transgênero, independentemente de cirurgia de redesignação ou da realização de tratamentos

⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Parecer consultivo OC- 24/17 de 24 de novembro de 2017 solicitado pela República da Costa Rica. p.55. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 30 nov.2023

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Parecer consultivo OC- 24/17 de 24 de novembro de 2017 solicitado pela República da Costa Rica. p.59. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 30 nov.2023

hormonais ou patologizantes, realizar a substituição de prenome e gênero diretamente no ofício do Registro Civil de Pessoas Naturais (ADI n. 4.275/DF⁶).

A decisão do STF atendeu a estes requisitos, exceto quanto a gratuidade, vez que a decisão nada mencionou.

No mesmo ano, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento n° 73, regulamentando o procedimento no Cartório de Registro civil, dispondo rol de documentos necessários. Em 30/08/2023, a maior parte deste Provimento n° 73 foi revogada pelo Provimento N° 149 que instituiu o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial (CNN/ CN/CNJ-Extra) e regulamentou os serviços notariais e de registro. O procedimento de alteração está previsto nos artigos 516 a 523.

Posteriormente, houve algumas alterações por meio dos Provimentos 152 e 153, de 26/09/2023, entre as quais podemos citar a exclusão do § 7.º do art. 518 que trazia a faculdade da pessoa requerente juntar ao requerimento de alteração laudos médicos e parecer psicológico que atestassem a transexualidade/travestilidade e a realização de cirurgia de redesignação de sexo.

Reputamos de suma importância estas alterações realizadas, vez que se amoldam ao Parecer Consultivo n° OC 24/17, em que a Corte deixou claro que a exigência de certificados médicos, psicológicos ou psiquiátricos detém caráter invasivo, colocam em tela de juízo a atribuição de identidade levada a cabo pela pessoa e repousam no pressuposto de que ter uma identidade contrária ao sexo que foi atribuído no nascimento constitui uma patologia. Ainda de acordo com a Corte, tais requisitos ou certificados médicos contribuem para perpetuar os preconceitos associados à construção binária dos gêneros masculino e feminino.

Quanto a cobrança de emolumentos para a alteração, o Provimento n° 149/2023, em seu art. 523, determinou que caberia aos Estados e ao Distrito Federal a edição de normas específicas, de forma que, enquanto não editadas, seria aplicada a tabela referente ao valor cobrado na averbação de atos de registro civil⁷.

⁶ ADI 4275, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, publicado em 07/03/2019).

⁷ Art. 523. Enquanto não for editada legislação específica no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, o valor dos emolumentos para o procedimento de alteração do prenome e/ou do gênero da pessoa transgênero será o correspondente ao procedimento de retificação administrativa ou, em caso de inexistência dessa previsão específica em legislação estadual, de 50% (cinquenta por cento) do valor previsto para o procedimento de habilitação de casamento. (redação dada pelo Provimento n. 152, de 26.9.2023).

Parágrafo único. O registrador do RCPN, para os fins do presente provimento, deverá observar as normas legais referentes à gratuidade de atos.

Em Minas Gerais até 29/12/2023 havia cobrança de valores, diante da ausência de lei específica⁸. Como consequência, as pessoas trans hipossuficientes economicamente não conseguiam acessar este direito, e, por conseguinte, os que lhes são correlatos, resultando em nova discriminação.

4. Diante da Resposta da Corte, o Brasil Estaria Descumprindo as Determinações da Corte Interamericana de Direitos Humanos?

Há no Direito Internacional dos Direitos Humanos um debate bastante acalorado sobre se os pareceres emanados pela Corte IDH no exercício de sua função consultiva são vinculantes ou meras recomendações.

Os pareceres da Corte servem suporte para os Estados interpretarem os tratados de direitos humanos, proporcionando um diálogo de jurisdições.

Ainda que se entenda pela corrente de que são recomendações, estas acabam por vincular, mesmo que de forma indireta, os Estados que não fizeram o pedido de consulta, chamados de Terceiros Estados, pois caso não sigam o contido na opinião consultiva, poderão ser acionados no futuro⁹.

[...] os terceiros Estados têm o dever de abster-se de aplicar ou interpretar o seu Direito interno em desacordo com a interpretação acolhida pela Corte de San José. Quando um órgão do Estado (v.g. , o Poder Judiciário) assim não procede e decide na contramão dos ditames internacionais, abre para o Estado em causa a possibilidade de ser condenado pela Corte num caso concreto semelhante que venha a ocorrer no futuro. Assim, pode-se dizer que a sentença da Corte Interamericana vincula indiretamente (com caráter *erga omnes*) todos os terceiros Estados, valendo como res interpretada a ser seguida no direito interno.

Este é o entendimento da própria Corte IDH¹⁰:

Segundo a jurisprudência reiterada da Corte Interamericana, as autoridades do Estado têm a obrigação não só de aplicar a Convenção Americana, bem assim de aplicá-la tal como interpretada pela Corte de San José. Isso significa que os juízes e tribunais dos Estados-partes à Convenção Americana devem aplicar tanto a Convenção como a jurisprudência que sobre ela se formar no seio da Corte Interamericana, quer ou não as decisões desta última lhes sejam diretamente dirigidas; todos os terceiros Estados devem (não se trata de uma faculdade, mas de uma obrigação *erga omnes*) aplicar a Convenção e a jurisprudência da Corte

8 Quando da apresentação do presente artigo no I Congresso Global Crossings Brasil-Portugal, realizado no âmbito da Cátedra Jean Monnet da Universidade Federal de Uberlândia, nos dias 12 e 13 de dezembro 2023, ainda não existia legislação concedendo a gratuidade. Todavia, em 29 de dezembro de 2023 foi publicada a Lei Estadual nº 24.632/2023, cujo art. 10 alterou a redação do art. 21, da Lei nº 15.424/04, estabelecendo a gratuidade dos custos cartorários para retificação do nome e gênero de pessoas transgênero em vulnerabilidade econômica.

⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direitos humanos. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p.44.

¹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 9. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.983.

Interamericana no plano do direito interno, em homenagem ao exercício do controle de convencionalidade lato sensu.

A Corte reitera que os Estados devem garantir a todos, de forma igualitária, o exercício dos seus direitos com igual proteção legal, e que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais.

Se o nome é direito inerente a todas as pessoas pelo simples fato de sua existência, a sua mudança encontra proteção na Convenção Americana de Direitos Humanos, é um direito fundamental, e se a pessoa trans hipossuficiente não faz a alteração simplesmente por falta de condição econômica, está havendo cerceamento do seu direito. Há, portanto, impedimento para gozar um direito humano, de forma que estaria havendo violação de um Tratado Internacional, gerando nova forma de discriminação: quem tem condição financeira consegue a alteração e quem não tem condições de pagar, não consegue alterar o nome, continuando assim a ter sua identidade e intimidade violadas.

A importância de garantir a alteração do nome, e, portanto, reconhecer a identidade da pessoa trans, é que além de proteger a privacidade e intimidade das pessoas trans, também garante o pleno gozo de outros direitos humanos, seja do ponto de vista dos direitos civis e políticos, seja do ponto de vista dos direitos econômicos, sociais e culturais, como a educação, o trabalho e até mesmo o direito de votar.

Isto porque nos Mutirões de Alteração de Prenome e Gênero de Pessoas Transgênero, realizados pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais nos anos de 2020, 2022 e 2023, constatou-se que muitas pessoas trans atendidas não estavam quites com a Justiça Eleitoral, sendo que algumas não votaram nas últimas eleições e outras sequer tinham o título de eleitor. Cumpre mencionar que o título de eleitor e a certidão com a Justiça Eleitoral é um dos documentos exigidos pelo Provimento N° 149/2023, art.518, §6^o¹¹ para

¹¹ § 6.º A pessoa requerente deverá apresentar ao ofício do RCPN, no ato do requerimento, os seguintes documentos:

- I — certidão de nascimento atualizada;
- II — certidão de casamento atualizada, se for o caso;
- III — cópia do registro geral de identidade (RG);
- IV — cópia da identificação civil nacional (ICN), se for o caso;
- V — cópia do passaporte brasileiro, se for o caso;
- VI — cópia do Cadastro de Pessoa Física (CPF) no Ministério da Fazenda;
- VII — cópia do título de eleitor;
- IX — cópia de carteira de identidade social, se for o caso;
- X — comprovante de endereço;
- XI — certidão do distribuidor cível do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal);
- XII — certidão do distribuidor criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal);
- XIII — certidão de execução criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal);
- XIV — certidão dos tabelionatos de protestos do local de residência dos últimos cinco anos;

fazer a alteração, sendo que muitas mulheres trans não tinham título por receio do alistamento militar (para expedir o título de eleitor é necessário o alistamento militar). Já aqueles que não votavam, era devido ao temor de sofrerem discriminação quando do comparecimento a sessão de votação, pois teriam que apresentar documento com nome que destoava da aparência e identidade.

Cumprе ressaltar que as pessoas trans infelizmente ainda são, em grande parte, excluídas do acesso ao emprego formal ou, quando empregadas, muitas vezes sofrem perseguição em razão de sua identidade de gênero, seja por parte dos colegas de trabalho, como também dos empregadores e público que atendem.

Assim também ocorre nas escolas, tanto que a evasão escolar de pessoas trans é alta. Isto porque muitos se recusam a tratar as pessoas trans pelo pronome de gênero que se identificam ou chamá-las pelo nome social. Daí a importância da alteração no registro civil.

Porém esta alteração no Brasil, em muitos estados, como no caso de Minas Gerais, ainda é cobrada, o que leva com que muitas pessoas trans não consigam realizar a retificação do registro, deixando de exercer o direito fundamental à identidade, o qual se encontra intimamente vinculado à dignidade da pessoa humana.

Assim, deve-se adequar a legislação brasileira ou o Provimento do CNJ, de forma a possibilitar que pessoas trans hipossuficientes economicamente tenham acesso a alteração de nome de forma gratuita, sob pena de o Estado brasileiro estar descumprindo o determinado no Parecer Consultivo OC 24/17.

Considerações Finais

O nome consiste no elemento nuclear da identificação da pessoa natural e expressão da personalidade humana, logo cabe ao Estado a prerrogativa de facilitar e garantir que a pessoa tenha um nome que expresse a sua identidade.

Pessoas cisgênero apresentam nome e gênero que estão de acordo com a identidade autopercebida. Todavia, o mesmo não ocorre com pessoas transgênero, que têm, portanto, necessidade de realizar a alteração em seus registros civis.

Sendo um direito fundamental, não pode haver obstáculos, nem mesmo financeiros, sob pena de descumprimento do contido na Convenção Americana de Direitos Humanos.

XV — certidão da Justiça Eleitoral do local de residência dos últimos cinco anos;

XVI — certidão da Justiça do Trabalho do local de residência dos últimos cinco anos;

XVII — certidão da Justiça Militar, se for o caso.

Tramitou por longo tempo na Assembleia Legislativa de Minas Gerais, o Projeto de Lei (PL) nº 2.524/2021, que tratava sobre a gratuidade na alteração do registro civil de pessoas transgênero no Cartório de Registro Civil, sempre que o/a requerente não possuísse condições para arcar com as custas e emolumentos do procedimento, sendo a hipossuficiência, caso a caso, a ser constada pela Defensoria Pública do Estado ou pelos Centros de Referência em Assistência Social (CRAS).

Referido projeto, em que pese ter sido aprovado pelas Comissões de Direitos Humanos e Fiscalização Financeira e Orçamentária, não chegou a ser deliberação em Plenário.

Todavia, em 29/12/2023 foi aprovada a Lei nº 24.632, de 28/12/2023, que alterou a Lei nº 15.424, de 30 de dezembro de 2004, inserindo no art. 21, o inciso IV, que confere a isenção do pagamento de emolumentos e da Taxa de Fiscalização Judiciária para as pessoas Transgênero hipossuficientes para realizar a averbação da alteração do prenome, do agnome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais.

Esta alteração foi uma vitória para as pessoas transgênero, que agora podem fazer a alteração diretamente no Cartório de Registro Civil e, em Minas Gerais, de forma gratuita quando hipossuficientes.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 05 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Direito das pessoas LGBTQIAP+ [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – Brasília: STF : CNJ, 2022. eBook (138 p.) – (Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal : concretizando direitos humanos. p. 61. Disponível em:

https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/1_Cadernos_STF_LGBTQIA.pdf. Acesso em 02 out. 2023.

CNJ (Brasil). CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento Nº 149 de 30/08/2023. Institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial (CNN/ CN/CNJ-Extra), que regulamenta os serviços notariais e de registro. DJe/CNJ nº 207/2023, 04 set. 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243>. Acesso em: 12 dez. 2023.

CNJ (Brasil). CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento Nº 152 de 26/09/2023. Altera o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), instituído pelo

Provimento n. 149, de 30 de agosto de 2023, para aprimorar as regras de averbação de alteração de nome, de gênero ou de ambos de pessoas transgênero. DJe/CNJ nº 232/2023, 29 set. 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243>. Acesso em: 12 dez. 2023.

CNJ (Brasil). CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento Nº 153 de 26/09/2023. Altera o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), instituído pelo Provimento n. 149, de 30 de agosto de 2023, para dispor sobre o procedimento de alteração extrajudicial do nome perante o Registro Civil das Pessoas Naturais. DJe/CNJ nº 232/2023, 29 set. 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243>. Acesso em: 12 dez. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Parecer consultivo OC-24/17 de 24 de novembro de 2017 solicitado pela República da Costa Rica. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 30 nov. 2023.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. (Brasil). Belo-Horizonte, 2020. Portal. Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/programas/prenome-e-genero-dos-travestis-e-transsexuais/> Acesso em: 08 out. 2023.

JESUS, Jaqueline Gomes de. Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos. Brasília: 2012. Disponível em: https://issuu.com/jaquelinejesus/docs/orienta__es_popula__o_trans. Acesso em: 09 out. 2023

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 9. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direitos humanos. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014

MINAS GERAIS. Lei nº 24.632, de 28 de dezembro de 2023. Altera a Lei nº 15.424, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a fixação, a contagem, a cobrança e o pagamento de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, o recolhimento da Taxa de Fiscalização Judiciária e a compensação dos atos sujeitos à gratuidade estabelecida em lei federal e dá outras providências. Minas Gerais Diário do Executivo, 20 jan. 2024. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/LEI/24632/2023/>. Acesso em: 20 jan. 2024.

Lixo Eletrônico *Electronic Waste*

Naiara Aparecida Lima Vilela¹

Sumário: Introdução; 1. Breve contexto acerca da crise ambiental e suas consequências; 2. Do lixo ao lixo eletrônico; 3. O lixo na era digital; Considerações finais; Referências.

Resumo: Os impactos que o meio ambiente sofre pelas ações humanas veio se intensificando ao longo dos anos. As consequências que antigamente eram vistos como uma punição de Deus, hoje, apontam os dados que a intervenção do homem na natureza está prejudicando o próprio homem e que em pouco tempo se nada for feito não haverá mais viabilidade da vida na Terra. Na atual sociedade o impacto mais significativo na natureza pode ser encontrado na forma como se descarta os lixos e, principalmente, quando se descarta lixo eletrônico, pois suas substâncias acarretam risco à saúde humana. A sociedade contemporânea denominada por uns como informacional e por outros consumista, não excluindo uma em detrimento da outra, corrobora para a intensificação desse lixo, haja vista que para acessar o mundo digital e trabalhar com informações utiliza-se equipamentos eletroeletrônicos que desde a extração dos materiais de produção até o destino final deles percorrem um caminho com pegada de considerável impacto ao meio ambiente. E que além disso, são altamente substituídos em curto espaço de tempo ainda que tais equipamentos estejam em perfeito estado de uso. Sendo assim, utilizando a técnica da revisão bibliográfica e o método de abordagem dedutivo, buscar-se-á analisar qual a melhor forma de se conter o avanço do descarte irregular e do comércio clandestino de lixo eletrônico à vista do cenário jurídico.

Palavras-Chave: Lixo Eletrônico; Meio Ambiente; Saúde.

Abstract: The impacts that the environment suffers from human actions has intensified over the years. The consequences that were previously seen as a punishment from God, today, indicate the data that man's intervention in nature is harming man himself and that in a short time if nothing is done there will no longer be viability of life on Earth. In today's society, the most significant impact on nature can be found in the way waste is disposed of and, especially, when electronic waste is disposed of, as its substances pose a risk to human health. The contemporary society called by some as informational and by others consumerist, not excluding one to the detriment of the other, corroborates the intensification of this waste, given that to access the digital world and work with information, electronic equipment is used, which, since the extraction of production materials to their final destination follow a path with a considerable impact on the environment. Furthermore, they are highly replaceable in a short space of time even if such equipment is in perfect condition of use. Therefore, using the literature review technique and the deductive approach method, we will seek to analyze the best way to contain the advancement of irregular disposal and clandestine trade in electronic waste in view of the legal scenario.

Keywords: Electronic Waste; Environment; Health.

¹Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Constitucional, Digital e Compliance pela Faculdade IBMEC São Paulo e Instituto Damásio de Direito. Autora do livro “O Comércio de Dados Pessoais e a (Des)Proteção da Privacidade” entre outras obras e artigos jurídicos. Foi aluna do Módulo Internacional de “Temas Avançados de Direito Público e Privado” na Universidad de Santiago de Compostela (USC), Espanha, e do Módulo Internacional de “Direitos Humanos Teoria e Prática” na Universidad Autónoma de Centro América (UACA), Costa Rica. Advogada. Bolsista CAPES. Pesquisadora Projeto Global Crossings, Cátedra Jean Monnet. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8749055567318059>. E-mail: naiara.lima.vilela@ufu.br.

Introdução

A forma como se produz lixo na sociedade atual mudou do que antes era. Nos primórdios, o lixo era basicamente em decorrência da alimentação e do corpo humano. Passando pela história da evolução da sociedade, o lixo ganhou mais contornos na sociedade industrial e agora na sociedade da informação ou digital, o lixo acumulou em outra perspectiva com a chegada dos equipamentos eletroeletrônicos.

Quando se fala em lixo pensa-se nos objetos que são jogados muitas vezes no meio ambiente e sem nenhuma forma de manejo ou medida de reciclagem. Pois bem, o lixo eletrônico produzido na sociedade atual que também é consumerista e daí desenvolve compra e descarte de uma forma rápida, acrescenta contornos bem mais além do que outros produtos descartados, no sentido de que a cada ano ou a cada semestre novos produtos são oferecidos no mercado como lançamento, e equipamentos seminovos ou mesmo que ainda não foram utilizados são descartados no meio ambiente em troca de novas tecnologias.

Ocorre que os equipamentos eletroeletrônicos, antes mesmo de serem descartados, na extração já causam impacto ao meio ambiente. Durante o uso deles as pessoas também podem sofrer danos se utilizados de forma incorreta ou ainda que de forma inocente impactadas pelo risco que alguns aparelhos oferecem. E, por fim, quando destinados ao lixo são descartados de maneira incoerente, muitas vezes em lixões de produtos comuns intensificando o problema de dano ao solo, à água e às próprias pessoas que utilizam desse local para sobreviver.

Por isso, a fim de alcançar o objetivo de qual melhor forma de se conter a produção de lixo eletrônico, haja vista que algumas substâncias possuem além do dano à natureza mas também potencial cancerígeno e até modificação do DNA, utilizando a técnica da revisão bibliográfica e o método de abordagem dedutivo, por meio de visita a doutrinas, teorias, coleta e análise de artigos científicos, buscar-se-á analisar qual a melhor forma de se conter o avanço do descarte irregular e do comércio clandestino de lixo eletrônico à luz do cenário jurídico.

Assim, debruçar-se-á primeiramente na análise de um breve contexto acerca da crise ambiental e suas consequências para depois estudar a história do lixo ao lixo eletrônico, e por fim o lixo na era digital e os contornos que isso afeta o meio ambiente e a sociedade global. Sendo assim, com a preocupação com a atual e as futuras gerações a pesquisa visa atentar para uma cooperação em fraternidade e solidariedade no sentido de que o meio ambiente é de todos e as ações negativas geram impacto para todo o globo, podendo não

haver tanto tempo de recuperar os danos já causados pelo próprio ser humano e que pode até prejudicar a vida na Terra.

1. Breve Contexto Acerca da Crise Ambiental e Suas Consequências

Aquecimento global, ondas extremas de calor ou frio, chuvas fortes, períodos prolongados de seca, contaminação da água, todos esses e outros estão sendo suportados pela humanidade que hoje se encontra sofrendo as consequências provocadas pelo próprio homem. E ainda que haja boas iniciativas em prol do efeitos climáticos e crise ambiental, ainda são insuficientes as ações efetivas destinadas à preservação do meio ambiente. Outrossim, mesmo que com diretrizes a nível global, ainda se vê o negacionismo climático ou pouca importância quando se considera a dicotomia entre lucro e meio ambiente.

Um exemplo disso é o Acordo de Paris de 2015 contra mudanças climáticas em que os Estados Unidos, entre os quase 200 países que assinaram, foi o único a sair. Segundo o secretário-geral da ONU na época, Ban Ki-moon, “Estamos em uma corrida contra o tempo. [...] A era do consumo sem consequências acabou.”². Nesse sentido, Yves Zarka também escreve que:

[O] curso do mundo não pode continuar como está agora. Não podemos continuar a exploração da Terra como fazíamos sem correr o risco de a destruir e de nos destruir com ela. [...]. Um ponto de mudança deve ser tomado, caso não desejemos ultrapassar o limiar da irreversibilidade, ou seja, o momento em que não haverá mais nada a fazer, onde o nosso destino não estará mais em nossas mãos. Ora, essa mudança deve afetar todos os aspectos da vida individual e coletiva: economia, sociedade, representações etc. É a condição para que a Terra possa continuar sendo o solo da humanidade e para que o mundo continue habitável, não apenas por nós, mas também pelas gerações futuras.³

Em um panorama histórico, quando se fala em direito internacional ambiental, o marco encontra-se na Conferência de Estocolmo de 1972. Mas na década de 1960 já se começava a formar uma consciência social e política sobre os problemas ambientais, que segundo Marcelo Abelha Rodrigues:

Certamente, tal “consciência” não se deu de forma espontânea nem foi fruto de uma reflexão altruísta da sociedade.

(...)

Entretanto, o alerta causado por vários desastres ecológicos, naquele período antecedente à Conferência de Estocolmo, fez com que diversas reuniões preparatórias fossem realizadas, tendo como tema central a proteção do meio ambiente e as medidas para salvá-lo.⁴

² Painel Brasileiro De Mudanças Climáticas. Na ONU, 175 países assinam Acordo de Paris sobre mudanças climáticas. Fonte: Folha de São Paulo. Disponível em: <http://pbmc.coppe.ufrj.br/index.php/en/news/592-na-onu-175-paises-assinam-acordo-de-paris-sobre-mudancas-climaticas>. Acesso em: 20 de dezembro de 2022.

³ ZARKA, Yves. C. O destino comum da Humanidade e da Terra. São Leopoldo: Unisinos, 2015.

⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Direito Ambiental Esquematizado. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 348

Assim, com o advento da cultura do consumismo e o desenvolvimento industrial, os problemas ambientais se intensificaram. Boa parte devido ao modelo capitalista em que baseado no progresso técnico e na velocidade, o estilo de vida se fundamentou em produção e consumo em massa acarretando também na ideia do descartável, porém não só isso.⁵ Ao passo de um consumo desenfreado e descarte incessante, de outro lado também se encontra a retirada de matérias-primas do meio ambiente inconsequente para fundamentar o modelo de produção da atualidade. Assim, se lixo é gerado em grande volume e em pouco tempo pelo consumismo, o meio ambiente além de ser agredido pelo descarte também é lesionado ao se retirar fontes ambientais para tais produções de forma descomedida.

O crescimento econômico de um país é um dos indicativos de desenvolvimento, o que faz com que mais e mais se induza a produção, consumo e em consequência o descarte. Contudo, não quer dizer que o crescimento não possa se fazer com sustentabilidade. Aliás, como acima apresentado, está a um tempo em que não há mais possibilidade de se pensar em reverter os efeitos climáticos no mundo de maneira efetiva, se está a um tempo de agir para impedir o avanço e reverter o máximo possível de danos ocasionados pelo ser humano. No que tange aos efeitos climáticos,

O IPCC estima que, para atingirmos a meta de um aumento máximo de 1,5°C na média das temperaturas globais até 2100, o volume líquido de emissões de CO₂ no mundo precisa cair cerca de 45 por cento até 2030 e chegar a zero até 2050. Dessa forma, a essência de um Green New Deal é implementar um projeto global capaz de atingir essas metas do IPCC e, ao mesmo tempo, ampliar a oferta de oportunidades de trabalho dignas, elevando o padrão de vida da massa de pobres e trabalhadores do mundo todo.⁶

Sabe-se que o mundo se encontra em um estado perigoso com riscos altos de inviabilidade de vida na Terra e que muito pontos são preocupantes no que tange ao meio ambiente em que o ser humano faz parte. O aquecimento global é um dos pontos mais falados e, segundo Noam Chomsky e Robert Pollin⁷ no livro Crise climática e o Green New Deal Global, é provável que seja tarde demais para se conter de maneira suficiente o aquecimento causado pelos níveis de CO₂ e outros induzidores num equilíbrio de 1,5°C ou até 2°C se os ânimos de mitigação não forem a partir de 2030 superiores aos delineados para

⁵ FONTENELLE, Isleide Arruda. O nome da marca: McDonald's, fetichismo e cultura descartável. São Paulo: Boitempo, 2002.

⁶ CHOMSKY, Noam; POLLIN, Robert. Crise climática e o Green New Deal Global. Trad. Bruno C. Mattos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Roça Nova, 2020. Livro Digital.

⁷ CHOMSKY, Noam; POLLIN, Robert. Crise climática e o Green New Deal Global. Trad. Bruno C. Mattos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Roça Nova, 2020. Livro Digital.

a década que se inicia. Então, no passo que segue provavelmente não teremos como remediar de maneira eficaz as agressões ao meio ambiente.

Muitos lugares já sofrem as consequências dessa interferência humana no clima. Na verdade, se considerar o fenômeno das migrações ambientais isso não ocorre em tempos recentes. A humanidade sofre catástrofes naturais, períodos de seca, fome e outros eventos extremos ao longo da história. Mas se antes eram vistos como castigo divino, hoje já se compreende como resultado das ações e decisões humanas. Não obstante que a Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas⁸, conhecida como COP27, chegou a um acordo sobre fundo de perdas e danos para indenizar países vulneráveis por sofrimento causado por eventos climáticos extremos.

O deslocamento forçado em decorrência das mudanças climáticas se intensificou nos últimos anos e um dos grupos mais vulneráveis que arca com os efeitos nesse contexto são as mulheres. Por ser delas a responsabilidade em muitas localidades sobre a saúde dos seus familiares e sobre o abastecimento de água desses, acaba que as implicações sejam mais intensas para elas, até pagando preço alto por falta de saneamento, intoxicação pelo acesso inadequado à água e má qualidade. Nesse último caso a situação é particularmente pior para as mulheres que sofrem pela aparência física devido à intoxicação, sendo excluídas da sociedade em que vivem. As mulheres são especialmente vulneráveis quando são altamente dependentes dos recursos naturais locais para a sua subsistência.⁹

Na visão de Ulrich Beck, maior ainda é o contexto dos impactos ambientais pois não se vive em um ambiente isolado:

Este é precisamente o diagnóstico da sociedade mundial de risco: os chamados riscos globais abalam as sólidas colunas dos cálculos de segurança: os danos já não têm limitação no espaço ou no tempo – eles são globais e duradouros; não podem mais ser atribuídos a certas autoridades – o princípio da causalidade perdeu a sua eficácia; não podem mais ser compensados financeiramente – é inútil querer se garantir contra os efeitos de um *worst case* da ameaça em espiral. Não existem, portanto, quaisquer planos de prevenção para o pior dos casos.¹⁰

Por isso deve-se cuidar do meio ambiente, não gerar lixo, poluir os rios, entre outros cuidados necessários à sobrevivência humana. Quando nesses deslocamentos por mudanças

⁸ Nações Unidas – Brasil. “Um passo em direção à justiça”, diz Guterres sobre acordos da COP27. Notícia de 21 de novembro de 2022. Disponível em: < <https://brasil.un.org/pt-br/208223-um-passo-em-direcao-justica-diz-guterres-sobre-acordos-da-cop27>>. Acesso em 20 de dezembro de 2022.

⁹ UNITED NATIONS. Women, Gender Equality and Climate Change. Disponível em: https://www.un.org/womenwatch/feature/climate_change/downloads/Women_and_Climate_Change_Fact_sheet.pdf. Acesso em: 20 de dezembro de 2022.

¹⁰ BECK, Ulrich. O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 83.

climáticas as pessoas não saem para algum lugar, mas de algum lugar, podem encontrar-se ainda em meio ao caos ambiental, nas grandes cidades, por exemplo, os lixos são mais produzidos em decorrência da sociedade de consumo, e quanto mais em desenvolvimento econômico, mais lixo. Com mais lixo, mais poluição e assim mais riscos e danos.

Encontra-se então uma teia de atos e fatos que se conectam pela crise ambiental. De falta de coisas básicas para sobrevivência como água limpa aos efeitos suportados por alguns países pelas mudanças climáticas extremas ao também modo de produção incessante com descarte e retirada de material do meio ambiente também incessante, a crise ambiental mostra-se muito mais do que somente um dano à natureza, atingindo a própria vida do ser humano. Desse modo, se refugir em outros países pode se estar trocando algo na aparência, mas mantendo a mesma essência problemática, uma vez que nas grandes cidades, lugar onde muitos pensam em ir, o lixo produzidos por elas representa um grande debate sobre os impactos ao meio ambiente e às pessoas que estão próximas desse material, bem como sua destinação por vezes transfronteiriças.

2. Do Lixo ao Lixo Eletrônico

O lixo na sociedade contemporânea é considerado um dos maiores obstáculos enfrentados quando se trata de problemas ambientais. O descarte irregular de lixo acarreta diversas complicações que, enquanto o próprio ser humano contribui para o aumento do lixo, ele próprio sofre as consequências desse ato. Entre as consequências enfrentadas em decorrência do lixo encontra-se a contaminação da água, a contaminação do solo, poluição do ar, entre outros efeitos prejudiciais à saúde como transmissão de doenças infecciosas.

O lixo urbano, por ser inesgotável, torna-se um sério problema para os órgãos responsáveis pela limpeza pública, pois diariamente grandes volumes de resíduos de toda a natureza são descartados no meio urbano, necessitando um destino final adequado. Entretanto, a escassez de recursos técnicos e financeiros vem limitando os esforços no sentido de ordenar a disposição dos resíduos, que terminam por ser lançados diretamente no solo, no ar e nos recursos hídricos. Isso acarreta a poluição do meio ambiente e reduz a qualidade de vida do homem.¹¹

Tudo isso se deve na visão de Gerard Delanty¹² ao antropoceno, uma era na qual a atividade humana interfere de grande maneira no planeta que coloca em risco a própria sobrevivência humana. Com tanta tecnologia era de se esperar que a esse momento o homem

¹¹ LIMA, Luiz Mário Queiroz. Lixo: tratamento e biorremediação. 3. Ed. Hemus, 2004. P. 7.

¹² DELANTY, Gerard. Os desafios da globalização e a imaginação cosmopolita: as implicações do Antropoceno. Revista Sociedade e Estado, vol. 3, n° 2, maio/agosto 2018, pp. 373-388, 2018. Disponível Em <<https://www.scielo.br/pdf/se/v33n2/0102-6992-se-33-02-00373.pdf>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2022. P. 5.

já conseguisse resolver qualquer problema por ele mesmo criado, como poluição, aquecimento global, entre outros. Contudo, ainda não se pode dizer o homem como salvador de si mesmo. Ainda há guerras, emissão de gases estufa, degradação ambiental. Uma prova disso tudo, a visão de Delanty sobre o antropoceno, pode ser vista no plástico descartado no meio ambiente:

Isso inclui a mudança climática, mas também uma série de outras mudanças, como as relacionadas aos oceanos, por exemplo, a formação do plástico como uma nova rocha. Evidências recentes sugerem que o plástico, uma invenção humana de 1907, se combinou com o sedimento natural para formar um novo estrato de rocha.¹³

Esses problemas apresentados então são vinculados às ações do homem. A forma mais clara de como se vê essa situação pode ser na análise dos lixos produzidos pelo ser humano. Segundo Luiz Mário Queiroz Lima¹⁴, o fato mais preocupante na população mundial se deve ao fato de a população estar crescendo em ritmo acelerado, como o lixo urbano resulta da atividade do homem na sociedade, para atender a demanda que só aumenta será preciso maiores quantidades de produtos industrializados como alimentos e bens de consumo, e isso inevitavelmente irá contribuir para o volume de lixo. “O não tratamento dessa massa pode contribuir significativamente para a degradação da biosfera, em detrimento da qualidade de vida em nosso planeta.”¹⁵

Comumente considerados sinônimos, o lixo, resíduo e rejeito são categorias diferentes. O lixo vem do latim *lix* e quer dizer “cinza”, segundo a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), o lixo se define como os restos das atividades humanas inúteis ou indesejáveis ou mesmo descartáveis que não seja passível de tratamento, estando eles em forma sólido ou líquido. Quando o lixo pode de alguma forma ser reaproveitado, são considerados então resíduos. Segundo a ABNT, NBR 10.004:2004, os resíduos sólidos são os que resultam de atividades de origem industriais, domésticas, hospitalares, do comércio ou atividade agrícola, de serviços e outros que encontram uma maneira de ser reciclado ou reutilizado, podendo estar tanto em forma sólida, líquida ou gasosa. Já o rejeito é um tipo de resíduo que quando esgotado as possibilidades de reuso e não houver mais solução final são

¹³ DELANTY, Gerard. Os desafios da globalização e a imaginação cosmopolita: as implicações do Antropoceno. Revista Sociedade e Estado, vol. 3, nº 2, Maio/Agosto 2018, pp. 373-388, 2018. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/se/v33n2/0102-6992-se-33-02-00373.pdf>>. Acesso em: 09 de mai. de 2022. P. 6.

¹⁴ LIMA, Luiz Mário Queiroz. Lixo: tratamento e biorremediação. 3. Ed. Hemus, 2004. p. 9.

¹⁵ LIMA, Luiz Mário Queiroz. Lixo: tratamento e biorremediação. 3. Ed. Hemus, 2004. p. 9.

descartados em aterro sanitário licenciado ambientalmente ou incinerados, de todo modo que não prejudique o meio ambiente.¹⁶

A história dos restos passa, segundo Marta Velloso, pela Antiguidade e Idade Média quando as “pestes” eram consideradas consequências dos pecados dos homens. Mas as atividades dos homens estavam relacionadas aos resíduos do próprio corpo e os restos da alimentação, porém, principalmente com contato aos resíduos eliminados pelos corpos dos enfermos ou cadáveres em putrefação. Com o século XVII e as descobertas científicas, marcado inclusive pela descoberta da circulação sanguínea, as cidades começaram a ser planejadas inspiradas nisso e nos movimentos de respiração, ou seja, deixando que o ar circulasse livremente dividindo ruas principais e secundárias assim como as veias e artérias do corpo humano. As medidas de higiene também foram influenciadas com base na forma como os resíduos saíam dos corpos humano, deveriam assim também sair das casas por um cano (rede de esgoto).¹⁷

Já no século XIX com a descoberta de Pasteur de agentes microbianos, as medidas de saúde pública tornaram-se cada vez mais de cunho pessoal e relacionada ao ambiente. Agora algumas enfermidades já poderiam ser controladas por essas ações. No século XX, Oswaldo Cruz, convidado para erradicar a febre amarela no Rio de Janeiro, planejou eliminar os ratos, hospedeiros das pulgas, que são vetores da bactérias transmissora da doença, “assim, todo lixo deveria ser queimado e as águas estagnadas ou poluídas, evitadas, pois tanto o mosquito transmissor da febre amarela como o rato, reservatório natural da pulga, potenciais desencadeadores de epidemias, poderiam causar sérios riscos à saúde da população.”¹⁸

Assim, no decorrer da história a consciência foi-se evoluindo com atos de higiene e cuidado com o ambiente, porém ainda nem tudo está em harmonia. Como apresentado, ainda se vê pela sociedade atual lixos jogados em lugares inadequados, poluição, o não manejo correto de resíduos, e alguns materiais também no meio ambiente demoram anos para se decompor. Com isso também surge outra preocupação para além do descarte comum de restos, a sociedade hodiernamente rotulada como da informação passou por um processo de criação e aperfeiçoamento de tecnologia e com o rápido e progressivo avanço nesse setor

¹⁶ VGR. A diferença entre lixo, resíduo e rejeito e como é feito o seu gerenciamento. Disponível em: <<https://www.vgresiduos.com.br/blog/blogdiferenca-entre-lixo-residuo-rejeito/>>. Acesso em 21 de dezembro de 2022.

¹⁷ VELLOSO, Marta Pimenta. Criatividade e Resíduos Resultantes da Atividade Humana: da produção do lixo à nomeação do resto. Tese de Doutorado. In: Fiocruz. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/4452>>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022. p.15.

¹⁸ VELLOSO, Marta Pimenta. Criatividade e Resíduos Resultantes da Atividade Humana: da produção do lixo à nomeação do resto. Tese de Doutorado. In: Fiocruz. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/4452>>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022. p. 16.

em pouco tempo os objetos tecnológicos começam a se tornar obsoletos. Então, o que acontece agora é que se está em uma sociedade em que o lixo não é somente orgânico, mudou-se o perfil do lixo, e o descarte contínuo de eletrônicos pode gerar grande impacto ao meio ambiente.

Lixo eletrônico significa dispositivos eletroeletrônicos sem uso ou pilhas descarregadas, um aparelho de som, celular, computador e diversos artigos encostados ou que não funcionam mais. Segundo a *The Global E-Waste Monitor*¹⁹, a China é a campeã em se tratando de quantidade de lixo eletrônico gerado em 2019, os dados são de 10,12 milhões. Em segundo lugar encontra-se os Estados Unidos com 6,9 milhões, em terceiro lugar a Índia com 3,2 milhões e no quarto lugar o Japão com 2,5 milhões. O Brasil configura o quinto lugar nesse ranking com 2,1 milhões de lixo eletrônico gerado.

Com isso, pergunta-se para onde vai esses lixos e como seu descarte pode impactar a vida das pessoas nas próximas gerações, bem como para a atual geração em busca de um meio ambiente mais equilibrado, haja vista que o lixo eletroeletrônico com componentes químicos pode afetar o solo, a água e o ar. Problemas de longo prazo acerca do panorama da crise ambiental e do lixo, os desafios na era digital trouxeram outros mais pontos a se debater. Assim, analisaremos no próximo tópico os detalhes do lixo eletrônico na sociedade contemporânea.

3. O Lixo na era Digital

Quando falamos em digital vem-se a ideia de um mundo virtual, porém para que se acesse a esse mundo faz-se necessário o uso de aparelhos eletrônicos para se conectar à rede. Com o rápido desenvolvimento tecnológico os aparelhos eletrônicos acabam por não se compatibilizar completamente com as novas formas de tecnologia e relacionando com a ideia de uma sociedade de consumo que oferta a todo instante novos produtos, acaba que os poucos usados ou mesmo velhos aparelhos eletrônicos sejam descartados para dar lugar aos novos produtos. Essa sequência se repete por vezes ano após ano, por exemplo, com o lançamento de iPhones anualmente ou mesmo semestralmente com lançamento de fones de ouvidos diferentes de marcas diferentes.

Nos estudos de Hélio Rocha²⁰, um dos grandes problemas gerados por essa categoria de lixo para o meio ambiente começa muito antes do descarte. Desde a sua produção os computadores, por exemplo, utilizam o silício e esta substância é a uma das mais comuns na

¹⁹ GREEN ELETRON. Eletrônico não é lixo. Disponível em: < <https://greeneletron.org.br/blog/e-book-movimento-eletronico-nao-e-lixo/>>. Acesso em: 23 de dezembro de 2022.

²⁰ ROCHA, Hélio. Entre o Luxo e o Lixo Digital. Tribuna da Bahia, Salvador, 08 mai. 2007. Caderno 1, p. 7.

Terra, sendo a segunda e perdendo apenas para o oxigênio. A indústria eletrônica a utiliza na construção de placas e circuitos de chips, porém seu beneficiamento produz para um quilo de silício outros cinco quilos de lixo eletrônico (e-lixo). Essa poluição se deve ao fato de a indústria trabalhar com solventes e gases tóxicos que podem prejudicar a saúde dos trabalhadores e comunidades limítrofes à indústria, tanto quanto as águas e o solo no sentido de que para fabricar um chip de 72 gramas é gasto 32 litros de água e, além disso, a sobra da produção fica armazenada em tanques subterrâneos que podem ter sua estrutura corrompida e vazar os resíduos para o solo. Entre outros poluentes que como os gases das indústrias corroboram para a destruição da camada de ozônio e o aumento do aquecimento global.

Considerando o meio ambiente com inclusão do ser humano, os produtos eletrônicos também afetam a vida das pessoas. Claro que há um grande benefício no cotidiano, essa pesquisa mesmo está sendo composta a partir de um dispositivo eletrônico, o notebook, porém alguns outros como o celular se não introduzido na idade correta pode afetar o desenvolvimento cerebral de uma criança. Outrossim, o carbono usado nos cartuchos de impressoras apresenta potencial cancerígeno tanto no descarte quanto quando utilizados.²¹

Ou seja, do começo ao fim dos produtos eletroeletrônicos o dano ambiental se encontra presente, considerando o ser humano incluído nesse sistema. Da mesma forma que a produção gera impactos, o descarte acarreta o mesmo e talvez ainda mais por não serem descartados como lixo especial oferecendo risco para a população com materiais cancerígenos em meio ao lixo comum em que já há manejo de pessoas procurando por vezes até alimentos em lixões ou objetos para venda em empresas de reciclagem ou beneficiamento de lixo, e sem a devida utilização de equipamentos de proteção.²² Para a professora Tereza Cristina Carvalho, coordenadora do Laboratório de Sustentabilidade da Poli-USP em 2018, as substâncias tóxicas dos eletrônicos quando descartados em lixões podem causar “problemas respiratórios e danos ao sistema nervoso podem ser desencadeados a partir da contaminação do organismo com mercúrio, chumbo e cádmio”²³.

A Organização Mundial da Saúde²⁴ também disponibilizou um relatório em 2021 expondo os riscos que crianças correm pelas lixeiras digitais para quem vive dos lixões.

²¹ ROCHA, Hélio. Entre o Luxo e o Lixo Digital. Tribuna da Bahia, Salvador, 08 mai. 2007. Caderno 1, p. 7.

²² ROCHA, Hélio. Entre o Luxo e o Lixo Digital. Tribuna da Bahia, Salvador, 08 mai. 2007. Caderno 1, p. 7.

²³ MARQUES, Pablo. Conheça quais são os riscos do lixo eletrônico para a saúde. In: R7. Março de 2018. Disponível em: < <https://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/conheca-quais-sao-os-riscos-do-lixo-eletronico-para-a-saude-13032018>>. Acesso em 22 de dezembro de 2022.

²⁴ OMS. As crianças e as lixeiras digitais: a exposição ao lixo eletrônico e a saúde infantil. 15 de junho de 2021. Disponível em: < <https://www.who.int/pt/publications/i/item/9789240023901> >. Acesso em 22 de dezembro de 2022.

Conforme o estudo, entre os efeitos da exposição ao lixo eletrônico na saúde, pode-se citar o aumento da taxa de natimorto, partos prematuros, menor perímetro cefálico, intoxicação com contato direto ou por via indireta pelo aleitamento materno em que as substâncias tóxicas podem impactar o neurodesenvolvimento e a função cognitiva, prejudicar o sistema imunitário das crianças por exemplo pelo chumbo presente no lixo eletrônico. A disfunção da tireoide também se apresenta pela contaminação por PCB e PBDE, além de problemas na função pulmonar e cardiovascular por outros poluentes encontrados nas lixeiras digitais. Porém o mais preocupante são as lesões ao DNA:

Existe um corpo de investigação crescente que sugere que as lesões no ADN e a sua não reparação ocupam um papel no desenvolvimento de tumores cancerígenos. A frequência de micronúcleos nas células humanas é usada para medir a morte celular, a proliferação celular e alterações cromossômicas e pode ser usada como um indicador fiável de lesões no ADN.

[...]

O cádmio pode estar associado a um menor comprimento do telômero placentário, que participa no processo de envelhecimento e de desenvolvimento de cancro. Um estudo revelou também taxas mais elevadas de aberrações cromossômicas em adultos expostos a reciclagem de lixo eletrônico, sendo as mulheres mais afetadas do que os homens.²⁵

Dessa forma, observa-se que os problemas causados pelo lixo eletrônico afetam tanto o meio ambiente quanto os próprios seres humanos, que não deixam de estarem inseridos nesse meio. Assim, além da poluição e dos lixões abarrotados de objetos num incessante descarte por força de novas tecnologias, o risco de alteração do DNA existe causando preocupação para as próximas gerações.²⁶

Para tentar compor uma medida no avanço do lixo eletrônico, Fernando Antônio de Melo Pereira, Sofia Batista Ferraz e Silvyne Ane Massaini dizem que a preocupação ambiental aconteceu há mais de três décadas com foco na produção e consumo, todavia a responsabilidade social de empresas em todos os aspectos de operação parece ser mais bem estruturada na atualidade em uma espécie de agregação de valor ao produto final e com percepção pelo consumidor. Para eles é importante então eliminar ou ao menos atenuar os

²⁵ OMS. As crianças e as lixeiras digitais: a exposição ao lixo eletrônico e a saúde infantil. 15 de junho de 2021. Disponível em: < <https://www.who.int/pt/publications/i/item/9789240023901> >. Acesso em 22 de dezembro de 2022. p. 34.

²⁶ “Existem várias conclusões importantes a retirar destes padrões de indução de genes. Uma vez que a maioria dos receptores nucleares regula muitos genes diferentes, uma substância química que perturbe essa ação pode alterar muitas funções fisiológicas diferentes e doenças. A segunda conclusão essencial é que não existe um limite para os efeitos, sendo de esperar que se observem alterações nas taxas de incidência de várias doenças diferentes. Embora a maioria dos estudos das ações químicas a nível dos receptores nucleares se debruce sobre substâncias químicas orgânicas, é provável que vários metais associados a uma variedade de doenças diferentes, como o chumbo e o arsênico, também atuem, pelo menos, em parte, por indução de genes.” (OMS. As crianças e as lixeiras digitais: a exposição ao lixo eletrônico e a saúde infantil. 15 de junho de 2021. Disponível em: < <https://www.who.int/pt/publications/i/item/9789240023901> >. Acesso em 22 de dezembro de 2022. p. 35).

impactos ambientais “[...] da cadeia de negócios, desenvolver produtos e serviços que auxiliem na conscientização e redução do dano ecológico por parte do consumidor e incentivar padrões responsáveis de consumo, de modo a melhorar a qualidade de vida da sociedade.”²⁷.

Nesse cenário econômico, a produção e o lucro não podem ser feitos sem uma consciência ambiental, haja vista que o prejuízo causado afeta significativamente a vida e saúde das pessoas. Por isso, a exigência desse tratamento por parte dos consumidores aumentou cada vez mais pela visibilidade das consequências no meio ambiente e por certo modificou a maneira de se fazer produtos ou mesmo serviços. Contudo, segundo os autores acima citados, “[...] disponibilizar produtos verdes não é suficiente: deve-se, também, informar e esclarecer as ideias sobre essa verificação, de modo a eliminar qualquer confusão ou suspeita por parte do consumidor.”²⁸.

Como exemplo de consciência ambiental pelo setor privado, a empresa HP possui um programa de reciclagem de cartuchos e equipamentos chamado Programa HP Planet Partners que segundo ela mais de 962 milhões de cartuchos de tinta e toners originais HP foram reciclados e mais de 143 milhões de cabides de plástico e mais de 5,5 bilhões de garrafas de plástico têm sido utilizadas por ela para fabricar novos cartuchos de tinta originais. Nesse serviço o consumidor tem a possibilidade de entregar os produtos em algum ponto de coleta ou mesmo pedir a retirada em sua casa a depender do local de sua residência. E como forma de informação e esclarecimento dessa verificação, a empresa apresenta também os dados de que 82% dos cartuchos de tinta originais HP contêm entre 45-70% de plástico reciclado, e 100% dos cartuchos de toner originais HP contêm entre 5 e 45% de conteúdo reciclado pós-consumo ou pós-industrial.²⁹

E para corroborar com a consciência por parte dos consumidores e da informação prestada por parte das empresas, a entidade gestora para logística reversa de produtos eletroeletrônicos Green Eletron criou o livro em que tende a caracterizar o movimento Eletrônico Não é Lixo:

Vamos pensar estrategicamente: o que é lixo? No dicionário brasileiro Michaelis, essa palavra é definida como materiais “provenientes de atividades domésticas, industriais, comerciais etc. que não prestam e são jogados fora; bagaço”. Isso quer dizer que só chamamos de lixo os rejeitos que não têm mais nenhuma

²⁷ PEREIRA, Fernando Antônio de Melo; FERRAZ, Sofia Batista; MASSAINI, Silvyne Ane. Dimensões de consciência dos consumidores no processo de reciclagem do lixo eletrônico. In: Revista Gestão & Tecnologia. Disponível em: <http://revistagt.fpl.edu.br/get/article/view/699>. Acesso em 22 de dezembro de 2022.

²⁸ PEREIRA, Fernando Antônio de Melo; FERRAZ, Sofia Batista; MASSAINI, Silvyne Ane. Dimensões de consciência dos consumidores no processo de reciclagem do lixo eletrônico. In: Revista Gestão & Tecnologia. Disponível em: <http://revistagt.fpl.edu.br/get/article/view/699>. Acesso em 22 de dezembro de 2022

²⁹ HP. Programa HP Planet Partners. Disponível em: < <https://www.hp.com/br-pt/hp-information/recycling/ink-toner.html>>. Acesso em 23 de dezembro de 2022.

possibilidade de reutilização. [...] esse não é o caso dos eletroeletrônicos e pilhas. Um nome mais apropriado para se referir a esses materiais é resíduo eletroeletrônico. A palavra resíduo traduz muito melhor as inúmeras possibilidades de reciclagem que esses produtos oferecem. Essa mudança de pensamento faz parte de uma série de esforços que a Green Eletron e o movimento #EletronicoNaoELixo estão operando para colocar o Brasil no caminho de um futuro mais verde.³⁰

Ainda conforme a gestora, a vantagem do descarte responsável encontra-se também na criação de postos de trabalho e por força desse e outros pensamentos a legislação brasileira caminha no sentido de uma responsabilidade pelo lixo eletrônico. Alguns estados do Brasil como São Paulo³¹ e municípios como Palmas, Tocantins³² por iniciativa própria já possuem leis nesse sentido. Em âmbito federal brasileiro, foi no ano de 2010 em que se instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos alterando a Lei nº 9.605 e trazendo o ponto de descarte de eletrônicos.

Nessa lei federal brasileira de nº 12.305³³ ou popularmente conhecida como Lei do Lixo Eletrônico que instituiu a política de resíduos sólidos e alterou outros pontos, ficou previsto a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto e previu que fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, consumidores e titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos fossem obrigados a recolher ou mandar para aterros sanitários os lixos que criam ou utilizam, ou seja, responsáveis pela destinação correta dos resíduos eletroeletrônicos. Além disso, a empresa que desrespeitasse a lei jogando materiais prejudiciais no meio ambiente e em lugar incorreto sofreria penalidades, multas e punições de 5 mil a 50 milhões de reais.

Sendo assim, mais que uma forma de consciência local, faz por bem um pensamento coletivo em cooperação internacional no sentido de que por vezes as empresas internacionais passam a visar países para implementação de indústrias ou descarte de resíduos ou rejeitos com menos leis de responsabilidade ambiental, ainda que boa parte das nações estejam em tratados ou convenções sobre o meio ambiente. Ou seja, quando não se tem uma união em

³⁰ GREEN ELETRON. Eletrônico não é lixo. Disponível em: < <https://greeneletron.org.br/blog/e-book-movimento-eletronico-nao-e-lixo/>>. Acesso em: 23 de dezembro de 2022.

³¹ SÃO PAULO. Lei nº 13.576 de julho de 2009. Institui normas e procedimentos para reciclagem, gerenciamento e destinação final de lixo eletrônico. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2009/lei-13576-06.07.2009.html>>. Acesso em: 24 de dezembro de 2022.

³² PALMAS, TOCANTINS. Lei nº 1165 de dezembro de 2002. Institui a coleta seletiva de lixo no município de Palmas e dá outras providências. Disponível em: < <https://leismunicipais.com.br/a/to/p/palmas/lei-ordinaria/2002/117/1165/lei-ordinaria-n-1165-2002-institui-a-coleta-seletiva-de-lixo-no-municipio-de-palmas-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 24 de dezembro de 2022.

³³ BRASIL, Lei nº 12.305 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1988, e dá outras providências. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/575947>>. Acesso em: 25 de dezembro de 2022.

prol de determinado assunto nunca se chegará efetivamente a resolvê-lo, se trocar o local de despejo ainda estará poluindo o meio ambiente.

De acordo com um relatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT)³⁴, The global impact of e-waste: Addressing the challenge, os países em desenvolvimento são o destino de cerca de 80% do lixo eletrônico produzido pelos países ricos. Suportando esses o impacto ambiental, muitas vezes eles não possuem infraestrutura ou tecnologia necessária para absorver a quantidade de detritos. E, querendo ou não, as consequências desses atos acabarão por voltar aos países ricos em efeito bumerangue, pois o mundo é coletivo, observamos isso no caso da pandemia pelo Covid-19, todos os lugares estão conectados e todos sofrem na medida de sua desigualdade.

Segundo o sociólogo Ulrich Beck:

Problemas ambientais só podem ser solucionados de forma objetiva e razoável em negociações transfronteiriças e acordos internacionais, e o caminho até aí passa consequentemente por conferências e arranjos que atravessem inclusive as fronteiras das alianças militares.

[...] A solidariedade diante das situações de ameaça coloca a estrutura organizatória dos interesses diante de problemas quase insolúveis, desorganizando os hábitos de compromisso já acordados e assentados.³⁵

Nesse sentido, a Convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e o seu depósito, de 22 de março de 1989 na Suíça, internalizado pelo Brasil, que previu o banimento da circulação de lixo eletrônico ainda se vê em pouca efetividade, pois ainda encontra-se importações clandestinas. Segundo a Convenção, estabelece-se mecanismos de controle baseados “[...] nos princípios da notificação e do consentimento prévio para a importação, a exportação e o trânsito de resíduos perigosos e outros resíduos, a fim de coibir o tráfico ilegal e prever a intensificação da cooperação internacional para a gestão ambientalmente adequada desses resíduos”³⁶.

Porém, países exportam lixo eletrônico para outros em vez de reciclar. Na África pode-se encontrar lixo da Europa, na China pode-se encontrar lixo dos Estados Unidos, e pode ser que até passem por algum tipo de reciclagem, mas muito mais do que ser um descarte de lixo ou resíduos ou rejeitos, trata-se de um desastre ambiental. Como diz Zilda Maria Faria Veloso, diretora do Departamento de Ambiente Urbano do Ministério do Meio

³⁴ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. The global impact of e-waste: Addressing the challenge. Disponível em: <https://www.ilo.org/sector/Resources/publications/WCMS_196105/lang--en/index.htm>. Acesso em 26 de dezembro de 2022.

³⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 58.

³⁶ SÃO PAULO. Convenção de Basileia. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/centroregional/convencao-de-basileia/>. Acesso em 26 de dezembro de 2022.

Ambiente em 2015, “importar lixo dos outros, resolve o problema dos outros”³⁷, e um problema maior é que não se sabe o que vem junto desse material.³⁸

Assim, como configuração de solidariedade³⁹ e fraternidade⁴⁰ ambiental em forma de dever fundamental, uma maneira de proteger internacionalmente o meio ambiente é considerá-lo como direito humano. O Parecer Consultivo nº 23 de 2017 da Corte Internacional de Direitos Humanos diz que “os danos ambientais podem atingir todos os direitos humanos, no sentido de que seu pleno desfrute depende de um meio ambiente apropriado”⁴¹. Além disso, para os Estados Partes da Convenção Americana têm-se a obrigação de respeitar os direitos consagrados no instrumento assinado e têm obrigação de evitar danos ambientais transfronteiriços que possam atingir os direitos humanos de pessoas de fora de seu território.

Frente a danos transfronteiriços, um Estado pode vir a ser responsável pelos danos causados a pessoas de fora do seu território como resposta ao descumprimento de suas obrigações internacionais em que pese a matéria ambiental dentro do seu próprio território ou sob controle ou autoridade. “Nesse caso, a Corte interpretou que as pessoas afetadas pelo descumprimento de obrigações estatais ambientais em relação a atividades desenvolvidas em seu território se encontravam sob a jurisdição do Estado de origem no que concerne a responsabilidade internacional concreta.”⁴²

Diante do exposto, frente ao debate acerca do lixo eletrônico, da emissão de gases de efeito estufa na produção ou mesmo retirada do meio ambiente de materiais para fabricação de produtos eletroeletrônicos, percebe-se que o descarte desses objetos oferece grande risco à natureza e às pessoas. E de legislações e normas internacionais tanto globais quanto regionais, a consciência ambiental deve ser mais bem valorizada, uma vez que o impacto é

³⁷ JORNAL NACIONAL. Países exportam lixo eletrônico para outros em vez de reciclar. Notícia de 13 de novembro de 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/11/paises-exportam-lixo-eletronico-para-outros-em-vez-de-reciclar.html>. Acesso em: 26 de dezembro de 2022.

³⁸ JORNAL NACIONAL. Países exportam lixo eletrônico para outros em vez de reciclar. Notícia de 13 de novembro de 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/11/paises-exportam-lixo-eletronico-para-outros-em-vez-de-reciclar.html>. Acesso em: 26 de dezembro de 2022.

³⁹ IANEGITZ, Rafaeli. O princípio da solidariedade ambiental como dever fundamental. Dissertação de Mestrado. UNIVALI. 2018. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2396/RAFAELI%20IANEGITZ.pdf>. Acesso em: 26 de dezembro de 2022.

⁴⁰ LOUREIRO, Cláudia M. O Princípio da Fraternidade Universal como Fundamento do Constitucionalismo Planetário. In: MENEZES, Wagner (org.). Direito Internacional em Expansão. Belo Horizonte: Arraes, v. 18, p. 35-50, 2020.

⁴¹ CTIDH. Opinião Consultiva n. 23/2017 da Corte Interamericana de Direitos humanos. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-por.pdf>. Acesso em: 26 de dezembro de 2022.

⁴² CTIDH. Opinião Consultiva n. 23/2017 da Corte Interamericana de Direitos humanos. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-por.pdf>. Acesso em: 26 de dezembro de 2022.

causado pelo próprio homem e que ao longo do tempo poderá sofrer ainda mais pelo descuido com o planeta em que se vive.

Considerações Finais

A economia nos últimos tempos cresceu e foi transformada pela produção e consumo de equipamentos da era informacional. A sociedade da informação que muito utiliza equipamentos eletroeletrônicos ofertou benefício para o dia a dia, mas ao mesmo tempo pela sociedade também consumista aumentaram os problemas ambientais. Desde a extração de matéria-prima para a produção desses objetos até o descarte, os impactos ambientais tendem a ser bem maiores do que apenas na natureza, aliás o ser humano faz parte da natureza e os riscos o atingem.

O uso de eletroeletrônicos no dia a dia afeta a saúde quando não utilizados corretamente, porém o mais preocupante está no descarte desses objetos, o chamado lixo eletrônico. Muitas substâncias são potenciais cancerígenas e se em contato com a água e o solo além de prejudicar aquele ponto de meio ambiente também afetará o ser humano que em contato estará intoxicado. E o montante de e-lixos só tendem a crescer, uma vez que a cada ano são disponibilizados nossos lançamentos de smartphones, notebooks, entre outros equipamentos que rapidamente tornam-se obsoletos.

Projetos nacionais e mesmo internacionais em busca de melhorar a situação dos lixões eletrônicos já foram pauta e efetivação em matéria jurídica, porém ainda assim países e empresas privadas burlam o sistema e fazem o comércio de lixo eletrônico. Principalmente saindo de países ricos e destinando aos de subdesenvolvimento que se tem tecnologia para reciclar é menos efetiva do que teriam as grandes potências comerciais. Trocando assim apenas o lugar de onde o lixo eletrônico está e corroborando para piorar a situação ambiental de outros países.

Dessa forma, uma das melhores medidas em prol de um meio ambiente equilibrado para esta e para as próximas gerações é a cooperação global para se evitar o despejo desses equipamentos na natureza e a conscientização no sentido de não mais chamá-los de lixo, mas sim de resíduos, pois, politicamente correto, esta seria a forma em que ainda é possível utilizá-los ou reinventá-los em novas formas na indústria ao invés de apenas jogá-los no meio ambiente. Ou seja, de todo o exposto, resta como anseio a de que na unidade, fraternidade e solidariedade as ações e políticas estejam voltadas para a preservação do meio em que o homem vive e de onde ele sofre as consequências de seus próprios atos.

Referências

- BECK, Ulrich. O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BRASIL, Lei nº 12.305 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1988, e dá outras providências. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/575947>>. Acesso em: 25 de dezembro de 2022.
- CHOMSKY, Noam; POLLIN, Robert. Crise climática e o Green New Deal Global. Trad. Bruno C. Mattos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Roça Nova, 2020. Livro Digital.
- CTIDH. Opinião Consultiva n. 23/2017 da Corte Interamericana de Direitos humanos. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-por.pdf>>. Acesso em: 26 de dezembro de 2022.
- DELANTY, Gerard. Os desafios da globalização e a imaginação cosmopolita: as implicações do Antropoceno. Revista Sociedade e Estado, vol. 3, nº 2, Maio/Agosto 2018, pp. 373-388, 2018. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/se/v33n2/0102-6992-se-33-02-00373.pdf>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2022.
- FONTENELLE, Isleide Arruda. O nome da marca: McDonald's, fetichismo e cultura descartável. São Paulo: Boitempo, 2002.
- GREEN ELETRON. Eletrônico não é lixo. Disponível em: <<https://greeneletron.org.br/blog/e-book-movimento-eletronico-nao-e-lixo/>>. Acesso em: 23 de dezembro de 2022.
- HP. Programa HP Planet Partners. Disponível em: <<https://www.hp.com/br-pt/hp-information/recycling/ink-toner.html>>. Acesso em 23 de dezembro de 2022.
- IANEGITZ, Rafaeli. O princípio da solidariedade ambiental como dever fundamental. Dissertação de Mestrado. UNIVALI. 2018. Disponível em: <<https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2396/RAFAELI%20IANEGITZ.pdf>>. Acesso em: 26 de dezembro de 2022.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. The global impact of e-waste: Addressing the challenge. Disponível em: <https://www.ilo.org/sector/Resources/publications/WCMS_196105/lang-en/index.htm>. Acesso em 26 de dezembro de 2022.
- JORNAL NACIONAL. Países exportam lixo eletrônico para outros em vez de reciclar. Notícia de 13 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/11/paises-exportam-lixo-eletronico-para-outros-em-vez-de-reciclar.html>>. Acesso em: 26 de dezembro de 2022.
- LIMA, Luiz Mário Queiroz. **Lixo: tratamento e biorremediação**. 3. Ed. Hemus, 2004.
- LOUREIRO, Cláudia M. O Princípio da Fraternidade Universal como Fundamento do Constitucionalismo Planetário. In: MENEZES, Wagner (org.). Direito Internacional em Expansão. Belo Horizonte: Arraes, v. 18, p. 35-50, 2020.
- MARQUES, Pablo. Conheça quais são os riscos do lixo eletrônico para a saúde. In: R7. Março de 2018. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/conheca-quais-sao-os-riscos-do-lixo-eletronico-para-a-saude-13032018>>. Acesso em 22 de dezembro de 2022.

Nações Unidas – Brasil. “Um passo em direção à justiça”, diz Guterres sobre acordos da COP27. Notícia de 21 de novembro de 2022. Disponível em: < <https://brasil.un.org/pt-br/208223-um-passo-em-direcao-justica-diz-guterres-sobre-acordos-da-cop27>>. Acesso em 20 de dezembro de 2022.

OMS. As crianças e as lixeiras digitais: a exposição ao lixo eletrônico e a saúde infantil. 15 de junho de 2021. Disponível em: < <https://www.who.int/pt/publications/i/item/9789240023901>>. Acesso em 22 de dezembro de 2022.

Painel Brasileiro De Mudanças Climáticas. Na ONU, 175 países assinam Acordo de Paris sobre mudanças climáticas. Fonte: Folha de São Paulo. Disponível em: <http://pbmc.coppe.ufrj.br/index.php/en/news/592-na-onu-175-paises-assinam-acordo-de-paris-sobre-mudancas-climaticas>. Acesso em: 20 de dezembro de 2022.

PALMAS, TOCANTIS. Lei nº 1165 de dezembro de 2002. Institui a coleta seletiva de lixo no município de Palmas e dá outras providências. Disponível em: < <https://leismunicipais.com.br/a/to/p/palmas/lei-ordinaria/2002/117/1165/lei-ordinaria-n-1165-2002-institui-a-coleta-seletiva-de-lixo-no-municipio-de-palmas-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 24 de dezembro de 2022.

PEREIRA, Fernando Antônio de Melo; FERRAZ, Sofia Batista; MASSAINI, Silvyne Ane. Dimensões de consciência dos consumidores no processo de reciclagem do lixo eletrônico. In: Revista Gestão & Tecnologia. Disponível em: <http://revistagt.fpl.edu.br/get/article/view/699>. Acesso em 22 de dezembro de 2022.

ROCHA, Hélio. Entre o Luxo e o Lixo Digital. Tribuna da Bahia, Salvador, 08 mai. 2007. Caderno 1, p. 7.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Direito Ambiental Esquematizado. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SÃO PAULO. Convenção de Basileia. Disponível em: < <https://cetesb.sp.gov.br/centroregional/convencao-de-basileia/> >. Acesso em 26 de dezembro de 2022.

SÃO PAULO. Lei nº 13.576 de julho de 2009. Institui normas e procedimentos para reciclagem, gerenciamento e destinação final de lixo eletrônico. Disponível em: < <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2009/lei-13576-06.07.2009.html>>. Acesso em: 24 de dezembro de 2022.

UNITED NATIONS. Women, Gender Equality and Climate Change. Disponível em: https://www.un.org/womenwatch/feature/climate_change/downloads/Women_and_Climate_Change_Factsheet.pdf. Acesso em: 20 de dezembro de 2022.

VELLOSO, Marta Pimenta. Criatividade e Resíduos Resultantes da Atividade Humana: da produção do lixo à nomeação do resto. Tese de Doutorado. In: Fiocruz. Disponível em: < <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/4452>>. Acesso em: 21 de dezembro de 2022.

VGR. A diferença entre lixo, resíduo e rejeito e como é feito o seu gerenciamento. Disponível em: < <https://www.vgresiduos.com.br/blog/blogdiferenca-entre-lixo-residuo-rejeito/> >. Acesso em 21 de dezembro de 2022.

ZARCA, Yves. C. O destino comum da Humanidade e da Terra. São Leopoldo: Unisinos, 2015.

**A Evolução das Políticas Migratórias no Brasil e em Portugal: Uma Análise
Comparativa da Lei 13.445/2017 e da Lei 23/2007 e Suas Recentes
Alterações**

*The Evolution of Migration Policies in Brazil and Portugal: a Comparative Analysis of Law
13.445/2017 and Law 23/2007 and Its Recent Amendments*

Ricardo Cotrim Chacur¹

Sumário: Introdução; 1. A Política Migratória no Brasil no século XX; 2. A Política Migratória em Portugal no século XX; 3. A legislação migratória no Brasil e Portugal: uma perspectiva comparada; Considerações Finais; Referências Bibliográficas

Resumo: O deslocamento de seres humanos, de um território para outro, sempre foi um fenômeno inerente a história da espécie humana. Desde os primórdios da civilização até a Globalização iniciada no final do século XX, observam-se seres humanos migrando por inúmeras razões. Com o surgimento do Estado-Nação, como modelo de organização política, as fronteiras passaram a ser controladas por regras estatais que estabelecem quem pode entrar ou permanecer dentro do território de um país, muitas vezes restringindo o acesso de estrangeiros ao território nacional ou incentivando a sua chegada, permanência e integração. Fato é que a Globalização que permeia as relações comerciais e econômicas dos Estados no século XXI, juntamente com a transição da sociedade industrial para a sociedade da informação, potencializou a interação entre os povos e despertou um maior interesse de seres humanos de viver longe do seu país de origem. Se no século XX, as políticas migratórias de Portugal e do Brasil evoluíram e alternaram períodos de maior restrição com períodos de uma abertura moderada e controlada, sempre relacionadas com o contexto político, econômico e social, no século XXI notam-se que as políticas migratórias, tanto no Brasil, como em Portugal, evoluíram para uma maior abertura, resultando num incentivo aos fluxos migratórios com destino aos dois países, materializado por políticas migratórias inclusivas, mas, também com algumas diferenças justificadas pelas necessidades econômicas e peculiaridades dos fluxos migratórios que se destinaram aos países nestes últimos anos.

Palavras-chave: Políticas Migratórias; Migração; Direito Comparado; Globalização.

Abstract: The displacement of human beings from one territory to another has always been an inherent phenomenon in the history of the human species. From the dawn of civilisation to the globalisation that began at the end of the 20th century, human beings have migrated for countless reasons. With the emergence of the nation state as a model of political organisation, borders came to be controlled by state rules that established who could enter or remain within a country's territory, often restricting foreigners' access to national territory or encouraging their arrival, stay and integration. The fact is that Globalisation, which permeates the commercial and economic relations of states in the 21st century, together with the transition from the industrial society to the information society, has increased interaction between peoples and has aroused greater interest among human beings in living far away from their country of origin. While in the 20th century, the migration policies of Portugal and Brazil evolved and alternated between periods of greater restriction and periods of moderate and controlled openness, always related to the political, economic and social

¹ Professor de Direito Internacional Público e Direitos Humanos e Fundamentais nos cursos de Relações Internacionais e de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. Doutorando em Direito pela Universidade do Porto. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil. E-mail: rcchacur.adv@gmail.com

context, in the 21st century it can be seen that migration policies in both Brazil and Portugal have evolved towards greater openness, resulting in an incentive for migratory flows to both countries, materialised by inclusive migration policies, but also with some differences justified by the economic needs and peculiarities of the migratory flows to the countries in recent years.

Keywords: Migration Policies; Migration; Comparative Law; Globalisation.

Introdução

Ao longo da história, a relação entre Brasil e Portugal foi além do fato de que o primeiro foi uma ex-colônia do segundo. Fluxos migratórios de um país para o outro também fez parte da relação entre seus povos. Observa-se que até 1970, o movimento Colonialista, as Guerras Napoleônicas, as duas Guerras Mundiais e o Estado Autoritário Português impulsionaram o deslocamento de portugueses para o Brasil. Contudo, a partir da década de 1970, o fluxo se inverteu, e muitos brasileiros começaram a migrar com destino a Portugal, motivados por inúmeros fatores e, também, pelos contextos políticos e econômicos distintos dos dois países. A Ditadura Militar no Brasil na década de 60, seguida das Crises econômicas experimentadas pelo Brasil, nas décadas de 1980 e 1990, bem como a adesão de Portugal à União Europeia, levaram muitos brasileiros a migrar para Portugal no século XX. No século XXI, a migração de brasileiros para Portugal continuou, em razão da instabilidade política e econômica que vigora no Brasil desde 2014, e ainda, favorecida pela aceitação do ENEM para ingresso dos alunos brasileiros nas Universidades Portuguesas, e recentemente, a concessão de autorização de residência para nacionais da chamada CPLP.

No século XXI, Brasil e Portugal têm sido destinos comuns de fluxos migratórios. No caso do Brasil, destacam-se os fluxos de migrantes provenientes de países que passam por conflitos políticos ou armados, como no caso do haitianos, venezuelanos e congolezes. No caso de Portugal, observa-se que nos últimos anos há uma tendência de crescimento da população migrante brasileira e de outros países da CPLP, Comunidade de Países de Língua Portuguesa. Apesar de vivenciarem realidades distintas, Brasil e Portugal possuem um laço histórico e indiscutivelmente, no passado, uma o direito brasileiro sofreu forte influência do direito português. Contudo, os contextos políticos, econômicos e sociais, experimentados pelos dois países no século XX e início do século XXI, influenciaram as suas políticas migratórias e as recentes alterações feitas nas legislações nacionais de ambos os países.

Em 2022, o Brasil registrou aproximadamente mais de 243 mil autorizações de residência, um crescimento considerável em relação à 2021, quando foi registrado mais de 150 mil registros. Dentre os fluxos migratórios com destino ao Brasil, destaque para a entrada no país de venezuelanos, bolivianos e colombianos. O ano de 2022, também, verificou a

solicitação de refúgio de 50,5 mil migrantes, correspondendo ao aumento de 67,9% em relação ao ano anterior, com destaque para os nacionais da Venezuela, Cuba e Bolívia².

No caso de Portugal, a população estrangeira residente no país, em 2022, foi de quase 782 mil, o que corresponde a um crescimento de 11,9% em relação ao ano de 2021, com 143.081 novos títulos de residência emitidos no ano de 2022, um aumento de 28,5%, com destaque para os nacionais do Brasil, Índia e Itália. Em relação as solicitações de asilo, também, verificou-se um aumento de 29,5%, isto é, de 1.991 pedidos³. Essa tendência de aumento na imigração é observada desde antes da Pandemia, quando o SEF já registrava, em seu relatório anual, de que o ano de 2020 tinha sido o quinto ano consecutivo em que a população estrangeira residente no país havia aumentado, totalizando 662.095 cidadãos estrangeiros com autorização de residência⁴, um aumento de 12,2% em relação ao ano de 2019. Ainda, de acordo com o relatório de 2020, do SEF, havia uma evolução considerável da população estrangeira residente no país que em 2015 era de 388.731, em 2016, passou para 397.731, em 2017, 421.711, em 2018 foi para 480.300 e em 2019 chegou à 590.348 imigrantes, com destaque para o aumento significativo entre os anos 2018 e 2020, cujos aumentos da população imigrante teve um incremento de 13,9%, 22,9% e 12,2% em relação ao total de estrangeiros no ano anterior, respectivamente. Dentre as nacionalidades da população migrante no país, verificou-se que os brasileiros se mantiveram como a principal comunidade estrangeira residente no país, representando 27,8% do total, correspondente aos 183.993 brasileiros. Observa-se que **a comunidade brasileira em Portugal cresceu exponencialmente desde os anos 2000 e é a maior dentro do país. Dentre os principais fluxos migratórios do Brasil para Portugal, observa-se o crescimento de estudantes no ensino superior, aposentados e investidores, e ainda, o de trabalhadores independentes e, também, com contrato assinado.**

A partir destas observações e das considerações iniciais, o presente trabalho de investigação teve como objetivo geral, analisar a evolução histórica das políticas migratórias no Brasil e em Portugal no século XX, e como objetivo principal, realizar uma investigação de direito comparado entre as atuais legislações que tratam da questão migratória no Brasil e

² OLIVEIRA, Tadeu de; CAVALCANTI, Leonardo; LEMOS, Sarah F. Dados Consolidados da Imigração no Brasil 2023. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2023. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/dados-consolidados1>. Acesso em: 10.05.2023.

³ SEF. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras. “Legislação - Regime de Estrangeiros: Regime Jurídico de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Cidadãos Estrangeiros do Território Nacional”, disponível em: <https://imigrante.sef.pt/legislacao/>. Acesso em: 10.05.2023.

⁴ Em 2021, os dados ainda não consolidados apontam para um total de 771 mil cidadãos estrangeiros a residir no país.

em Portugal, com especial enfoque nas alterações recentes sofridas pelas leis que tratam do assunto nos dois países, observando as aproximações e distanciamentos existentes entre as leis 13.445/2017 e a 23/2007.

Para alcançar os objetivos propostos na investigação, o presente trabalho foi desenvolvido em três partes. A primeira parte trata da evolução histórica das políticas migratórias no Brasil, no século XX. A segunda parte buscou demonstrar a evolução das políticas migratórias em Portugal, também no século XX. E a última parte, trata de analisar, por meio de uma perspectiva comparada, as atuais legislações migratórias dos dois países, bem como suas recentes alterações.

5. A Política Migratória no Brasil no Século XX

A partir da Proclamação da República no Brasil, observa-se que a evolução da política migratória no país, durante o século XX, alternou momentos de maior abertura, com momentos de restrição aos imigrantes motivados, principalmente, pelos contextos econômicos e políticos.

Na República Velha, considerado o período da primeira República no Brasil, a política migratória foi voltada ao incentivo da imigração de europeus para o país, e de restrições à imigração de povos africanos, asiáticos e indígenas. Esta política foi motivada pela ideia de branqueamento da população brasileira⁵ e ao mesmo tempo pela necessidade de atrair mão de obra para o país.

Na segunda República, período marcado pelo Estado Novo de Getúlio Vargas, a política migratória foi mais restritiva, com destaque aos decretos que proibiram totalmente a imigração em 1932, que criaram um regime de cotas para a imigração em 1934 e, com a Lei de Segurança Nacional de 1935, que foi utilizada para expulsar e aumentar restrições para estrangeiros considerados “indesejáveis” pelo regime autoritário de Getúlio.⁶

No período que sucedeu o fim da 2ª Guerra Mundial, em decorrência dos acordos celebrados pelo Brasil com a ONU, o país passou a receber refugiados e a ter uma política migratória mais flexível, principalmente durante o curto período democrático que terminou com o Golpe Militar de 1964.

Com a Ditadura Militar, nota-se que o Brasil se afastou dos regimes internacionais de direitos humanos e novamente se fechou aos imigrantes internacionais e ao recebimento de

⁵ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. As políticas migratórias brasileiras do século XIX ao século XXI: uma leitura biopolítica do movimento pendular entre democracia e autoritarismo Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, V. 11, N. 4, 2020, p. 2336.

⁶ *Ibid.* p. 2339.

refugiados.⁷ Durante esse período, o Decreto-Lei nº 264-B, de 1980, conhecido como Estatuto do Estrangeiro tratou de regular a questão migratória no país.

Contudo, com a Redemocratização, ainda na década de 1980, o país voltou a se aproximar dos regimes internacionais de direitos humanos e em 1997 criou o CONARE (Comitê Nacional para Refugiados), por meio da Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997.

6. A Política Migratória em Portugal no século XX

Em Portugal, durante o século XX, nota-se que a preocupação com a política migratória orbitou, a partir da década de 1970, com a questão migratória e a necessidade de assegurar os direitos de nacionalidade de portugueses e seus descendentes que viveram nas ex-colônias. Observa-se que até 1970, a população imigrante em Portugal era quantitativamente insignificante no país, era de aproximadamente uns trinta mil, sendo a maioria de nacionalidade espanhola ou descendente de emigrantes portugueses, época que foi marcada mais pela emigração de portugueses, que fugiram da ditadura de Salazar, do que pela imigração de estrangeiros, razão pela qual havia pouca preocupação legislativa para tratar do assunto. Assim, a década de 1970 foi marcada pela formação do Secretariado Nacional de Emigração e a Comissão Interministerial para os Assuntos da Emigração⁸ e até o início dos anos 1980, o “dispositivo legal era casuístico e disperso, destinando-se, essencialmente, a regular a expulsão e o direito de asilo, no quadro do regime democrático implementado”⁹. Em 1974, com a Revolução dos Cravos que culminou com o fim da Ditadura no país e a independência das ex-colônias portuguesas, a imigração de portugueses que viviam nesses países gerou a necessidade de serem reconhecidos como nacionais em Portugal, e a Lei nº 2098/1959 foi promulgada com esta finalidade. Entretanto, em 1975, a Lei 308-A retirou a nacionalidade portuguesa de grande parte dos portugueses nascidos nas ex-colônias africanas, criando retroativamente uma comunidade estrangeira, de origem africana, residente no país.

Somente em 1981 que as entradas, as permanências e as saídas de estrangeiros no território português passou a ser regulada por meio do Decreto-Lei 264/81, tendo como base a legislação aplicada na Comunidade Econômica Europeia. No mesmo ano, a Lei no. 37/81 mudou as regras de aquisição da nacionalidade portuguesa, substituindo o

⁷ *Ibid.* p. 2341.

⁸ PINHO, Ana. “A evolução das políticas de imigração e asilo em Portugal no contexto de uma Europa Comunitária”, *População e Sociedade*, CEPESE, Porto, Vol. 21, 2013. p. 124.

⁹ *Ibid.*

critério territorial, vigente até então, pelo critério sanguíneo¹⁰.

Ainda no final do século XX, houve uma reforma do antigo Serviço de Estrangeiros, e o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF), surgindo como um “serviço civil especializado em matéria de imigração” e que pudesse fornecer “os elementos indispensáveis à formulação pelo governo das grandes linhas de atuação no domínio da imigração”¹¹. A década de 1990, com os compromissos assumidos por Portugal junto à CEE, foi marcada pelos Programas de regularização extraordinária com medidas de discriminação positiva no tratamento de estrangeiros de países africanos de língua oficial portuguesa (PALOP) para regularizar situações ilegais, entre 1992 – 1996, e pelo Decreto-Lei n.º 244/1998 que estabeleceu o direito de reagrupamento familiar e da extensão dos direitos iguais conferidos aos familiares estrangeiros de cidadãos portugueses¹².

Nota-se, ainda, que durante a década de 1990, houve uma intensificação no fluxo de imigrantes e requerentes de asilo com destino à Portugal, que sofreu uma quebra após a aprovação de um novo regime de regulação de entrada, permanência e saída de estrangeiros promovida pelo Decreto-Lei n.º 59/1993 que instituiu o visto uniforme de curta duração válido em todos os países signatários da CEE, adequando a legislação portuguesa à legislação dos demais Estados membro da Comunidade Europeia¹³.

7. A Atual Legislação Migratória no Brasil e em Portugal: uma Perspectiva Comparada

No caso do Brasil, o século XXI representou um período de grandes alterações na política migratória brasileira. Com a redemocratização do país e uma forte adesão ao Regime Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, as regras que tratavam da entrada, saída e permanência do território brasileiro, regulamentada pelo Estatuto do Estrangeiro - Lei n.º 6.815/1980, foi substituída em 2017 pela Lei 13.445.

Essa alteração na legislação migratória representou uma mudança significativa na política migratória do país e na relação com os imigrantes, justificada com a promulgação da

¹⁰ MACHADO, Igor José de Renó. “A condição obscura: Reflexões sobre as políticas de imigração e controle de estrangeiros em Portugal”, *Revista Crítica de Ciências Sociais* [online], 92, 2011. p. 125-145. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/4038>. Acesso em: 24/03/2023. p. 127.

¹¹ PINHO, Ana. “A evolução das políticas de imigração e asilo em Portugal no contexto de uma Europa Comunitária”, *População e Sociedade*, CEPESE, Porto, Vol. 21, 2013. p. 126.

¹² MACHADO, Igor José de Renó. “A condição obscura: Reflexões sobre as políticas de imigração e controle de estrangeiros em Portugal”, *Revista Crítica de Ciências Sociais* [online], 92, 2011. p. 125-145. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/4038>. Acesso em: 24/03/2023. p. 128.

¹³ BAGANHA, M. I.; MARQUES, J. C.; GÓIS, P. Imigrantes em Portugal: uma síntese histórica. *Ler história*, n. 56, p. 123–133, 2009. p. 22.

Constituição Federal de 1988, que mudou a perspectiva legislativa a partir dos princípios norteadores do novo ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, enquanto o Estatuto do Estrangeiro, de 1980, foi concebido num contexto de um período autoritário e sob a perspectiva de uma doutrina de segurança nacional, a Nova Lei Migratória de 2017, teve como essência a busca pela garantia dos direitos humanos dos imigrantes, a valorização do imigrante sob a ótica humanista e a simplificação dos procedimentos que envolvia o ingresso e permanência do imigrante no país¹⁴, superando o anacronismo do Estatuto do Estrangeiro e rompendo com os resquícios jurídicos da ditadura militar¹⁵. Além disso, a Nova Lei foi resultado de um grande debate que envolveu a sociedade, as organizações internacionais, os pesquisadores da área de migração e outros atores¹⁶, cuja estrutura compreende 125 artigos, divididos em dez capítulos, e regulamentados pelo Decreto nº 9.199/2017 que sofreu cinco alterações decorrentes dos Decretos nº 9.277/2018, nº 9.500/2018, nº 9.631/2018, nº 9.731/2019 e nº 9.873/2019. Essas alterações ficam evidente logo no início da Nova Lei, quando o legislador adotou as nomenclaturas de “migrante” e “visitante”, não mais se referindo à estes como “estrangeiros”, cuja palavra sempre carregou uma conotação negativa e segregacionista nas questões migratórias¹⁷. Dentre as inovações mais significativas que a Lei 13.445 de 2017 trouxe a política migratória brasileira, destaca-se a previsão do art. 14, § 3º que estabelece a possibilidade de visto temporário com a finalidade de acolhida humanitária, nas situações de apatridia, ou ainda, aos “nacionais de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário”.

A acolhida humanitária foi uma das mais importantes e significativas previsões trazidas pela Nova Lei para a proteção subsidiária de deslocados forçados e que não se enquadram na condição de refugiado delimitada pela Convenção de Genebra de 1951, como no caso dos deslocados decorrentes das alterações climáticas¹⁸.

¹⁴ VARELLA, Marcelo Dias; OLIVEIRA, Clarice G.; OLIVEIRA, Mariana S. C.; LIGIERO, Adriana P. O caráter humanista da Lei de Migrações: avanços da Lei n. 13.445/2017 e os desafios da regulamentação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017. p. 253-266. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4682>. Acesso em: 13.11. 2023. p. 255.

¹⁵ OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. *Revista Brasileira de Estudos de População*. v. 34, n. 1, p. 171-179, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://rebep.org.br/revista/article/view/1082/pdf>. Acesso em: 03 out. 2023.p. 174.

¹⁶ MOREIRA, Thiago Oliveira. A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019. p. 457-461.

¹⁷ MINCHILA, Luís Augusto Bittencourt. Que Lei de Migração é Essa?. In: REDIN, Giuliana. (Org.). *Migrações Internacionais: experiências e desafios para a proteção e promoção de direitos humanos no Brasil*. Santa Maria, RS: UFSM, 2020. p. 75.

¹⁸ MOREIRA, Thiago Oliveira. A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019. p. 469.

No caso de Portugal, o século XXI, também, foi marcado por uma nova legislação migratória em 2007, quando a Lei nº 23/2007, conhecida como a Lei dos Estrangeiros, foi promulgada, incorporando dezenove Diretivas da União Europeia que tratavam de migração, numa tentativa de uniformizar as regras de entrada e permanência em países membros do Bloco europeu¹⁹. Estruturada em 220 artigos, divididos em 12 capítulos, a lei sofreu diversas alterações nos últimos anos pelas leis no. 29/2012, 56/2015, 63/2015, 59/2017, 102/2017, 26/2018, 28/2019, o Decreto-Lei no; 14/2021 e, mais recentemente, pelas Leis nº 18/2022 e 56/2023 (SEF, 2023). Observa-se que a Lei 23/2007 foi concebida para ser aplicada apenas aos migrantes e apátridas, não tratando de situações de asilo e refúgio, cujas matérias ficaram reservadas a Lei 27/2008, conhecida como a Lei de Asilo²⁰.

As últimas alterações introduzidas pelas Leis 18/2022 e 56/2023 estabeleceram a possibilidade de obtenção de autorização de residência aos cidadãos da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) titulares de um visto de curta duração ou de um visto de estada temporária²¹, e ainda, criou um visto especial para procura do trabalho de curta duração, concedendo um período de 120 dias e prorrogável por mais 60²². Tais alterações que beneficiaram os nacionais da CPLP decorreram da incorporação de diretrizes do Acordo de Mobilidade entre os Estados membros da CPLP e as orientações da UE para um novo desenho do Sistema de Informações de Schengen de 2ª geração²³.

Comparativamente, o chamado visto para os nômades digitais, atualmente, é previsto tanto na legislação brasileira, como na portuguesa. No caso do Brasil, a Resolução nº 45/2021 do CNIg, Conselho Nacional da Imigração, estabeleceu regras para a concessão de visto e autorização de residência temporária para imigrantes sem relação de trabalho no Brasil e cuja atividade profissional possa ser desenvolvida de forma remota, com prazo de até um ano, prorrogável por igual período. No caso de Portugal, a Lei nº 18/2022 introduziu a previsão do visto para exercício de atividade profissional subordinada ou independente, prestada, de forma remota, a pessoa singular ou coletiva com domicílio ou sede fora do território nacional, popularmente conhecidos como nômades digitais.

¹⁹ VALLES, Edgar. Nacionalidade e Estrangeiros. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2022. p. 138.

²⁰ FREITAS, Thiago Fidalgo de. Portuguese Migration Law: A Constitutional and Administrative Overview. *European Review of Public Law*, v. 21, n. 1, p. 345-401, 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1512628>. Acesso em: 07 out. 2023. p. 373-374.

²¹ SALGADO, Maria Hylma Alcaraz. PEREIRA, Maria de Fátima Azevedo. “A nova política migratória portuguesa: uma análise sociojurídica”, *Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC*, vol. 21, no. 21 (2022), p. 80-102. Disponível em: <https://periodicos.uesc.br/index.php/dike/article/view/3575>. Acesso em: 24/03/2023. p. 92.

²² *Ibid.* p. 93.

²³ *Ibid.* p. 100.

Em relação aos vistos para investidores, Brasil e Portugal, também, promoveram este tipo de visto em suas atuais legislações. Contudo, Portugal recentemente, em resposta a crise na habitação, promulgou a Lei 56/2023 que alterou a Lei 23/2007 em relação aos vistos para investidores, extinguindo a possibilidade de concessão de autorização de residência para investidores do mercado imobiliário ou para pessoas que realizassem transferências de valores elevados. A alteração na previsão dos chamados “Vistos Gold”, restringiu a sua aplicação apenas aos investimentos, na forma de transferências de capitais que sejam destinados “à aquisição de partes de organismos de investimento coletivo não imobiliários, que sejam constituídos ao abrigo da legislação portuguesa, cuja maturidade, no momento do investimento, seja de, pelo menos, cinco anos e, pelo menos, 60 /prct. do valor dos investimentos seja concretizado em sociedades comerciais sediadas em território nacional”, conforme a nova redação do art. 3º, n.º 1, alínea d), subalínea vii), da Lei n.º 23/2007.

No caso do Brasil, as Resoluções normativas nºs 11 e 13 de 2017 e nº 36 de 2018, ambas do CNIg, estabeleceram a possibilidade de concessão de autorização de residência para o imigrante que pretenda investir no país, mediante o cumprimento de alguns requisitos. No caso do imigrante administrador, gerente, diretor ou executivo “com poderes de gestão, para representar sociedade civil ou comercial, grupo ou conglomerado econômico que realize investimento externo em empresa estabelecida no país, com potencial para geração de empregos ou de renda”²⁴. Ou ainda, no caso do imigrante, pessoa física, que pretenda, “com recursos próprios de origem externa, realizar investimento em pessoa jurídica no Brasil, em projeto com potencial para geração de empregos ou de renda no país ou para o empreendedor que pretenda fixar-se no Brasil com o propósito de investir em atividade de inovação, de pesquisa básica ou aplicada, de caráter científico ou tecnológico”²⁵. E nos casos em que o imigrante, pessoa física, pretenda, com recursos próprios de origem externa, “realizar investimento imobiliário no Brasil, mediante aquisição de um ou mais imóveis, construídos ou em construção, cujo valor total seja igual ou superior a R\$ 700.000,00, nas regiões Norte e Nordeste, ou igual ou superior a R\$ 1.000.000,00, nas demais regiões do País”²⁶.

Outro aspecto que aproxima ambas as leis brasileira e portuguesa é em relação a previsibilidade da reunião familiar. A lei brasileira estabelece o direito de reunião familiar no inciso VIII do artigo 3º, enquanto a lei portuguesa, estabelece a concessão de autorização de residência para reagrupamento familiar nos artigos 98 a 108.

²⁴ RN 11/2017 do CNIg

²⁵ RN 13/2017 do CNIg

²⁶ RN 36/2018 do CNIg

Por fim, verifica-se que ambas as normas possuem uma visão humanista dos imigrantes e fundamentadas pelas suas respectivas Constituições, e que apesar da lei portuguesa não possuir um artigo dedicado exclusivamente aos princípios e diretrizes, assim como a lei brasileira, é possível notar que muitos direitos e garantias aos imigrantes estão presentes no texto, como por exemplo a igualdade de tratamento, na qual os imigrantes, independentemente da nacionalidade, gozam dos mesmos direitos e deveres que os cidadãos nacionais. Entre os direitos presentes nas duas normas jurídicas, destaca-se a garantia de reunião familiar.

8. Considerações Finais

A relação histórica entre Brasil e Portugal é indiscutível, assim como os fluxos migratórios que existiram e ainda existem entre os dois países ao longo dessa relação. E apesar de certa influência do direito português no direito brasileiro, é notável que a evolução histórica legislativa foi diferente entre os dois países no tocante a questão migratória, uma vez que as políticas migratórias em cada país obedeceu ao contexto político e econômico experimentado por cada um durante o século XX, visando atender as suas necessidades econômicas, sociais e políticas, alternando períodos de acolhimento e restrições que refletiram as rupturas políticas internas, bem como as mudanças globais e regionais.

Contudo, apesar das diferenças verificadas ao longo do século XX, nota-se que no século XXI, ambos os países ajustaram as suas legislações migratórias, com base nos princípios e direitos consagrados em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, e no princípio da igualdade consagrado em seus textos constitucionais. Assim, a partir do entendimento de que os imigrantes são sujeitos de direitos e que devem ter garantido a igualdade de tratamento em relação aos cidadãos nacionais, as legislações dos dois países buscou promover políticas migratórias inclusivas.

Observa-se, ainda, que ambas as legislações se aperfeiçoaram ao longo do tempo e sofreram muitas alterações nos últimos anos, visando atender as necessidades e demandas internas, bem como as exigências de seus pares dentro dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, e também, dentro da comunidade internacional.

Apesar das legislações migratórias dos dois países serem muito alinhadas ao regime jurídico de proteção dos direitos humanos e de promoverem políticas migratórias consideradas inclusivas, o grande desafio em ambos os países, neste século, será tratar dos impactos causados pela entrada significativa de estrangeiros em seus territórios, devendo se

voltar no presente a questão do combate aos casos de xenofobia que aumentaram em ambos os países.

Referências Bibliográficas

BAGANHA, M. I.; MARQUES, J. C.; GÓIS, P. Imigrantes em Portugal: uma síntese histórica. *Ler história*, n. 56, p. 123–133, 2009.

FREITAS, Thiago Fidalgo de. Portuguese Migration Law: A Constitutional and Administrative Overview. *European Review of Public Law*, v. 21, n. 1, p. 345-401, 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1512628>. Acesso em: 07 out. 2023.

MACHADO, Igor José de Renó. “A condição obscura: Reflexões sobre as políticas de imigração e controle de estrangeiros em Portugal”, *Revista Crítica de Ciências Sociais* [online], 92, 2011. p. 125-145. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/4038>. Acesso em: 24/03/2023.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019.

MINCHILA, Luís Augusto Bittencourt. Que Lei de Migração é Essa?. In: REDIN, Giuliana. (Org.). *Migrações Internacionais: experiências e desafios para a proteção e promoção de direitos humanos no Brasil*. Santa Maria, RS: UFSM, 2020.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. *Revista Brasileira de Estudos de População*. v. 34, n. 1, p. 171-179, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://rebep.org.br/revista/article/view/1082/pdf>. Acesso em: 03 out. 2023

OLIVEIRA, Tadeu de; CAVALCANTI, Leonardo; LEMOS, Sarah F. Dados Consolidados da Imigração no Brasil 2023. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2023. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/dados-consolidados1>. Acesso em: 10.05.2023.

PINHO, Ana. “A evolução das políticas de imigração e asilo em Portugal no contexto de uma Europa Comunitária”, *População e Sociedade*, CEPESE, Porto, Vol. 21, 2013. p. 123-139.

SALGADO, Maria Hylma Alcaraz. PEREIRA, Maria de Fátima Azevedo. “A nova política migratória portuguesa: uma análise sociojurídica”, *Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC*, vol. 21, no. 21 (2022), p. 80-102. Disponível em: <https://periodicos.uesc.br/index.php/dike/article/view/3575>. Acesso em: 24/03/2023.

SEF. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras. “Legislação - Regime de Estrangeiros: Regime Jurídico de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Cidadãos Estrangeiros do Território Nacional”, disponível em: <https://imigrante.sef.pt/legislacao/>. Acesso em: 10.05.2023.

VALLES, Edgar. *Nacionalidade e Estrangeiros*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2022.

VARELLA, Marcelo Dias; OLIVEIRA, Clarice G.; OLIVEIRA, Mariana S. C.; LIGIERO, Adriana P. O caráter humanista da Lei de Migrações: avanços da Lei n. 13.445/2017 e os desafios da regulamentação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017. p. 253-266. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4682>. Acesso em: 13.11. 2023.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *As políticas migratórias brasileiras do século XIX*

ao século XXI: uma leitura biopolítica do movimento pendular entre democracia e autoritarismo Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, V. 11, N. 4, 2020, p. 2330-2358.

A Resolução Virtual de Disputas no Sistema Arbitral Brasileiro

Virtual Dispute Resolution in The Brazilian Arbitration System

Rogério Cunha Estevam¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Código de Processo Civil e o Sistema Multiportas; 3. A arbitragem no Direito Brasileiro; 4. Online Dispute Resolutions – ODR; 5. Metodologia; 6. Considerações Finais.

Resumo: A virtualização dos processos já é uma realidade no sistema jurisdicional brasileiro, tendo havido, inclusive, a padronização da plataforma para tramitação dos processos eletrônicos, por meio da criação do sistema PJE pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, já com vasta aplicação prática em todos os Tribunais do País. No ano de 2020, buscando uma maior celeridade e primando pelo acesso à Justiça, o CNJ avançou na virtualização e editou a Resolução nº 345/2020 que disciplinou a implantação do “Juízo 100% Digital” de modo que todos os atos processuais, desde que feita adesão prévia pelas partes, devem ser praticados exclusivamente pela via eletrônica. Por sua vez, o Código de Processo Civil do ano de 2015, deu maior ênfase ao sistema multiportas, para facultar métodos alternativos de solução de controvérsias, notadamente a conciliação, mediação e arbitragem, tendo havido, ainda, o aperfeiçoamento da lei de arbitragem pela lei 13.129/2015, dando-se uma maior segurança jurídica ao procedimento arbitral no país. O presente artigo busca pelo método exploratório e bibliográfico, evidenciar as vantagens na aplicação da “Online Dispute Resolution – ODR” ou Métodos Eletrônicos de Solução de Controvérsias – MESC, com o uso da inteligência artificial, no procedimento arbitral Brasileiro à semelhança do que vem eficazmente sendo aplicado pelo Poder Judiciário.

Abstract: The virtualization of legal processes is already a reality in the Brazilian judicial system, and there has even been the standardization of the platform for conducting electronic processes, through the creation of the PJE system by the National Council of Justice (CNJ), which has already been widely applied in all courts in the country. In 2020, aiming to speed up the process and prioritizing access to justice, the CNJ advanced in virtualization and issued Resolution 345/2020, which regulated the implementation of the "100% Digital Court", so that all procedural acts, provided the parties previously adopt them, must be performed exclusively electronically. In turn, the Code of Civil Procedure of 2015 gave greater emphasis to the multiport system, to provide alternative methods of dispute resolution, notably conciliation, mediation and arbitration, and there was the improvement of the arbitration law-by-law 13.129/2015, giving greater legal certainty to the arbitration procedure in the country. This article seeks, through the exploratory and bibliographical method, to highlight the advantages in the application of Online Dispute Resolution - ODR, or Electronic Dispute Resolution Methods - MESC, with the use of artificial intelligence, in

¹ Professor. Advogado. Bacharel em Direito pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba – UNIESP. Pós-Graduado em Direito Civil, Processo Civil e Direito do Consumidor, pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba. Pós-Graduado em Direito Material e Processual do Trabalho pela Escola Superior de Advocacia da Paraíba. Mestrando em Direito, Mercado, Compliance e Segurança Humana pela Faculdade CERS. E-mail: rogeriocunha.adv@gmail.com.

the Brazilian arbitration procedure; similar to what is being effectively applied by the Judiciary.

Keywords: Multi-door system. Alternative dispute resolution methods. Arbitration. Online Dispute Resolution - ODR

1. Introdução

A virtualização dos processos é um caminho sem volta no Poder Judiciário brasileiro que por intermédio do Conselho Nacional de Justiça – CNJ sempre busca implementar novas medidas para facilitar o acesso do jurisdicionado à Justiça, a razoável duração dos processos e a efetiva entrega da prestação jurisdicional.

O uso de uma plataforma para o processamento eletrônico de demandas pela rede mundial de computadores vem sendo padronizado pelo Conselho Nacional de Justiça desde a criação do sistema PJE, no ano de 2009, porém, ganhou maior notoriedade no ano de 2020 com a pandemia do COVID-19, eis que abruptamente partes, serventuários, Magistrados, advogados, procuradores, promotores, defensores públicos e demais auxiliares da Justiça, tiveram que se adaptar, num tempo recorde, a prática dos atos processuais exclusivamente na forma virtual, com as audiências instrutórias e sessões de julgamento nos Tribunais por videoconferência, atendimentos nas Varas estabelecidos via “balcão virtual”, e tantas outras inovações que foram antecipadas em razão da situação excepcional e extraordinária da pandemia.

Na mesma linha, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 345/2020 que disciplinou a implantação do “Juízo 100% Digital”, permitindo às partes, mesmo após o término da calamidade pública da pandemia da COVID 19, que optem pela tramitação exclusivamente eletrônica e remota pela rede mundial de computadores de todos os atos processuais, inclusive as intimações, audiências e sessões, além dos atendimentos com os Magistrados e servidores lotados no “Juízo 100% digital”.

No relatório “Justiça em números” do ano de 2022, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2021 com 77,3 milhões de processos em tramitação, sendo imprescindível, portanto, a adoção de medidas continuadas aptas a melhoria do andamento dos processos eletrônicos, inclusive com o uso da inteligência artificial, por exemplo, na automação de atos de mero expediente (certificação de prazos, intimações etc.).

NÃO se pode olvidar, que o Código de Processo Civil estatuído pela Lei 13.105/2015 fortaleceu o sistema multiportas, ou seja, a adoção pelas partes de outros métodos para a adequada solução das controvérsias, notadamente a conciliação, mediação e arbitragem, medida que coopera, indiretamente, também com o desafogamento do Poder Judiciário, apesar de não constituir esse o principal objetivo.

Com a chegada da nova lei processual, o sistema arbitral brasileiro foi aperfeiçoado, passando a sentença arbitral a ostentar força de título executivo judicial, logo, equiparada a uma sentença emanada pelo Poder Judiciário, e foi dado maior prevalência a convenção de arbitragem, que poderá, inclusive, ser alegada pelo réu como matéria preliminar de defesa, para o fim de extinguir o processo, sem exame de mérito².

O sistema arbitral brasileiro não está à margem das inovações tecnológicas, ao contrário, já é uma realidade, inclusive, a virtualização dos atos processuais, o que traz uma série de vantagens aos sujeitos envolvidos no conflito.

Assim, o presente artigo busca pelo método exploratório e bibliográfico, evidenciar as vantagens na aplicação da “Online Dispute Resolution – ODR”, com o auxílio da inteligência artificial, no procedimento arbitral Brasileiro, à semelhança do que vem sendo eficazmente aplicado pelo Poder Judiciário.

Não há qualquer impedimento legal à tramitação virtual do processo arbitral, ao contrário, como se verá o uso da tecnologia democratiza o sistema arbitral, permite a escolha do árbitro mais qualificado, rompe limites geográficos, torna o procedimento mais flexível e célere, isto sem distanciar dos princípios norteadores do processo.

2. Do Código de Processo Civil e o Sistema Multiportas

O sistema multiportas foi consagrado pelo CPC/15, ao preconizar no art. 3º, §3º que: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Como se vê, a lei processual buscou estimular os sujeitos do processo a adoção de outros métodos para solução adequada dos conflitos, como a conciliação, mediação e arbitragem.

Inobstante o princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º,

² Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: X - convenção de arbitragem; Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

XXXV³), as partes no âmbito da autonomia privada podem eleger outros métodos para solução das controvérsias, sendo admitida, para tanto, além da conciliação e mediação, a arbitragem na forma da lei (art. 3º, §1º CPC⁴).

Temos, portanto, um microsistema de resolução de conflitos, sendo facultado ao cidadão utilizar da ferramenta mais adequada, no caso concreto, como uma verdadeira “caixa de ferramentas”, passando pela conciliação, mediação (extrajudicial e judicial), arbitragem, e até mesmo valendo-se da própria jurisdição, buscando-se, com isto, a providência mais apropriada para cada tipo de conflito (PINHO, 2022).

Portanto, apesar da maior prevalência da jurisdição no cenário brasileiro, dado o número elevado de demandas que tramitam no Poder Judiciário, as partes detém autonomia para solução das contendas por meios mais eficazes, convencendo, para tanto, as regras, e até mesmo escolhendo o melhor árbitro de notória especialidade e confiança de ambas as partes.

Isso porque, no procedimento arbitral as partes gozam de ampla liberdade para escolha dos árbitros, do procedimento e outras regras de Direito, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública (art. 2º, §1º da Lei 9.307/1996⁵).

Não se desconhece a importância do Poder Judiciário como instrumento de pacificação de conflitos, contudo, o elevado número de demandas, a parca quantidade de Magistrados e servidores, as limitações geográficas, a complexidade da legislação processual, o número alto de recursos à disposição das partes, os custos, e tantos outros elementos que envolvem os processos judiciais, muitas vezes se revelam inadequados a resolução dos conflitos por meio da jurisdição.

Desta feita, as partes envolvidas num conflito podem optar no cenário brasileiro por métodos mais adequados e céleres, diversos da jurisdição, sendo a arbitragem uma hipótese legalmente consagrada no âmbito da autonomia privada.

3. Da Arbitragem no Direito Brasileiro

A arbitragem no Direito brasileiro não é um tema novo, remonta à Carta Constitucional de 1824, do período imperial, que facultava as partes a nomeação de Juízes árbitros para resolução dos conflitos (art. 160)⁶.

³ Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁴ Art. 3º, § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

⁵ Art. 2º § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

⁶ Art. 160. Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juízes Árbítrós. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

Na Constituição Federal de 1934, de outro lado, foi previsto o procedimento arbitral para resolução de disputas entre os Estados sobre suas questões envolvendo limites (art. 13, §1º)⁷.

Por sua vez, a Constituição de 1967, tornou expresso a aplicação do procedimento arbitral para resolução de conflitos internacionais⁸ (art. 7º).

Já a constituinte de 1988, enalteceu o procedimento arbitral sobre o campo das relações de emprego, especialmente relacionadas às negociações coletivas (art. 114, §1º e 2º)⁹.

Inobstante a previsão constitucional histórica, o procedimento arbitral está mais difundindo em demandas envolvendo relações comerciais e internacionais, de maior complexidade jurídica, de modo que as causas cíveis em geral tendem ainda a tramitar no Poder Judiciário.

De outro lado, o Brasil possui legislação específica sobre o procedimento arbitral, desde o ano de 1996 – Lei n. 9.307/1996-, que foi igualmente aperfeiçoada pela lei 13.129/2015, dando-se uma maior segurança jurídica ao procedimento arbitral no país.

Em julgamento histórico, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2001, em controle incidental sobre a constitucionalidade da lei de arbitragem, ao debater a homologação de laudo arbitral estrangeiro que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais, sobre direitos disponíveis (SE 5.206), firmou tese de que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o vetor do acesso à Justiça, insculpido no artigo 5º, XXXV, da CF.

Ademais, o Código de Processo Civil que entrou em vigor no ano de 2015, resolveu algumas questões controvertidas no regramento anterior, como a efetivação do efeito vinculante da convenção de arbitragem, a análise das medidas urgentes pré-arbitrais, a efetivação de medidas urgentes e constritivas, o cumprimento e homologação da sentença arbitral (PINHO; MAZZOLA, 2022).

⁷ Art 13 - Dentro de cinco anos, contados da vigência desta Constituição, deverão os Estados resolver as suas questões de limites, mediante acordo direto ou arbitramento. § 1º - Findo o prazo e não resolvidas as questões, o Presidente da República convidará os Estados interessados a indicarem árbitros, e se estes não chegarem a acordo na escolha do desempatador, cada Estado indicará Ministros da Corte Suprema em número correspondente a maioria absoluta dessa Corte, fazendo-se sorteio dentre os indicados.

⁸ Art 7º - Os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe.

⁹ Art. 114. §1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

É, portanto, a arbitragem um meio de solução de controvérsias acessível a pessoas físicas ou jurídicas, que no uso da autonomia privada, convencionam livremente não submeter ao Poder Judiciário os eventuais conflitos que decorram de determinada relação jurídica, envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, sendo a sentença arbitral juridicamente equiparada à sentença emanada do Poder Judiciário, conforme art. 515, VII (URBANO, et al., 2020).

Alguns autores identificam a arbitragem como espécie de jurisdição privada, contudo, o processo arbitral é bem distinto do judicial, encontrando seu fundamento na autonomia das vontades, e não na lei imperativa que obriga todos os cidadãos perante o Estado-Juiz, e inicia-se com a aceitação do encargo pelos árbitros, e não por meio da petição inicial (FILHO, 2017).

4. Online Dispute Resolutions – ODR

Traçadas as premissas no tocante a disciplina do procedimento arbitral no Direito Brasileiro, passemos ao enfoque principal do nosso estudo, acerca da aplicação da “Online Dispute Resolution – ODR”, com o uso da inteligência artificial, no procedimento arbitral Brasileiro à semelhança do que vem sendo implementado pelo Poder Judiciário, a exemplo do sistema PJE e do “Juízo 100% Digital”.

A ODR é a sigla que remete à resolução online de disputas, que justifica a utilização da tecnologia e da digitalização em favor dos meios alternativos de solução de controvérsias, com vistas a dar maior acesso, celeridade e informalidade a tais procedimentos (ALMEIDA, 2022).

Em síntese, a ODR potencializou os meios alternativos de solução de controvérsias, que são auxiliados ou ampliados com o uso da tecnologia da informação e da comunicação conferindo aos sujeitos envolvidos novas ferramentas online de comunicação, mediante a criação de novos ambientes, inexistentes no mundo físico (MARQUES, 2019).

De acordo com o citado autor é possível classificar os métodos de ODR entre a) dispute avoidance (os voltados à prevenção e contenção de conflitos, como call centers, sistemas de feedback, e certificações), e (ii) dispute resolution, os métodos em que a tecnologia seria aplicada sobre o procedimento em si, que poderia ser autocompositivo, como na mediação, ou heterocompositivo, como na arbitragem.

Assim, a criação de softwares respaldados por algoritmos específicos, viabilizaram um novo paradigma de resolução de conflitos, denominado “Online Dispute Resolution”. (FONSECA; DE ALMEIDA; ZAGANELLI, 2020).

O método de ODR foi inicialmente implementado no comércio eletrônico, para resolução de disputas em grande volume, visando a manutenção da confiança do consumidor e a rápida solução dos conflitos.

Pode-se catalogar como uma das primeiras aparições do sistema de resolução online de litígios, uma iniciativa da E-bay que é um famoso website de compra e venda que se encontra sediado nos Estados Unidos da América, em parceria com o SquareTrade. que resultou na criação de uma plataforma digital que possibilitou a conciliação das disputas virtualmente, através de um espaço específico para negociação entre a empresa vendedora e os seus respectivos consumidores.

No Brasil, o governo federal, por meio da Secretaria Nacional do Consumidor - SENACON, órgão vinculado ao Ministério da Justiça, instituiu a plataforma consumidor.gov.br que visa facultar aos consumidores o registro de reclamações perante os mais diversos fornecedores de produtos e serviços, com a resolução dos conflitos num prazo médio de 7 (sete) dias.

A adesão pelos fornecedores à plataforma consumidor.gov.br pressupõe a assinatura de um termo próprio no qual se comprometem em conhecer, analisar e investir todos os esforços disponíveis para a solução dos problemas apresentados.

É indubitável que a coexistência do real com o virtual se tornou definitivo na vida de cada cidadão. Na seara dos conflitos, a tecnologia se tornou um divisor de águas, estando o Poder Judiciário amplamente empenhado em tornar o ambiente virtual cada vez mais preponderante no cotidiano forense.

São muitas as vantagens aferidas no cotidiano da Justiça com a implantação de sistemas virtuais de tramitação de processos, afora os atendimentos e julgamentos por videoconferência. A distância se tornou algo que não mais incomoda o dia a dia da justiça, não há, por exemplo, a necessidade de grandes deslocamentos pelos jurisdicionados para ter acesso à prestação jurisdicional, nem tampouco existem obstáculos para ter acesso a serviços jurídicos que extrapolam as divisas de Estados ou limites entre Municípios.

Não há ainda necessidade de altos dispêndios com a manutenção predial dos fóruns, que, registre-se, durante a pandemia permaneceram fechados sem que houvesse a interrupção do sistema de Justiça.

De outro lado, é sabido que apesar da grande difusão tecnológica no mundo e no Brasil, parcela da população ainda se encontra à margem de tais recursos, o que justifica a permanência dos ambientes físicos para albergar aqueles que estão por diversos fatores alijados da inovação e das redes.

Portanto, a democratização do acesso à Justiça e dos meios adequados de solução de controvérsias pelos métodos de ODR, notadamente do procedimento arbitral, perpassa pela democratização do acesso à informação e da tecnologia, garantindo-se por intermédio de políticas públicas o acesso aos recursos mínimos para imersão no ambiente virtual.

Nos procedimentos arbitrais tornou-se comum a troca de e-mails, as conferências telefônicas e as videoconferências, além do uso de outros recursos tecnológicos em razão da conveniência, agilidade e economia que conferem (MAGALHÃES; SARAIVA, 2019).

Além da confidencialidade contratualmente estabelecida entre os envolvidos, no Brasil a Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, determina a inviolabilidade das informações transmitidas online, trazendo maior segurança ao procedimento em meio virtual.

No caso específico do Brasil, há plataformas assemelhadas ao sistema PJE, sendo que aplicáveis à arbitragem, a exemplo da Arbtrato, na qual todo o procedimento se dá de forma virtual, com prazo de resolução de até 6 (seis) meses.

Portanto, já é uma realidade no país o procedimento arbitral integralmente virtual, sem a necessidade de comparecimento físico das partes, desde a escolha dos árbitros, comunicação dos atos processuais, audiências, até a prolação da sentença arbitral.

Segundo MUHR (2013) pode-se caracterizar a arbitragem online quando parte ou todo o procedimento se desenvolve com recursos tecnológicos relacionados ao uso da internet.

É possível a aplicação da inteligência artificial no procedimento arbitral não apenas para atos de mero expediente, mas também para realizar, dentre outras, a automação de alguns atos de expediente, análises de risco prévias ao litígio, seleção de árbitros, elaboração de petições, de documentos, pareceres e laudos, bem como para cumprir o papel de árbitro, o que, nesse caso, encontra barreiras na legislação, principalmente no Brasil, uma vez que a lei de arbitragem exige que o árbitro seja pessoa capaz, não admitindo-se, ainda, a confiança das partes para nomeação de um árbitro-robô (CARMONA; VIEIRA, 2020).

A digitalização do procedimento arbitral, acabara por democratizar o acesso a este poderoso método alternativo de solução de conflitos, na seara dos direitos patrimoniais

disponíveis, e conseqüentemente tornou mais módico os custos a ser suportado pelas partes envolvidas.

Acrescente-se que as decisões costumam ser mais técnicas, já que o árbitro pode ser alguém especialista no assunto do conflito, sem qualquer limitação geográfica (POLACHINI, 2021).

Os mecanismos de ODR possuem amplo escopo, abrangendo múltiplas ferramentas, a exemplo do WhatsApp, as teleconferências, as plataformas específicas para mediação, conciliação ou arbitragem, salas de bate-papo especializadas e, ainda, o uso da inteligência artificial para prática de atos específicos.

São comumente utilizados para resolver conflitos de consumo, questões cíveis, trabalhistas e empresariais, podendo a ODR ser basicamente compreendida com a utilização de comunicações eletrônicas e tecnologias de informação para resolução de conflitos (CORRÊA; DOS SANTOS JUNIOR, 2021).

É fato que a disponibilidade de diversas plataformas privadas, com especificidades a respeito das áreas de atuação, abrangência territorial e formas de custeio variados, garante às partes interessadas amplas possibilidades de escolha, considerando-se as peculiaridades de cada caso, mas ainda subsistem barreiras para parcela da população que não tem acesso à internet e a alguns recursos tecnológicos, e, para isso, haverá necessidade de investimento estatal para formação de políticas públicas de ampliação das redes de internet e de acesso a equipamentos eletrônicos (GOMES; CABRAL; RIBEIRO, 2022).

A par disto, as principais vantagens do Online Dispute Resolution frente ao modelo de justiça tradicional são a celeridade, a acessibilidade e a redução de custos (ZAGANELLI; DOS REIS; PARENTE, 2022).

Importante ressaltar que a facilitação do acesso ao procedimento arbitral, por meio dos métodos de ODR, não afasta, de outro lado, o respeito aos princípios constitucionais do processo, sendo, ao contrário, a preservação de tais direitos condição essencial ao sucesso da virtualização dos procedimentos (LIMA; VAUGH, 2019).

5. Da Confidencialidade e Proteção de Dados

A confidencialidade é uma característica peculiar ao procedimento arbitral, considerada a natureza privada da disputa, ainda mais quando envolve dados sensíveis de empresas e de particulares, relacionados a clientes, segredos industriais e comerciais, logística, sistema e tantos outros valiosos dados tratados pelas empresas.

Tal característica é até mesmo um atrativo do procedimento arbitral em relação à jurisdição na qual as demandas cíveis e comerciais transitam, em regra, de forma pública, acessíveis a qualquer do povo.

A lei de arbitragem no Brasil foi sutil em relação ao tema, tão somente dispôs do dever de discricção do árbitro sobre a matéria posta à sua apreciação.

Igualmente, incumbe as partes envolvidas no conflito, como já visto, dispor livremente sobre as regras que se submeterão, sendo o dever de sigilo e confidencialidade cotidiano no procedimento arbitral.

De outro lado, remanesce certa discussão sobre a segurança do procedimento arbitral no ambiente virtual, dada a sensibilidade dos dados que são compartilhados pelas partes envolvidas.

Muitos dados sensíveis são tratados pelas plataformas de ODR, o que suscita dúvidas sobre a segurança no tratamento de tais dados.

No Brasil o “Marco Civil da Internet”, Lei 12.965/2014, estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, estando dentre os princípios basilares a privacidade, a proteção dos dados pessoais, a inviolabilidade das comunicações e a segurança da rede.

De outro lado, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – Lei 13.709/2018, admitiu o tratamento de dados sensíveis, sem consentimento, para o caso de exercício regular de direitos no procedimento arbitral. Nas demais hipóteses, contudo, deverão ser observados o prévio consentimento pelas partes nas plataformas de ODR nos procedimentos arbitrais.

Ainda se não bastasse, a Emenda Constitucional n. 115/2022, alterou a Constituição Federal, para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais, com a inclusão do inciso LXXIX ao artigo 5º da CF/88.

Portanto, não há qualquer relativização a segurança e proteção dos dados pessoais pelo uso da ODR, estando plenamente amparada a confidencialidade, sigilo e proteção dos dados pessoais, no procedimento arbitral no país, tanto pela convenção das partes, que podem impor regras rígidas de sigilo e confidencialidade, quanto pelo arcabouço legislativo que confere uma máxima proteção aos dados pessoais.

6. Da Metodologia

O presente artigo possui o caráter exploratório e bibliográfico, por meio da pesquisa doutrinária, de artigos e dissertações, relacionados aos métodos adequados de solução de

conflitos, com ênfase na arbitragem e especialmente na Online Dispute Resolution - ODR, tema central do estudo.

Foram realizados levantamentos bibliográficos na plataforma Google Scholar, publicados no período entre os anos de 2018 e 2022, com as expressões “arbitragem” e “inteligência artificial”, sendo encontrados vultosos resultados, contudo, a maior parcela não estava diretamente relacionada a arbitragem online com o uso da inteligência artificial, mas sim ao procedimento arbitral comum, ao Direito de forma ampla, a jurisdição e a mediação. Sendo, portanto, selecionados 3 (três) artigos científicos e uma dissertação de Mestrado.

Após leitura dos resumos e textos, com a coleta dos dados, entendeu-se relevante uma nova pesquisa com a expressão "online dispute resolution", e por artigos de revisão, sendo localizados 11 resultados.

Na base de dados SCIELO ao pesquisar por "online dispute resolution", para o mesmo período, foram localizados 3 (três) artigos jurídicos, sendo selecionado um único artigo em razão da pertinência temática

E para possibilitar a compreensão do tema, foi também realizada a pesquisa doutrinária, por meio de ebooks disponíveis na plataforma da Saraiva, especificamente voltada ao procedimento arbitral, havendo a coleta de 4 (quatro) referências doutrinárias.

7. Resultados e Discussão

Da pesquisa foi possível inferir que a Online Dispute Resolution – ODR, já é uma realidade posta em prática no procedimento arbitral.

No Brasil, já existem plataformas que permitem toda a tramitação do procedimento arbitral pela rede mundial de computadores, à semelhança do que ocorre com o “juízo 100% digital” implantado pelo Conselho Nacional de Justiça -CNJ

São muitas as vantagens da Online Dispute Resolution – ODR ao procedimento arbitral, iniciando-se pela acessibilidade do procedimento arbitral por mero acesso à rede mundial de computadores, o que democratiza este importante mecanismo na solução de conflitos sobre direitos disponíveis.

Permite-se a realização de atos a distância, com a quebra da limitação geográfica, o que reduz substancialmente os custos do procedimento arbitral, dispensando-se despesas com transporte, aluguel de salas, hospedagem, e outros dispêndios próprios dos deslocamentos.

De igual modo, faculta-se as partes a escolha do árbitro ou conjunto de árbitros com maior especialidade, eis que prescindível o deslocamento, otimizando-se, com isto, o tempo despendido no labor do profissional, com horas de deslocamentos e reuniões, tornando mais acessível os honorários a ser contratados.

O procedimento arbitral em ambiente virtual, torna, igualmente, mais flexível a comunicação dos atos processuais, por telefone, e-mails, aplicativos, bem como o lançamento de petições, documentos e laudos, e viabiliza a realização de audiências por videoconferência, o que torna mais célere o procedimento.

A consulta dos autos em qualquer tempo e local enaltece a transparência que deve nortear o procedimento arbitral.

Apesar do procedimento arbitral ser realizado em ambiente virtual, está garantido o respeito à confidencialidade e a segurança dos dados, e as responsabilidades respectivas, tanto por regras convencionadas pelas partes, quanto pela legislação de proteção de dados do país.

As partes podem moldar o procedimento arbitral em ambiente virtual às suas efetivas necessidades, a forma como a arbitragem se desenvolverá, convencionando-se como se darão todos os atos processuais.

A inteligência artificial aplicada a ODR pode contribuir sensivelmente para automação de atos de expediente, prevenção e solução dos conflitos, auxiliando na análise prévia de riscos, na escolha e seleção de árbitros, na elaboração de petições ou documentos, pareceres e laudos, sendo, contudo, ainda inaplicável o árbitro-robô no cenário brasileiro, em razão, dentre outras, das limitações legislativas, somente sendo legitimado para o papel a pessoa civilmente capaz.

Foi possível extrair, portanto, da pesquisa que o uso da ODR e da inteligência artificial vem tornando o procedimento arbitral mais democrático, simplificado, célere, eficiente e econômico, sendo uma realidade que tende a se aperfeiçoar a cada ano.

8. Considerações Finais

A utilização de recursos tecnológicos na resolução de disputas, valendo-se do ambiente virtual, recebeu a denominação de online dispute resolution - ODR.

Os métodos adequados de resolução de conflitos, como a conciliação, mediação (judicial ou extrajudicial) e a arbitragem coexistem com o exercício da jurisdição na busca da resolução das mais variadas contendas havidas na sociedade.

A nova lei processual brasileira do ano de 2015, deu ênfase a utilização dos métodos alternativos pelas partes envolvidas nos conflitos, adotando-se o sistema multiportas, impondo-se, inclusive, um estímulo pelo Poder Judiciário para promover a cultura da auto composição ou hétéro composição pela conciliação, mediação ou arbitragem.

De igual modo, o CPC/15 resolveu pontos controvertidos do regime jurídico anterior como a efetivação do efeito vinculante da convenção de arbitragem, a análise das medidas urgentes pré-arbitrais, a efetivação de medidas urgentes e constritivas, o cumprimento e homologação da sentença arbitral.

Por sua vez, a lei que disciplina a arbitragem também recebeu uma reformulação de modo a trazer maior segurança jurídica para as partes envolvidas num procedimento arbitral.

Desse modo, o procedimento arbitral é um poderoso instrumento posto à disposição da sociedade para soluções de conflitos relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, que passo a passo vem sendo difundido e popularizado.

Como visto no transcórre do estudo, a arbitragem encontra respaldo constitucional no Brasil desde a Carta de 1824, no período imperial, bem como nas constituições republicanas que a sucederam, com previsão expressa para resolução de conflitos cíveis, trabalhistas, de limites territoriais entre Estados e até mesmo internacionais.

É verdade que, conforme números do Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário brasileiro ainda atende a maior quantidade de demandas em relação aos demais métodos alternativos, são milhões de processos todos os anos submetidos à apreciação do Poder Judiciário, muitas vezes em razão do dificultoso acesso, por exemplo, as Câmaras de Mediação e Arbitragem.

De outro lado, o avanço tecnológico vem quebrando essas balizas de modo a democratizar o acesso à arbitragem no país, por meio dos métodos de ODR, pela rede mundial de computadores.

Já é possível a submissão ao procedimento arbitral integralmente virtual, mediante a prática de todos os atos processuais e audiências, exclusivamente pela rede, sem necessidade de deslocamentos e sem limites geográficos.

Tal realidade promove grandes transformações no acesso ao procedimento arbitral, e diminui sensivelmente os custos, possibilitando ainda a escolha pelo árbitro de maior especialidade, tendo-se em conta a ausência de limites territoriais.

Ademais, as “regras do jogo” no procedimento arbitral são livremente especuladas pelas partes, desde que não contrária aos bons costumes e à ordem pública, o que permite

uma maior flexibilidade na escolha do procedimento, dos árbitros, da comunicação e prática dos atos processuais pelas partes, no ambiente virtual.

Ressalte-se ainda a influência da inteligência artificial no aperfeiçoamento da ODR, com a possibilidade de automação de alguns atos, análise de riscos, auxílio na elaboração de petição, documentos, pareceres e laudos.

Ademais, os métodos de ODR devem respeitar, igualmente, a confidencialidade e proteção dos dados pessoais, tanto por convenção das partes, como também pela legislação pátria, a exemplo do Marco Civil da Internet, lei federal 12.965/2014 que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil e LGPD.

Por outro lado, existe ainda um número considerável de pessoas que não foram incluídos digitalmente, estando alheios ao acesso à internet, tornando-se dificultosa a imersão nessa nova fase de adequação dos métodos de solução de conflitos por meio do ODR.

Para tanto, faz-se imprescindível a adoção de políticas públicas estatais para uma maior democratização da internet no país, buscando a erradicação dos excluídos digitais, e a facilitação da aquisição de equipamentos e recursos tecnológicos, para o fim de possibilitar a mais ampla e plena inclusão digital.

Conclui-se, assim, que os avanços decorrentes da tecnologia aplicada à arbitragem e a virtualização do procedimento arbitral, pelos métodos de ODR, com a prática total ou parcial de atos processuais no ambiente virtual, são significativos e na medida em que atingem uma maior parcela da população entregará a cada conflito a solução mais adequada e justa, para além da jurisdição.

Referências Bibliográficas

A arbitragem na contemporaneidade. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2020. Autores Alexandre Figueiredo de Andrade Urbano e outros.

BARROS, João Pedro Leite; MARANHÃO, Débora Fernandes. IMPLEMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM ONLINE EM CONFLITOS DE CONSUMO VIA OAB.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: Dezembro de 2022.

BRASIL. [Constituição (1824)]. Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: Dezembro de 2022.

BRASIL. [Constituição (1934)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: Dezembro de 2022.

BRASIL. [Constituição (1967)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: Dezembro de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: Dezembro de 2022.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: Dezembro de 2022.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: Dezembro de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em: Dezembro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SE 5.206-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 12-12-2001, Plenário, DJ de 30-4-2004.

BERGMAN, Deborah. Responsabilidade civil pelo uso de inteligência artificial na mediação e na arbitragem. 2022. Dissertação de Mestrado.

CARMONA, Carlos Alberto; VIEIRA, Vitor Silveira. 28. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PROCESSO ARBITRAL.

CORRÊA, Julie Anne Ferreira; DOS SANTOS JUNIOR, Djalma Moreira. MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: ONLINE DISPUTE RESOLUTION.

Conselho Nacional de Justiça - CNJ. 345, de 09 de Outubro de 2020. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/files/original175500202010145f873b7482503.pdf>>. Acesso em: Dezembro de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. Relatório Justiça em números 2022. Brasília: CNJ, [2022]

DALMASO MARQUES, Ricardo. A resolução de disputas online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformados sobre o conceito e a prática do acesso à justiça (Online Dispute Resolution (Odr): From E-Commerce to Its Transformative Effect on the Concept and Practice of Access to Justice). Revista de Direito e as Novas Tecnologias, v. 5, 2019

DE MOURA, José Venício Praxedes; DE SOUZA, Luan Igor. Lawtech e Legaltech: o impacto na evolução jurídica nacional. 2022

FERREIRA, Ricardo Augusto et al. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E CARREIRAS JURÍDICAS NO BRASIL: UMA REVISÃO E PROPOSTA DE AGENDA DE PESQUISA. Humanidades & Inovação, v. 8, n. 48, p. 187-203, 2021:

FILHO, N. C. Arbitragem e Acesso à Justiça- o Novo Paradigma do Third. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

FONSECA, Anna Karoliny Alexandre; DE ALMEIDA, Karen Rosa; ZAGANELLI, Margareth Vetus. Resolução de conflitos online: impactos da inteligência artificial sobre o

acesso à justiça. HUMANIDADES E TECNOLOGIA (FINOM), v. 26, n. 1, p. 116-127, 2020.

GOMES, Magno Federici; CABRAL, Ana Luiza Novais; RIBEIRO, Sidney Duarte. As plataformas de resoluções online de conflitos: novos paradigmas para a “desjudicialização” de litígios no Brasil. *Revista Direito em Debate*, v. 31, n. 57, p. e10605-e10605, 2022

GUILHERME, L. F. D. V.. A. Manual de Arbitragem e Mediação. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

LIMA, Tiago Asfor Rocha; VAUGHN, Gustavo Favero. Resolução on-line de Conflitos: uma visão para além dos tempos atuais. *Journal–OBJ*, v. 90, p. 26, 2019

LONGHI, João Victor Rozatti; JÚNIOR, José Luiz de Moura Faleiros; DE MELO, Letícia Faturetto. O Sistema SACI-Adm e o papel da arbitragem na solução de conflitos digitais | The SACI-Adm system and arbitration's role in the solution of digital conflicts. *Revista Publicum*, v. 4, n. 1, p. 227-247, 2018

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; SARAIVA, Marina de Souza . Arbitragem Eletrônica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 2, p. 26-41, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p26. ISSN: 2178-8189

Moulin, Carolina Stange Azevedo. MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DIGITAL DE CONTROVÉRSIAS: ESTADO DA ARTE DE SUAS APLICAÇÕES E DESAFIOS. *Revista Direito GV* [online]. 2021, v. 17, n. 1 [Acessado 22 Dezembro 2022], e2108. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2317-6172202108>>. Epub 26 Mar 2021. ISSN 2317-6172. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202108>

MUHR, Diana. Arbitragem online: tendências e legislação aplicável à arbitragem online no Brasil. São Paulo: CLAMARB, 2013. E-book Kindle.

OLACHINI, Juliana Chaib. Arbitragem online. 2021;

PINHO, H. D. B. D.; MAZZOLA, M. Manual de Mediação e Arbitragem. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book

SCHWEDE, Matheus Antes; FORNASIER, Mateus De Oliveira. ONLINE DISPUTE RESOLUTION: Como funcionam as plataformas de resolução de litígios digitais e seus possíveis efeitos no direito fundamental ao acesso à Justiça. *Salão do Conhecimento*, v. 6, n. 6, 2020

ZAGANELLI, Margareth Vetis; DOS REIS, Adrielly Pinto; PARENTE, Bruna Velloso. A aplicabilidade do online dispute resolution (odr) no sistema jurídico brasileiro: a resolução de conflitos pelo poder judiciário em meio digital e os seus reflexos durante o isolamento social. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 23, n. 2, 2022;

Aplicação e Validade das Diretivas Antecipadas de Vontade: Vontade da Família e Quebra de Sigilo Médico

Application and Validity of Advance Directives: Family Will and Medical Confidentiality Break

Rosa Garcia Silvano¹

Sumário: 1. Introdução; 2. O Direito à Morte Digna como Direito Fundamental; 3. O direito de escolha quando não há mais capacidade para se escolher: aplicação e validade das Diretivas Antecipadas de Vontade; 4. A opinião da família frente ao sigilo médico: até onde a escolha de quem não tem mais capacidade se estende; 5. Considerações Finais.

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo principal analisar, por meio da pesquisa jurisprudencial e doutrinária, a validade das Diretivas Antecipadas da Vontade no ordenamento jurídico brasileiro especialmente no que tange à vontade da família e a quebra do sigilo médico. Tem-se como ponto de partida a noção de que do direito constitucional à vida digna decorre o direito fundamental à morte digna e que, a partir dessa concepção deve-se analisar a possibilidade de o paciente demonstrar suas vontades para o fim da vida, principalmente acerca dos tratamentos que deseja – ou não – ser submetido diante de uma situação irreversível de saúde. Partindo desse princípio, investiga-se a validade das diretivas, as conceituando como negócios jurídicos. Verifica-se então a não vinculação do médico às diretivas e, por outro lado, a impossibilidade de interferência de terceiros nos desejos de um paciente que expressou suas vontades para um momento de incapacidade quando estava plenamente capaz. Por fim, demonstra-se a necessidade de se discutir, no âmbito legislativo, as características e consequências das Diretivas Antecipadas da Vontade.

Palavras-chave: Diretivas Antecipadas da Vontade. Direito à Morte Digna. Sigilo Médico. Bioética.

Abstract: The main objective of this research is to analyze the validity of the Advance Directives of the Will in the Brazilian legal system, especially regarding the will of the family and the breach of medical confidentiality. The starting point is the notion that from the fundamental right to a dignified life derives the constitutional right to a dignified death and that, from this conception, one must analyze the possibility of the patient to demonstrate his wishes for the end of life, mainly about the treatments he wants – or not – to be submitted when in an irreversible health situation. Based on this principle, the validity of the directives is investigated, conceptualizing them as legal transactions. It is then verified the non-binding of the doctor to the directives and, on the other hand, the impossibility of interference by third parties in the wishes of a patient who expressed his wills for a moment of incapacity when he was fully capable. Finally, it is demonstrated the need to discuss, in the legislative scope, the characteristics and consequences of the Advance Directives of the Will.

Keywords: Advance Directives of the Will. Right to a Dignified Death. Medical Confidentiality. Bioethics.

1. Introdução

¹ Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade no PPGD/PUCPR.

A única certeza da vida é a morte. Morrer, como define Dworkin “(...) é o limite extremo de nossa vida, e toda parte de nossa vida, inclusive a derradeira, é importante”². Entretanto, vê-se na sociedade um medo enorme do fim da vida, como explica a psiquiatra Elisabeth Kübler-Ross: “(...) o homem sempre abominou a morte e, provavelmente, sempre a repelirá.”³

Atualmente, com o avanço da medicina, os métodos de se prolongar a vida cada vez mais aumentam. Ocorre que nem sempre o prolongamento da vida é a melhor opção para aquele que está doente. Na literatura médica, algumas condutas são vistas como *futilidades terapêuticas*⁴, atos que nada mais fazem do que prolongar o sofrimento de alguém que já está em estado terminal. Nesse contexto, Dworkin questiona “Queremos ou não sermos tratados desse modo?”⁵

É nesse cenário que se torna necessário superar o medo da finitude da vida e pensar, de forma livre e esclarecida, a forma que deseja-se ser tratado diante da probabilidade da morte.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito à vida como direito fundamental, tal direito, como defendem Flávia Piovesan e Roberto Dias, é disponível para o próprio titular e deve ser ponderado levando em conta a dignidade e a liberdade do indivíduo⁶. Os autores, partindo desse argumento concluem que, além do direito à vida digna, a Carta Magna assegura também o direito à morte digna⁷.

Nesse contexto, nada mais justo que o indivíduo decidir, em plena consciência, o que deseja que seja feito com si mesmo quando ele, inconsciente, não tiver capacidade de expressar sua vontade. Para isso, existem as Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV), definidas por Luciana Dadalto como: “(...) documentos de manifestação de vontade prévia que terão efeito quando o paciente não conseguir manifestar livre e autonomamente sua vontade”⁸.

² DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 295.

³ KUBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre a Morte e o Morrer**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 14.

⁴ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 6. ed. São Paulo: Foco, 2022. p. 24.

⁵ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 252.

⁶ PIOVESAN, Flávia; DIAS, Roberto. **Proteção Jurídica da Pessoa Humana e o Direito à Morte Digna**. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (org.). **Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 68-69.

⁷ *ibid.* p. 77.

⁸ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 6. ed. São Paulo: Foco, 2022. p. 19.

Um exemplo de diretiva antecipada de vontade é a ordem de não reanimação (ONR). Nos Estados Unidos da América, desde 1974 a Associação Médica Americana sugere que a ONR seja documentada em prontuário e seguida pelos médicos⁹. No Brasil, de outra forma, não há resolução do Conselho Federal de Medicina especificamente sobre este tema, porém há, no Código de Ética Médica, orientação de que o médico aceite as escolhas de seu paciente.

Entretanto, em diversos hospitais do país vê-se familiares de pacientes que possuem ONR sendo questionados por médicos acerca da reanimação ou não após uma parada cardiorrespiratória. Dessa forma, questiona-se: as DAV têm validade no ordenamento jurídico brasileiro? Pode o médico ir contra a vontade de seu paciente? Questionar terceiros, nesse caso os familiares, sobre algo que diz respeito à relação médico-paciente, viola o sigilo médico?

A possibilidade de se decidir sobre o tratamento ao qual deseja-se ou não ser submetido em situação de doença terminal é assunto de grande relevância social. Logo, a análise da validade e da eficácia das DAV, bem como a observância de livros, artigos científicos, dissertações e teses que já tenham examinado as questões selecionadas para estudo, mostram-se essenciais ao apontamento de lacunas e listagem de suas consequências jurídicas ao cotidiano legal e social brasileiro.

Essa pesquisa pretende demonstrar, primeiramente, a proteção constitucional do direito à vida digna, assunto sobre o qual versará o seguinte capítulo. Em seguida, realiza-se uma análise acerca das espécies e características das DAV, bem como sua validade e eficácia no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, examina-se o papel da família do paciente que detém DAV na aplicação das diretivas.

2. O Direito à Morte Digna como Direito Fundamental

O direito à vida é direito fundamental dos seres humanos, assim definido pelo *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Mais do que um dos direitos fundamentais, para muitos, o direito à vida é o direito fundamental por excelência, sendo dele advindos todos os demais. Não haveria o que se falar em liberdade, igualdade ou propriedade sem antes se garantir o direito à vida. Nas palavras de Alexandre de Moraes¹⁰:

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

⁹ *ibid.* p. 23.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2021, p. 65.

Ocorre que tal direito não pode ser visto apenas pela ótica do *manter-se vivo*, é preciso analisar o direito à vida sob o princípio da dignidade da pessoa humana. Não basta garantir-se a vida, é necessário que esta vida seja digna. Dessa forma, importante ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana também tem previsão constitucional, estando disposto no art. 1º, III, como fundamento da República Federativa do Brasil.

E como se falar em vida sem lembrar de sua finitude? A morte é o fim certo e esperado da vida de todos e, sendo o modo como a vida termina, como não querê-la digna como se quer a vida? Nesse sentido, importante a contribuição de Ronald Dworkin, que ao discorrer sobre a importância da morte explica:

A morte domina porque não é apenas o começo do nada, mas o fim de tudo, e o modo como pensamos e falamos sobre a morte - a ênfase que colocamos no “morrer com dignidade” - mostra como é importante que a vida termine *apropriadamente*, que a morte seja um reflexo no modo como desejamos ter vivido.¹¹

Diversos são os juristas defensores da ideia de que do direito fundamental à vida decorre o direito fundamental à morte digna¹². Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, em seu Curso de Direito Civil, a partir de uma leitura civil-constitucionalista, defendem que o direito de morrer dignamente corresponde ao *espelho invertido* do direito de viver dignamente, afirmando que:

(...) uma morte digna há de ser a consequência natural de toda e qualquer vida digna. Trata-se, pois, tão somente de permitir que a natureza siga seu rumo, fazendo o seu inexorável papel, sem que isso atinja a dignidade da pessoa, em determinadas situações.¹³

Na mesma toada, Flávia Piovesan e Roberto Dias, em produção específica acerca do direito à morte digna, afirmam ser tal direito um direito constitucional implícito, *in verbis*:

Conclui-se que a ordem constitucional de 1988, inspirada no princípio da dignidade humana a iluminar e a redimensionar todo universo de direitos - com destaque aos direitos à vida e à liberdade -, assegura o direito à morte digna como um direito constitucional implícito decorrente de seus valores, regime e princípios. No Estado Democrático de Direito, pautado no pluralismo e no secularismo, autoriza ao titular do direito à vida que possa dela dispor, decidindo, livremente, com fundamento em sua concepção de dignidade, sobre a intenção de continuar a viver e o modo como pretende morrer. O reconhecimento constitucional do direito à morte digna decorre dos direitos à liberdade, à

¹¹ DWORKIN, Ronald. Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 280.

¹² Nesse sentido, ver: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (org.). Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna. São Paulo: Almedina, 2017.

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 398.

autonomia, ao respeito e à vida, no marco de um Estado laico, no qual impera a razão pública e secular.¹⁴ (grifo nosso)

A fim de evitar possíveis enganos, é importante destacar nesse ponto da pesquisa que o direito à vida, diferentemente do que pode-se pensar, é um direito disponível. O constituinte ao citar, no *caput* art. 5º, a “inviolabilidade do direito à vida” como garantia constitucional tem a intenção de dispor que a vida de outrem não pode ser violada. A própria vida, no entanto, pode - e deve - ser definida pelo seu detentor. Em outras palavras, define Rachel Sztajn (*apud* Piovesan e Dias): “A inviolabilidade da vida tem que ver com terceiros, cuja ação contra à vida alheia é coibida, mas não se pode ler o texto constitucional de forma a proibir que qualquer pessoa decida sobre a duração de sua vida.”¹⁵

A disponibilidade do próprio direito à vida, portanto, não pode ser questionada. Exemplo de tal fato encontra-se no direito penal, em que o induzimento ao suicídio, mesmo não resultando a morte do terceiro, é penalizado (art. 122, *caput*, Código Penal¹⁶), enquanto aquele que tenta ceifar a própria vida, não obtendo o resultado, exime-se de qualquer criminalização.

O direito à vida, portanto, não pode ser encarado como um direito indisponível ao seu detentor, devendo a “inviolabilidade” de tal direito ser encarada como uma proteção contra terceiro e, até mesmo, contra o próprio Estado. Mas não como uma proibição de que o ser humano possa, tendo como base o princípio da dignidade, decidir sobre como deseja ser tratado o fim de sua vida.

É evidente, no entanto, que aqui não se fala na liberalidade de se decidir a qualquer momento quando e como se deve morrer, mas sim que o direito à vida digna tem como correlato o direito à morte digna e o exercício deste não pode ser visto como uma violação constitucional.

Nesse sentido, pretende-se demonstrar que o direito de morrer dignamente diz respeito ao direito de escolha de submeter-se ou não a tratamentos médicos que nada mais pretendem do que prolongar um sofrimento, sem previsão alguma de cura. Aqui, retoma-se a pergunta de Dworkin: “Queremos ou não ser tratados desse modo?”¹⁷ e, se não queremos, qual o meio legal de expressarmos essa vontade? É nesse contexto que se apresentam as Diretivas Antecipadas da Vontade.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia; DIAS, Roberto. Proteção Jurídica da Pessoa Humana e o Direito à Morte Digna. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (org.). Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna. São Paulo: Almedina, 2017. p. 55-77.

¹⁵ *ibid.* p. 67.

¹⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1948. Código Penal.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 252.

3. O Direito de Escolha Quando Não Há Mais Capacidade para se Escolher: Aplicação e Validade das Diretivas Antecipadas de Vontade

As diretivas antecipadas de vontade (DAV) são documentos que expressam o desejo de seu titular a respeito dos cuidados e tratamentos que está disposto - ou não - a ser submetido quando este, por decorrência de situações de grave enfermidade, não puder expressar sua vontade. Jussara Maria Leal de Meirelles¹⁸ as define como:

(...) manifestações de vontade direcionadas à consecução de um fim de natureza extrapatrimonial, existencial, objetivado pelo emitente, qual seja, o de escolher, de modo livre e antecipado, quando ainda tem condições de expressar autonomamente a sua vontade, se pretende se submeter (ou não) a este ou aquele cuidado e/ou tratamento médicos.

Apesar de comumente serem confundidas com o Testamento Vital, as DAV são um gênero que engloba diversas espécies de manifestações da vontade, entre elas, elencam-se como as principais, seguindo os ensinamentos de Luciana Dadalto¹⁹:

a) Diretivas Antecipadas Psiquiátricas (DAP): também conhecidas como Diretivas Antecipada de Saúde Mental, são comumente utilizadas por pacientes psiquiátricos e não dizem respeito apenas a situações de estado vegetativo, mas sim hipóteses de incapacidade decisória temporária devido ao transtorno mental. Por esse motivo, as DAP podem ser ativadas ou revogadas a qualquer momento pelo paciente. Geralmente tais diretivas tratam de instruções acerca da utilização ou não de medicamentos psicotrópicos, terapias eletroconvulsivas e internações hospitalares;

b) Diretivas Antecipadas para Demência (DAD): difundidas pelo geriatra norte-americano Barak Gaster²⁰, as DAD, segundo o médico, precisam ser discutidas entre a pessoa que deseja manifestar sua vontade e seus familiares e/ou núcleo de amigos próximos, já que a demência afeta de forma grave aqueles que vivem ao redor do paciente. Gaster disponibiliza em seu *website* um formulário a ser preenchido como forma de DAD²¹, no documento deve ser selecionada a forma de tratamento que o paciente deseja receber de acordo com o grau de demência em que se encontra, por exemplo:

¹⁸ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas** – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 713 – 732.

¹⁹ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 6. ed. São Paulo: Foco, 2022

²⁰ GASTER, Barak. et al. **Advance Directives for Dementia: Meeting a Unique Challenge**. JAMA, Chicago, 2017. v. 318, n. 22, p. 2175-2176.

²¹ GASTER, Barak. **Dementia Directives**. Disponível em: <https://dementia-directive.org/>. Acesso em: 25 out. 2022.

Se eu tiver demência moderada, gostaria que o objetivo principal do meu cuidado fosse:

Viver o máximo que puder. Eu gostaria que fossem empregados todos os esforços para prolongar minha vida, incluindo esforços para reiniciar meu coração se ele parar de bater.

Receber tratamentos para prolongar minha vida, mas se meu coração parar de bater ou eu não puder respirar por conta própria, então eu não gostaria que meu coração fosse eletricamente estimulado para voltar a bater e eu não gostaria de ser colocado em uma máquina de respiração. Em vez disso, se meu coração parar ou eu não conseguir respirar sozinho, permita que eu morra em paz.

Por que você pode escolher esse objetivo: Se sua mente já não estivesse funcionando bem devido à demência, e de repente aconteceu algo que parou seu coração ou deixou você incapaz de respirar por conta própria, as chances são altas de que, mesmo se você sobrevivesse à UTI, seu cérebro ficaria mais danificado. Então, alguns podem dizer: “Se eu provavelmente seria pior se eu sobrevivesse, então eu preferiria morrer em paz.”

Receber apenas cuidados focados no conforto. Gostaria apenas de cuidados médicos para aliviar sintomas como dor, ansiedade ou falta de ar. Eu não gostaria que o cuidado me mantivesse vivo por mais tempo. Seria importante para mim evitar me mandar para um hospital ou pronto-socorro, a menos que essa fosse a única maneira de me manter mais confortável, porque as idas ao hospital quando alguém tem demência podem ser bastante traumáticas. (tradução nossa²²)

No Brasil, conforme leciona Dadalto²³, as DAD ainda não são difundidas como nos Estados Unidos da América, entretanto, já se encontram algumas, apesar de poucas, produções acadêmicas nacionais sobre o tema²⁴.

c) Plano de Parto: recomendado pela Organização Mundial da Saúde²⁵ e reconhecido pelo Ministério da Saúde²⁶, o plano de parto é um documento elaborado pela gestante indicando os desejos dela para o momento do parto e do pós-parto imediato. No plano a gestante pode, por exemplo, manifestar ou não seu desejo por anestesia epidural e

²² No original: “If I have moderate dementia then I would want the main goal for my care to be:

To live for as long as I can. I would want full efforts to prolong my life, including efforts to restart my heart if it stops beating.

To receive treatments to prolong my life, but if my heart stops beating or I can’t breathe on my own, then I would not want my heart shocked to restart it and I would not want to be put on a breathing machine. (DNR and Do Not Intubate) Instead, if my heart stops or I can’t breathe on my own, allow me to die peacefully. Why you might choose this goal: If your mind were already not working well due to dementia, and something suddenly happened which stopped your heart or made you unable to breath on your own, the chances are high that even if you survived the ICU, your brain would be more damaged. So some might say, “If I would likely be worse off if I survived, then I would prefer to die peacefully.”

To receive comfort-focused care only. (Including DNR and Do Not Intubate) I would only want medical care to relieve symptoms such as pain, anxiety, or breathlessness. I would not want care to keep me alive longer. It would be important to me to avoid sending me to a hospital or ER, unless that was the only way to keep me more comfortable, because trips to the hospital when someone has dementia can be quite traumatic.”

²³ DADALTO, Luciana. Testamento Vital. 6. ed. São Paulo: Foco, 2022. p. 22.

²⁴ Nesse sentido, ver: DADALTO, Luciana; ARANTES, Alexandra Mendes Barreto; BARUFFI, Priscila Demari. Diretivas antecipadas de vontade em pacientes com doença de Alzheimer. Revista Bioética, Brasília, v. 29, n. 3, p. 466-474, jul. 2021.

²⁵ World Health Organization. WHO recommendations: intrapartum care for a positive childbirth experience: transforming care of women and babies for improved health and well-being. World Health Organization, 2018.

²⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Diretrizes Nacionais de Assistência ao Parto Normal. Brasília: Ministério da Saúde, 2017. p. 15.

indicar que, após o nascimento, o recém-nascido seja diretamente levado a ela para amamentação.

d) Ordens de Não Reanimação (ONR): comuns nos hospitais norte-americanos desde 1976²⁷, as ONR dizem respeito ao desejo do paciente de ser ou não reanimado após uma parada cardiorrespiratória. No Brasil, não existe resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) sobre o tema, apesar de, em muitos casos, a reanimação ser considerada como um tratamento de futilidade terapêutica.

e) Recusa Terapêutica: no Brasil, a recusa terapêutica é aceita pelo CFM, conforme a Resolução 2.232 de 2019:

Art. 1º A recusa terapêutica é, nos termos da legislação vigente e na forma desta Resolução, um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão.

Art. 2º É assegurado ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo, de acordo com a legislação vigente.

Parágrafo único. O médico, diante da recusa terapêutica do paciente, pode propor outro tratamento quando disponível.

Ocorre que, na forma como foi postulada na Resolução 2.232 tais diretivas só poderiam ocorrer no caso de tratamento eletivos, sendo, portanto, não garantidas em situações em que o paciente se encontra em risco de vida, mesmo que tal tratamento se mostre como fútil. Por esse motivo, tramitam no Supremo Tribunal Federal duas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental requerendo a declaração de inconstitucionalidade da Resolução. Uma delas, a ADPF 618, trata do direito de Testemunhas de Jeová de se recusarem a receber transfusões sanguíneas por causa de suas orientações religiosas.

f) Procuração para Cuidados de Saúde: nessa espécie de diretiva, também conhecida como Mandato Duradouro, o paciente nomeia um ou mais procuradores que deverão ser consultados pelo médico quando ele estiver incapaz de decidir sobre seu tratamento. Para Dadalto²⁸, tal instrumento:

(...) configura verdadeira representação voluntária de direitos de personalidade, prática que já ocorre, por exemplo, na hipótese legal de casamento por procuração. Não se trata de transmissão ou de renúncia, mas sim de delegação do exercício. Na procuração para cuidados de saúde, o outorgante continua detentor de seus direitos de personalidade, mas delega a terceiro o exercício da tomada de decisão sobre cuidados de saúde, que produzirá efeitos quando aquele estiver impossibilitado de fazê-lo, sendo esta verdadeira condição suspensiva do negócio jurídico.

²⁷ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 6. ed. São Paulo: Foco, 2022. p. 23.

²⁸ *ibid.* p. 28.

g) Testamento Vital: é o modelo de diretiva antecipada de vontade mais abrangente dos acima apresentados. No Testamento Vital a pessoa, plenamente capaz, dispõe acerca dos cuidados, tratamentos e procedimentos que deseja ou não ser submetida se estiver em um estágio clínico irreversível de ameaça à vida. Nesse documento podem constar, por exemplo, ordens de não reanimação e ser constituído um procurador para cuidados de saúde. Na definição de Mariana Forbeck Cunha²⁹:

O testamento vital é diretiva que possui como característica principal ser um documento de manifestação de vontade cujo conteúdo deve obrigatoriamente ser redigido pelo paciente enquanto capaz, e que trate acerca da suspensão de tratamentos em caso de estado terminal, estado vegetativo permanente ou doença crônica incurável, sendo aplicado quando o paciente estiver impossibilitado de expressar livremente sua vontade no momento de fim da vida. O documento também poderá ter em seu conteúdo disposições acerca da recusa ou possibilidade de doação de órgãos, informações sobre tratamentos quando houver diagnóstico de doenças fatais, além de disposições sobre os procedimentos de funeral e enterro.

Apesar de sua nomenclatura remeter ao instituto civil do testamento, essa espécie de diretiva antecipada da vontade não pode ser com ele confundida, posto que não se sujeita à condição do art. 1.857³⁰ do Código Civil, qual seja, a morte do testador. O testamento vital, portanto, produz seus efeitos ainda em vida, mesmo que esses, naturalmente, levem à morte de seu titular.

Analisadas as espécies de DAV, passa-se agora ao estudo acerca de sua validade e eficácia no meio jurídico brasileiro. Primeiramente, é essencial definir que as DAV são negócios jurídicos e aqui, importante lembrar a lição de Eduardo Ribeiro de Oliveira, que afirma que o negócio jurídico “requer haja manifestação de vontade, visando à obtenção de um certo efeito jurídico, admitido pelo ordenamento, mas por ele não predeterminado”³¹.

Ainda, conforme explicam Fernanda Schaefer Rivabem e Jussara Maria Leal de Meirelles: “(...) independente do modelo adotado ou do nome que lhe é dado, pode-se considerar as diretivas como negócio jurídico de natureza especial, unilateral, gratuito e personalíssimo.”³²

Especial, segundo as autoras, pois se destina à regulação de situações jurídicas subjetivas existenciais que se referem a escolhas éticas do próprio titular do direito e não patrimoniais³³. Unilateral pois se aperfeiçoa com uma única manifestação de vontade,

²⁹CUNHA, Mariana Forbeck. A Tutela Jurisdicional das Diretivas Antecipadas de Vontade. Curitiba, 2018. 124 f. Tese (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

³⁰ Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

³¹ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Comentários ao Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. II, p. 187.

³² MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; RIVABEM, Fernanda Schaefer. Eficácia jurídica das diretivas antecipadas de saúde à luz do ordenamento brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. p. 18.

³³ *ibid.*

gratuito posto que apenas uma parte auferir benefício e personalíssimo já que depende apenas da vontade do testador.

Sendo um negócio jurídico, impossível não avaliar as DAV por meio da Escada Ponteano, analisando sua existência, validade e eficácia. No plano da existência as DAV se concretizam na declaração de vontade do titular, ou seja, basta a pessoa expressar a vontade de ter seus desejos manifestados por meio da diretiva para o negócio existir. Quanto à validade, devem ser levados em conta os requisitos do art. 104 do Código Civil, quais sejam: “I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.³⁴”.

Por fim, no plano da eficácia, as DAV terão efeito mediante a concretização do termo estabelecido. Podendo ser ele o estado vegetativo, a condição irreversível de saúde, a demência, entre outros estabelecidos de acordo com os critérios já mencionados nesta pesquisa.

Quanto à sua forma, as DAV, por não terem previsão legal, não possuem formalidades específicas. Recomenda-se, no entanto, que sejam redigidas de forma semelhante ao testamento cível, sendo registradas em cartório na presença de duas testemunhas.

O obstáculo para a efetivação das DAV reside no fato de que, no Brasil, diferentemente de países como a Espanha e os Estados Unidos da América, não há legislação que trate sobre o assunto. Apesar de, em 2012, o Conselho Federal de Medicina (CFM) ter editado a Resolução nº 1.995, que dispõe:

Art. 1º. Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º. Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

³⁴BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Art. 3º. Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ocorre que tratando-se de autarquia federal, não detém o CFM poder algum de legislar, dessa forma, não obstante da Resolução 1.995 de 2012, é imperioso que haja produção legislativa sobre o tema.

Tramitou no Senado Federal um Projeto de Lei (nº 149, de 2018) acerca da “possibilidade de toda pessoa maior e capaz declarar, antecipadamente, o seu interesse de se submeter ou não a tratamentos de saúde futuros, caso se encontre em fase terminal ou acometido de doença grave ou incurável.”

Entretanto, no final do ano de 2022, a proposição foi arquivada, no modo disposto pelo Regimento Interno do Senado, posto que já estava em trâmite há duas legislaturas. Dessa forma, percebe-se que não há grande intenção política de que o projeto se desenvolva.

Não restam dúvidas de que a possibilidade de se decidir sobre o tratamento ao qual deseja-se ou não ser submetido em situação de doença terminal é assunto de grande relevância social. Logo, há necessidade de haver produção legislativa sobre o tema. Entretanto, enquanto o Legislativo não se pronuncia sobre o tema, deve-se analisar as DAV como negócio jurídico protegido por disposição constitucional e, assim sendo, aplicar a elas as regras do instituto. Nesse sentido, é de grande relevância o ensinamento de Schaefer e Meirelles³⁵:

Não bastassem os dispositivos constitucionais, ainda fundamentam o direito às diretivas os arts. 11, 13 e 15 do Código Civil que reconhecem o direito ao próprio corpo como direito de personalidade. Direito que não deve ser analisado a partir da ótica exclusiva da moralidade, mas sim, a partir da autonomia conferida constitucionalmente como instrumento garantidor e promotor da própria personalidade e dignidade da pessoa humana. Assim, tratando-se de negócio jurídico em situação jurídica subjetiva existencial as diretivas devem ser analisadas de maneira menos formal, visando-se compreender os efeitos pessoais e sociais que produzem, o contexto em que foram estabelecidas e que se impõem sua observação e as expectativas geradas, atentando-se às circunstâncias concretas. As diretivas buscam a proteção da vontade do declarante previamente manifestada, vontade geradora de diversos efeitos jurídicos vinculantes.

³⁵ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; RIVABEM, Fernanda Schaefer. Eficácia jurídica das diretivas antecipadas de saúde à luz do ordenamento brasileiro. *Civillistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. p. 20.

Definidas as características das DAV, sua aplicação e validade, passa-se a análise da relação entre o médico, o paciente que expressou seus desejos e sua família.

4. A opinião da família frente ao sigilo médico: até onde a escolha de quem não tem mais capacidade se estende

Antes de analisar-se a relevância da opinião dos familiares de pessoas que detêm DAV é preciso esclarecer que os médicos, no exercício de sua profissão, não são obrigados a cumprirem as diretivas de seus pacientes. Pelo contrário, caso o profissional não entenda como correto o desejo do paciente é garantida a ele a objeção de consciência, conforme explicam Clara Nasser Scherer e Mário Antônio Sanches³⁶:

A liberdade do paciente, ou autonomia, não pode ser de nenhuma maneira abolida. No entanto, a liberdade do profissional, que é ele próprio também um sujeito moral, deve ter lugar na prática clínica. Com base nessas considerações, é possível identificar que a objeção de consciência pressupõe um profissional de saúde capaz de atuar de forma moral, ou seja, livremente e em congruência com seus próprios valores.

Tal garantia é postulada no Código de Ética Médica (CEM), que a trata como princípio fundamental da medicina, disposto no item VII do capítulo I³⁷:

VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente

Ainda, no Projeto de Lei nº 149 de 2018 a objeção de consciência do médico era reforçada, afirmando que o profissional deverá entregar o atendimento do paciente a outro médico nesses casos:

Art. 8º É assegurado aos profissionais de saúde o direito à objeção de consciência quando solicitados a cumprir o disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º O profissional que recorrer ao direito previsto no caput deverá justificar no prontuário os motivos da objeção.

§ 2º A objeção de consciência só é passível de ocorrer quando for possível garantir o atendimento por outro profissional de saúde, de forma a não privar o paciente da devida assistência à saúde. (*grifo nosso*)

Portanto, não restam dúvidas de que o médico não está necessariamente vinculado ao disposto nas DAV do paciente. Porém, em hospitais, o que muitas vezes se vê é o

³⁶ SCHERER, Clara Nasser; SANCHES, Mário Antônio. Caracterização atual da objeção de consciência: proposta crítica e renovada. Revista Bioética, Brasília, v. 29, n. 4, p. 706-715, out/dez. 2021.

³⁷ Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: Diário Oficial da União.

profissional da saúde questionando aos familiares da pessoa que expressou seus desejos acerca da validade destes desejos. Ocorre que, ao expor as DAV do paciente para terceiros, mesmo que familiares, o médico está quebrando o princípio fundamental do sigilo médico, disposto no item XI do capítulo I do CEM:

XI - O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei.

O sigilo, conforme aponta o CEM, apenas pode ser quebrado mediante previsão legal, sendo tais hipóteses a autorização expressa do paciente ou seus responsáveis legais, a suspeita de abuso ou outro dano causado por ato criminoso e a notificação compulsória de doenças transmissíveis. Portanto, inegável que o questionamento do médico aos familiares acerca de desejos que a eles foram confidenciais pelo paciente configura uma quebra do sigilo. Nesse sentido, Schaefer e Meirelles afirmam que a autodeterminação acerca das escolhas sobre tratamentos de saúde não deve admitir intervenções externas, devendo-se observar “necessariamente a personalidade dessas escolhas como projeto concretizador da própria dignidade humana e de liberdades constitucionalmente garantidas.”³⁸

Sobre esse tema, afirma Dadalto³⁹:

(...) os documentos de DAV fazem parte da autonomia prospectiva do indivíduo e qualquer alegação de alijamento da família está, em verdade, colocando em xeque o direito constitucional à autodeterminação do indivíduo.

Ainda, a impossibilidade de os desejos de familiares interferir nas DAV do paciente é tratada pela Resolução nº 1.995 de 2012 do CFM que em seu art. 2º, § 3º, dispõe: “As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.”

Entretanto, reconhece-se aqui que por não haver disposição legal acerca das DAV, a discussão sobre ética médica muitas vezes pode ser deixada de lado nos hospitais, reforçando-se, novamente, a necessidade de produção legal acerca do tema.

5. Considerações Finais

³⁸ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; RIVABEM, Fernanda Schaefer. Eficácia jurídica das diretivas antecipadas de saúde à luz do ordenamento brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. p. 23.

³⁹ DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 6. ed. São Paulo: Foco, 2022. p. 80.

A presente pesquisa teve como objetivo responder três perguntas: as DAV têm validade no ordenamento jurídico brasileiro? Pode o médico ir contra a vontade de seu paciente? Questionar terceiros, nesse caso os familiares, sobre algo que diz respeito à relação médico-paciente, viola o sigilo médico? Ainda, pretendeu-se demonstrar a necessidade de discutir as questões que envolvem a morte e os desejos para o fim da vida.

No segundo capítulo foi amplamente demonstrado como do direito fundamental à vida digna, constitucionalmente protegido, decorre o direito que se tenha também uma morte digna. Tal dignidade na morte diz respeito, também, à possibilidade de escolha acerca dos tratamentos que se deseja – ou não – ser submetido em uma situação de finitude da vida. Nesse sentido, passou-se a apresentar as DAV.

Mostrou-se então, no terceiro capítulo, que as DAV devem ser compreendidas como negócios jurídicos que superam todos os elementos da escada ponteaniana e, apesar de não terem previsão legal, devem ser respeitadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, destacou-se o interesse do CFM em tratar sobre o assunto e frisou-se a necessidade de produção legal sobre o tema.

No quarto capítulo então, verificou-se que os médicos não estão vinculados à vontade do paciente e podem se utilizar da objeção da consciência para justificar a renúncia ao cuidado do paciente. Por fim, apontou-se que não é possível que a família interfira nas decisões de um paciente que postulou suas vontades por meio de DAV e que o questionamento do médico acerca disso configura uma violação ao princípio fundamental do sigilo médico.

Portanto, demonstrou-se com a pesquisa que as DAV são maneira eficaz e validada pelo sistema jurídico para que o paciente possa expressar seus desejos para o fim da vida e garantir a efetividade ao direito à morte digna. Entretanto, ressalta-se novamente a necessidade de produção de lei acerca do tema.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

_____. Ministério da Saúde. Diretrizes Nacionais de Assistência ao Parto Normal. Brasília: Ministério da Saúde, 2017. p. 15.

_____. Senado. Projeto de Lei nº 149, de 2018. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Brasília: Senado, 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: Diário Oficial da União.

CUNHA, Mariana Forbeck. A Tutela Jurisdicional das Diretivas Antecipadas de Vontade. Curitiba, 2018. 124 f. Tese (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

DADALTO, Luciana; ARANTES, Alexandra Mendes Barreto; BARUFFI, Priscila Demari. Diretivas antecipadas de vontade em pacientes com doença de Alzheimer. *Revista Bioética*, Brasília, v. 29, n. 3, p. 466-474, jul. 2021.

_____. *Testamento Vital*. 6. ed. São Paulo: Foco, 2022. p. 24.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 295.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 398.

GASTER, Barak. *Dementia Directives*. Disponível em: <https://dementia-directive.org/>. Acesso em: 25 out. 2022.

_____. et al. Advance Directives for Dementia: Meeting a Unique Challenge. *JAMA*, Chicago, 2017. v. 318, n. 22, p. 2175-2176.

GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (org.). *Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna*. São Paulo: Almedina, 2017.

KUBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a Morte e o Morrer*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 14.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência. *In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 713 – 732.

_____; RIVABEM, Fernanda Schaefer. Eficácia jurídica das diretivas antecipadas de saúde à luz do ordenamento brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. p. 18.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Grupo GEN, 2021, p. 65.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. II, p. 187.

PIOVESAN, Flávia; DIAS, Roberto. Proteção Jurídica da Pessoa Humana e o Direito à Morte Digna. *In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (org.). Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 68-69.

SCHERER, Clara Nasser; SANCHES, Mário Antônio. Caracterização atual da objeção de consciência: proposta crítica e renovada. *Revista Bioética*, Brasília, v. 29, n. 4, p. 706-715, out/dez. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO recommendations: intrapartum care for a positive childbirth experience: transforming care of women and babies for improved health and well-being*. World Health Organization, 2018.

As Possibilidades da Sociedade Cível Globalizada Rumo a um Planeta Sustentável: Cidadania Global Uma Transição do Antropoceno ao Ecoceno.

Sara Andreia da Silva Castro¹

Resumo: As interfaces entre direitos humanos e meio ambiente desafiam a humanidade na contemporaneidade, externalizados pelas alterações nas condições na terra, o esgotamento dos recursos, as grandes desigualdades a nível global e a necessidade imperiosa da adoção de modos de vida sustentáveis e em harmonia com o meio ambiente os conceitos acima são os elementos que demandam por novas formas de enfrentamento que possam viabilizar a continuidade da existência na terra, a manutenção da paz e o alcance de condições de justiça global e equidade. A sociedade civil no mundo globalizado emerge como possibilidade no cenário atual como elemento mediador entre Estado, corporações e os interesses da humanidade.

Palavras-Chave: Globalização; Antropoceno; Cosmopolitismo, Direitos Humanos, Sociedade Cível.

Introdução

A contemporaneidade se apresenta com desafios para humanidade relacionados a sustentabilidade e manutenção de viabilidade da existência dos humanos e das outras espécies, da preservação de condições seguras para esta e para as próximas gerações.

Os impactos decorrentes do arrefecimento dos processos de globalização e transnacionalização demandam pela busca de novas formas de enfrentamento que não podem ser encontradas na modulação clássica alicerçada nos Estados soberanos, que a partir das modificações das configurações de sua soberania se torna incapaz de responder de forma adequada as demandas em seus Estados que tem raízes globais.

O que eram considerados como especulações e alvo de contestação e inercia, a realidade da interdependência entre os seres humanos, as demais espécies e as condições de equilíbrio da terra, emergem como uma realidade inderrogável a toda a humanidade no último quadriênio/triênio, com a pandemia de COVID-19.

A redução das atividades observadas, durante a redução das atividades econômicas, significou de forma temporária alteração nos níveis mundiais de emissão de CO², em níveis mais adequados a uma favorável condição de equilíbrio com as condições de resiliência da terra.

Por outro lado, foram escancaradas as condições de desigualdade global por meio das diferentes possibilidades de enfrentamento, acesso a insumos e concessão de proteção social dos Estados aos seus cidadãos².

A contemporaneidade se apresenta com desafios para a comunidade humana relacionadas a sustentabilidade e manutenção de viabilidade da existência dos humanos e outras espécies, da preservação de condições seguras para esta e para as próximas gerações³.

Os impactos decorrentes do arrefecimento dos processos de globalização e transnacionalização demandam pela busca de novas formas de enfrentamento que não podem ser encontradas na modulação clássica alicerçada nos Estados soberanos, que a partir das modificações das configurações de sua soberania se torna incapaz de responder de forma adequada as demandas em seus Estados que tem raízes globais.

O Cosmopolitismo, por meio de uma democracia cosmopolita poderia se apresentar como uma solução as demandas globalizadas? O presente trabalho pretende de forma não exaustiva fornecer elementos que possam contribuir a responder essa questão, partindo da premissa que a sociedade civil organizada internacional é o elemento que se contrapõem como forma de enfrentamento a emergência de novos atores globalizados e sua concorrência com os Estados.

O desenvolvimento foi realizado por meio de pesquisa doutrinária, com análise de viés hipotético dedutivo do referencial bibliográfico norteado pelos princípios e normativas do Direito Internacional.

O desenvolvimento foi estruturado em três capítulos, o primeiro intitulado I. DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS: O NECESSÁRIO CAMINHO DO ANTRÓPOCENO AO ECOCENO e o segundo II. COSMOPOLITISMO, DEMOCRACIA COSMOPOLITA: DESAFIOS E POSSIBILIDADES e o III. COSMOPOLITISMO, DEMOCRACIA COSMOPOLITA: DESAFIOS E POSSIBILIDADES, que se subdivide em dois subtítulos que trazem os casos URGENDAS v. TRIBUNAL HOLANDÊS e o caso TRIBUNAL MONSANTO.

1. Desafios Contemporâneos: O Necessário Caminho do Antropoceno ao Ecoceno

As Mudanças Climáticas e suas consequências, são a realidade e não mais uma possibilidade, mas uma realidade que se impõem com o aumento das catástrofes naturais tais como enchentes, tempestades que geram destruição e deslocamentos, aumento de temperatura global com impacto direto sobre a produção agrícola por perdas ou redução de produtividade com impacto sobre a economia e sobre a segurança alimentar global.

A COP 27⁴, realizada de 6 a 18 de novembro de 2022, teve como destaque as declarações reiteradas sobre a necessidade da urgência de ações concretas dos Estados no

cumprimento das metas, como forma de mitigar os danos e prevenir seu avanço. A declaração ocorre frente a uma atuação insuficiente e oscilante na realização de ações para redução das emissões de CO² e preservação do meio Ambiente, em especial nos países do Norte Global, em regra, os maiores emissores.

A dificuldade para uma efetiva atuação dos Estados na gestão das questões ambientais e relacionadas a sustentabilidade tem estreitas relações com a economia, com a política,⁵ com a cultura, com as desigualdades em geral, de acesso à informação e tecnologia. Em concreto a atuação estatal se demonstra insuficiente em face as necessidades, o que leva a um aprofundamento do que por muitos é chamado de crise.

Considerar a situação atual como crise é uma das formas de considerar o estágio atual da humanidade e também uma forma de entender o conceito de crise, que cabe destacar, ainda que o termo seja utilizado de forma ampla, nesse sentido: “A crise pode ser definida como manifestação súbita, inicial ou não de doença física ou mental. Manifestação repentina de ruptura do equilíbrio. Fase difícil, grave na evolução das coisas, dos acontecimentos, das ideias. Manifestação de um sentimento. Período de instabilidade financeira, política ou social.”⁶

O conjunto de situações chamadas no momento de crise, coincidem com o conjunto definido como antropoceno ou era que as ações humanas determinam as condições do ecossistema terrestre norteadas de forma exclusiva nos interesses aparentes dos humanos⁷. Se diz aparente pois é de conhecimento a impossibilidade da sobrevivência da humanidade de forma descolada com o equilíbrio do sistema terrestre⁸.

Uma das consequências dos processos de globalização com seus impactos sobre tecnologias e comunicações, são a emergências de novos sujeitos na seara internacional⁹. Percepção de interdependências, que fica muito evidenciada nas questões ambientais tem como resposta diferentes formas de organização da sociedade civil, que se organiza para além das fronteiras tradicionais e realiza atividades de natureza transnacional, ao redor do globo.

O movimento, é sem fronteira, mas pode -se verificar uma predominância iniciativas originadas no Norte Global, o que pode ser mais um reflexo das desigualdades Norte Sul, em relação a acesso a recurso ou mesmo de acesso à informação, ainda que mesmo movimentos iniciados no Norte possam se disseminar e ter atuação importante no Sul Global.

Nesse sentido, algumas organizações podem ser trazidas como exemplo de atuação transnacional:

WORLD WILD FUND FOR NATURE-WWF^{10, 11}; OXFAM^{12, 13}; ANISTIA INTERNACIONAL^{14, 15}; GREENPEACE^{16, 17} entidade não-governamental, com atuação em 56 países, com objetivo declarado de defesa do ambiente e da biodiversidade através de atuação de pressão sobre governos e entidades de forma pacífica.

A contemporaneidade se apresenta como uma época forjada pela globalização econômica, pelo antropoceno e por desafios na proteção dos Direitos Humanos a nível global relacionados a sustentabilidade e a preservação ambiental para geração atual e as futuras.

A globalização compreendida como processo complexo caracterizado por drástica alterações do espaço tempo com impacto na subjetividade, aumento da velocidade e fluxo de informações propiciados por novos recursos tecnológicos que acontecem em paralelo a formação da consciência de uma “aldeia global” de natureza midiática, virtualizada na qual se estabelece um novo modelo econômico centrado na troca de valores e mercadorias e na integração que tende a mistificação, a virtualização e ao deslocamento do humano concreto, se mecaniza e impessoaliza, o que é naturalizado. Se estabelece um contraste com o humano em sua existência histórica e contextualizada que se vê inutilizado²

Os reflexos dessa globalização sobre o modelo capitalista são a nível global um aumento exponencial da concentração de recursos nos países do norte global, um aprofundamento da diferença de renda e riqueza entre norte sul global, acentuação de fatores como desemprego, baixa produtividade e a partir da década de 70 uma crescente hegemonia de teor especulativo⁵.

Outro elemento que assume relevância nos processos de globalização é o aumento das empresas transnacionais e sua influência nos territórios com impacto sobre a soberania dos Estados e mitigação de sua capacidade de enfrentamento com reflexos sobre sua capacidade de proteger Direitos Humanos em seus territórios. As corporações transnacionais através do completo controle dos meios de produção, interferem⁶ em todas as esferas do Estado.

Nos últimos 75 anos a intensificação das atividades humanas tiveram como resultado modificações na terra que comprometem a resiliência e alteram de forma radical as condições do planeta e que podem inviabilizar as condições de existência de muitas espécies, incluindo a espécie humana. Muitos dos sistemas da terra encontram sua capacidade de recuperação esgotada ou próxima de um esgotamento o que faz a sustentabilidade uma questão urgente para todas as espécies, com destaque a espécie como responsável pelo processo que desencadeou as modificações observadas e sua rapidez⁷.

Na atualidade, as condições de existência humana na terra possuem relações estreitas com fatores como sustentabilidade, equidade global e o desenvolvimento de tecnologias hábeis a romper o padrão atual de relação com o meio ambiente e estabelece relações com outros fatores como condições sociais, saúde, cultura, democracia, poder justiça, equidade, segurança em esfera global⁸.

Associado ao aumento da atividade humana, se observa um acelerado crescimento da população humana, em 1800 a população mundial era de 1bilhão, em 1930 de 2 bilhões, 1974 de 4 bilhões e estima-se que hoje se encontre em 8 bilhões. O modelo de desenvolvimento baseado em combustível fóssil associado ao desenvolvimento tecnológico, o aumento da atividade econômica com impactos sobre a longevidade o modelo de vida calcado na urbanização é determinante sobre os resultados obtidos⁹.

No período correspondente, 11.700 milhões, entre eras glaciais, se apresentaram as condições que viabilizaram o desenvolvimento da civilização humana, o conjunto formado por condições climáticas favoráveis e condições de estabilidade da terra propiciaram o desenvolvimento da agricultura e a fixação humana.

O período descrito foi é nominado holoceno. Na atualidade a intensa atividade humana, a ocupação da crosta terrestre em níveis superiores ao 50%, bem como os patamares de utilização dos recursos, com a redução massiva das espécies, estimada entre 1milhão e 8 milhões em um processo de homogeneização é nominado antropoceno. O Ser humano é a espécie cuja atividades mais influenciam as condições da terra com impacto que geram alterações que podem inviabilizar a continuidade de sobrevivência da espécie humana e de outras para as gerações presente e futuras¹⁰

O período do antropoceno coincide do ponto de vista histórico com os principais marcos relacionados a intensificação do capitalismo e ocidentalização como a Segunda Guerra Mundial, a Guerra Fria em um encontro entre o tempo da terra(geológico) e o tempo da Humanidade. Em sua aproximação sociológica o antropoceno se associa ao capitalismo, a guerra, a desigualdade em escala mundial, expondo assim suma dupla natureza que funde o tempo da terra ao tempo humano¹¹

Um caminho voltado à sustentabilidade se vislumbra como alternativa única de possibilidade de futuro para espécie humana e demais habitantes do planeta, considerando os impactos da ação humana sobre o meio ambiente, a manutenção do roteiro atual levarão a efeitos potencialmente irreversíveis com a diminuição da produção de alimentos, fontes de água, aumento da ocorrência de eventos extremos, acidificação do oceano, deterioração dos ecossistemas e elevação dos níveis do mar ¹².

Esse estado de coisas demanda pela adoção medidas voltadas para cessar esses efeitos da ação humana e viabilizar condições de vida de forma sustentável com a utilização racional dos recursos do meio ambiente para esta e para as gerações futuras com o maior nível de bem-estar humano possível ¹³.

As ODS¹⁴, consolidam propostas de enfrentamento global aos principais desafios colocados de contemporaneidade através do estabelecimento de 17 objetivos que deverão ser concretizados por meio das 169 metas associadas. Em síntese, nas ODS, são propostos como eixos a redução da pobreza, a adoção de um estilo de vida sustentável para todos, combinados com estabelecimento de um adequado equilíbrio entre utilização dos recursos e a estabilidade/possibilidade do planeta. O desafio colocado consiste na interação e possibilidade de múltipla implicação entre os objetivos, já que a depender das ações tomadas com vista a assegurar segurança alimentar pode haver impactos ambientais, sendo a integração entre os distintos objetivos essencial a prevenção de efeitos contraproducentes durante a persecução das metas ¹⁷.

A construção de uma sociedade sustentável demanda pela realização de ações que promovam integração entre o setor de finanças, agricultura, energia, tecnologia e transporte e setores sociais como autoridades locais, órgão governamentais, setor privado e sociedade civil e países de diferentes potenciais econômicos, sempre considerando que as interligações devem ocorrer no âmbito interno dos Estados. Os países deverão se voltar a ações conjuntas para criação de negócios que sejam apropriados as necessidades de cada localidade¹⁸, sustentáveis e com potencial para exportação amparados por programas de incentivo e investimento¹⁹

Há uma mútua implicação entre o homem que interfere nas condições da Terra, mas que também é por esta impactado na superveniência de alterações de suas condições, que demandam para seu enfrentamento uma nova normatividade, nova postura responsabilidade e justiça para os desafios que se apresentam²⁰.

Nesse sentido, para Gerard Delanty, ao tratar sobre o Antropoceno e suas implicações:

A política do antropoceno pode ser vista em termos interpretativos como modos de conhecer e conter um componente imaginário, no sentido de imaginar possibilidades futuras e redefinir o presente para realizar tais possibilidades. Isto pareceria aproximar-se da ideia de cosmopolitismo, que se preocupa também, principalmente, com a visão do mundo sob um escopo político. A noção de antropoceno pode ser dada em termos de cosmopolitismo, mas também pode oferecer um pensamento cosmopolita com um novo destaque que permita desafiar mais firmemente o neoliberalismo e a sua resposta positiva à globalização.²¹

A percepção dos desafios enfrentados, na contemporaneidade pela humanidade que desencadearam nas reflexões sobre democracia cosmopolita, como proposta de enfretamento e governança, de soberanias alteradas pela atuação de outros atores que impactam nos territórios em aspectos econômicos e sociais ²².

2. Cosmopolitismo, Democracia Cosmopolita: Desafios e Possibilidades

Para David Held²³ questões problemáticas contemporâneas consideradas como decorrência dos processo de globalização tais como a diminuição de capacidade de gestão do estados sobre fatores políticos, culturais associados a redução de autonomia e crescente interdependência, as desigualdades planetárias, a questão migratória a situação de limbo jurídico vivenciada pelos migrantes, a degradação ambiental apontam para a necessidade de modificações no conceito clássico de soberania e esforço de governança globalizados em uma soberania compartilhada em vários organismos, localizados, regionalizados ou internacionais com limitações forjadas por sua pluralidade.

Verifica-se uma assimetria ²⁴ crescente a nível global, causada pelo descompasso dado pela representação com base nos Estado e soberania clássica e a transnacionalidade e globalização da vida com criação de um déficit de representatividade e legitimidade. A globalização torna impossível a compreensão da política com um olhar somente a partir do âmbito interno dos Estados, bem como sua governança.²⁵

A transnacionalização das atividades políticas e privadas se concretizam na sociedade civil global/globalizada. Os avanços na tecnologia de informação, das comunicações viabilizaram a expansão dos movimentos por todo globo, com especial expressão para ativismo ecológico, pacifista, defesa de Direitos Humanos, feminismo etc. Em que pese as desigualdades dos grupos de acesso a recurso e espaços, se forja nas atividades um novo modelo de cidadania sem fronteiras²⁶.

O pensamento cosmopolita, em sua vertente moderna encontra suas bases rudimentares no pensamento Kantiano, evoluindo a partir deste, que buscava delinear condições morais, jurídicas e políticas para estabelecimento de uma justiça cosmopolita, em que pese possa ser identificado outras civilizações e mesmo no pensamento grego clássico. O pensamento Kantiano e de outros cosmopolitas clássicos foram a inspiração para criação das Nações Unidas, Da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da estruturação dos Direitos Humanos na esfera Internacional, da assistência humanitária, da justiça ecológica e econômica.²⁷

Kant já enxergava na interconectividade de seu tempo a necessidade inafastável de uma convivência entre os Estados. Na atualidade a defesa da Justiça global, do cosmopolitismo cultural, político e jurídico como forma de garantia a justiça global ocupa o espaço dos doutrinadores cosmopolitas que se viabilizaria por meio de instituições multinível em cooperação fundados na coexistência e no pacifismo²⁸.

Seyla Benhabib, em exposição sobre a contraposição entre o cosmopolitismo e a democracia afirma que cosmopolitismo significa garantia de dignidade da pessoa humana sociedade civil global ,mas que somente em ambientes democráticos esses direitos podem ser concretizados, desse modo os Direitos Humanos criariam novos vocabulários possíveis de serem reivindicados aos Estados abrindo a possibilidade de mobilização e por meio desta, acesso a direitos, constituindo uma mobilização homogênea e transnacionalizada²⁹.

As teses sobre democracia cosmopolita na década de 90 tiveram diferentes formulações teóricas, entre as variações cabe destacar os elementos recorrentes o conceito de sociedade civil mundial e uma ética universal dos Direitos Humanos. As críticas realizadas fazem referência a construção do conceito originado nas sociedades do Atlântico Norte, ou Norte Global, como detentora dos conteúdos básicos da democracia. Outro ponto seria o uso do conceito de democracia como forma de relativizar a soberania de maneira instrumental para justificar novas formas de imperialismos ideológicos e o entendimento da defesa cosmopolita dos Direitos Humanos e do Meio Ambiente como estratégia dos países do Norte Global de dominação, percepção felizmente superada do conceito.³⁰

Se desconsiderar a pertinência das críticas, pensar que existem valores eminentemente humanos e que são capazes de realizar a conexão entre os pertencentes a espécie humana em cotejo a interconectividade e interdependência global surge como forma de compreensão para o cosmopolitismo e para expansão da sociedade civil globalizada na defesa de interesses comuns a toda a humanidade.

Aas condições de vida globalizada moduladas por relações de interdependência tornam imprescindíveis aos Estados construção das condições externas necessária ao desempenho de suas funções na garantia da segurança, bem-estar de suas populações, o que demanda por sua existência esfera internacional. Em paralelo os Estados ao participar no jogo internacional se submetem a modificação homogeneizantes como forma de melhor estabelecer conexão com as sociedades globalizadas com modificação de sua forma de atuação. Os estados passam por uma penetração de outras culturas e identidades por meio dos processos migratórios e relações transnacionalizadas com trocas com diferentes culturas e contextos a nível mundial, o que se reflete como flexibilização e alteração das fronteiras tradicionais, a economia exerce o papel de carro chefe dos processos descritos³¹.

Esses são os contextos que fomentam os projetos de democracia cosmopolita baseado em organismos multilaterais, transnacionalizados que se voltam a operacionalizar uma ordem mundial cosmopolita mundial e justa.

O conceito de sociedade civil assume especial importância no bojo do pensamento cosmopolita na mesma medida em que se apresenta de formas diversificadas nos diferentes contextos e tem sua expressão de dimensão institucional do mundo da vida com papel de preservação e renovação das tradições, das solidariedades e das identidades. Na concepção habermasiana a sociedade civil internacional desempenharia os papéis de formadora de opinião pública e no viés político a decodificação de demandas oriundas do cotidiano para a esfera internacional. Para as vertentes democráticas, a sociedade civil se apresentou como a emergência de diversos atores não estatais em movimento de reivindicação por justiça social global, de preservação ambiental como observado em Porto Alegre, Seattle ou Gênova³²

Para outras vertentes a sociedade civil se concretizava por meio da participação em fóruns de caráter consultivo e /ou deliberativo de âmbito global por meio de Tratados, Convenções relacionados a questões como clima, biodiversidade, entre outros. Em visões mais enfáticas a sociedade civil seria responsável por “imprimir um impulso democratizante através de uma sistemática proposição e movimento de integração de forma unificadora mundial. Para além das classificações são incontestáveis as mobilizações de caráter transnacional e sua importância, entretanto com reserva a sua similaridade com a dinâmica da sociedade civil no âmbito interno dos Estados, pois no âmbito internacional a formação de laços e. as bases de relacionamento com a vida concreta não se encontram representadas³³

A sociedade civil internacional de forma distinta da sociedade civil, nos é mais segmentada em diversos grupo, com discussão particularizada de temáticas com atos de comunicação segmentados e elitizado, com discussões restritas a grupos específicos, desse modo ainda que o conceito faça referência a articulação social e a formação de agenda social as dinâmicas ao redor do globo são peculiares marcadas por desigualdades com predominância e captura de temáticas , em especial por meio da ONGs, com reflexos sobre a forma de implementação de Direitos Humanos³⁴

A proposta de universalização dos Direitos Humanos de contornos ocidentalizado de forma impositiva aos demais calcado em uma narrativa de evolução e superioridade consiste em uma das críticas as democracias e ideais cosmopolitas.³⁵.

As formulações referentes a democracia cosmopolita denotam a demanda por instrumentos e ferramentas de governança global em um mundo em que as fronteiras se modificaram para torna-o mais interconectados alavancada pela economia e pela política, com destaque para a importância do conceito de sociedade civil e dos Direitos Humanos, baseados em uma ética universal. Os problemas de formulações que, por vezes se prestam como reforço a uma superioridade moral ocidental cêntrica não afastam o papel do cosmopolitismo no enfrentamento de questões de governança global em questões de equidade, racismo, e outras opressões, desde que sejam evitados os particularismos ³⁶.

3. A Sociedade Civil Em Ação: o Protagonismo na Defesa do Meio Ambiente

A atuação da sociedade civil em dois casos distintos nos fornece elementos para pensar nas possibilidades desta no enfrentamento dos desafios contemporâneo da humanidade, bem como por meio da análise pensar em possibilidades de avanço ao alcance de uma sociedade sustentável.

O primeiro caso *URGENDAS vs. Tribunal Constitucional da Holanda*¹⁸, demonstra a atuação da sociedade civil com base em compromissos assumidos pelo Estado da Noruega, com fundamento jurídico em normas internas ao Estado em conjunto com normativas supranacionais, no âmbito da União Europeia e outras normas internacionais.

No segundo caso, O Tribunal Monsanto¹⁹ traz ações de advocay, realizadas pela sociedade civil de diferentes Estados, com a utilização das estruturas que são utilizadas de forma tradicional no âmbito internacional, como a utilização de tribunais para realizar ações de determinação de responsabilidade, com julgadores, testemunhas, *amicus curie*, em um modelo *ad hoc*, frente a omissão dos Estados e organizações internacionais ante a atuação das empresas, no caso particular a Monsanto, com grande impacto sobre os direitos humanos na atualidade e por suas relações licenciosas com os Estados, muito relacionadas a falta de efetividade destes em ações relacionadas ao meio ambiente.

Urgendas vs. Tribunal Holandês

URGENDAS, acrônimo formado pela contração de URGENT AGENDA, é uma plataforma formada por cidadãos holandeses de diferentes seguimentos sociais, um conjunto formado com representações de órgãos do Estado Holandês, mídias, Institutos, foi criado em 2008 a partir de discussões realizadas no DUTCH RESEARCH INSTITUTE FOR TRANSITIONS, na ERASMUS UNIVERSITY ROTTERDAM, tendo como objetivo central realizar ações com vistas a transição a um modelo sustentável²⁰.

Na constituição da plataforma foram declarados como objetivos da organização: 1. estimular e acelerar o processo de transição para uma sociedade sustentável a partir da Holanda; 2. para alcançar os objetivos criar uma plataforma sustentável voltada. A URGENDAS, em 12 de novembro de 2012, encaminhou uma carta ao Primeiro-Ministro holandês, solicitando maior empenho do Estado no compromisso assumido de redução da emissão de GEE- Gases de Efeito Estufa, para alcançar a meta traçada de 40%, em relação aos índices observados em 1990, no ano de 2020²¹.

A resposta dada, pelo Ministro da Infraestrutura e Desenvolvimento²², foi no sentido de que compreendia e concordava com as preocupações trazidas pelo documento, mas ressaltava a importância e a dificuldade da realização de um debate público sobre a temática, a responsabilidade coletiva de vários Estados e nesses termos assumindo um compromisso com níveis de redução menores que os reivindicados pela plataforma, justificado por estar dentro do compromisso assumido em relação a União Europeia²³.

Considerando a posição do Estado holandês e os dados obtidos sobre a necessidade da adoção de medidas, como únicas possibilidades de evitar ou mitigar as consequências climáticas das emissões de GEE, a plataforma ajuizou em ação em face ao Estado, para que esse realizasse o cumprimento da meta de redução em 40%, no ano de 2020, tendo como marco inicial as emissões de 1990²⁴.

Os relatórios produzidos pelo IPCC- *Intergovernmental Panel on Climate Change* ou Painel Intergovernamental para Mudanças Climáticas, órgão ligado ao UNEP-*United Nations Environment Programme* ou Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, produzidos a partir de 2007, o AR4/2007, AR/2013, que trouxeram alerta ao mundo que aumento de temperatura da terra acima de 2º, tendo como parâmetro os níveis de 1850, delimita o período pré industrial, considerado marco inicial da Revolução Industrial e do chamado Antropoceno, geraria danos irreversíveis ao meio ambiente com impacto sobre o equilíbrio e a vida na terra²⁵.

As atividades humanas a partir de 1850, em especial pela utilização de combustíveis fósseis e o desmatamento geraram altos níveis de produção de CO² na atmosfera que tem como resultado aumento da temperatura da terra, dos níveis dos oceanos e dos GEE. O aumento da temperatura verificado entre 1983-2012, um período de 30 anos equivale ao aumento registrado antes em um período de 1400 anos, a intensificação tem relação conhecida com o padrão das atividades humanas²⁶.

De acordo com a informação do IPCC, a limitação o aumento em 2º requer a fixação no ano de 2100 de uma emissão de 450 p.p.m. no volume de emissões. Considerando essas informações, foram traçadas metas de redução de emissão para 2050, tendo como parâmetro inicial as emissões de 2010 que deveriam ser reduzidas entre 40 e 70%²⁷.

Na prática, considerando a necessidade e os compromissos assumidos pelo Estado holandês, a sua atuação se demonstrava insuficiente e descomprometida com seus compromissos assumidos. A URGENDAS considerou ainda a atuação do Estado como uma violação no dever de proteção a vida e ao meio ambiente e ao conjunto de compromisso assumidos considerando ser o estado parte da Convenção Quadro das Nações Unidas para Mudanças Climáticas de 1992, do Protocolo de Kyoto e do Protocolo adicional da Doha²⁸.

Foram utilizadas como bases legais o artigo 21 da Constituição da Holanda, as metas de redução de emissão estabelecidas aos membros pela União Europeia, os Princípios da Convenção de Direitos Humanos da União Europeia, os princípios da não lesão, da equidade, da precaução e da sustentabilidade constantes na Convenção Quadro para as Mudanças Climáticas e o princípio da maior proteção²⁹.

A plataforma invocou de forma direta os artigos 2 e 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o que foi um dos pontos centrais de contestação do Estado, que considerava que não era devida a utilização direta dos artigos da Convenção. Os artigos mencionados tratam respectivamente do direito à vida e do direito, direito de proteção a vida privada e familiar, doméstica. A proteção ao meio ambiente foi considerada intrinsecamente relacionada aos direitos protegidos pelos dispositivos mencionados³⁰.

A disputa entre URGENDAS vs. Tribunal Holandês traz alguns aspectos interessantes e que podem servir de inspiração para a necessária transição do antropoceno para o ecoceno³¹. A decisão interna foi paradigmática ao ordenar ao Estado adoção de medidas para reduzir as emissões de GEE utilizando normativas externas ao Estado e Tratados.

A decisão do Tribunal foi o resultado de um acumulado construído por uma organização de natureza cível, com raízes na academia, como pode se denotar por suas origens, mas que soube construir pontes com diversos seguimentos fazendo com que na troca dinâmica entre academia e sociedade houvesse em um momento inicial formação de consciência que se seguiu de atuação concreta para demandar e coagir a uma atuação estatal³².

Outro ponto que merece menção, consiste nos objetivos declarados, a afirmação “a partir da Holanda” denota uma consciência da interdependência inafastável entre todos os seres em relação as questões relacionadas ao ambiente. A interdependência demanda por responsabilização coletiva e equânime, e como consta do artigo 3 da Convenção Quadro para Mudanças Climáticas, por respeito a equidade os países desenvolvidos devem tomar a frente e realizar esforços proporcionais nas ações de combates as Mudanças Climáticas e seus efeitos.

Tribunal Monsanto

O Tribunal Monsanto aconteceu entre os anos de 2016 e 2017, em Haia. As atividades do Tribunal tiveram início em 14 de outubro de 2016 e as sessões ocorreram nos dias 15 e 16 de outubro.

A Constituição do Tribunal partiu de uma iniciativa de organizações da sociedade civil relacionadas as temáticas em discussão, direitos humanos, empresas e meio ambiente. Na estruturação, houve a participação e financiamento de diversos setores, especialistas e pessoas afetadas de alguma forma pela modelo de atividade desenvolvido pela corporação Monsanto. Foram registradas as participações individuais de pessoas da Argentina, Estados Unidos, Alemanha, Quênia, França, Espanha e Áustria³³.

A Monsanto é uma corporação de atuação na área de agroquímicos e defensivos, sediada nos Estados Unidos, com longa história de atuação e que tem atividades em vários países no mundo. A escolha da Monsanto se deu por representar um modelo de atuação empresarial violador de direitos humanos, em diferentes vertentes, com destaque para as violações contra o meio ambiente, e de forma reflexa contra saúde e ao direito ao meio ambiente sustentável³⁴.

A utilização pela Monsanto de estratégias como lobby, influência sobre governos locais, financiamento de estudos viciados em seu benefício, manipulação da imprensa e uso de estratégias de litigância de forma a evitar condenação ou formação de jurisprudência, tem como consequências práticas dificuldade de defesa e de acesso à justiça pelas das vítimas³⁵.

Os objetivos declarados na instalação dos Tribunal foram: Dar parecer jurídico sobre danos ambientais e a saúde causados pela corporação; promoção de debate internacional sobre o ecocídio; fornecer documentação para subsidiar o debate sobre o ecocídio ao redor do mundo; demonstrar impacto da atuação da empresa, danos causados e avaliar possibilidades de reparação e responsabilização internacional; discutir inclusão do ecocídio como crime para seu processamento³⁶.

Alguns aspectos se destacam na montagem do Tribunal. A utilização do uso do modelo de Tribunal Internacional, com possibilidade de inspirar ações nesse sentido no âmbito internacional. Os debates sobre a extensão e/ou possibilidade de utilização do ecocídio, tal como previsto no artigo 8º, IV³⁷, do Estatuto de Roma que tipifica o ecocídio no contexto dos conflitos armados.

A tendência é a interpretação restritiva, por trata-se de tipo penal e que se demonstra insuficiente frente a série de violações ao meio ambiente para as quais não há possibilidade de retorno ao ponto inicial, além das consequências dos danos ao meio ambiente a nível global.

Outro ponto importante da opção por instalação de um Tribunal *ad hoc*, independente e a partir da sociedade civil traz luz sobre a impossibilidade de acesso das pessoas físicas ou jurídicas ao Tribunal Internacional de Justiça, por determinação do artigo 34, §5º de seu estatuto³⁸, o que impede a responsabilização internacional da Monsanto e de outras corporações transnacionais.

O Parecer do Tribunal, foi emitido em 18 de abril de 2017 e declara que a empresa violou o direito humano há um meio ambiente saudável, o direito a saúde, direito a alimentação, direito à liberdade de expressão. A liberdade de investigação acadêmica e cometeu ecocídio por suas ações sistemáticas de danos ao meio ambiente e redução da biodiversidade.

O Tribunal utilizou como bases legais os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos ou Princípios Ruggie, estabelecidos na Resolução 17/4 de julho de 2011, a Resolução da ONU 25/21 de 15 de abril de 2014 que declara o direito ao meio ambiente equilibrado, além dos artigos 24.2 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Artigo 27.3 da Convenção de Direito das Crianças, ambos em relação a violação do direito a alimentação, além do artigo 12 do Pacto dos Direitos Econômicos e Sociais e art. 24 da Convenção dos Direitos da Crianças, em relação a violação ao direito a saúde, artigo 15 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em referência a liberdade de investigação.

Para além da Monsanto, a opinião consultiva emitida pelo Tribunal considerou haver uma lacuna legislativa Internacional que impede a necessária responsabilização dos agentes não estatais. O conjunto produzido pelo Tribunal, foi entregue através de um relatório a ONU.

Considerações Finais

As modificações trazidas pelos processos de globalização, o crescimento de novos atores e a urgências das questões relacionadas ao meio ambiente e direitos humanos demandam por novas formas de enfrentamento, considerando a concorrência de outros atores como o poder antes exercido de forma exclusiva pelos Estados.

O cosmopolitismo, com o reconhecimento de uma sociedade civil transnacionalizada e instituições em multinível com as mesmas características se apresentam como alternativas, para além das críticas do caráter imperialista ou liberal de algumas vertentes do cosmopolitismo.

Nas diferentes possibilidades apresentadas as vertentes teóricas do pensamento cosmopolita, cabe destacar a concepção de uma convivência que compatíveis com as modificações sobre conceitos como soberania e cidadania e a adoção de concepções centradas no reconhecimento da necessidade de convivência, da importância da justiça global e de uma adequada repartição dos riscos gerados pela sociedade globalizada rumo a necessária transição do antropoceno para o ecoceno.

Referências:

BRASIL. Decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. Decreto 19.841 de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL.GOVERNOFEDERAL.MEU GOV.BR. Organizações da sociedade civil. Disponível em <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/control-social/organizacoes-da-sociedade-civil/de-a-a-z/anistia-internacional>, acesso em 21 de nov de 2023.

DELANTY, Gerard. Os desafios da globalização e a imaginação cosmopolita: As implicações do Antropoceno. *Revista Sociedade e Estado*, vol. 33, n 2, p. 373-388, maio/agosto, 2018.

FOLKE, Carl. *et all.* Our Future in Antropocene. Biosphere: Global Sustainability and Resilient Societies. Beijer Discussion Paper series n° 272. Beijer Institute of Ecological Economics. Kungl. Vetenskaps Akademien, p.1-173, 2020. Disponível em https://beijer.kva.se/wp-content/uploads/2020/06/Disc272_Folke-et-al_2020.pdf, acesso em 14 de junho de 2022.

FRASER, Nancy. A justiça social na Globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista de Ciências Sociais*, vol.63, p.7-22, 2002, disponível em <https://www.ces.uc.pt/publicações/rccs/artigos/63/RCCS63-Nancy%20Fraser-007-20.pdf>, acesso em 15/05/2022.

GREENPEACE. Quem somos. Disponível em <https://www.greenpeace.org/brasil/quem-somos/>, acesso em 21 de nov de 2023.

GRIGGS, D. *Sustainable development goals for people and planet.* *Nature*, v. 495, p. 3, march 2013.

GRIGGS, D. et al. An integrated framework for sustainable development goals. *Ecology and Society*, 2014. ISSN 19. Disponível em: <http://www.ecologyandsociety.org/vol19/iss4/art49/>>. Acesso em: 26 abril 2022.

MOREIRA, A. C.T. As Transnacionais e ampliação dos Sujeitos de Direito Internacioanal.in: HOMA Publica, *Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, vol I, jan dez. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>>. Acesso em: 26 abril 2022.

OXFAM. Nossa História. Disponível em <https://www.oxfam.org.br/historia/> , acesso em 20 de nov de 2023.

QUIJANO, A. Colonialidade, poder, globalização e democracia. Disponível em <https://doi.org/10.36311/0102-5864.17.v0n37.2192>, acesso em 01 de jun 2022.

ROLAND, M. C.; SOARES, A.O.; BREGA, G. R.; OLIVEIRA, L.S.; CARVALHO, M. F.C.G.; ROCHA, R.P. Cadeias de valor e o impacto na responsabilização das empresas por violações de Direitos Humanos. In. *Cadernos de Pesquisa Homa*. Vol .1, nº5, 2018

RUGGIE, J. G. Quando negócios não são apenas negócios: As corporações multinacionais e os Direitos Humanos. São Paulo: abril, 2014.

SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. URGENDAS FOUNDATION v. State of Netherlands. 2023. Disponível em <https://climatecasechart.com/non-us-case/urgenda-foundation-v-kingdom-of-the-netherlands/>, acesso em 10 jun 2023.

TRIBUNAL MONSANTO. Disponível em <https://pt.monsantotribunal.org/>, acesso em 29 jul 2023.

UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE. Report of the Subsidiary Body for Implementation on its fifty-seventh session, held in Sharm el-Sheikh from 6 to 12 November 2022. Disponível em https://unfccc.int/documents/f%5B0%5D=conference%3A4460&f%5B1%5D=document_type%3A375, acesso em 20 nov de 2023.

WORLD WILD FOUND FOR NATURE. Who We are. Disponível em <https://wild.org/who-we-are/history/>, acesso em 20 nov de 2023.

Bioética, Propriedade Intelectual e Biotecnologia: Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável

Bioethics, Intellectual Property and Biotechnology: Paths to Sustainable Development

Simone Murta Cardoso do Nascimento¹

Nathalia Bastos do Vale Brito²

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento sustentável e biodiversidade. 3. Proteção da biotecnologia por patentes. 4. Paradigma da complexidade e a relação entre ser humano e natureza. 5. Considerações Finais.

Resumo: No tocante à tecnologia e à biodiversidade, a presente pesquisa foca-se principalmente na questão que envolve a proteção intelectual dos inventos que se utilizam de recursos biológicos, mais especificamente a biotecnologia, relevante na discussão da sustentabilidade. Nesta esfera, tem-se o problema central da pesquisa, que questionará se a proteção dos inventos biotecnológicos por meio da propriedade intelectual, especificamente das patentes, constitui-se em uma ferramenta que auxilia na conservação sustentável da biodiversidade. A pesquisa tem como objetivo geral a avaliar se a proteção intelectual dos inventos biotecnológicos pode ser encarada como uma ferramenta para se atingir uma conservação sustentável da biodiversidade, analisando também o papel econômico das patentes, principalmente quanto à exploração de tecnologias e à necessidade de repartição de benefícios e transferência de tecnologia entre países. A metodologia qualitativa será a empregada na presente pesquisa, já que ela tem objetivos explicativos, visando realizar uma reflexão teórica sobre o objeto de estudo, analisando-o em seus múltiplos aspectos. Para tanto, será empregado o método dialético, possibilitando que objeto estudado seja analisado em seu contexto social, econômico e histórico, envolvendo todas as suas nuances. Por meio dessas indagações preliminares, infere-se que a patente, como um instrumento incentivador de novas tecnologias e divulgador de informações, exerce um importante papel econômico. Dessa forma, é um instrumento que pode ser melhor utilizado para garantir um desenvolvimento sustentável, principalmente com relação ao viés de crescimento econômico dos países menos desenvolvidos economicamente e que contam com uma diversidade biológica grande como Brasil e Índia, por exemplo. Por fim, as discussões éticas sobre os impactos das patentes sobre biotecnologia, especialmente no tocante à manipulação da vida e à possível apropriação dos recursos biológicos demanda, não só uma análise reflexiva de textos e documentos, mas também uma discussão que envolva debates em grupos, envolvendo pessoas de diversas formações, garantindo um debate interdisciplinar.

Palavras-chave: Meio ambiente; sustentabilidade; biotecnologia; bioética; propriedade intelectual.

Abstract: Regarding technology and biodiversity, this research focuses mainly on the issue involving the intellectual protection of inventions that use biological resources, more specifically biotechnology, which is relevant in the discussion of sustainability. In this sphere, there is the central problem of the research, which will question whether the protection of biotechnological inventions through intellectual property, specifically patents, constitutes a

¹ Doutora em Direito. Professora efetiva da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG/Diamantina. E-mail: simonemurta@hotmail.com

² Mestra em Direito. Professora da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG/Diamantina. E-mail: nathaliabvbrito@gmail.com

tool that assists in the sustainable conservation of biodiversity. The research's general objective is to evaluate whether the intellectual protection of biotechnological inventions can be seen as a tool to achieve sustainable conservation of biodiversity, also analyzing the economic role of patents, mainly regarding the exploration of technologies and the need to share benefits and technology transfer between countries. The qualitative methodology will be used in this research, as it has explanatory objectives, aiming to carry out a theoretical reflection on the object of study, analyzing it in its multiple aspects. To this end, the dialectical method will be used, enabling the studied object to be analyzed in its social, economic and historical context, involving all its nuances. Through these preliminary inquiries, it is inferred that the patent, as an instrument to encourage new technologies and disseminate information, plays an important economic role. In this way, it is an instrument that can be better used to guarantee sustainable development, especially in relation to the economic growth bias of less economically developed countries that have great biological diversity such as Brazil and India, for example. Finally, ethical discussions about the impacts of patents on biotechnology, especially regarding the manipulation of life and the possible appropriation of biological resources, demand not only a reflective analysis of texts and documents, but also a discussion that involves debates in groups, involving people from different backgrounds, ensuring an interdisciplinary debate.

Keywords: Environment; sustainability; biotechnology; bioethics; intellectual property

1. Introdução

A presença da ciência e da tecnologia na sociedade é um fenômeno inegável, que permeia variados aspectos da vida humana. O desejo e a necessidade de buscar e acumular conhecimentos deriva da própria natureza humana, sendo que é por meio dos questionamentos e da busca pelas respostas que se desenvolvem as pesquisas e a técnica, que possibilitam a construção de novos instrumentos e por meio das quais se encontram novas soluções para os problemas existentes na sociedade. A ciência, portanto, está diretamente ligada à inovação, à busca de soluções e respostas criativas e eficazes aos problemas.

Apesar dos benefícios, a presença constante da tecnologia traz consigo também a sensação do risco e da insegurança, gerando questionamentos sobre os poderes e os limites que estão sendo diariamente ultrapassados pelo ser humano. Ao mesmo tempo em que a tecnologia demonstra a potencialidade da inteligência humana, ela também faz o ser humano se sentir impotente frente ao poder que ela carrega consigo e a imprevisibilidade de suas consequências.

Nesse contexto, é importante reconhecer que o ser humano possui autonomia para escolher os caminhos que vai trilhar, sopesando os pontos positivos e negativos. E, assim, percebe-se que o ser humano, em algumas hipóteses, vem assumindo os riscos inerentes aos avanços tecnológicos, pois esses vêm auxiliando muito na melhora da qualidade de vida das sociedades. Entretanto, tais riscos precisam ser avaliados e discutidos, inclusive eticamente, buscando uma reflexão sobre o papel do ser humano no planeta, principalmente quanto ao

que se diz respeito aos impactos ambientais e à necessidade de se buscar um desenvolvimento sustentável.

Neste sentido, o presente artigo tem como objetivo avaliar as relações entre a biodiversidade e a tecnologia, questionando se a proteção dos inventos biotecnológicos por meio da propriedade intelectual, especificamente das patentes, constitui-se em uma ferramenta que auxilia na conservação sustentável da biodiversidade.

O tema em análise se justifica ante à necessidade que existe de se discutir os mais variados aspectos reconhecidamente importantes para se alcançar a sustentabilidade. O desenvolvimento sustentável é hoje não só uma meta a ser alcançada pela sociedade, sendo uma verdadeira necessidade, ante aos impactos ambientais e sociais causados pelo modelo de exploração econômica adotado pela maioria dos Estados.

Para realizar a pesquisa, metodologia qualitativa será utilizada, já que ela tem objetivos explicativos, visando realizar uma reflexão teórica sobre o objeto de estudo, analisando-o em seus múltiplos aspectos. Para tanto, será empregado o método dialético, possibilitando que objeto estudado seja analisado em seu contexto social, econômico e histórico, envolvendo todas as suas nuances.

2. Desenvolvimento Sustentável e Biodiversidade

O desenvolvimento sustentável é uma expressão que surgiu no final do século XX, como resposta aos inúmeros problemas ambientais que se detectaram, verificando-se a necessidade de se preservar o meio ambiente e, ao mesmo tempo, garantir o crescimento econômico. Neste sentido, o desenvolvimento sustentável pressupõe a harmonia de interesses que envolvem o crescimento econômico, a conservação ambiental e o desenvolvimento social.

Desenvolvimento sustentável é uma expressão que engloba dois componentes distintos, que são a ideia de desenvolvimento e a ideia de sustentabilidade. José Eli da Veiga (2010a), ao explicar a concepção de desenvolvimento, enfrenta vários entendimentos contraditórios, mas já de início, joga por terra a concepção de que desenvolvimento se reduz a crescimento econômico, já que “no crescimento a mudança é quantitativa, enquanto no desenvolvimento ela é qualitativa”. (VEIGA, 2010a, p. 56).

Analisando a evolução mundial e o contexto histórico dos países, percebe-se que as sociedades têm muitas necessidades além da posse de riquezas. O bem-estar de uma comunidade depende do acesso à educação de qualidade, do acesso à saúde, ao saneamento

básico, à alimentação de qualidade e balanceada, à segurança, ao incentivo à cultura, dentre outros fatores que incluem, também, o meio ambiente equilibrado.

Assim, o desenvolvimento não pode ser alcançado unicamente pela força de mercado, mas pela promoção dos direitos humanos e pela satisfação das necessidades básicas da população e efetivação do acesso equitativo à educação, cultura, saúde, segurança, saneamento básico, dentre outros. Percebe-se, assim, que o desenvolvimento não poderá ser alcançado sem a garantia de um mínimo de bem-estar para as populações. Neste sentido, a garantia de um meio ambiente equilibrado é imprescindível para se atingir esse bem-estar, se concretizando através da conscientização e da prática do que é chamado sustentabilidade.

A sustentabilidade pode ser vista como uma alternativa equilibrada para tratar da possibilidade de se aliar o crescimento econômico e a conservação ambiental, refutando os posicionamentos extremistas que, quando positivos, simplesmente refutam a existência do dilema entre conservação do meio ambiente e economia e, quando negativos, entendem ser impossível a conservação do meio ambiente sem que haja um decréscimo na economia.

O equilíbrio que a sustentabilidade busca trazer está exatamente em incentivar o desenvolvimento e não o crescimento econômico, através de uma utilização mais adequada dos recursos materiais e naturais, proporcionando benefícios para o conjunto da população, compatibilizando o crescimento econômico com a redução da pobreza e a conservação ambiental. Para José Eli da Veiga, a sustentabilidade necessita do reconhecimento de que existem limites naturais à expansão das atividades econômicas, sendo imprescindível que se descarte a lógica social do consumismo.

Vários são os pontos que necessariamente devem ser abordados e aprimorados para se alcançar a sustentabilidade e um dos parâmetros atuais para determinar o desenvolvimento sustentável é a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (2015) da ONU, que estabelece 17 objetivos essenciais para que seja garantido esse desenvolvimento. São eles: erradicação da pobreza; fome zero e agricultura sustentável; saúde e bem-estar; educação de qualidade; igualdade de gênero; água potável e saneamento; energia limpa e acessível; trabalho decente e crescimento econômico; indústria, inovação e infraestrutura; redução das desigualdades; cidade e comunidades sustentáveis; consumo e produção responsáveis; ação contra mudança global do clima; vida na água; vida terrestre; paz, justiça e instituições eficazes; parcerias e meios de implementação.

Percebe-se que um desses objetivos é o uso da tecnologia como uma verdadeira ferramenta para se alcançar padrões satisfatórios de sustentabilidade. Há que se reconhecer que, no âmbito da conservação da biodiversidade, a tecnologia pode ser encarada como uma

verdadeira aliada, mas em outros momentos também pode ser considerada como um verdadeiro entrave, principalmente quanto às nações menos desenvolvidas, além de possibilitar conflitos de interesses quanto à exploração de recursos genéticos, exemplificando-se a prática da biopirataria.

Dessa forma, para evitar os prejuízos causados pela prática de biopirataria, dentre outros problemas, é necessário discutir a importância da proteção da biotecnologia por patentes e como essa proteção pode ser ainda mais potencializada.

3. Proteção da Biotecnologia por Patentes

No tocante à tecnologia e à biodiversidade, um dos pontos de atenção é a proteção intelectual dos inventos que se utilizam de recursos biológicos, mais especificamente a biotecnologia, tema de grande relevância na discussão da sustentabilidade.

Neste sentido, os investimentos feitos no desenvolvimento de produtos e processos tecnológicos são financeiramente expressivos, demandando uma proteção jurídica adequada. O instrumento utilizado para tal finalidade é a patente, que concede de forma temporária ao seu detentor, os direitos de exploração econômica exclusiva de um invento. A patente é um instrumento que visa recompensar os investimentos realizados para o desenvolvimento de novas tecnologias, remunerando o inventor e incentivando outros pesquisadores a realizarem novos inventos.

As patentes concedem um direito de exclusividade ao criador de uma invenção ou modelo de utilidade na exploração econômica de sua criação, desde que esta atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. As patentes estão diretamente ligadas ao reconhecimento do mérito, ao fomento da inovação e à divulgação de conhecimentos científicos. Na medida em que possibilitam uma remuneração econômica ao criador de uma invenção e obrigam a ampla publicidade das informações vinculadas à criação, as patentes estimulam outros pesquisadores a empreenderem novos inventos.

Nesta seara, tem-se a biotecnologia como um setor tecnológico que está em ampla expansão e vê na proteção patentária um instrumento para garantir o retorno dos investimentos financeiros e propiciar o estímulo à continuidade das inovações. A biotecnologia, que teve início com as primeiras pesquisas acerca da fermentação de bactérias, hoje envolve a engenharia genética e manipulação do genoma de várias espécies, proporcionando uma infinidade de produtos, processos e tratamentos que se aplicam nos mais variados aspectos da vida.

As diversas possibilidades de aplicação da biotecnologia, aliada à lucratividade do setor, faz com que haja uma maior percepção do valor econômico da biodiversidade, que se apresenta como matéria-prima essencial à biotecnologia, transformando-a em um verdadeiro recurso econômico. Isso porque as propriedades biológicas, genéticas e químicas dos componentes da biodiversidade possuem aplicação em diferentes setores, podendo-se citar as indústrias farmacêutica, cosmética, alimentícia e o setor agrícola. Desta forma, surge a necessidade de realização de investimentos em projetos que visam explorar os componentes da biodiversidade para encontrar novas espécies, novas propriedades e novos usos de substâncias e componentes biogenéticos, expandindo-se as atividades de investigação como a pesquisa científica laboratorial e atividades de bioprospecção (BRITO; NASCIMENTO, 2021).

A biotecnologia é, portanto, um setor que está presente e se expande cada dia mais, o que demanda a necessidade de discussão sobre a sua utilização sustentável, de forma a garantir a conservação da biodiversidade, minimizando impactos e aumentando o bem-estar das pessoas. Portanto, a proteção dos inventos biotecnológicos tem que se adequar às exigências de proteção da biodiversidade, como componente do meio ambiente como um todo.

Dentro desta problemática, insere a necessidade de discutir as implicações e impactos da biotecnologia, que são amplos, envolvendo interesses de diversos atores e gerando questões que perpassam pela ética, pelo direito, pela economia, pela política e o pela proteção do meio ambiente. Discute-se, principalmente o papel do ser humano na biodiversidade, os limites de criação e manipulação genética dos seres vivos e sobre a existência ou não de apropriação econômica da vida por meio das patentes (BRITO; NASCIMENTO, 2021).

A nível internacional, percebe-se que a proteção da biotecnologia está presente em diferentes tratados, especialmente a Convenção sobre Diversidade Biológica de 1992, no âmbito da ONU, e o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio, o TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) no âmbito da OMC. Ambos tratados estabelecem, respectivamente, padrões mínimos de proteção à biodiversidade e acesso aos recursos genéticos e regras mínimas de proteção de propriedade industrial, especificamente as patentes. São acordos que, em alguns aspectos se contrapõem, o que demanda uma discussão para a tentativa de harmonizar os interesses tutelados por ambos, na busca pela sustentabilidade na conservação da biodiversidade.

Portanto, cabe ao direito tutelar e proteger a biodiversidade, o patrimônio genético, a saúde e a dignidade humana, por meio de mecanismos que busquem evitar ou minimizar

potenciais riscos à sociedade e ao meio ambiente, exigindo, por conseguinte, a transparência nas pesquisas, desde os passos iniciais que envolvem, em muitos casos, o acesso ao patrimônio genético de diferentes países, até o desenvolvimento de produtos e processos de potencial aplicação industrial, não se olvidando da necessária fiscalização da disseminação dos produtos e processos biotecnológicos na sociedade.

4. Paradigma da Complexidade e a Relação entre Ser Humano e Natureza

É importante analisar a relação entre ser humano e a natureza, já que, para alcançarmos de fato o desenvolvimento sustentável, precisamos modificar os paradigmas pelos quais nos baseamos para lidar com o meio ambiente.

Uma das teorias que visam modificar o paradigma antropocêntrico é o paradigma da complexidade desenvolvido por Edgar Morin (2007). Neste paradigma, o autor defende que o conhecimento deve superar reducionismos, fragmentações e especialidades, compreendendo uma visão mais holística da realidade, do objeto de estudo.

O paradigma complexidade mostra-se bastante adequado para tratar dos problemas nos mais variados âmbitos da vida. Isso porque o pensamento baseado na dualidade e nos juízos de valor de bases maniqueístas podem gerar pensamentos reducionistas, instaurando-se uma crise ética (MORIN, 2007). A complexidade possibilita a compreensão do objeto em toda sua magnitude, em seu contexto e em suas interações. Ela abrange contradições, ambiguidades e busca compreendê-las em todos os seus aspectos. Não necessariamente será possível superar, ou harmonizá-las, mas é possível construir pensamentos mais abrangentes, não reducionistas e flexíveis, que sempre estejam abertos a novas formas de visão de mundo e a novas concepções éticas.

O livro base utilizado como referencial teórico deste paradigma é “O Método 5: a humanidade da humanidade” (MORIN, 2007a), já que, com ele, podemos realizar a verificação do lugar do homem na biodiversidade e o papel que ele desempenha no meio ambiente. Este livro traz uma discussão acerca da natureza humana, buscando compreender o ser humano em todos os seus aspectos.

Para tanto, é necessário reconhecer a complexidade do tema, que está presente em alguns fatores, como o reconhecimento de que o ser humano estudado está contido no objeto de estudo; a compreensão da coexistência da unidade e diversidade humanas; a assimilação de todas as dimensões humanas – físicas, biológicas, psicológicas, mitológicas, sociais, sociológicas, econômicas e históricas – de modo não compartimentado; a

harmonização de concepções que, se separadas, são excludentes; e porque busca aliar a dimensão científica com a epistemológica e filosófica. Assim, Partindo do pensamento complexo, é possível compreender o ser humano como um ser que, ao mesmo tempo está dentro e fora da natureza, é um ser 100% biológico e 100% cultural.

Ser 100% cultura e 100% natureza ao mesmo tempo revela uma complexidade, que é o ponto de partida e fundamento para a teoria de Edgar Morin (2007a), que defende que a condição humana pressupõe um elemento biológico e um psicossociocultural, e, assim, é constituída por uma trindade, que engloba o indivíduo, a sociedade e a espécie. Portanto, o ser humano não se desvincula do meio onde vive, é também uma espécie como as demais, é componente da biodiversidade.

Neste sentido, é importante destacar:

o indivíduo encontra-se no nó das interferências da ordem biológica da pulsão e da ordem social da cultura; é o ponto do holograma que contém o todo (da espécie, da sociedade) conservando-se irredutivelmente singular. [...] Há, em todo comportamento humano, em toda atividade mental, em toda parcela de práxis, um componente genético, um componente cerebral, um componente mental, um componente subjetivo, um componente cultural, um componente social (MORIN, 2007a, p. 53).

Esse trecho deixa claro que a condição humana é uma junção da cultura e da biologia, sendo o ser humano um complexo de elementos conjugados. Porém, se essa complexidade é descartada, chegamos ao reducionismo, o que colabora com os pensamentos de dominação e exploração. Esses pensamentos que geram os impactos negativos no ambiente, que fazem com que se cause uma disjunção entre o ser humano e natureza, contribuindo para práticas predatórias, inclusive contra comunidades tradicionais.

Assim, a primeira atitude a ser tomada visando a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável é buscar uma relação ética que envolva não só os seres humanos, mas a natureza também. Conforme Edgar Morin (2007b), a ética deve se pautar na complexidade, já que a crise que enfrentamos é causada pela desarticulação do vínculo entre indivíduo, sociedade e espécie. A noção de indivíduo é preponderante e isso gera o egocentrismo, perdendo-se o referencial de espécie.

O vínculo precisa se manter, “todo olhar sobre a ética deve perceber que o ato moral é um ato individual de religação; religação com um outro, religação com uma comunidade, religação com uma sociedade e, no limite, religação com a espécie humana” (MORIN, 2007b, p. 21).

Neste sentido,

É necessário refletir mais acerca da condição humana para que seja possível repensar na relação do ser humano com a natureza, relação essa que está

chegando a patamares críticos e intoleráveis. Perceber as singularidades do ser humano e, ao mesmo tempo, as semelhanças com as outras espécies, reconhecendo que essas nuances fazem parte indissociável da condição humana é o primeiro passo para se buscar uma ressignificação da relação com o meio ambiente. (BRITTO; NASCIMENTO, 2021, p. 164).

Bioética, proteção do meio ambiente e uso consciente da tecnologia aliada à sua devida proteção são caminhos importantes para se alcançar o desenvolvimento sustentável. Considerar não só a complexidade do assunto, mas também a complexidade da ética humana e da relação com a natureza são os pontos de partida para iniciar qualquer abordagem que vise a sustentabilidade.

5. Considerações Finais

A conservação da biodiversidade é um dos aspectos que devem ser discutidos quando se trata de desenvolvimento sustentável e essa discussão envolve não só a proteção ambiental dos sítios ecológicos e das variadas espécies animais e vegetais. Envolve também a discussão de parâmetros racionais de uso e exploração dos recursos biológicos e genéticos, já que a sustentabilidade não significa somente a preservação, mas a conservação, que envolve em seu conceito não só a proteção, mas também a possibilidade de utilização, já que seus recursos são essenciais para a garantia da vida do ser humano na presente e nas futuras gerações.

Neste âmbito, percebe-se que a patente, como um instrumento incentivador de novas tecnologias e divulgador de informações, exerce um importante papel econômico. Dessa forma, é um instrumento que pode ser melhor utilizado para garantir um desenvolvimento sustentável, principalmente com relação ao viés de crescimento econômico dos países menos desenvolvidos economicamente e que contam com uma diversidade biológica grande como Brasil e Índia, por exemplo.

Por fim, há que se discutir, no âmbito da bioética, o lugar e o papel do ser humano na biodiversidade, avaliando a forma como o ser humano encara a biodiversidade. Percebe-se que é necessário pensar e propor novas perspectivas de abordagem do ser humano quanto à natureza, desvinculando-se do padrão dominador e manipulador, dando espaço a uma abordagem que reconheça que o ser humano não está acima da biodiversidade, mas que está inserido em uma complexidade orgânica coordenada com as demais espécies biológicas, o que poderia possibilitar uma atuação humana mais ética e racional quanto ao uso dos recursos biológicos e genéticos.

O paradigma da complexidade, nos moldes da teoria de Edgar Morin, permite que o ser humano se autocompreenda como um integrante do meio ambiente, não como um ser

superior, que está fora da natureza e é capaz de manipulá-la. Pelo contrário, é possível perceber que o ser humano pertence a uma espécie componente da biodiversidade, participando ativa e passivamente de seus processos e interações, modificando o meio ambiente e transformando-se por influência dele. Portanto, há que se repensar a forma dominante com a qual o ser humano lida com a biodiversidade, sendo necessário propor um novo tipo de abordagem que se desvincule da ideia de dominação.

Referências Bibliográficas

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 1420p.

BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução à Propriedade Intelectual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 951p.

BARBOSA, Denis Borges; DAL POZ, Maria Ester. Incertezas e riscos no patenteamento de biotecnologias: a situação brasileira corrente. *In*: IACOMINI, Vanessa (Coord.). Propriedade intelectual e biotecnologia. Curitiba: Juruá, 2009. p. 93-137

BRITO, Nathalia Bastos do Vale; BIZAWU, Sébastien Kiwonghi. Contratos de bioprospecção e propriedade intelectual: uma análise das medidas alternativas no sistema de patentes para otimizar a proteção da biodiversidade. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25., 2016, Brasília. Anais... Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 112-132. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/pm96fr8x/BfFD9y0Km3Z0zNQS.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2023.

BRITO, Nathalia Bastos do Vale; NASCIMENTO, Simone Murta Cardoso. Herança da Vida: reflexões ético-jurídicas acerca do patrimônio genético. Belo Horizonte: Dialética, 2021, 188p.

BRITO, Nathalia Bastos do Vale; REIS, Émilien Vilas Boas. PATRIMÔNIO GENÉTICO: uma abordagem conceitual interdisciplinar e análise comparativa dos marcos regulatórios brasileiro e suíço. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25., 2016, Brasília. Anais... Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 364-384. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/tvu736t8/QYve8MtEFIpmomZO.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2023.

COSTA, Beatriz Souza; BRITO, Nathalia Bastos do. Impactos da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos na proteção do patrimônio genético humano: caso Association for Molecular Pathology vs. Myriad Genetics. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v.11, n. 1, p. 198-225, 2016. Disponível em <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/20539#.WPj1u9LyvIU>>. Acesso em: 01 nov. 2023.

DUTFIELD, Graham. Repartindo benefícios da biodiversidade: qual o papel das patentes? *In*: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (org.). Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 57-108.

GUNERATNE, Camena. Genetic resources, equity and international law. Massachusetts: Edward Elgar, 2012. 323p.

HIMANSHU, Vijay Kumar. Patent law and biotechnological inventions: reconciling proprietary right with global concern for food security, public health and environment. Saarbrücken: LAP Lambert, 2012. 342p.

MORIN, Edgar. A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento. Tradução de Eloá Jacobina. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, 128p.

MORIN, Edgar. Ciência com consciência. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. 350p.

MORIN, Edgar. Introdução ao pensamento complexo. Tradução de Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011. 120p.

MORIN, Edgar. O método 5: a humanidade da humanidade. Tradução de Juremir Machado da Silva. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007a. 309p.

MORIN, Edgar. O método 6: ética. Tradução de Juremir Machado da Silva. 3 ed. Porto Alegre: Sulina, 2007b. 222p.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; BRITO, Franclim Jorge Sobral de. Segunda modernidade e responsabilidade: a questão ambiental a partir da interface entre tecnociência e ética à luz do pensamento de Hans Jonas. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 21, 2012, Uberlândia, Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 1514-1530. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3d8e28caf901313a>>. Acesso em: 25 out. 2023.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; QUAGLIA, Maria de Lourdes Albertini. Organização Mundial do Comércio e patentes biotecnológicas. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; QUAGLIA, Maria de Lourdes Albertini. Direito internacional e bioética socioambiental: coleção diálogos sobre meio ambiente: v. 1. Belo Horizonte, Arraes, 2015. p. 118-132.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REIS, Émilien Vilas Boas. Bioética ambiental: premissas para o diálogo entre a Ética, a Bioética, o Biodireito e o Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. 229 p.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. A patenteabilidade das descobertas genéticas: estudo sobre o impacto do projeto genoma humano sobre o direito das patentes. In: IACOMINI, Vanessa (Coord.). Propriedade intelectual e biotecnologia. Curitiba: Juruá, 2009. p. 63-70.

SHIVA, Vandana. Biodiversidade, direitos de propriedade intelectual e globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais, v. 4. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 317-340.

VEIGA, José Eli. Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2010a. 226p.

VEIGA, José Eli. Economia em transição. In: ALMEIDA, Fernando (coord.) Desenvolvimento Sustentável, 2012-2050: visão, rumos e contradições. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 3-14.

VEIGA, José Eli. Sustentabilidade: a legitimação de um novo valor. São Paulo: Senac, 2010b. 160p.

O Ambiente Artificial e a (Re)Configuração do Ser Humano – A Premência do Reconhecimento da Proteção Ambiental como Necessária para Proteção da Integridade da Espécie

Artificial Environment and the (Re) Configuration of the Human Being – the Urge of Recognition of the Environmental Protection as Necessary to Protect the Species Integrity

Simone Murta Cardoso do Nascimento¹

Nathalia Bastos do Vale Brito²

Sumário: 1. Introdução; 2. O enriquecimento da evolução da espécie; 3. Ambiente e repercussões no adocimento humano; 3.1. Breve resgate sobre a relação entre ambiente e saúde; 4. Corpos em adaptação; 5. Considerações finais.

Resumo: A espécie humana vem, ao longo dos tempos, apresentando alterações físicas adaptativas ao meio ambiente. A evolução é adaptativa: corpos são alterados para serem compatíveis com o ambiente. No contexto contemporâneo, a evolução natural é síncrona à evolução cultural e, em certa medida, premeditada visto que proporcionada pela evolução da ciência e da tecnologia. A partir da disseminação da técnica e seus diversos produtos, as tecnologias, o ser humano modificou a tal ponto o meio ambiente, de modo que criou um ambiente próprio, artificial. Diversos são os exemplos que demonstram a adaptação da espécie humana ao ambiente. A adaptação, contudo, é abrangente: ao modificar o ambiente, o ser humano modifica a si mesmo. Necessário, portanto, que se promovam ações de proteção ambiental com vistas à proteção das características constitutivas da espécie humana. Ante a constatação de que o ambiente modifica o ser humano, há que se considerar que é do escopo do Direito Ambiental o cuidado com a sua constituição psicofísica. Pertinente, então, intuir a atuação do Direito Ambiental, com vistas à proteção humana, e não apenas nos moldes da tutela do meio ambiente natural e demais espécies animais, mas com tutela específica das características humanas, estas de interesse da humanidade.

Palavras-chave: Meio ambiente; adaptação; configuração humana, Direito ambiental.

Abstract: The human species has, over time, presented adaptive physical changes to the environment. Evolution is adaptive: bodies are changed to be compatible with the environment. In the contemporary context, natural evolution is synchronized with cultural evolution and, to some extent, a premeditated view provided by the evolution of science and technology. From the dissemination of technique and its various products, technologies, human beings modified the environment to such an extent that they created their own, artificial environment. There are several examples that demonstrate the adaptation of the human species to the environment. Adaptation, however, is comprehensive: by modifying the environment, or human beings modified themselves. It is therefore necessary to promote environmental protection actions with a view to protecting the constitutive characteristics of the human species. Given the fact that the environment modifies human beings, it is necessary to consider that it is within the scope of Environmental Law to take care of their psychophysical constitution. It is pertinent, then, to understand the role of Environmental

¹ Doutora em Direito. Professora efetiva da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG/Diamantina. E-mail: simonemurta@hotmail.com

² Mestra em Direito. Professora da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG/Diamantina. E-mail: nathaliabvbrito@gmail.com

Law, with a view to human protection, and not only in the form of protecting the natural environment and other animal species, but with specific protection of human characteristics, which are of interest to humanity.

Key words: Environment; adaptation; human configuration; Environmental Law.

1. Introdução

O animal homem, como os demais animais, está em constante processo de evolução e adaptação ao meio onde vive. Corpos e mentes dos seres atuais não são mais iguais aos dos antepassados, e os futuros indivíduos da espécie humana serão distintos do homem da contemporaneidade. O que pode acontecer com o Homo sapiens há de ter importância para outras ciências para além das biológicas e, visto que as alterações do próprio homem são respostas adaptativas ao ambiente, é pertinente que o Direito Ambiental se atente a compreender a relação ambiente-homem.

A evolução – mudanças na composição genética que acontecem a uma espécie ao longo do tempo – levou, nos animais, à preponderância de determinadas características que foram propagadas para as gerações seguintes, podendo-se citar os longos pescoços das girafas e as línguas cumpridas dos tamanduás. Portanto, dentre os animais, sobreviveram os que desenvolviam características que os possibilitassem adaptar ao meio, por meio de um longo processo de seleção natural.

Como se pretende apontar neste trabalho, a configuração física do ser humano também está atrelada ao meio onde vive e é por este alterada. O meio ambiente primordialmente ocupado pela espécie humana é o ambiente artificial³, construído pela ação humana. O ambiente artificial tem como característica fundamental a disseminação da técnica, a racionalidade digital e o uso cotidiano de diversas tecnologias.

2. O Enriquecimento da Evolução da Espécie

Biólogos e antropólogos têm se empenhado, há tempos, na análise da evolução da espécie humana e, dentre as teorias levantadas, prevalece a hipótese da atuação da seleção

³ A Organização das Nações Unidas (ONU), por meio do Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (ONU-Habitat), publicou um relatório, em 2022, que informa que a população mundial terá o correspondente a 68% em áreas urbanas dentro de trinta anos. Em 2021, a população urbana era correspondente a 56% e há a perspectiva de crescimento anual de 2,2 bilhões de pessoas vivendo em cidades até 2050. Embora advirta que o *status quo* anterior a 2020 era um modelo insustentável de desenvolvimento urbano, o relatório também conclui que o futuro da humanidade é inegavelmente urbano, mas que as cidades podem ser lugares mais equitativos, ecológicos e baseados no conhecimento, desde que exista uma antecipação de mudanças e correção do curso de ação, sendo possível reconstruir de forma diferente a fim de propiciar para as próximas gerações futuro urbano mais inclusivo, verde, seguro e saudável (ONU, 2022).

natural. Assim, restou demonstrado que as espécies do gênero *Homo* são maiores que a espécie anterior, o que calha como o fato das espécies *Homo* terem desenvolvido a ação de compartilhar recursos, o que proporcionou uma mudança alimentar. A alteração alimentar, agregada a mudanças climáticas afetaram o comportamento dos hominídeos e, nas espécies do gênero *Homo*, promoveu o aumento do cérebro e sua perpetuação (REIS; NAVES; RIBEIRO, 2018).

A evolução natural dos seres humanos demorou cerca de 6 milhões de anos. Os humanos modernos, com características físicas mais próximas das atuais e com estrutura grupal sendo desenvolvidas, existem há apenas 12 mil anos. Nesse período houve ligeira evolução: humanos ficaram mais altos e se tornou possível, por exemplo, a ingestão de laticínios na idade adulta (WARD, 2012).

Por volta de 10 mil anos atrás, os humanos modernos haviam colonizado com sucesso cada um dos continentes, exceto a Antártida, e as adaptações a esses muitos locais (entre outras forças evolutivas) levaram ao que, vagamente, são chamadas de raças. Nesse período, os seres humanos evoluíram até 100 vezes mais rápido do que em qualquer outro momento desde a separação do hominídeo mais antigo dos ancestrais dos chimpanzés modernos. O ritmo acelerado pode ser em decorrência da variedade de ambientes para os quais os seres humanos se mudaram e às mudanças nas condições de vida provocadas pela agricultura e pelas cidades (WARD, 2012).

O tamanho do cérebro humano esteve em crescimento durante milhares de gerações, ampliando a capacidade de processamento do órgão e a complexidade de operações envolvendo a linguagem e o desenvolvimento cultural. Esse crescimento do volume cerebral do ser humano, contudo, não mais se verifica, levando à hipótese de que a evolução física humana teria cessado. Observou-se que, após um período de crescimento, o cérebro humano tem, inclusive, diminuído de tamanho, o que não significa declínio de habilidades, mas que se tornou mais eficiente (WHAT IF). Ainda não se sabe o motivo do aumento de eficiência, mas se pode inferir que seja uma consequência da interação com o meio, com características peculiares e marcado pelo uso da tecnologia.

Com a evolução da ciência e do aparato tecnológico, observa-se que a espécie humana tem sofrido uma remodelagem genética, de modo a apresentar alterações na fisiologia e no comportamento (WARD, 2012). Enquanto os grupos de hominídeos não mantinham contato entre si, as diferenças fisiológicas eram mais marcantes, mas com expansão do *Homo sapiens* era de se esperar que a semelhança entre os grupos ficasse mais evidente. Entretanto, permanecem e se destacam características genéticas próprias em grupos

humanos específicos. O contexto de vida atual de grande parte da humanidade promove similitude simultânea à especificidade.

Em um estudo publicado em 2007, de pesquisadores da Universidade de Utah e da Universidade de Wisconsin-Madison demonstrou que pelo menos 7% dos genes humanos sofreram evolução há 5.000 anos, sendo que grande parte da mudança envolveu adaptações a ambientes específicos, tanto naturais quanto em ambientes alterados pelo homem. Outro estudo, da Universidade de Harvard, usou enormes conjuntos de dados de variação genética para procurar sinais de seleção natural em todo o genoma humano. Mais de 300 regiões do genoma mostraram evidências de mudanças recentes que melhoraram a chance de as pessoas sobreviverem e se reproduzirem (WARD, 2012).

Durante o século passado, as circunstâncias da espécie mudaram novamente: a mobilidade da humanidade pode estar provocando a homogeneização da espécie humana. Ao mesmo tempo, a seleção natural está sendo frustrada pela tecnologia e pelos medicamentos (WARD, 2012).

Pesquisador da University College London argumentou que a evolução natural humana essencialmente cessou. A evolução pode agora ser memética – envolvendo ideias – em vez de genética, vez que o homem foi capaz de dirigir a evolução de tantas espécies animais e vegetais e pode dirigir a evolução da própria espécie (WARD, 2012). Assim, a espécie pode ser moldada para atender a expectativas de superação.

Pesquisas científicas têm demonstrado especificidades em grupos humanos. Estudo das Universidades de Utah e de Wisconsin demonstrou que mudanças genéticas dos quatro grupos humanos (chineses han, japoneses, iorubás e europeus do norte) apresentam adaptações ao ambiente, sendo observado que, por exemplo, na China e na África, poucas pessoas podem digerir leite fresco até a idade adulta, e a maioria das pessoas da Suécia e Dinamarca conseguem. Tal fato indica que houve adaptação física à pecuária leiteira (WARD, 2012) que é característica dos países do norte europeu. Estudo de Harvard aponta evidências de mudanças genéticas que propiciaram maiores chances de sobrevivência das pessoas, como a resistência ao vírus que causa a febre de lassa e a resistência parcial à malária na África, mudanças na pigmentação da pele e desenvolvimento de folículos capilares entre os asiáticos, assim como a evolução de pele mais clara e olhos azuis no norte da Europa (WARD, 2012). O estudo de Harvard atribui ao ritmo acelerado de evolução da espécie humana à variedade de ambientes pelos quais ela se moveu e às mudanças de condições de vida.

Essa evolução da espécie humana, adaptativa e com prevalência dos mais apto, demonstra que os seres humanos não estariam fadados a um determinismo biológico e

comportamental. Em verdade, a espécie é resultado de processos evolucionários, mas não só (REIS; NAVES; RIBEIRO, 2018).

A adaptação da espécie humana aos vários ambientes que passaram a ocupar e as mudanças nas condições de vida derrubaram o conceito de seleção natural, de forma que se pode aventar que a cultura, em vez da herança genética, é agora o fator decisivo para determinar a vida humana (WARD, 2012) e sua adaptação ao ambiente.

Assim, não mais a natureza, mas a cultura é que tem definido quando e quais as características pessoais são estimuladas, havendo a possibilidade, inclusive, de intervenção humana intencional por meio da seleção e modificação dos genes da futura prole (WHAT IF), através das tecnologias de edição gênica. Na era moderna, a tecnologia torna a sobrevivência da espécie humana mais fácil (WHAT IF), e, especula-se, mais dependente daquilo que o próprio homem cria.

Contudo, há que se observar que certas características da vida moderna podem levar tanto à adaptabilidade e sobrevivência quanto a situações de prejuízo da espécie, como, por exemplo, a redução do número de filhos e o adiamento da procriação (WARD, 2012).

Mesmo pelo percurso natural ou pelo caminho alterado pela tecnologia, a evolução humana é de difícil previsão. Tem-se, contudo, que a evolução é baseada primordialmente no meio ambiente (WHAT IF).

Ademais, há que se considerar que a evolução biológica humana “impõe à humanidade – a nós – a conscientização de que ferramentas e máquinas são inseparáveis da evolução da natureza humana” (MAZLISH, apud CASTELLS, 1999, p. 80). Assim, caso se reconheça que o ambiente modificado pelo ser humano a partir do incremento da técnica modifica o próprio ser humano, o Direito Ambiental há que considerar a íntima e a irrefutável interdependência entre ser humano-técnica-meio ambiente.

O intento do presente trabalho se restringe à análise da interação ambiente-homem e, portanto, passa-se a analisar a influência do ambiente sobre o ser humano. Partir-se-á de sucinta análise da relação entre meio ambiente e adoecimento humano com vistas a demonstrar o impacto do ambiente sobre a condição humana.

3. Ambiente e Repercussões no Adoecimento Humano

Condições ambientais afetam a saúde humana, fato conhecido e reconhecido. Com o aprimorar do conhecimento científico, a relação entre doença e meio ambiente é observada por ângulos distintos, mas complementares. Saúde e doença não podem mais serem vistas

desvinculadas do meio ambiente, estando superada a visão unicausal de grande parte das morbidades (NASCIMENTO, 2016).

Água e ar contaminados, ambientes insalubres e exposição a componentes tóxicos causam adoecimento, e quanto a isso não mais recaem dúvidas. Ao longo da história e, a cada época, a relação entre adoecimento e condições ambientais é analisada sob enfoques diversos à medida que o conhecimento científico se desenvolve.

Sabe-se que condições ambientais naturais podem, eventualmente, causar algum tipo de doença; é o caso, por exemplo, dos danos provocados por longas exposições ao sol ou decorrentes do frio intenso. Por outro lado, sabe-se que a ação humana na transformação da natureza para atender às suas necessidades e interesses provoca, não raras vezes, condições que podem causar danos a sua própria saúde. Dessa forma, verifica-se que o adoecimento tem vínculo com o meio no qual o indivíduo está inserido.

O interesse do presente trabalho recai sobre o que podem ser consideradas externalidades negativas surgidas a partir da criação do ambiente artificial. Para demonstrar o ponto de vista serão trazidos exemplos de influências ambientais no organismo humano.

Volta-se, então, a atenção para o uso regular, na vida cotidiana, daquilo que foi criado e passou a fazer parte do ambiente humano. Intenta-se considerar a existência de eventuais danos à saúde decorrentes da vida cotidiana no ambiente criado, por meio do uso corriqueiro de equipamentos e produtos e do estilo de vida.

3.1. Breve Resgate sobre a Relação entre Ambiente e Saúde

A relação entre a saúde das populações humanas e ambiente já está presente nos primórdios da civilização humana, por meio dos escritos hipocráticos. E, ao longo da história, diversos estudos voltaram-se para tal interação, sendo as premissas alteradas com o evoluir do conhecimento, da ciência e da tecnologia.

No início do século XIX, acreditava-se que as doenças provinham das emanções resultantes dos acúmulos de dejetos, os chamados miasmas. A consequência foi a melhoria do ambiente urbano no mundo desenvolvido por meio das medidas de higiene tomadas. No final desse século, com a descoberta do micróbio, agentes biológicos específicos passaram a ser identificados como causa de determinadas doenças. Consolidou-se, então, o conceito de unicausalidade na geração dos quadros mórbidos, fazendo com que as explicações relacionadas com o ambiente sofressem um grande retrocesso, visto a exclusão do aspecto socioambiental do adoecimento (PIGNATTI, 2004).

Com a entrada do século XX, a Ecologia firma-se como disciplina científica, e a teoria ecológica das doenças infecciosas passa a ser considerada. A interação entre o agente e o hospedeiro, ocorrendo em diversas ordens (física, biológica e social), em um determinado ambiente, é ser reconhecida e passa a preponderar a teoria da multicausalidade para o adoecimento humano (PIGNATTI, 2004).

Nas décadas de 1960-1970, compreendeu-se que o estudo do enfermo não pode ser separado do seu ambiente, do biótopo onde se desenvolve. Passa-se à consideração dos fatores geográficos, fatores sociais e humanos, assim como os fatores biológicos, ao lado do agente etiológico. Ganha espaço nos estudos a trilogia ecológica “homem-agente-meio” (PIGNATTI, 2004).

Nos anos 1980, a concepção de ambiente é retomada com a incorporação de um espaço socialmente ocupado, no qual o desenvolvimento do capitalismo e as diversas formações econômico-sociais possibilitam o reconhecimento do impacto direto do ambiente na saúde (PIGNATTI, 2004). São encampados o aspecto social, relacional e o modo de vida nas análises sobre o adoecimento.

Na década de 1990, pesquisadores ingleses, norte-americanos e canadenses passam a observar fatores como crescimento populacional e perfil de mortalidade, desigualdade social e qualidade de vida, aumento do buraco de ozônio e crescimento da radiação ultravioleta, urbanização e poluição do ar, poluição da água e consequências à saúde, dentre outros. Passa-se a fazer, assim, uma abordagem ecossistêmica da saúde (PIGNATTI, 2004).

Com o desenvolvimento do Projeto Genoma Humano, ocorrido entre 1990 e 2003, foi possível mapear a configuração genética do ser humano e a identificação de genes relacionados a diversos tipos de doenças. Como consequência, os estudos foram direcionados ao componente genético do adoecimento, tendo o conceito de determinismo genético ganhado força. Questões ambientais e sociais, então, perderam espaço no estudo da etiologia das morbidades ante o crescimento das técnicas de mapeamento e engenharia genética (NASCIMENTO, 2016).

Entretanto, nesse mesmo período, em vertente mais global de análise, ampliaram-se os estudos sobre a inter-relação entre meio ambiente e genética, dando-se vista à ecogenética, que é um campo de estudo da genética que tem por objetivo analisar como os fatores ambientais promovem o desencadeamento de doenças cujas origens têm componente genético identificado; ou, sob outro ângulo, como a variabilidade genética existente nos indivíduos e relacionada com o surgimento de quadros mórbidos é desencadeada quando exposta a condições ambientais específicas (NASCIMENTO, 2016).

Como se pode observar, ao longo da história, o conhecimento científico direcionou as pesquisas médicas para uma ou outra vertente, de componentes externos ao organismo humano, passando por condições vinculadas exclusivamente aos genes até o atual reconhecimento de concausas, incluindo as ambientais. O que se tem, portanto, no presente momento, é o reconhecimento da importância da interação dos componentes físico e ambiental no processo de adoecimento das populações humanas.

A pertinência do estudo sobre a relação ambiente e adoecimento não escapa, por óbvio, à Organização Mundial de Saúde - OMS, que informa que os fatores de risco ambiental contribuem para mais de 100 tipos de doenças e 23% das mortes no mundo (WHO, 2016). A saúde é, assim, reconhecida como intrinsecamente relacionada ao meio ambiente, de sorte que o próprio conceito deve considerar tal vínculo.

A OMS apresenta como conceito de saúde “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade” (OMS, 1946), vinculando ambiente e componente físico, ao mencionar o aspecto social que inclui, ainda, o aspecto relacional.

Entretanto, incidem críticas sobre o conceito apresentado pela OMS. Alerta José Roque Junges que, vulgarmente, entende-se que saúde seria a ausência de doença, esta representada por existência de disfunções no corpo ante um mal funcionamento dos órgãos humanos. Nesse diapasão, a saúde humana estaria restrita ao bem-estar físico e corporal. A citada definição apresentada pela OMS procura superar esta visão simplista ao englobar outras dimensões da vida humana, concebendo a saúde como o estado de bem-estar físico, mental e social. Contudo, ainda que represente uma visão mais ampla, esse conceito representa uma concepção estática, e o completo estado de bem-estar é ilusório (JUNGES 2006).

Hoje em dia defende-se que a saúde seja um processo de adaptação contínua ao ambiente e a agentes externos. Dessa forma, “saúde é a capacidade de se adaptar a um meio em contínua mudança; capacidade de crescer, de envelhecer, de curar às vezes, de aceitar, quando necessário, o sofrimento e, finalmente, de espera a morte em paz” (JUNGES, 2006, p. 143).

Também aspectos relacionados ao estilo de vida não podem ser desconsiderados: é amplamente sabido que sedentarismo, tabagismo, alcoolismo, o tipo de alimentação e o estresse impactam no quadro geral de saúde das populações humanas. E mesmo a interação com equipamentos presentes na vida cotidiana pode causar adoecimento: toma-se como exemplo o surgimento de casos de pessoas eletro sensíveis.

A eletro sensibilidade tem sido apontada como a origem de sintomas como cansaço, dor de cabeça, tontura, sensação de queimação, espasmos, náusea e palpitações que algumas pessoas apresentam e relacionam com a aproximação a campos magnéticos gerados por telefones celulares, wi-fi e outras tecnologias modernas. Embora até o momento não existam estudos científicos que demonstrem a existência da eletro sensibilidade e a OMS afirme que essa condição, também conhecida como hipersensibilidade eletromagnética, não seja um diagnóstico médico, pessoas afirmam que são acometidas por tal síndrome, algumas das quais optam, inclusive, por deixar a vida nas cidades onde a incidência das ondas eletromagnéticas é maior. Outras decidem criar um ambiente que evitaria o contato com as ondas eletromagnéticas e adotam medidas que bloqueariam os campos eletromagnéticos. A *Public Health England* reconhece que algumas pessoas relatam sintomas de exposição a campos eletromagnéticos gerados por dispositivos de uso diário, mas afirma que não há evidências científicas que embasem a existência da condição. No entanto, existem, na Inglaterra, clínicas particulares que oferecem tratamento para os sintomas relatados. Ademais, a *Public Health England* considera a possibilidade de haver um pequeno aumento na exposição às ondas de rádio quando o sistema 5G de telefonia móvel estiver disponível, mas entende pouco provável a existência de consequências para a saúde pública (BBC NEWS, 2020).

O problema de eletro sensibilidade aparece em outros países. O governo sueco tem dado ajuda financeira para as pessoas com essa condição desde a década de 1990; em 2015, um tribunal na França concedeu uma pensão por invalidez a uma mulher devido a seus sintomas e, no Reino Unido, há dois anos, uma cidadã recebe um benefício social equivalente a uma pensão por invalidez em razão da hipersensibilidade às ondas eletromagnéticas (BBC NEWS, 2020). Ainda que não seja reconhecida como uma síndrome, a hipersensibilidade reflete exemplo de que, eventualmente, o aparato técnico leva a comodidades potencialmente danosas ao seu criador, o ser humano.

Saúde e doença, então, são hodiernamente reconhecidas como resultados da tríade: configuração física, ambiente e estilo de vida, não sendo mais possível trabalhar sobre o conceito de causação única das doenças e sim no de associação de fatores. É nesse sentido que se torna pertinente considerar nos estudos sobre o meio ambiente e, via de consequência, do Direito Ambiental, os efeitos dos fatores ambientais sobre o corpo humano.

No Brasil, vinculado ao Ministério da Saúde, existe um órgão de Saúde Ambiental que atua por meio de um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento e a detecção de mudanças nos fatores determinantes e condicionantes do meio ambiente que interferem

na saúde humana. O objetivo é a prevenção e controle dos fatores de risco ambientais relacionados às doenças ou a outros agravos à saúde. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2022).

Em âmbito mundial, o *Regional Centre for Environmental Health Action* (CEHA), por meio do Escritório Regional para o Mediterrâneo Oriental vinculado à Organização Mundial de Saúde, fornece orientação técnica, suporte programático, consultoria e serviços voltados aos Estados Membros e agências parceiras para regulação, vigilância e gerenciamento de riscos ambientais (WHO). Há também a atuação do *National Institute of Environmental Health Sciences* (NIEHS) vinculado ao *National Institutes of Health* (NIH), parte do Departamento de Saúde e Serviços Humanos dos EUA, que é a agência de pesquisa médica do país. A missão apontada pelo NIEHS é descobrir como o ambiente afeta as pessoas, a fim de promover vidas mais saudáveis por meio da ampliação do conhecimento científico da saúde humana e do meio ambiente (NIEHS). Cabe destacar que o NIEHS alerta que a verificação de mudança da incidência de doenças tradicionais, como as infecciosas e parasitárias – malária, tuberculose, hepatite, dentre outras, para as doenças modernas, estas não transmissíveis – câncer, obesidade, doenças cardíacas, dentre outras, ligadas à vida moderna e ao estilo de vida contemporâneo. O NIEHS apresenta um escopo de atuação muito mais amplo o que indica um aditamento significativo nos estudos sobre a interação entre ambiente e saúde.

É de ciência que a vida moderna tem deixado marcas no corpo e mesmo no componente genético humano que, acreditava-se, era inato. A constatação de que as condições ambientais interferem nos genes leva à superação do determinismo genético e ao reconhecimento da participação do meio como propulsor de alterações fisiológicas. É de se reconhecer, então, que a saúde física deve ser pauta nas discussões na área do Direito Ambiental a fim de que normas delimitem comportamentos no sentido de preservar a saúde física. Assim, o campo do Direito direcionado à aplicação e efetividade das normas protetivas da qualidade ambiental precisa estar atento às questões voltadas para as alterações do quadro geral de saúde da população humana.

4. Corpos em Adaptação

Durante séculos, os cientistas acreditaram que os ossos cresciam de maneira previsível, de acordo com as instruções genéticas herdadas. Entretanto, hoje se sabe que o esqueleto humano pode se adaptar ao ambiente (GOVERTT, 2020). Estudos recentes parecem não deixar dúvidas de que a vida moderna está tendo um impacto nos ossos humanos. Há vários exemplos: as mandíbulas estão ficando menores e há a constatação de que os cotovelos de jovens alemães estão mais estreitos do que nunca.

Na Universidade de Potsdam, na Alemanha, foi desenvolvido um estudo que demonstra que os cotovelos estão encolhendo em decorrência do sedentarismo a que estão sendo submetidas as crianças e que os cotovelos mais encolhidos seriam uma adaptação à vida moderna, “já que não faz sentido cultivar ossos dos quais você não precisa.” (GOVERTT, 2020) Pesquisadora da Universidade Estadual de Nova York, nos EUA observou que o formato da mandíbula não está relacionado apenas com o fator genético, mas com o fato de o indivíduo ter crescido ou não em uma comunidade agrícola ou de caçadores-coletores. Aspectos ortodônticos também foram observados: nas populações pós-industriais, é mais provável que haja problemas dentários – como dentes tortos ou desalinhados por falta de espaço. As alterações no formato da mandíbula surgidas em decorrência do estilo de vida podem também ter efeito positivo: alteração na fala com a possibilidade de pronunciar novos sons (GOVERTT, 2020).

Outra alteração que está sendo observada é o crescimento do número de pessoas com um nódulo ósseo, ou “protuberância occipital externa”, que até recentemente era bastante raro. Pesquisa realizada na Universidade de Sunshine Coast, na Austrália, mostrou que uma em cada quatro pessoas jovens, entre 18 e 30 anos, tinha o nódulo ósseo, levantando-se a hipótese de que a presença cada vez maior dessa protuberância se deve à tecnologia, particularmente uso constante de smartphones e tablets. O surgimento de dor acompanhando o uso constante desse tipo de aparelhos recebeu o nome de *text neck* (síndrome do pescoço de texto ou do pescoço tecnológico) (GOVERTT, 2020).

A musculatura e os ossos também estão deixando de serem usados em razão das facilidades trazidas por mecanismos de locomoção, aumentando os riscos de fraturas e atrofias; afinal o que não se usa, se perde (PLITT, 2020). O estilo de vida moderno, primordialmente baseado em equipamentos, está provocando até mesmo a ampliação do número de quedas e de mortes relacionadas a estas. Relatório da OMS de 2018 informa que cerca de 646 mil pessoas morrem a cada ano em decorrência de quedas, sendo que 37,3 milhões delas são graves o suficiente para exigir cuidado médico. Além disso, a idade em que as quedas geralmente começam a ocorrer (normalmente em adultos com mais de 60 ou 65 anos) está diminuindo. A razão é que os seres humanos estão perdendo a capacidade de se manter em equilíbrio (PLITT, 2020) que é resultante da interação entre visão, ouvidos, cérebro e músculos, que decorre de um processo de amadurecimento na infância e que requer manutenção ao longo da vida. A vida moderna tem diminuído as oportunidades de prática dessa interação, visto o homem estar ficando mais sedentário. Ademais, ficar longos períodos frente a uma tela afeta a visão impedindo os olhos de fixarem pontos mais distantes e, além

disso, a supressão de mecanismo de ajuste da visão entre pontos próximos e distantes prejudica a visão e, conseqüentemente, o equilíbrio (PLITT, 2020).

Tem sido estimado, pela Academia Americana de Oftalmologia - AAO que, no ano de 2050, metade da população mundial terá miopia, o que configura uma epidemia. Dentre os motivos apontados para esse incremento de casos é o uso excessivo de telas digitais, como tablets, celulares, videogames e televisão por crianças e adolescentes. Destarte, o número de prescrições de óculos pelos oftalmologistas no Brasil triplicou para crianças de 6 a 8 anos, se comparado há cinco anos (FERNANDES FILHO, 2022).

A miopia foi apontada pela OMS, como um dos problemas de saúde pública que mais cresce no mundo, visto que, até os cinco anos, o número de crianças que sofrem de miopia é de cerca de 1%; aos 10 anos, a porcentagem sobe para 8%; e aos 15 anos, já chega aos 15%. No Brasil, o Hospital de Olhos de São Paulo observou um aumento de 23% nos diagnósticos de miopia em crianças de 0 a 12 anos no primeiro semestre de 2021, comparado com o mesmo período de 2020 (FERNANDES FILHO, 2022)⁴.

Até mesmo a puberdade, com o aumento significativo de número de casos de puberdade precoce, tem sido alterada na em razão do estilo de vida permeado pela tecnologia: originalmente a puberdade não ocorria antes dos oito anos, nas meninas, e dos nove, nos meninos. Atualmente, tem ocorrido em faixas etárias cada vez mais baixas, especialmente nas meninas. Estudo realizado na Universidade de Copenhague demonstra que há uma queda de três meses por década para o início da puberdade entre as meninas (FELIX, 2022). O componente genético, representado por uma mutação em determinado gene, é reconhecido e estudado no que tange a puberdade precoce, mas o ponto a despertar interesse científico no momento é a correlação com variáveis no estilo de vida que também podem acelerar o processo.

Aspectos como obesidade e sedentarismo, além do excesso de exposição a telas e acesso a conteúdo erótico estão sendo apontados como concausas na ocorrência da puberdade precoce. Este é o resultado apontado por estudo italiano que demonstra o incremento de 122% de casos entre as meninas e que ressalta a grande exposição a jogos e aulas on-line, que aumentou em razão da pandemia de covid-19. A luminosidade das telas de computadores, smartphones e outros inibe a liberação de melatonina, hormônio cuja deficiência estimula a entrada na puberdade. Tal situação pode levar a alterações nas relações

⁴ É pertinente lembrar que o período no qual se observou o aumento do número de prescrição médica de óculos corretivos para miopia corresponde à pandemia de covid-19, quando foi necessário isolamento e aumentou o tempo disponível de acesso a equipamentos eletrônicos.

sociais e na estatura, visto que a puberdade precoce pode significar a perda de altura entre 10 e 20 centímetros em relação ao potencial genético do indivíduo (FELIX, 2022).

Estes são exemplos sucintamente apresentados para demonstrar que o corpo humano se adapta às condições de vida do homem moderno. Mesmo em relação às estruturas identificadas como imutáveis, como ossos e genes, a ciência demonstra, hoje, que são passíveis de adaptação, daí a importância do estudo transdisciplinar da relação entre ser humano e meio ambiente.

Ante a constatação de que o corpo apresenta evolução, surge a indagação, talvez inquietação, do que acontecerá com a espécie humana, uma vez que o ser humano continua a mostrar mudanças geneticamente induzidas em sua fisiologia e, simultaneamente, desenvolve adaptações ao mundo que cria.

A técnica e o uso das diversas tecnológicas, quando aliada à ciência, “encurtou” e alterou os rumos da evolução humana. Dessa maneira, supõe-se a superação do conceito de evolução natural em relação à espécie humana ou, ao menos se deve considerar, que a evolução baseada na seleção natural não mais configura a única fonte de adaptação da espécie humana.

5. Considerações Finais

Verificou-se, neste trabalho, que o ser humano sofre alterações físicas, inclusive genéticas, a partir de estímulos ambientais que, eventualmente, levam ao adoecimento. A partir daí, tomou-se como certo que é objeto do Direito Ambiental a tutela das características físicas humanas. Esse específico ramo do Direito tem, portanto, que definir normas e direcionar medidas para a efetiva proteção da configuração humana, cabendo ao Poder Público atentar-se para informações oriundas das ciências médicas quando do estabelecimento de políticas ambientais. A análise recaiu sobre a parcela da população humana que vive em agrupamentos (cidades) e que representam mais da metade da população mundial.

O ser humano, espécie que prosperou por meio da seleção natural, desenvolveu uma série de mecanismos adaptativos ao meio ambiente artificial. Na era da técnica a evolução da espécie humana não segue mais o lento fluxo da seleção natural, baseado na sobrevivência do mais apto e do mais forte. A cultura, o modo de viver e de ser, passam a ter maior influência na determinação das características humanas que prevalecerão. A seleção natural não mais prepondera para a configuração do ser humano; é a cultura que tem determinado uma remodelagem ocorrida do nível genético ao psíquico. Ao modificar o ambiente, o ser

humano modifica a si mesmo. Assim, foram apresentados exemplos de como o corpo humano foi alterado para se adaptar ao meio e aos equipamentos que a técnica criou.

O Direito é regulador de condutas com vistas a preservar, ao menos em tese, o equilíbrio nas relações sociais. É, também garantidor da dignidade da pessoa humana, sendo vida digna corolário de vida saudável. Por conseguinte, é de pertinência ao Direito resguardar a configuração humana.

Referências Bibliográficas

BBC News. Eletro sensíveis: as pessoas que se sentem doentes quando estão perto de celulares e torres de transmissão. 11 out. 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-54223464?at_custom1=%5Bpost+type%5D&at_campaign=64&at_custom2=facebook_page&at_custom4=73129BB2-0C1A-11EB-A74D-D23116F31EAE&at_medium=custom7&at_custom3=BBC+Brasil&fbclid=IwAR0plpXjKZrAx1DCqwI4o7NXu96yC5RtomypV3w0bqZyx6UT6VInOpjz5E Acesso: 16 jun. 2022.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

FELIX, Paula. Casos de puberdade precoce aumentam e chamam atenção de pediatras. Revista Veja. 3 jun 2022. Disponível em https://veja.abril.com.br/saude/casos-de-puberdade-precoce-aumentam-e-chamam-atencao-de-pediatras/?utm_campaign=later-linkinbio-vejanoinsta&utm_content=later-27462990&utm_medium=social&utm_source=linkin.bio Acesso: 16 jun. de 2022.

FERNANDES FILHO, Eduardo. Epidemia de miopia: número de prescrição de óculos para crianças triplicou no país, comparado há 5 anos. O Globo. 02/12/2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/saude/medicina/noticia/2022/12/epidemia-de-miopia-numero-de-prescricao-de-oculos-para-criancas-triplicou-no-pais-comparado-ha-5-anos-entenda.ghtml> Acesso: 04 dez. 2022.

GOVERTT, Zaria. Como a vida moderna está mudando o esqueleto humano. BBC Future. 15 agosto 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/revista-52959148?at_custom3=BBC+Brasil&at_custom4=3B41BF56-DF4C-11EA-9AAC-C6103A982C1E&at_campaign=64&at_custom2=facebook_page&at_custom1=%5Bpost+type%5D&at_medium=custom7&fbclid=IwAR0O8O9_-s2AwWsIRMXIlf6MWpSdApJ3wd6mF97Q0g-nI-d6n99HYsh0YyY Acesso: 21 jan. 2022.

JUNGES, José Roque. Bioética: hermenêutica e casuística. São Paulo: Loyola, 2006.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/svs> Acesso: 27 ago. 2022.

NASCIMENTO, Simone Murta Cardoso do. Meio ambiente e saúde: desdobramentos éticos e jurídicos da ecogenética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

OMS - Organización Mundial de la Salud. Constitución de la Organización Mundial de la Salud – 1946. Disponível em: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf. Acesso: 14 maio 2020.

PIGNATTI, Marta G. Saúde e ambiente: as doenças emergentes no Brasil. *Ambiente & Sociedade* – Vol. VII n.º 1 jan./jun. 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/asoc/v7n1/23540.pdf> Acesso: 14 mar. 2020.

PLITT, Laura. Por que os seres humanos estão perdendo o equilíbrio, e como fazer para recuperá-lo. *BBC News Mundo*. 26 dezembro 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-55106089?at_custom4=8C39960C-47B3-11EB-B309-AC904D484DA4&at_campaign=64&at_custom1=%5Bpost+type%5D&at_medium=cust+om7&at_custom3=BBC+Brasil&at_custom2=facebook_page&fbclid=IwAR2EM1zO3FlfH4sq9JQgaUJb_Ali4XRRYomkX93ZdaUP6iuSFg3mlTmbsnw Acesso: 21 jan. 2022.

REIS, E. V. B.; NAVES, B. T. O.; RIBEIRO, L. G. G. UM POSICIONAMENTO JURÍDICO-FILOSÓFICO CONTRA A METAFÍSICA DOS “ISMOS”: UMA ANÁLISE SOBRE OS ANIMAIS. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 31, p. 67-94, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1265>. Acesso em: 18 dez. 2022.

WARD, Peter. *What May Become of Homo sapiens: Conditions of modern life could be driving changes in the makeup of our genes. Our bodies and our brains may not be the same as those of our descendants*. *Scientific American*. November 1, 2012. Disponível em: <https://www.scientificamerican.com/article/what-may-become-of-homo-sapiens/> Acesso: 05 jan. 2022.

WHAT IF. *What if our body kept evolving*. Disponível em: <https://whatifshow.com/what-if-our-bodies-kept-evolving/?fbclid=IwAR3MOSLsQZodN6ztOHVYOutusQixnQAHgFaFTYUcN0LhLtENSNeutjh5nI0> Acesso: 11 de jan. 2022.

WHO – World Health Organization. *Preventing disease through healthy environments: A global assessment of the burden of disease from environmental risks*, 2016. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/204585/9789241565196_eng.pdf;jsessionid=240DCEAF0D9F379F305353D1BFB2AB57?sequence=1 Acesso: 14 maio 2020.

O Direito à Moradia Adequada nas Cidades Brasileiras Analisado A Partir da Perspectiva de Uma Regularização Fundiária Urbana Sustentável

Taciana Cecília Ramos¹

Sumário: Introdução; 1. Principais disposições do ordenamento jurídico brasileiro e de convenções e tratados internacionais sobre o direito à moradia, com enfoque em sua adequação; 1.1. Direito à moradia no plano constitucional brasileiro; 1.2. Direito à moradia no plano infraconstitucional brasileiro; 1.3. Direito à moradia na perspectiva internacional; 2. Dados referentes ao direito à moradia (ou à falta de acesso a ela) no Brasil; 3. Encaminhamentos possíveis para a contribuição da efetivação do direito à moradia adequada no Brasil: considerações acerca da regularização fundiária sustentável; Referências.

Resumo: O direito à moradia representa um direito humano fundamental constitucional, o qual tem sido historicamente violado no Brasil. Ratifica esta assertiva a relação de dados estatísticos alarmantes no País acerca da falta de efetivação desta jusgarantia, especificamente no que tange ao direito de moradia adequada no contexto urbano. Muitos brasileiros e brasileiras não possuem verdadeiro acesso aos serviços urbanos, tais como água limpa e saneamento básico, entre outras possibilidades de vida digna nas cidades, em virtude da informalidade de suas moradias. Elementos interseccionais como raça, renda e gênero igualmente permeiam esta discussão, reforçando este cenário de desigualdades. Prezando por esse contexto é que o presente estudo pretende perscrutar a concretização desse direito no País a partir da promoção de uma regularização fundiária urbana sustentável. Utilizando, então, o método dedutivo, com pesquisa de natureza exploratória e descritiva, entendeu-se que a aplicação da regularização fundiária para o melhoramento do cenário de “cidades informais”, marginalizadas e precárias, é válida, porém não é suficiente para a devida realização do direito à moradia adequada. Para tanto, é essencial a implementação de outros mecanismos jurídicos, sociais, econômicos e políticos para a promoção de direitos básicos da dignidade humana, cuja iniciativa precípua é dos Poderes Públicos.

Palavras-chave: Direito à moradia; Moradia adequada; Regularização fundiária; Cidade sustentável.

Abstract: The right to housing represents a fundamental constitutional human right, which has been historically violated in Brazil. This assertion is confirmed by the list of alarming statistical data in the country regarding the lack of implementation of this legal guarantee, specifically with regard to the right to adequate housing in the urban context. Many Brazilian men and women do not have true access to urban services, such as clean water and basic sanitation, among other possibilities for a dignified life in cities, due to the informality of their housing. Intersectional elements such as race, income and gender also permeate this discussion, reinforcing this scenario of inequalities. Valuing this context, this study intends to examine the realization of this right in the country through the promotion of sustainable urban land regularization. Using, then, the deductive method, with research of an exploratory and descriptive nature, it was understood that the application of land regularization to improve the scenario of “informal cities”, marginalized and precarious, is valid, but is not sufficient for the proper realization of the right to adequate housing. To this end, it is

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Técnica-Administrativa em Educação na Pró-reitoria de Extensão e Cultura (PROEXC) da UFU. E-mail: tceciliaramos@gmail.com.

essential to implement other legal, social, economic and political mechanisms to promote basic rights of human dignity, the main initiative of which belongs to the Public Authorities.
Keywords: Right to housing; Adequate housing; Land regularization; Sustainable city.

Introdução

O direito à moradia é uma construção jurídica moderna e inicialmente ligada à ideia de posse de um local apropriado para abrigar-se e desenvolver-se com segurança, Tal direito é considerado por documentos nacionais e internacionais como “não apenas a moradia enquanto um objeto físico de quatro paredes, um teto, mas a moradia como possibilidade de acesso aos meios de vida, à água, a toda infraestrutura, à educação, à saúde”².

Isso equivale a dizer que o direito à moradia é um meio de acesso à cidade e a todos os seus serviços, tendo relação, portanto, com o exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana, fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro - artigo 1º, incisos II e III, respectivamente, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/1988³.

Ademais, a persecução desse direito se alinha a pensar os espaços urbanos como sustentáveis, ou seja, cidades pensadas em uma perspectiva global, com equidade, sendo os custos e os benefícios proporcionais e solidariamente repartidos⁴. Essa percepção, contudo, não foi acompanhada ao longo do crescimento urbano brasileiro, que contém fortes traços de desigualdade na produção e na apropriação do espaço, até mesmo pela desigualdade socioeconômica encontrada de forma histórica no País.

Este artigo, então, delimitou-se em verificar a efetivação do direito à moradia adequada no Brasil no presente momento, e como a estruturação de mecanismos jurídicos existentes, tais como a regularização fundiária urbana baseada na sustentabilidade, poderiam favorecer a concretização desse direito humano fundamental.

Por conseguinte, o problema deste trabalho científico está centrado na seguinte indagação: Em que medida a utilização de mecanismos como a regularização fundiária sustentável poderia contribuir para a efetivação do direito à moradia adequada nas cidades no Brasil?

² ROLNIK, Raquel. Moradia é mais que um objeto físico de quatro paredes. Entrevista concedida à Revista eletrônica e-metropolis. Revista eletrônica e-metropolis, n. 5, ano 2, jun. 2011, p. 37. Disponível em: <http://emetropolis.net/artigo/36?name=moradia-e-mais-que-um-objeto-fisico-de-quatro-paredes>. Acesso em: 23 mar. 2023.

³ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 out. 2023.

⁴ BOFF, Leonardo. Sustentabilidade: o que é - o que não é. Rio de Janeiro: Vozes, 2013, p. 17.

A primeira hipótese é de que possivelmente a regularização fundiária representa um mecanismo relevante para a promoção do referido direito no Brasil, tendo em vista que esse instituto pode ser compreendido como instrumento de mutabilidade de “cidades informais” e marginalizadas para a promoção de um novo paradigma urbano socioambiental pautado na sustentabilidade.

A segunda hipótese consiste no entendimento de que, eventualmente, somente a aplicação da regularização fundiária para reparação de problema de moradias inadequadas no País não se mostra suficiente, ainda que em moldes sustentáveis, sendo necessária a implementação de outros mecanismos jurídicos, sociais, econômicos e políticos complementares. As duas hipóteses não são excludentes entre si, sendo que, com o desenvolvimento deste trabalho, pode-se validar ou refutar a primeira hipótese, a segunda ou ambas.

O objetivo geral deste estudo, desse modo, é perscrutar a efetivação do direito à moradia adequada no Brasil a partir da promoção de uma regularização fundiária urbana sustentável. Para melhor análise dessa temática, então, tem-se como objetivos específicos elencar as principais disposições do ordenamento jurídico brasileiro e de convenções e tratados internacionais sobre o direito à moradia adequada; relacionar dados atuais sobre a fruição ou não desse direito pelas populações urbanas no Brasil; e apresentar encaminhamentos possíveis que contribuam com a maior realização dessa garantia fundamental, considerando a regularização fundiária, prevista na Lei nº 13.465/2017, como um mecanismo viável para tanto.

O método de abordagem a ser utilizado neste artigo será o dedutivo, com o emprego de pesquisa bibliográfica e com a revisão da literatura sobre o tema, enfatizando pesquisas que tratam do direito à moradia, da regularização fundiária e da sustentabilidade. Quanto aos objetivos, este estudo é exploratório e descritivo. Apresentada essa metodologia, inicia-se a análise proposta, com o intuito de contribuir para um debate crítico e reflexivo acerca da sustentabilidade do espaço urbano a partir da consolidação do direito à moradia adequada das pessoas que o habitam.

1. Principais Disposições do Ordenamento Jurídico Brasileiro e de Convenções e Tratados Internacionais Sobre o Direito à Moradia, com Enfoque em sua Adequação

A moradia adequada é um dos direitos humanos fundamentais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e pela legislação

internacional. Neste contexto, tal jusgarantia foi reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e, igualmente, no pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1966 - como será detalhado adiante -, tornando-se um direito humano universal, aceito e aplicável em vários países como um dos direitos intrínsecos à dignidade da pessoa humana.

1.1. Direito à Moradia no Plano Constitucional Brasileiro

No âmbito constitucional brasileiro, a doutrina sinaliza, inicialmente, que sempre há como reconhecer um direito fundamental à moradia como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CRFB/1988), tendo em vista que tal princípio reclama a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade na sua dimensão positiva, sendo, igualmente, uma norma jurídica com fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, porém, indubitavelmente, destinados à proteção da dignidade⁵.

Consonante a essa perspectiva de que o direito à moradia é um direito de subsistência, vinculado à ideia de expressão mínima do próprio direito à vida⁶ (SARLET, 2010, p. 15), o artigo 5º da CRFB/1988 estabeleceu, além do princípio da igualdade de todas e todos perante a lei em seu “caput”, várias disposições protetivas ao direito à moradia:

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:

(...)

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

(...)

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: Algumas anotações a respeito desse contexto, conteúdo e possível eficácia. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 20, dezembro/janeiro/fevereiro, 2009-2010, p. 12. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/370724/mod_resource/content/1/direito-fundamental-c3a0-moradia-ingo-sarlet.pdf. Acesso em: 10 mai. 2023.

⁶ Ibidem, p. 15.

de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento; (...)⁷

No artigo 6º, o texto constitucional afirma que são direitos sociais “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”⁸. Já no artigo 182 da CRFB/1988 consta que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo ordenar “(...) as funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”, e a propriedade urbana cumpre esta função “quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”⁹.

Ainda em sede constitucional, o artigo 23, inciso IX, prevê que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”¹⁰. A CRFB/1988 também trata do direito de propriedade imobiliária (artigo 183) e da desapropriação de imóveis rurais e a função social destes (artigos 184 e 186, respectivamente)¹¹.

Compreende-se, em vista das disposições citadas acima, que o direito à moradia, mesmo que esteja explícito na Constituição de 1988, carece de força normativa plena, sendo necessário, assim, conferir-lhe aplicabilidade fática. Esse direito humano fundamental deve ser concretizado mediante a realização de medidas e programas habitacionais resultantes de políticas sociais adequadas, ou, ainda, “por meio da função judicial, na correção das distorções constitucionais”¹².

1.2. Direito à Moradia no Plano Infraconstitucional Brasileiro

Em sequência aos ditames constitucionais, existem diferentes normas protetivas do direito à moradia no ordenamento jurídico nacional, que serão aplicadas de acordo com a área de interesse específico dessa discussão, tais como a moradia na política urbana ou

⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2023.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

¹² GUERRA, Gustavo Rabay; COSTA, Alexandre Bernardino. Direito a que cidade? A construção social do direito à moradia e ao convívio dignos na paisagem urbana (a partir da constituição e da democracia). Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília – DF, nov. 2008, p. 6090. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/01_789.pdf. Acesso em: 01 jun. 2023.

agrária, a moradia para povos indígenas, os quilombolas, o viés pelo meio ambiente e, inclusive, sobre recursos hídricos, em sua relação com essa temática¹³.

Para o presente estudo, então, vale indicar neste tópico três legislações importantes para a discussão do direito à moradia adequada no País no contexto urbano. A primeira legislação relevante em vigência é a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, conhecida como “Estatuto da Cidade”, que estabelece normas que regulam “o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”¹⁴ e reforça, nos artigos 9º e 10, o conteúdo do artigo 183 da Constituição Federal sobre a questão do direito de propriedade imobiliária.

Outro regramento válido para o presente debate é a Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005, dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS) e institui o Conselho Gestor do FNHIS para garantir o direito à habitação para a população de baixa renda¹⁵.

Já a Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007 prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União. O Poder Executivo, mediante atuação da Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ficou autorizado a executar ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União¹⁶.

¹³ Podem ser mencionados como marcos normativos nesse âmbito o Estatuto da Terra (Lei nº 8629/1964), sobre política agrária; Código Florestal (Lei nº 4771/1965), que dispõe sobre coberturas florestais; Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9433/1997), sobre proteção e gestão dos recursos hídricos; Estatuto do Índio (Lei nº 6001/1973), sobre direitos dos povos indígenas; Lei da Ação Civil (Lei nº 7347/1985), sobre defesa judicial dos interesses difusos e coletivos; Lei nº 8629/1993, que regulamenta os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária; Decreto nº 1775/1996, que versa sobre a demarcação de terras indígenas; Decreto nº 4887/2003, sobre demarcação das terras remanescentes de quilombos; e Resolução nº 237 CONAMA, cujo objeto é o licenciamento ambiental, inclusive sobre a exigência de elaboração do Estudo de Impacto Ambiental - Relatório de Impacto Ambiental (EIA-RIMA) (USP. Guia: Como atuar em projetos que envolvem despejos e remoções? 2011, p.10. Disponível em: <http://www.direitoamoradia.fau.usp.br/?cat=539&lang=pt&temas=remocoes-forçadas>. Acesso em: 08 jun. 2023.)

¹⁴ BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jul. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 15 mai. 2023.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jun. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111124.htm. Acesso em: 15 mai. 2023.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007. Dá nova redação a dispositivos das Leis nºs 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.666, de 21 de junho de 1993, 11.124, de 16 de junho de 2005, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, 9.514, de 20 de novembro de 1997, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dos Decretos-Leis nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, 1.876, de 15 de julho de 1981, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987; prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 31 mai. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111481.htm. Acesso em: 15 mai. 2023.

Esse mesmo Poder Público ficou competente pela regularização das ocupações nesses imóveis, inclusive de assentamentos informais de baixa renda, podendo, para tanto, firmar convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios em cujos territórios se localizem e, observados os procedimentos licitatórios previstos em lei, celebrar contratos com a iniciativa privada (art. 1º da referida Lei)¹⁷. Percebe-se, então, a evidente responsabilidade dos diferentes Poderes do Estado como principal promotor do direito à moradia no Brasil, em um comprometimento sustentável com essa competência.

1.3. Direito à Moradia na Perspectiva Internacional

Apresentado esse enquadramento geral do direito à moradia no ordenamento jurídico pátrio, convém alinhar que o direito à moradia adequada é um direito humano reconhecido na legislação internacional dos direitos humanos, como componente do direito a um padrão de vida adequado. Uma de suas primeiras referências está no Artigo 25 (1) da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que diz, textualmente:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e 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 fora de seu controle¹⁸.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), amplamente considerado como o instrumento central para a proteção do direito à moradia adequada, nos mesmos moldes da DUDH, refere-se ao direito de todos a um padrão de vida adequado para si e sua família, incluindo alimentação, vestuário e habitação, e com a melhoria contínua das condições de vida (art. 11)¹⁹.

Nesse mesmo sentido, o Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotou vários comentários gerais sobre o direito à moradia adequada. Os Comentários Gerais

¹⁷ BRASIL. Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007. Dá nova redação a dispositivos das Leis nºs 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.666, de 21 de junho de 1993, 11.124, de 16 de junho de 2005, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, 9.514, de 20 de novembro de 1997, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dos Decretos-Leis nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, 1.876, de 15 de julho de 1981, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987; prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 31 mai. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111481.htm. Acesso em: 15 mai. 2022.

¹⁸ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 10 mai. 2023.

¹⁹ BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 10 mai. 2023.

nº 4, 7 e 16, especificamente, tratam das questões relacionadas com a habitação e constituem diretrizes seguras sobre as disposições do PIDESC²⁰.

A Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos (1976), a Agenda 21 (1992), a Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos (1996), a Agenda Habitat (1996) e a Declaração do Milênio e de Desenvolvimento do Milênio (2000) também são normativas que esclarecem o direito à moradia adequada e confirmam os compromissos dos Estados-membros da ONU para a sua realização²¹.

A garantia do acesso de todos a habitação segura, adequada e a preço acessível, aos serviços básicos e urbanizar as favelas é, outrossim, uma das metas do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 11 da Agenda 2030 da ONU. Além dessa, outras 67 metas se relacionam diretamente ao tema da habitação e 38 indiretamente²².

Nesse contexto, mais do que o acesso a uma casa, a moradia deve ser considerada adequada de acordo com sete critérios estabelecidos pelo Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU):

- Segurança da posse: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças.
- Disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura: a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo.
- Economicidade: a moradia não é adequada, se o seu custo ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes.
- Habitabilidade: a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde.
- Acessibilidade: a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos desfavorecidos e marginalizados não são levados em conta.
- Localização: a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas.
- Adequação cultural: a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural.²³

²⁰ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Direito à moradia adequada. – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013, p. 32-33, il. – (Por uma cultura de direitos humanos). Disponível em: https://urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/DH_moradia_final_internet.pdf. Acesso em: 10 mai. 2023.

²¹ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Direito à moradia adequada. – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013, p. 33, il. – (Por uma cultura de direitos humanos). Disponível em: https://urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/DH_moradia_final_internet.pdf. Acesso em: 10 mai. 2023.

²² ARTEMISIA. Tese de Impacto Social em Habitação - Oportunidades para Empreender com Impacto. Setembro 2021, p. 20. Disponível em: <https://artemisiam.org.br/habitacao/tese/>. Acesso em: 10 mai. 2023.

²³ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Direito à moradia adequada. – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013, p.33, il. – (Por uma cultura de direitos humanos). Disponível em: https://urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/DH_moradia_final_internet.pdf. Acesso em: 10 mai. 2023.

Outra análise do direito à moradia adequada é o entendimento de que ele é composto por três elementos: liberdades, garantias e proteções. O direito à moradia adequada inclui, contudo não se limita, às liberdades de proteção contra a remoção forçada, a destruição arbitrária e a demolição da própria casa; o direito de ser livre de interferências na sua casa, à privacidade e à família; o direito de escolher a própria residência, de determinar onde viver e de ter liberdade de movimento²⁴.

Esse mesmo direito abrange (e não se restringe) às garantias de segurança da posse (restituição da moradia, da terra e da propriedade); acesso igualitário e não discriminatório à moradia adequada; participação, em níveis internacional e comunitário, na tomada de decisões referentes à moradia²⁵.

Por derradeiro, o direito à moradia adequada inclui proteções contra remoção forçada, peça fundamental no direito à habitação adequada que está intimamente ligada à segurança da posse²⁶. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU define remoções forçadas como a retirada definitiva ou temporária de pessoas, famílias e/ou comunidades das casas ou das terras que ocupam, de forma alheia à vontade delas e sem que outras formas adequadas de proteção dos direitos desses indivíduos estejam disponíveis ou acessíveis²⁷.

Infere-se desde logo que há ampla proteção jurídica para a promoção do direito à moradia adequada estabelecida em tratados, declarações e acordos internacionais, o que também se reflete na ordem jurídica do Brasil, tanto no texto constitucional quanto na legislação esparsa. O grande desafio, dessa maneira, é efetivar essa jusgarantia para a população em geral, mormente para as pessoas que estão em situação de vulnerabilidade socioeconômica, conforme será detalhado adiante.

2. Dados Referentes ao Direito à Moradia (ou à Falta de Acesso a ela) no Brasil

²⁴ Ibidem, p. 14.

²⁵ Ibidem, p. 14.

²⁶ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Direito à moradia adequada. – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013, p.14, il. – (Por uma cultura de direitos humanos). Disponível em: https://urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/DH_moradia_final_internet.pdf. Acesso em: 10 mai. 2023.

²⁷ USP. Guia: Como atuar em projetos que envolvem despejos e remoções? 2011, p. 8. Disponível em: <http://www.direitoamoradia.fau.usp.br/?cat=539&lang=pt&temas=remocoes-forçadas>. Acesso em: 08 jun. 2023.

Hodiernamente, o Brasil possui a maior parte da população vivendo em áreas urbanas²⁸. Ocorre que muitas dessas pessoas não vivem em casas próprias, sendo comum a existência de grande contingente populacional em situação de rua ou em demais vivências informais. A falta de acesso à moradia é uma questão multifatorial, relacionado ao crescimento da população, à migração urbana mal coordenada, à ausência de acessibilidade e à remuneração baixa da maioria dos trabalhadores nas cidades, entre outros aspectos sociais e históricos.

Ingresa nesse cenário a associação desses fatores à marginalização e discriminação de grupos sociais, adentrando no campo do racismo estrutural e das questões de gênero: 28,5% dos domicílios, cujos responsáveis são mulheres pretas ou pardas sem cônjuge e com filhos de até 14 anos, são inadequados²⁹.

Tem-se, então, um grave quadro de déficit de quantidade de casas e, concomitantemente, moradias urbanas inadequadas, sem condições desejáveis de habitação. Sobre o primeiro aspecto, quantitativo, nota-se a presença de elementos que favorecem essa conjuntura: existência de domicílios rústicos ou improvisados, além de maior coabitação familiar (várias famílias em uma mesma casa) e valores excessivos de aluguéis³⁰.

Isso se justifica porque essas populações geralmente menos favorecidas ocupam áreas informais, irregulares, em espaços que Marisa Pulice Mascarenhas bem sintetizou:

As aglomerações subnormais encontram-se, em grande medida, localizadas em áreas metropolitanas e nas cidades mais populosas; as áreas de risco, por sua vez, são resultantes de fatores antrópicos sobre áreas de elevada declividade, com padrões de ocupação inadequados (cortes e aterros) e/ou com infraestrutura deficiente (drenagem, esgotamento sanitário, abastecimento de água) e elevada densidade populacional. Dessa forma, não é de se estranhar que as áreas mais vulneráveis localizadas em encostas e morros urbanos sejam as mais suscetíveis, configurando uma realidade de sobreposição de carências e riscos³¹.

Conforme Marisa Pulice Mascarenhas, desse modo, não se pode desconsiderar a informalidade que está presente no espaço urbano construído. O que se questiona, portanto, não é apenas a ilegalidade na posse da terra, mas a falta de fruição dos benefícios e das

²⁸ “De acordo com dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2015 a maior parte da população brasileira, 84,72%, vive em áreas urbanas. Já 15,28% dos brasileiros vivem em áreas rurais. A Grande Região com maior percentual de população urbana é o Sudeste, com 93,14% das pessoas vivendo em áreas urbanas. A Região Nordeste é a que conta com o maior percentual de habitantes vivendo em áreas rurais, 26,88%.” (IBGE)

²⁹ ARTEMISIA. Tese de Impacto Social em Habitação - Oportunidades para Empreender com Impacto. Setembro 2021, p. 32. Disponível em: <https://artemisiam.org.br/habitacao/tese/>. Acesso em: 10 mai. 2023.

³⁰ *Ibidem*, p. 34.

³¹ MASCARENHAS, Marisa Pulice. Projeto de Lei de responsabilidade territorial urbana: a construção de um referencial normativo comum em torno do parcelamento do solo urbano e da regularização fundiária sustentável. Tese (Doutorado - Área de Concentração: Planejamento Urbano e Regional) - FAUUSP. São Paulo, 2012, p. 47.

vantagens de se viver na cidade. Isto porque “as desigualdades sociais são constituintes da configuração urbana de nossas cidades”³².

Amostra dessa declaração é comprovada pelo seguinte dado: entre o universo das 11 milhões de moradias com déficit qualitativo no País, 9 milhões não têm ao menos um dos serviços de infraestrutura: iluminação elétrica, rede geral de abastecimento de água com canalização interna, rede geral de esgotamento sanitário ou fossa séptica e coleta de lixo³³.

Em termos de acesso, o cenário mais crítico é o de esgotamento sanitário adequado, acessado por apenas 55% da população. Segundo estimativas coletadas pelo documento “Tese de Impacto Social em Habitação - Oportunidades para Empreender com Impacto”, seriam necessários R\$ 357 bilhões em um período de 15 anos para que todos os brasileiros tenham acesso aos serviços de água e esgoto³⁴.

Sabe-se que, em 2010, a ONU declarou que a água limpa e segura e o saneamento representam direitos humanos essenciais para o gozo pleno da vida e de todos os outros direitos humanos³⁵, sendo o acesso à água limpa e ao saneamento, ainda, parte da agenda dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis (ODS - 6)³⁶. Com essas estatísticas, no entanto, verifica-se que essas metas internacionais ainda estão distantes de satisfatória efetivação.

Prosseguindo com dados levantados por esse mesmo estudo, um terço da população mundial urbana vive em favelas e assentamentos informais, entre cortiços, ocupações e favelas, loteamentos e conjuntos habitacionais clandestinos e irregulares. São mais de oito milhões de pessoas residindo em áreas de risco no Brasil. Além disso, 330 milhões de famílias estão, atualmente, financeiramente ameaçadas pelos custos de habitação, número que pode crescer para 440 milhões até 2025³⁷.

Todos esses dados permitem aduzir que uma quantidade significativa de pessoas no Brasil estão privadas de direitos sociais básicos relacionados à moradia, com conseqüente falta de recursos mínimos para a subsistência própria e familiar: faltam água limpa, esgoto tratado, muitas vezes coleta domiciliar de resíduos e acesso a rede de energia elétrica.

³² Ibidem, p. 49.

³³ ARTEMISIA. Tese de Impacto Social em Habitação - Oportunidades para Empreender com Impacto. Setembro 2021, p. 38. Disponível em: <https://artemisia.org.br/habitacao/tese/>. Acesso em: 10 mai. 2023.

³⁴ Ibidem, p. 47.

³⁵ ONU. Resolução A/RES/64/292. Disponível em: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FRES%2F64%2F292&Language=E&DeviceType=Deskto p&LangRequested=False>. Acesso em: 10 mai. 2023.

³⁶ ONU BRASIL. **Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 10 mai. 2023.

³⁷ ARTEMISIA. Tese de Impacto Social em Habitação - Oportunidades para Empreender com Impacto. Setembro 2021, p. 34. Disponível em: <https://artemisia.org.br/habitacao/tese/>. Acesso em: 10 mai. 2023

Com isso, a eficácia jurídica e social do direito à moradia e dos demais direitos fundamentais conexos a ele fica prejudicada. É essencial, dessa maneira, que o Estado e a sociedade busquem concretizar essas jusgarantias - e a execução dessa responsabilidade é urgente, pois está entrelaçada com a dignidade da pessoa humana.

3. Encaminhamentos Possíveis para a Contribuição da Efetivação do Direito à Moradia Adequada no Brasil: Considerações Acerca da Regularização Fundiária Sustentável

Uma das primeiras abordagens possíveis para promover de forma mais efetiva o direito à moradia adequada no Brasil é a realização de uma regularização fundiária mais sustentável, atrelada a outras medidas administrativas oriundas do Poder Público e da atuação da sociedade civil organizada.

O instituto da regularização fundiária foi tratado primeiramente pela Lei nº 11.977/2009 no Brasil. A referida legislação foi atualizada com a promulgação da Lei nº 13.465/2017, conhecida como Lei de Regularização Fundiária Urbana (REURB). Esta lei seria um conjunto de normas que abrangeram medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais, destinadas a incorporar os núcleos urbanos informais, consolidados ou não, ao ordenamento territorial urbano, não importando se tais núcleos estivessem na área urbana ou rural, área pública ou privada.

A Lei nº 13.465/2017, então, foi criada com o escopo de garantia do direito social à moradia, à redução de distinções entre as classes sociais, à defesa do meio ambiente e por fim à função social da propriedade e da cidade. Segundo disposto no art. 9º desta lei, a proposta dela é de estabelecimento de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação dos seus ocupantes³⁸.

³⁸ BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis n.ºs 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis n.ºs 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 8 set. 2017.

As medidas jurídicas correspondem, em específico, à resolução de problemas de posse, “referindo-se aos casos em que o ocupante de uma área pública ou privada não possui um título que lhe proporcione garantia jurídica sobre sua ocupação”³⁹. As medidas urbanísticas, a seu turno, envolvem ações de ajuste dos parcelamentos à cidade regularizada, seja com a implantação de infraestrutura essencial, decorrentes dos loteamentos implantados sem atendimento das normas legais, seja com a realocação das moradias em situação de perigo⁴⁰.

As medidas ambientais, por fim, almejam sanar problemas de assentamentos implantados “sem licenciamento ambiental e que não correspondem à legislação urbana e de proteção ao meio ambiente”⁴¹.

Posterior à Lei nº 13.465/2017, foi publicado o Decreto nº 9.310 em março de 2017, que institui as normas gerais e os procedimentos aplicáveis à regularização Fundiária Urbana, regulando o disposto pela Lei nº 13.456/2017. Tal normativa ramifica a Regularização Fundiária em três espécies: a de interesses sociais (REURB-S), a de interesses específicos (REURB-E) e a inominada (REURB-I)⁴².

A Regularização Fundiária de Interesse Social (REURB-S) é aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim afirmado em ato do Poder Executivo Municipal. As áreas objetos podem ser definidas por meio da Zona Especial de Interesse Social (ZEIS), quando, em regra, são estabelecidas no Plano Diretor Urbano de cada município⁴³.

Porém, essas áreas também podem ser definidas por meio de um ato do Poder Público, como por exemplo, um decreto. Essa exceção se faz presente,

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm. Acesso em: 15 mai. 2023.

³⁹ MOURA, Jocsã Araújo. Cartilha - Regularização Fundiária Urbana – Aspectos práticos da Lei 13.465/2017. p. 1. Disponível em: https://www.sinoreg-es.org.br/_Documentos/Upload_Conteudo/arquivos/CARTILHA_REGULARIZACAO_FUNDIARIA_URBA NA_2017.pdf. Acesso em: 15 mai. 2023.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 1.

⁴¹ MOURA, Jocsã Araújo. Cartilha - Regularização Fundiária Urbana – Aspectos práticos da Lei 13.465/2017. p. 1. Disponível em: https://www.sinoreg-es.org.br/_Documentos/Upload_Conteudo/arquivos/CARTILHA_REGULARIZACAO_FUNDIARIA_URBA NA_2017.pdf. Acesso em: 15 mai. 2023.

⁴² COSTA, N. *apud* SCHÄFER, Andressa; ALBUQUERQUE, Simone Gasperin de. A sustentabilidade urbana e a legislação para regularização fundiária no Brasil. PERSPECTIVA, Erechim. v. 45, n. 170, p. 21, junho/2021. Disponível em: <http://ojs.uricer.edu.br/ojs/index.php/perspectiva/article/view/166>. Acesso em: 10 mai. 2023.

⁴³ “As Zonas Especiais de Interesse Social são porções do território destinadas, predominantemente, à moradia digna para a população de baixa renda por intermédio de melhorias urbanísticas, recuperação ambiental e Regularização Fundiária de assentamentos precários e irregulares.” (SCHÄFER, Andressa; ALBUQUERQUE, Simone Gasperin de. A sustentabilidade urbana e a legislação para regularização fundiária no Brasil. Perspectiva, Erechim. v. 45, n. 170, p. 26, junho/2021. Disponível em: <http://ojs.uricer.edu.br/ojs/index.php/perspectiva/article/view/166>. Acesso em: 10 mai. 2022.)

principalmente, em pequenos municípios que não possuem a obrigatoriedade de criação do Plano Diretor Urbano pelo Estatuto da Cidade (art. 41, I, da Lei nº 10.257/2001)⁴⁴.

Cada espécie da REURB tem órgãos responsáveis com suas funções específicas a serem seguidas. Na REURB-S cabe ao Poder Público, diretamente, e à Administração Pública, indiretamente, a implementação da infraestrutura essencial, como as melhorias habitacionais que estão previstas nos projetos e regularização, equipamentos comunitários, assim como o dever de arcar com sua manutenção⁴⁵.

Na REURB-S está disposto que somente será acolhida a Regularização Fundiária por meio de aceitação do projeto cujo objeto seja esse instituto jurídico no formato da Lei nº 13.465/2017 e nos casos em que os núcleos urbanos informais ocuparem a Área de Preservação Permanente (APP), O projeto da REURB-S compreende estudo técnico que evidencie a melhoria das condições ambientais em relação à ocasião anterior à adoção das medidas nele recomendado. A REURB-S, ainda, observa o disposto no art. 64 da Lei nº 12.651/2012⁴⁶.

A Regularização Fundiária de Interesse Específico (REURB-E) é aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados pela população não contemplada na REURB-S. São os núcleos urbanos informais os quais estão sendo ocupados por pessoas com uma qualidade de vida melhor do que a encontrada na população que a REURB-S contempla, mas que ainda não têm uma habitação juridicamente regularizada/ não têm documento de seu domínio⁴⁷.

Cabe ao Distrito Federal e aos Municípios, determinar, por ocasião da aprovação dos projetos de Regularização Fundiária, nos limites da legislação de regência, as áreas de REURB-E - art. 38 da Lei nº 13.465/2017⁴⁸.

⁴⁴ SCHÄFER, Andressa; ALBUQUERQUE, Simone Gasperin de. A sustentabilidade urbana e a legislação para regularização fundiária no Brasil. PERSPECTIVA, Erechim. v. 45, n. 170, p. 21, junho/2021. Disponível em: <http://ojs.uricer.edu.br/ojs/index.php/perspectiva/article/view/166>. Acesso em: 10 mai. 2023.

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jul.2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 15 mai. 2023.

⁴⁶ SCHÄFER, Andressa; ALBUQUERQUE, Simone Gasperin de. A sustentabilidade urbana e a legislação para regularização fundiária no Brasil. PERSPECTIVA, Erechim. v. 45, n. 170, p. 21, junho/2021. Disponível em: <http://ojs.uricer.edu.br/ojs/index.php/perspectiva/article/view/166>. Acesso em: 10 mai. 2023.

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 28 mai. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm. Acesso em: 15 mai. 2023.

⁴⁸ SCHÄFER, Andressa; ALBUQUERQUE, Simone Gasperin de. A sustentabilidade urbana e a legislação para regularização fundiária no Brasil. PERSPECTIVA, Erechim. v. 45, n. 170, p. 21, junho/2021. Disponível em: <http://ojs.uricer.edu.br/ojs/index.php/perspectiva/article/view/166>. Acesso em: 10 mai. 2023.

Na REURB-E, os núcleos urbanos sem formalidades, que ocupam as APPs não identificadas como área de risco, somente serão admitidas por meio de aprovação do projeto da Regularização Fundiária Urbana⁴⁹.

Exposto o instituto da regularização fundiária no ordenamento jurídico brasileiro e a sua possibilidade de auxílio na reversão das irregularidades de moradia/habitação no País, pondera-se que tal instituto jurídico não pode ser concebido como a principal ou a única solução das graves distorções urbanísticas, ambientais e sociais que se vive em território nacional.

A regularização fundiária consiste, na realidade, em um processo conciliador a ser aplicado com outros programas habitacionais direcionados às populações mais vulneráveis. Ela colabora para a amenização de quadros de residência de pessoas fixadas em locais inapropriados, por exemplo, mas deve estar associada a outros instrumentos da política urbana - estes, inclusive, comprometidos com a promoção e a execução de outros serviços públicos de qualidade (saúde, educação, entre outros).

É lógico compreender que a função social das cidades sustentáveis permeia o desenvolvimento de moradias dignas e das atividades econômicas geradoras do trabalho e renda, entre outras iniciativas asseguradoras de direitos do “mínimo existencial” para uma vida decente. Por isso urge a construção efetiva de condições de bem-estar social para as pessoas, visando reduzir as desigualdades socioeconômicas extremas entre elas.

Deve-se exigir do Poder Público, assim, primeiramente a assunção de medidas efetivas que objetivem a redução da ocupação desenfreada em áreas de riscos e de preservação ambiental, por exemplo. Essa providência passa pela regularização fundiária, mas envolve melhor planejamento urbano na gestão pública e a participação democrática dos segmentos sociais na política de regularização das terras urbanas, o que de fato favorece a

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nºs 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nºs 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 8 set. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 15 mai. 2023.

implementação de instrumentos que atuam diretamente na formatação e na realização de direitos fundamentais.

Referências Bibliográficas

ARTEMISIA. Tese de Impacto Social em Habitação - Oportunidades para Empreender com Impacto. Setembro 2021. Disponível em: <https://artemisia.org.br/habitacao/tese/>. Acesso em: 10 mai. 2023.

BOFF, Leonardo. Sustentabilidade: o que é - o que não é. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 out. 2023.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 10 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jul. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 15 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jun. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111124.htm. Acesso em: 15 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.481, de 31 de maio de 2007. Dá nova redação a dispositivos das Leis nºs 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.666, de 21 de junho de 1993, 11.124, de 16 de junho de 2005, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 9.514, de 20 de novembro de 1997, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dos Decretos-Leis nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, 1.876, de 15 de julho de 1981, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987; prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 31 mai. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111481.htm. Acesso em: 15 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 28 mai. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm. Acesso em: 15 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nºs 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009,

13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 8 set. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm. Acesso em: 15 mai. 2023.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Direito à moradia adequada. – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. 76 p., il. – (Por uma cultura de direitos humanos). Disponível em: https://urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/DH_moradia_final_internet.pdf. Acesso em: 10 mai. 2023.

GUERRA, Gustavo Rabay; COSTA, Alexandre Bernardino. Direito a que cidade? A construção social do direito à moradia e ao convívio dignos na paisagem urbana (a partir da constituição e da democracia). Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília – DF, nov. 2008, p. 6084-6111. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/brasil/01_789.pdf. Acesso em: 01 jun. 2023.

IBGE. Conheça o Brasil - População. POPULAÇÃO RURAL E URBANA. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18313-populacao-rural-e-urbana.html>. Acesso em: 10 mai. 2023.

MASCARENHAS, Marisa Pulice. Projeto de Lei de responsabilidade territorial urbana: a construção de um referencial normativo comum em torno do parcelamento do solo urbano e da regularização fundiária sustentável. Tese (Doutorado - Área de Concentração: Planejamento Urbano e Regional) - FAUUSP. São Paulo, 2012, 291 p.

MOURA, Jocsã Araújo. Cartilha - Regularização Fundiária Urbana – Aspectos práticos da Lei 13.465/2017. 29 p. Disponível em: https://www.sinoreg-es.org.br/_Documentos/Upload_Conteudo/arquivos/CARTILHA_REGULARIZACAO_FUNDIARIA_URBAN_A_2017.pdf. Acesso em: 15 mai. 2023.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/port.pdf. Acesso em: 10 mai. 2023.

ONU. Resolução A/RES/64/292. Disponível em: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FRES%2F64%2F292&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>. Acesso em: 10 mai. 2023.

ONU BRASIL. Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 10 mai. 2023.

ROLNIK, Raquel. Moradia é mais que um objeto físico de quatro paredes. Entrevista concedida à Revista eletrônica e-metropolis. Revista eletrônica e-metropolis, n. 5, ano 2, jun. 2011. p. 37. Disponível em: <http://emetropolis.net/artigo/36?name=moradia-e-mais-que-um-objeto-fisico-de-quatro-paredes>. Acesso em: 23 mar. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: Algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 20, dezembro/janeiro/fevereiro, 2009-2010. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/370724/mod_resource/content/1/direito-fundamental-c3a0-moradia-ingo-sarlet.pdf. Acesso em: 10 mai. 2023.

SCHÄFER, Andressa; ALBUQUERQUE, Simone Gasperin de. A sustentabilidade urbana e a legislação para regularização fundiária no Brasil. PERSPECTIVA, Erechim. v. 45, n. 170, p. 17-28, junho/2021. Disponível em: <http://ojs.uricer.edu.br/ojs/index.php/perspectiva/article/view/166>. Acesso em: 10 mai. 2023.

USP. Guia: Como atuar em projetos que envolvem despejos e remoções? 2011, 21p. Disponível em: <http://www.direitoamoradia.fau.usp.br/?cat=539&lang=pt&temas=remocoes-forçadas>. Acesso em: 08 jun. 2023.

Lei Geral de Proteção de Dados Como Mecanismo de Mitigação de Riscos na Esfera Laboral

Brazilian General Data Protection Law as a Risk Mitigation Method In The Labor Realm

Thaís Oliveira Dorfmann¹

Laura Oliveira Dorfmann²

Sumário: 1. LGPD e a necessidade de proteção dos dados sensíveis; 2. O Direito do Trabalho e a ideia de vulnerabilidade do empregado; 3. Aplicação da LGPD no âmbito laboral; 4. Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho visa analisar como se dá o tratamento de dados pessoais sob a ótica da Lei Geral de Proteção de Dados pessoais no Brasil e a forma pela qual é possível a mitigação de riscos na esfera laboral. Assim, se caracteriza como um estudo de abordagem dedutiva, tendo em vista a ideia de partir-se do conceito geral para o específico, iniciando-se com o estudo do instituto Lei Geral de Proteção de Dados e como aplicá-la no meio ambiente laboral. Mediante abordagem dialética, serão apresentadas as formas como os dados sensíveis são tratados para que se evite um vazamento desnecessário. Conclui-se que os dados sensíveis, ainda que conceituados e elencados por instrumentos jurídicos, não são definições estanques e que desconsideram a necessidade de mediação e equilíbrio com outros direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, os princípios da finalidade e da não discriminação orientam seu emprego em prol da proteção da dignidade como ferramenta de garantia dos direitos fundamentais que promovam a autodeterminação dos indivíduos, tanto no ambiente de trabalho quanto na vida privada.

Palavras-chave: LGPD; trabalho; ambiente laboral; direitos fundamentais; vulnerabilidade.

Abstract: This work aims to analyze how personal data is processed from the perspective of the Brazilian General Law for the Protection of Personal Data and the way in which it is possible to mitigate risks in the workplace. Thus, it is a deductive approach study, focusing on the idea of going from the general concept to the specific one, starting by studying the regulation of the General Data Protection Law and how to apply this in the workplaces. Using a dialectical approach, there will be presented the ways in which sensitive data are treated in order to avoid unnecessary leaks. It is concluded that sensitive data, even if conceptualized and listed by legal instruments, are not tight definitions and disregard the need for mediation and balance with other fundamental rights. At the same time, the principles of purpose and non-discrimination guide its use in favour of the protection of dignity as a means to guarantee fundamental rights that promote the self-determination of individuals, both in the workplace and in private life.

Keywords: LGPD (Brazilian General Data Protection Law); labor; workplace; fundamental rights; vulnerability

1. LGPD e a Necessidade de Proteção dos Dados Sensíveis

¹ Advogada. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. E-mail: thais@dorfmann.com.br.

² Advogada. Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. E-mail: laura@dorfmann.adv.br.

Diferentes ordenamentos jurídicos e sistemas legais trazem concepções distintas do conceito de dados sensíveis. Suas definições, por consequência, refletem o contexto no qual são elaborados e as preocupações de cada nação a respeito do conteúdo que deve ser caracterizado como de maior vulnerabilidade, e, por este motivo, merece maior proteção na captação e processamento.

A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (LGPD) segue a orientação observada na *General Data Protection Regulation (GDPR)* que regula a proteção de dados na Europa. Ao regulamento europeu pode ser atribuído o início da caracterização de dados como sensíveis, o que ocorreu por meio da atuação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da Diretiva do Conselho Europeu nº 94/46/CE de 1995, e do art. 6º da Convenção 108 do Conselho da Europa³.

Nesse sentido, assim podem ser demonstradas as definições em cada um:

LGPD – Art. 5º:

(...) II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

GDPR – Art. 4º e Art. 9º:

É proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa.

Observa-se em ambos as similaridades entre os instrumentos jurídicos. Nos dois casos há preocupações relacionadas a dados personalíssimos, tanto de características físicas, raciais e étnicas, como dados de saúde, genéticos, biométricos, além de dados voltados para convicções políticas, religiosas e sindicais.

O conteúdo abrangido pela natureza dos dados sensíveis compreende a qualidade destes como dados que compõe a personalidade do indivíduo em sua intimidade. Estes se relacionam ao exercício dos direitos fundamentais que possibilitam sua autodeterminação

³ RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção dos dados pessoais: uma leitura do sistema europeu e a necessária tutela dos dados sensíveis como paradigma para um sistema jurídico brasileiro. *Direitos Fundamentais & Justiça* N° 11 – ABR./JUN. 2010. p. 171-173.

perante a sociedade, como ocorre na filiação sindical, assim como para si mesmos, como ocorre com as convicções religiosas ou orientação sexual.

Nesse sentido, conforme aponta Mulholland, deve ser destacada a aplicação de dois princípios aos dados desta natureza, o da finalidade e da não-discriminação. O princípio da finalidade ilustra a necessidade de uma decisão informada quanto ao emprego dos dados, a qual deve ser dirigida ao cumprimento dos propósitos definidos sem que ocorra a extensão de sua utilização⁴.

Estes dados, como defende Rodotà, deveriam ser usados tão somente no interesse da pessoa que lhes deu origem⁵. Sob tão aspecto, é relevante retomar a compreensão americana que desconsidera a natureza sensível dos dados se estes se tornarem públicos, uma vez que eles podem deixar de ser utilizados em prol do indivíduo proprietário.

Dessa forma, o princípio da finalidade vincula aquele que trata e processa os dados a fazê-lo dentro de limites mais rigorosos, os quais se mantêm voltados e cingidos pelas fronteiras das dimensões da personalidade da pessoa que os forneceu. O princípio da não-discriminação, por sua vez, traz os contornos dos dados sensíveis no que diz respeito a sua utilização com propósitos que se desviem de sua finalidade e promovam a estigmatização de grupos.

Neste aspecto, é possível verificar a natureza fluida da caracterização dos dados sensíveis. Um dado pode deixar de ser sensível no cenário americano se este for publicizado; em contrapartida, um dado pode se tornar sensível, ou, então, mudar a natureza de dado sensível.

Para Mulholland, o princípio da não discriminação *“deve ser refletido em todas as circunstâncias em que o uso de dados, sejam sensíveis ou não, gere algum tipo de desvalor ou indução a resultados que seriam inequitativos [...] especialmente quando estamos diante do exercício democrático e do acesso a direitos sociais”*⁶. Dessa forma, o maior grau de proteção aos dados sensíveis, quando analisado sob o viés do princípio da não discriminação, se trata da efetivação do exercício de outros direitos, sobretudo fundamentais, que garantam a plena formação do indivíduo assim como a manutenção de sua dignidade.

⁴ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de Direitos Fundamentais: uma análise à luz da Lei geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 19, n. 3, p. 159-180, 2018. p.164.

⁵ RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje, Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.87.

⁶ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de Direitos Fundamentais: uma análise à luz da Lei geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 19, n. 3, p. 159-180, 2018. p.164.

Nesse sentido, conforme aponta Ruaro e Rodríguez, a técnica mais adequada será aquela que protege o ser humano em todos os seus aspectos, levando em consideração os múltiplos direitos de personalidade que o compõe. Tal pressuposto de promoção da pessoa humana partiria do alicerce constitucional brasileiro da dignidade que unificaria a compreensão e aplicação dos direitos fundamentais⁷.

Todavia, algumas das esferas dos dados sensíveis, como ocorre naqueles relacionados à saúde, apontam a necessidade de equilíbrio entre as demais necessidades da sociedade, o que se destaca no contexto de pandemia hoje vivenciado. De acordo com Ramos, Delduque e Alves “o acesso e o controle dessas informações representam subsídio fundamental para a definição de estruturas de poder. Decisões políticas e econômicas sobre tratamentos, medicamentos e pesquisas, por vezes, dependem do acesso a dados pessoais e sensíveis”⁸.

Por outro lado, o tratamento dos dados pessoais sensíveis devem obedecer determinados requisitos, a fim de garantir maior tutela aos titulares, como atentar aos princípios e direitos próprios de cada indivíduo, posto que eventual vazamento (ou acidente) de dados podem trazer consequências de maior gravosidade aos direitos e liberdades individuais. Os dados pessoais sensíveis, diferente dos dados pessoais, exigem maior cautela justamente por estar diretamente ligado ao consentimento, de maneira específica e esclarecida, para finalidades específicas.

De acordo com o site do Governo⁹:

Considera-se consentimento livre e esclarecido - para efeitos deste artigo, consentimento informado - a anuência, livre de vícios, do titular de dados, após acesso prévio, completo e detalhado sobre o tratamento dos dados, incluindo sua natureza, objetivos, métodos, duração, justificativa, finalidades, riscos e benefícios, assim como de sua liberdade total para recusar ou interromper o tratamento de dados em qualquer momento, tendo o controlador ou operador a obrigação de informar ao titular dos dados, em linguagem adequada, não técnica, para que ele a compreenda.

Neste sentido, entende-se que o tratamento de dados pessoais sensíveis apenas podem ser realizados quando o titular ou responsável legal (quando tratar-se de crianças e adolescentes) fornecer específico consentimento, discriminando para quais finalidades os dados fornecidos poderão ser utilizados. Entretanto, o artigo 11 da Lei Geral de Proteção de

⁷ RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção dos dados pessoais: uma leitura do sistema europeu e a necessária tutela dos dados sensíveis como paradigma para um sistema jurídico brasileiro. *Direitos Fundamentais & Justiça* N° 11 – ABR./JUN. 2010. p. 176.

⁸ RAMOS, Edith Maria Barbosa; DELDUQUE, Maria Célia; ALVES, Sandra Mara Campos. Dados pessoais sensíveis e a pandemia de coronavírus: divulgar para proteger? *Cad. Saúde Pública*, v. 34, n. 7, p. 240-257, 2018. p. 246.

⁹ Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html>.

Dados estabelece uma exceção à regra que exige consentimento expresso e específico: em casos emergenciais ou urgentes.

Assim disciplina o referido dispositivo legal¹⁰:

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;

c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;

d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;

e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou

g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

§1º Aplica-se o disposto neste artigo a qualquer tratamento de dados pessoais que revele dados pessoais sensíveis e que possa causar dano ao titular, ressalvado o disposto em legislação específica.

§2º Nos casos de aplicação do disposto nas alíneas “a” e “b” do inciso II do caput deste artigo pelos órgãos e pelas entidades públicas, será dada publicidade à referida dispensa de consentimento, nos termos do inciso I do caput do art. 23 desta Lei.

§3º A comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica poderá ser objeto de vedação ou de regulamentação por parte da autoridade nacional, ouvidos os órgãos setoriais do Poder Público, no âmbito de suas competências.

§4º É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, desde que observado o § 5º deste artigo, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, em benefício dos interesses dos titulares de dados, e para permitir:

I - a portabilidade de dados quando solicitada pelo titular; ou

II - as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços de que trata este parágrafo.

§5º É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na

¹⁰ BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>.

contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários.

Dessa forma, os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito nos termos do artigo 46 da LGPD.

2. O Direito do Trabalho e a Ideia da Vulnerabilidade do Empregado

O trabalho sempre existiu, desde os primórdios de nossa história, vindo a ganhar evidência com a escravidão, momento histórico cruel, onde o homem era subjugado pelo seu semelhante, causando-lhe toda espécie de nocividade. Na Roma antiga, o trabalho era visto como tarefa unicamente dos escravos que não eram considerados pessoas, pois o que importava era o trabalho realizado, e não o indivíduo trabalhador.

Contudo, o direito do Trabalho ganhou relevo na Revolução francesa, quando o dogma da autonomia da vontade prevalecia e o estado não interferia nas negociações. Neste período, imperava a ideia de “liberdade, igualdade, fraternidade”, dogmas da Revolução Francesa, que ditava as relações sob o pressuposto de que as partes eram iguais em direitos e obrigações e, portanto, podiam negociar em pé de igualdade. Isso se aplicava a todas as relações, desde as mercantis e comerciais até as relações de trabalho.

Tal fato postergou-se até a Revolução Industrial, quando os trabalhadores entregavam ao dono da empresa sua força de trabalho em troca de salário para sustento próprio e de sua família. Os trabalhadores eram considerados capazes para negociar em pé de igualdade com os patrões, sem que o estado interviesse. A consequência do estado absentista resultava na soberania máxima do empregador, o qual ditava as condições de trabalho e salário aos empregados.

Neste período, surgiram os centros industriais, que consistiam em bairros em torno das empresas, onde os trabalhadores moravam com suas famílias em condições degradantes. Esta situação de aviltamento alcançou seu ápice com o surgimento da máquina a vapor, onde as mulheres e crianças, mão de obra mais barata, passaram a substituir os homens e, a partir de quanto os acidentes de trabalho se multiplicaram.

Expostos a situações degradantes, com salários baixos, jornadas de trabalho abusivas e à margem de qualquer proteção do Estado, a classe operária uniu-se a fim de reivindicar melhores condições de trabalho, salário e uma vida digna, forçando negociações com o empregador, inclusive com a danificação de maquinários. Tais movimentos obrigaram o

Estado a descruzar os braços e “se voltar para as questões sociais, freando o ímpeto do capital através da tutela do trabalho”.¹¹

Diante da digressão histórica, as normas que passaram a regulamentar o direito do trabalho partiam do pressuposto de que o trabalhador, como parte “mais frágil” da relação, merece proteção. A partir dessa ideia, percebe-se que o Direito do Trabalho foi construído sob o princípio da proteção, que¹²

“(…) influi em todos os seguimentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesse obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetiva-retificadora o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente”.

Permite-se afirmar que a ideia de vulnerabilidade do empregado e a necessidade de proteção nasceu “a partir da percepção do valor de igualdade” pelos membros da sociedade e, a partir dessa percepção, o princípio surge para “consagrar o favorecimento do trabalhador, pois é o sujeito mais fraco na relação com o capital”.¹³ Portanto, a dignidade “engloba o respeito devido ao ser humano em sua própria essência, em razão da humanidade”.¹⁴

A seguir, explanar-se-á a forma como a Lei Geral de Proteção de Dados é aplicada no ambiente laboral e a forma como devem ser tratados os dados dos trabalhadores.

3. Aplicação da LGPD no Ambiente Laboral

Na esfera laboral, é possível identificar a dificuldade em lidar com dados sensíveis frente as relações de trabalho. As novas tecnologias são inegavelmente benéficas para diversos setores, mas deve-se evitar afronta aos direitos sociais. A modernização tecnológica deve ser vista como propiciadora de novas oportunidades, servindo para desenvolver métodos garantidores de segurança no trabalho.

No âmbito laboral, alguns dados pessoais devem receber uma cautela especial, como por exemplo documentos contendo informações pessoais dos funcionários, mensagens em aplicativos como WhatsApp ou Telegram, o monitoramento de e-mails, chamadas em

¹¹ CAMINO, Carmen. Direito individual do trabalho. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 14.

¹² DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. São Paulo: LTR, 2001. Pg. 23.

¹³ CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho. 4ª ed., Porto Alegre: Síntese, 2004. Pg. 96.

¹⁴ ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTR, 2005. Pg. 140/141.

aplicativos de teleconferência (Google Meets ou Zoom), captura de imagens dos funcionários em ambiente de trabalho, registros biométricos, entre outros.

A LGPD aborda o tratamento de dados pessoais e de dados pessoais sensíveis na relação de trabalho no art. 7º, onde determina as bases legais para o tratamento de dados pessoais, e no artigo 11. Além disso, o art. 9º assegura ao titular dos dados o direito à informação, possuindo direito de conhecimento da causa legitimadora para coleta dos dados e a finalidade do tratamento dos mesmos.

O objetivo da nova legislação é gerar segurança jurídica as partes envolvidas, desde a coleta, armazenamento e uso de dados (digitais ou não), até estabelecer regras de proteção de dados e critérios específicos e rígidos no tratamento desses dados pessoais. A mudança que vem ocorrendo na economia global clama por urgentes alterações no modo de assegurar os direitos sociais, o que se torna possível através da adoção de medidas específicas no âmbito laboral.

4. Considerações Finais

Como visto anteriormente, a adequação das empresas às normas de LGPD mostra-se importante a partir da ideia de que os dados pessoais são colhidos desde a fase pré-contratual e armazenadas até o fim do contrato de trabalho.

Dentro do cenário das relações trabalhistas, como observado anteriormente, as mudanças adquirem determinados contornos de especificidade clara, tendo em vista a a “vida útil” dos contratos de trabalho, em que os dados permanecem em posse do empregador. A partir daí, os dados pessoais dos funcionários devem ser resguardados, evitando a violação da vida pessoal dos empregados.

Os contratos em vigência em momento anterior a promulgação da LGPD devem ser adaptados, bem como as normas sobre proteção deverão ser praticadas e abordadas em treinamentos, normas internas e revisão de contratos e manuais a fim de garantir que os controladores busquem se adequar à lei, objetivando minimizar ou eliminar riscos de violação.

Como solução, a LGPD proporciona formas de superar os possíveis danos advindos das novas tecnologias e da vasta exposição às redes sociais, bem como o acesso às informações pessoais, evitando um retrocesso social e a precarização do trabalho humano. Por fim, entende-se que o tratamento individualizado e orgânico dos dados sensíveis dos trabalhadores auxilia na criação de um meio ambiente laboral saudável, evitando quaisquer espécies de discriminação e assédio.

Referências Bibliográficas

- BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>.
- CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho. 4. ed., Porto Alegre: Síntese, 2004.
- DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. São Paulo: LTR, 2001. Pg. 23.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.
- MACIEL, Renata de Medeiros. LGPD nas relações de trabalho. disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/362755/a-lgpd-nas-relacoes-de-trabalho>>.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de Direitos Fundamentais: uma análise à luz da Lei geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 19, n. 3, p. 159-180, 2018.
- RAMOS, Edith Maria Barbosa; DELDUQUE, Maria Célia; ALVES, Sandra Mara Campos. Dados pessoais sensíveis e a pandemia de coronavírus: divulgar para proteger? *Cad. Saúde Pública*, v. 34, n. 7, p. 240-257, 2018.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTR, 2005.
- RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção dos dados pessoais: uma leitura do sistema europeu e a necessária tutela dos dados sensíveis como paradigma para um sistema jurídico brasileiro. *Direitos Fundamentais & Justiça* N° 11 – ABR./JUN. 2010.

A Sociedade de Risco, o Estado Constitucional na Ordem Internacional e as Empresas Privadas

Thaís Onofre Caixeta de Freitas¹

Iris Cristina Vieira²

Sumário: Introdução; 2. Histórico, características e mudanças do capitalismo até a atualidade; 2.1 O surgimento do capitalismo e a teoria dos sistemas econômicos; 3. Da ordem econômica e financeira: surgimento da sociedade de risco nas empresas privadas.; 3.1 A sociedade de risco e a modernidade líquida de bauman; 4 Lex mercatória e as empresas privadas; 4.1 Principais elementos da ordem econômica internacional e seu importante papel para o mundo globalizado; 5 Considerações finais; Referências bibliográficas

Resumo: O surgimento de novas técnicas de fabricação e o aumento da urbanização possibilitaram a mudança do modo de produção e permitiram o barateamento e o melhor atendimento às demandas de mercadorias. São características importantes do capitalismo o direito à propriedade privada, a liberdade econômica, a acumulação de riquezas e o trabalho assalariado. Também conhecido como economia de mercado, o capitalismo opera através das leis da livre iniciativa, da livre concorrência e das leis da oferta e da procura. Meios de produção, estratégias de mercado e revolução comercial marcaram o início de uma nova era. Contudo, em conjunto com grandes revoluções, como a comercial, surgem também novas preocupações (problema de pesquisa): o que o crescimento pode gerar? – estaria a sociedade sujeita a determinados riscos? a sociedade inserida no contexto da revolução comercial incorreria em algum risco? O presente artigo, utilizará o método dialético e histórico, com objetivo geral identificar a vulnerabilidade do consumidor na sociedade de risco, e perpassará pelos objetivos de investigação de identificar o histórico, características e mudanças do capitalismo até a atualidade; avaliar o surgimento da sociedade de risco nas empresas privadas; e, por fim, trabalhar com a Lex mercatória e as empresas privadas. Como principais conclusões, tem-se que com a utilização iminente da sociedade com informação rápida e maior fluxo de dados, é evidente que a segurança da informação fique vulnerável ante tantos instrumentos à disposição do manejo de todos, daí a sociedade de risco. Sabe-se que os Estados devem fornecer resposta a este problema, inclusive de forma transnacional, que possa ser utilizado em nível mundial pelas empresas, e uma forma de sobreviver à sociedade de risco é se submeter à ordem econômica internacional, obedecendo princípios norteadores e efetivando direitos e garantias já consolidadas pelo sistema normativo, bem como criando novos direitos.

Palavras Chave: Empresas; Risco; sociedade; consumidor; vulnerabilidade.

Abstract: The emergence of new manufacturing techniques and the increase in urbanization have made it possible to change the mode of production and to make it cheaper and better able to meet the demand for goods. Important characteristics of capitalism are the right to private property, economic freedom, the accumulation of wealth and wage labor. Also known as a market economy, capitalism operates through the laws of free enterprise, free competition and the laws of supply and demand. Means of production, market strategies and the commercial revolution marked the beginning of a new era. However, along with great revolutions, such as the commercial one, new concerns (research problems) also arose: what can growth generate? - Would society be subject to certain risks? Would society in the context of the commercial revolution incur any risks? This article will use the dialectical and historical

¹ Doutoranda em direito político e econômica pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, mestre em direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Email: thais_onofre_caixeta@hotmail.com

² Mestranda na Universidade Federal de Uberlândia. Email: irisfvieira@gmail.com

method, with the general objective of identifying consumer vulnerability in the risk society, and will go through the research objectives of identifying the history, characteristics and changes of capitalism to the present day; evaluating the emergence of the risk society in private companies; and, finally, working with Lex mercatoria and private companies. The main conclusions are that with society's imminent use of fast information and greater data flow, it is clear that information security is vulnerable in the face of so many instruments at everyone's disposal, hence the risk society. It is known that states must respond to this problem, including in a transnational way, which can be used worldwide by companies, and one way to survive the risk society is to submit to the international economic order, obeying guiding principles and implementing rights and guarantees already consolidated by the regulatory system, as well as creating new rights.

Keywords: Companies; risk; society; consumer; vulnerability.

Introdução

O surgimento de novas técnicas de fabricação e o aumento da urbanização possibilitaram a mudança do modo de produção e permitiram o barateamento e o melhor atendimento às demandas de mercadorias.

São características importantes do capitalismo o direito à propriedade privada, a liberdade econômica, a acumulação de riquezas e o trabalho assalariado.

Também conhecido como economia de mercado, o capitalismo opera através das leis da livre iniciativa, da livre concorrência e das leis da oferta e da procura.

Meios de produção, estratégias de mercado e revolução comercial marcaram o início de uma nova era. Contudo, em conjunto com grandes revoluções, como a comercial, surgem também novas preocupações (problema de pesquisa): o que o crescimento pode gerar? – estaria a sociedade sujeita a determinados riscos? a sociedade inserida no contexto da revolução comercial incorreria em algum risco?

O presente artigo, utilizará o método dialético e histórico, com objetivo geral identificar a vulnerabilidade do consumidor na sociedade de risco, e perpassará pelos objetivos específicos de identificar o histórico, características e mudanças do capitalismo até a atualidade; avaliar o surgimento da sociedade de risco nas empresas privadas; e, por fim, trabalhar com a Lex mercatória e as empresas privadas.

2. Histórico, Características e Mudanças do Capitalismo até a Atualidade

O capitalismo surgiu na Europa Ocidental devido às mudanças ocorridas no sistema feudal. Com a centralização do poder nas mãos do rei e da ascensão da burguesia a partir do comércio e da circulação de mercadorias.

O termo capitalismo descreve de modo bastante correto esse sistema de busca de lucro e de acumulação de capital. A propriedade do capital é a fonte dos lucros e, daí, a fonte de mais acumulação de capital. Contudo, esse processo do "odo e da galinha" teria de ter um começo. A acumulação

inicial substancial ou acumulação primitiva de capital ocorreu no período que está sendo considerado. As quatro fontes mais importantes da acumulação inicial substancial ou acumulação primitiva de capital ocorreu no período que está sendo considerado. As quatro fontes mais importantes de acumulação inicial de capital foram: 1) o volume do comércio, que cresceu rapidamente; 2) o sistema industrial de produção doméstica; 3) o movimento dos cercamentos; 4) a grande inflação de preços. Havia muitas outras fontes de acumulação inicial de capital, algumas das quais eram menos respeitáveis e, muitas vezes, esquecidas- por exemplo, a pilhagem colonial, a pirataria e o comércio de escravos.³

Sistema econômico que ganhou força após a crise do feudalismo, o capitalismo pode ser dividido em três grandes momentos: capitalismo de concorrência, capitalismo monopolista e capitalismo monopolista de estado⁴.

É possível destacar dois importantes momentos da revolução industrial, o primeiro caracterizado pela concorrência de mercado em razão da grande quantidade de pequenas empresas.

Em um segundo momento surgiram as grandes empresas, que monopolizou o mercado e fez com que as pequenas empresas se submetessem a elas.

O sistema econômico teve como característica também o surgimento das multinacionais que passaram a produzir e vender seus produtos também para o comércio exterior.

O surgimento do conceito de “pensamento econômico”, também conhecida como “primeira escola moderna”, teve início marcado pela publicação da obra “A Riqueza das Nações”, de Adam Smith⁵.

Adam acredita que o esforço de cada um gerava o bem social, ou seja, independente de intervenção ou não do Estado, existia um poder do povo de autorregulação.

O referido autor conceitua a divisão e especialização do trabalho como: motor da eficiência e abertura de mercados, que dependiam da acumulação de capital, como forma de estimular o empreendedorismo empresarial e industrial.⁶

Neste sentido, importante adentrar no surgimento do capitalismo e diante do pensamento econômico, entender sobre a teoria dos sistemas econômicos, principalmente para demonstrar como o capitalismo influencia na atualidade e está inserido em um contexto de risco, principalmente o conceituado por Ulrich Beck.

³ Hunt, E.K. História do pensamento econômico. trad. André Arruda Villela. Rio de Janeiro Elsevier, 2013.

⁴ FERNANDES, Bernardo Teixeira Lima. RODRIGUES, Vivian Azevedo. Direito Econômico. Londrina: Ed. e Distr. Educacional S.A, 2016, p. 28

⁵ SMITH, Adam. A Riqueza das Nações”, *op. Cit.*

⁶ FERNANDES, Bernardo Teixeira Lima. RODRIGUES, Vivian Azevedo. *Op. Cit.* p. 36

2.1 O Surgimento do Capitalismo e a Teoria dos Sistemas Econômicos

A ideia de que a economia é um sistema advém da inter-relação entre pessoas, materiais, processos, produção, distribuição e consumo, que garantem estabilidade a tal estrutura.⁷

Assim, para entender o sistema econômico de determinado tempo, é preciso compreender o modo de coordenação ou o modo de produção adotado, ou seja, a maneira pela qual a sociedade organiza e desenvolve suas forças produtivas.

O Capitalismo surgiu no século XV, na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, a partir da decadência do sistema feudal e do nascimento de uma nova classe social, a burguesia.

O sistema capitalista se consolidou a partir das revoluções burguesas ocorridas nos séculos XVII e XVIII e, da revolução industrial, que instituiu um novo modo de produção.

Para Adam Smith, um dos principais pensadores do liberalismo, o sistema capitalista é o único que pode funcionar por ter como base a necessidade natural dos indivíduos de atender os seus interesses próprios.⁸

Trata-se da supremacia do auto interesse e da vantagem que se pode obter. Assim, o sistema busca a redução da intervenção do Estado na economia, para que o próprio mercado possa regular as suas relações.

Como instrumento para organização do poder e relações produtivas, tem-se o chamado “modo de produção”, um importante conceito na compreensão da Economia Política e do Direito Econômico, pois o sistema econômico está intimamente ligado ao modo de produção.

É preciso ter em mente que a “teoria dos sistemas econômicos enquanto teoria dos modos de produção foi enunciada em primeiro lugar por Karl Marx”.⁹

Por essa teoria, a pedra fundamental de cada sistema reside nas relações existentes entre os agentes econômicos, ou seja, entre os trabalhadores e os meios de produção.

Mark Lautzenheiser, em “História do pensamento econômico – uma perspectiva crítica”, aduz que:

As forças produtivas constituem o que comumente se chamaria tecnologia produtiva de uma sociedade. Essa tecnologia consiste no estado atual do conhecimento técnico e produtivo, nas especializações, técnicas organizacionais etc., bem como nas ferramentas, implementos, máquinas e prédios usados na produção. [...] Dentro de qualquer conjunto de forças

⁷ NUNES, António José Avelãs. Uma introdução à economia política. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

⁸ SMITH, Adam. Riqueza das Nações. Lisboa : Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1981 e 1983. 2 vols.

⁹ NUNES, 2007, p. 63). NUNES, António José Avelãs. Uma introdução à economia política. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

produtivas, deve-se incorrer em determinados custos necessários à manutenção da existência do sistema.¹⁰

O capitalismo está dividido, historicamente, primeiramente como capitalismo Comercial ou Mercantil (pré-capitalismo), na época da transição do feudalismo, em que o conceito de propriedade deixa de ser poder e se torna um bem negociável.

Após, com o capitalismo Industrial ou Industrialismo, marcado pelo surgimento das máquinas, em que os produtos deixaram de ser somente de produção artesanal, tornando célere os meios de produção e gerando maiores ganhos econômicos, com isso, surge a necessidade da criação de um mercado consumidor e com a necessidade de mão de obra, surge a classe operária.

Por último na divisão é o capitalismo Financeiro ou Monopolista, fundamentado principalmente nas grandes corporações, bancos e monopólio financeiro.

Atualmente, com o crescimento e alcance da informação e internet, alguns estudiosos como Manuel Castels,¹¹ defendem a teoria de que o capitalismo já está numa nova fase de desenvolvimento, denominada de capitalismo informacional.

Na visão do autor:

Um dos indicadores de uma sociedade informacional passa também pela relação entre essa sociedade e os seus media, no que toca à liberdade dos meios de comunicação expressarem livremente as notícias e as opiniões mas também à relação entre os fruidores e produtores de informação.¹²

Segundo Castells, a maior parte das novas ocupações criadas não devem ser vistas simplesmente como atividades do setor de serviços, mas como atividades realizadas por trabalhadores que se ocupam crescentemente de atividades com elevado conteúdo tecnológico, baseado em funções que exigem alto conhecimento e elevado estoque de tecnologias da informação (notadamente por causa da ampliação do peso da infra-estrutura de comunicações nas atividades industriais ou serviços).

3. Da Ordem Econômica e Financeira: Surgimento da Sociedade de Risco nas Empresas Privadas.

De acordo com Boaventura de Sousa Santos¹³, o mundo é dividido por uma linha

¹⁰ HUNT, E. K.; LAUTZENHEISER, Mark. História do pensamento econômico – uma perspectiva crítica. 3ª. ed. Trad. André Arruda Villela. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 2-4.

¹¹ CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede. 11 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008. p. 67

¹² CASTELLS, Manuel, in: “A Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Ação Política”, 2005. p. 53

¹³ SOUZA SANTOS, Boaventura. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: Epistemologias do Sul. Boaventura de Souza Santos e Maria Paula Meneses (Org.). Coimbra: Almedina, pp. 23-72, 2009.

abissal entre Estados ricos do norte Global e Estados pobres do Sul global. Por muito tempo, essa posição esteve associada a situação histórica de colonizadores e colonizados, porém, atualmente, essa desigualdade abissal não necessariamente está relacionada a posição no globo onde estão localizados. Além da questão econômica, o autor ressalta também que essa *abissalidade* também está presente nas teorias epistemológicas, em que o conhecimento científico é dado como único verdadeiro e os demais são considerados secundários, e são descartadas como crenças populares infundadas.

Em relação a globalização, o autor estabelece que não há um único tipo de globalização, mas sim várias globalizações. Nessa linha, ele distinguiu três tipos: primeiramente, o “localismo globalizado”, quando algo local de uma determinada cultura é projetado globalmente a outras culturas; em segundo lugar, o “globalismo localizado”, quando determinadas práticas transnacionais causam impactos imperativos em determinada localidade; e, por fim, o cosmopolitismo e os patrimônios comuns da humanidade, que pretendem extirpar, ou mitigar, a linha abissal existente.¹⁴

Nessa mesma toada, Ulrich Beck¹⁵ alerta para a emergência da sociedade de riscos no mundo globalizado. Nesse âmbito, ele ressalta três eixos de conflitos: os riscos ambientais, os riscos financeiros globais e a ameaça representada pelas redes terroristas. Para o autor, todos esses riscos têm em comum o fato de exigirem uma reformulação política das alianças globais e de não serem riscos externo, mas sim consequentes da própria civilização. Assim, ele enxerga a necessidade de se romper com o conceito de nacionalidade e se aceitar uma concepção de comunidade universalmente compartilhada, superando essa percepção fechada de cultura, e aceitando a cooperação e a interdependência como condição para compreensão mútua.

Nesse contexto, Ulrich Beck retoma o princípio da hospitalidade de Kant, no entanto em um novo sentido: os indivíduos possuem direito a hospitalidade, e esse direito não pode ser recusado pelo país receptor. Isso se dá, pois o risco impõe um cosmopolitismo obrigatório entre as sociedades, unidas em torno de uma ameaça em comum. E, mais que isso, o risco é causado de maneira desigual pela sociedade global, na medida em que o país beneficiado – e que toma a decisão de assumir esse risco – não é o país que suporta a maior parte do seu impacto, impacto esse que é direcionado a países que sequer podem decidir sobre aceitar ou não o risco.

¹⁴ SOUZA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos. Lua Nova Revista de Cultura e Política, nº 39, vol. 48, pp. 105-201, 1996.

¹⁵ BECK, Ulrich. Critical theory of world risk society: a cosmopolitan vision. Constellations. Vol. 16, n. 1, pp. 3-22, 2009.

Somado a isso, o autor chama a atenção para o fato de que os riscos são considerados por esses países em posição vantajosas como mero efeitos colaterais indesejáveis e produto residual do progresso. No entanto, esses efeitos colaterais atingem de maneira direta e agressiva o indivíduo – que não possui força decisória sobre os riscos que deseja ocorrer. Assim, em uma ordem cosmopolita, é essencial que esses países reconheçam as potencialidades dos riscos dados como “colaterais” e sobreponham os interesses dos demais a cima da sua própria ordem nacional. Reconhecimento que os efeitos transnacionais que suas decisões produzem.

3.1 A Sociedade de Risco e a Modernidade Líquida de Bauman

Em uma ordem cosmopolita, é essencial que esses países reconheçam as potencialidades dos riscos dados como “colaterais” e sobreponham os interesses dos demais a cima da sua própria ordem nacional. Reconhecimento que os efeitos transnacionais que suas decisões produzem.

Zygmunt Bauman em *modernidade líquida* aduz sobre uma nova época na qual as relações sociais, econômicas e de produção são frágeis, fugazes e maleáveis, como os líquidos.¹⁶

Bauman definiu como "*modernidade líquida*" o período que se iniciou após a Segunda Guerra Mundial e se tornou mais evidente a partir da década de 1960, período esse conhecido como pós-modernidade.

Esse conceito segundo o autor mencionado, opõe-se ao conceito de modernidade sólida, caracterizada pela rigidez e solidificação das relações humanas, das relações sociais, da ciência e do pensamento, ou seja, as relações eram solidamente estabelecidas, tendendo a serem mais fortes e duradouras.¹⁷

Neste sentido, para Bauman, tudo o que é criado pelo homem para compor a sociedade é submetido à lógica capitalista de consumo, como a ciência, a técnica, a educação, a saúde, as relações humanas etc.

Até os dados pessoais passam a ser mais um produto disposto nas prateleiras para ser consumido.

“a situação presente emergiu do derretimento radical dos grilhões e das algemas que, certo ou errado, eram suspeitos de limitar a liberdade individual de escolher e de agir.”¹⁸

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução, Plínio Dentzien. Rio Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 8.

¹⁷ Idem

¹⁸ BAUMAN. Op. Cit. 2011, p. 11

A sociologia, enquanto ciência que estuda o comportamento humano em função do meio e os processos que interligam os indivíduos em associações, grupos e instituições, surge e começa a se desenvolver no século XX, a partir da necessidade de analisar os elementos reais extraídos das ações pessoais, políticas e econômicas.

No contexto da modernidade líquida, segundo Bauman “*a primeira ocupação da sociologia feita sob medida para a modernidade líquida deve ser a promoção da autonomia e da liberdade*”.¹⁹

A modernidade, que permitiu ao homem viver experiências mais seguras e gratificantes, se recusa a aceitar o paradigma da simplificação para ser enfrentado.

Atualmente, a sociedade encontra-se dominada pela presença potencial de ameaças que geram um sentimento de crescente insegurança e de incerteza face à imprevisibilidade de suas consequências. Qualquer coisa desconhecida ou incerta, que possa impedir o sucesso de um projeto é, pela própria definição, um risco.

O risco encontra-se presente em todas as esferas da existência humana. Quanto maiores são os progressos científicos e tecnológicos alcançados, maior é a rapidez com que são criadas novas modalidades de risco.

O momento de ruptura histórica pela qual vem passando a modernidade, se assemelha ao que ocorreu na passagem da sociedade feudal para a industrial.

Vivemos um momento de transformação da sociedade industrial clássica, caracterizada pela produção e a distribuição de riquezas, em uma chamada “sociedade (industrial) de risco”²⁰, na qual a produção dos riscos domina a lógica da produção de bens, segundo Ulrich Beck. É um processo contínuo e, em plena progressão.

[...] o conceito de sociedade de risco sustenta a incompatibilidade da distribuição de riqueza e de riscos e a concorrência entre suas “lógicas”²¹

Essa ruptura, porém, não representa o fim da sociedade moderna, e sim sua reconfiguração.

O início desta nova modernidade traz consigo transformações na política, na economia e no comportamento, ao mesmo tempo em que a produção social de riquezas passa a ser acompanhada, cada vez mais, de uma produção social de riscos (da instabilidade dos mercados, catástrofes ambientais, terrorismo).

¹⁹ Ídem, p. 243

²⁰ BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: 34, 2011, p.12)

²¹ BECK, Ulrich et al. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Unesp, 1997. p. 232

Para Beck, “[...] os riscos surgidos atualmente distinguem-se de todos os anteriores, [...] em primeiro lugar por conta de seu alcance em termos de transformação social [...] e em segundo lugar por conta de sua peculiar constituição científica.”²²

Ulrich Beck define a "ameaça civilizatória" em cinco teses:

- 1) Riscos diferem de riquezas: enquanto riquezas são possuídas, os riscos afetam, causando danos invisíveis e, por vezes, irreversíveis.
- 2) A distribuição dos riscos desafia as estruturas sociais, afetando até mesmo os mais privilegiados.
- 3) Riscos se tornam commodities ilimitadas e comerciáveis, ao contrário das necessidades básicas.
- 4) A consciência dos riscos é vital e adquire importância política.
- 5) Os riscos são socialmente reconhecidos, especialmente na defesa do meio ambiente, exigindo a abordagem das causas da degradação industrial.

A teses de Beck consideram as mudanças ocorridas na estrutura da sociedade, sob as perspectivas da lógica de distribuição dos riscos na modernização e sob os aspectos relativos a classes sociais, formas familiares, questões de gênero, casamento, paternidade e profissão.

Beck afirma que na “modernidade desenvolvida, [...], emerge um novo tipo de destino adscrito em função do perigo, do qual nenhum esforço permite escapar”²³. Em suas teses Beck demonstra que os sistemas concebidos para proteger e racionalizar convertem-se em forças destrutivas. Puxados pelo consumo cotidiano, surgem as ameaças infiltradas na água, em alimentos, nas roupas, nos objetos domésticos. O processo de modernização volta-se para si mesmo, mediante discussão, elaboração, troca de informações, que voltam a turbinar o circuito.

“A sociedade de risco é [...] também a sociedade da ciência, da mídia e da informação. Nela, escancaram-se assim novas oposições entre aqueles que produzem definições de risco e aqueles que as consomem”²⁴

Trata-se, portanto, do surgimento de uma nova modalidade de vulnerabilidade, em que as pessoas são parte numérica de um grande ecossistema de possibilidades e riscos.

3.2 Modalidades de Intervenção do Estado e os Princípios Constitucionais da Ordem Econômica

²² Ibid., p. 233

²³ Idem, p. 8

²⁴ Ibid., p. 56

A Constituição Econômica de um país sempre existe na forma diretiva, ligando-se diretamente à ordem econômica, no plano do ser. Assim, seus elementos estatutários estão sempre implícitos, de modo que a sua descoberta demanda uma atenção especial à Constituição Econômica diretiva.

Em razão das falhas do capitalismo liberal, o Estado amplia sua participação na economia, que antes se dava apenas pela emissão de papel moeda, e a partir daquele momento, o Estado atua como agente regulador da economia, visando a defesa da propriedade.

Buscou-se, portanto, a formalização de uma aliança entre os setores público e privado, o que levou à posterior formação da ordem econômica internacional.²⁵

Eros Grau aduz que o caráter de capitalismo assistencial assumido, no qual custos são transferidos do setor privado para a coletividade, com a emissão em massa de títulos da dívida pública para financiar atividade empresarial. E conclui que por mais que o setor privado reclame a estatização da economia, sempre foi crucial na função de acumulação de capital privado, promovendo assim o capitalismo²⁶

Nesta senda, o capitalismo se mantém no papel regulador do Estado, de maneira que as nacionalizações ocorridas na economia tentam superar pontos de destruição no capitalismo e preservação do sistema.

Conhecer o desenvolvimento histórico dos órgãos que regulam e financiam a atividade econômica internacional, além de solucionar litígios e controvérsias no âmbito das relações comerciais se faz importante quando se fala em ordem econômica internacional e relações econômicas internacionais.

Por isso, o desenvolvimento tecnológico foi importante para os mercados, ampliando as fronteiras do comércio. A partir da expansão das relações econômicas internacionais, os agentes econômicos puderam buscar novos mercados, fora dos limites de seus territórios, gerando “demanda pela regulação da atividade econômica nessa nova perspectiva mundial, o que propõe a criação formal de organismos internacionais e normas de regulação das práticas econômicas internacionais”²⁷

²⁵ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

²⁶ Idem

²⁷ MASSO, Fabiano Del. Direito econômico esquematizado. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 192

Fabiano Del Masso destaca que, desde a Segunda Guerra Mundial, a necessidade de organização e regulação da atividade internacional vem amadurecendo, de maneira que o desenvolvimento econômico equilibrado reduz a possibilidade de conflitos.²⁸

Ao tratar sobre ordem econômica no Brasil, imprescindível destacar os artigos 170 a 181 da CF, trata-se de valorização do trabalho humano e livre iniciativa.

Na valorização do trabalho humano, relacionado aos direitos sociais e justiça social, o objetivo é priorizar o homem trabalhador e a proteção face a automação (art.7º, XXVII da CF).

Além disso, reprime, de maneira expressa, abusos de poder econômico para eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros (art. 148), além de reconhecer o direito de greve, em seu art. 158.

Ou seja, mesmo diante da tomada do mercado pela tecnologia, o Estado deve proteger o trabalhador ante as transformações.

A livre iniciativa é a possibilidade de todos se lançarem ao mercado, no sistema capitalista. A atuação livre no mercado pressupõe Liberdade de concorrência e liberdade contratual.

O STF já tratou sobre o tema da livre iniciativa²⁹, consolidando o fato de que a livre iniciativa é uma cláusula geral preenchida pelos incisos do art. 170. Além disso, o Estado pode regular política de preços de forma razoável, para evitar abusos do poder econômico.

Aprofundando o papel do Estado como agente regulador da economia, vamos conhecer as três grandes modalidades de intervenção, segundo Grau (2012)³⁰. São elas: intervenção por absorção ou participação; intervenção por direção; e intervenção por indução.³¹

Na chamada intervenção por absorção ou participação, o Poder Público realiza intervenção no campo da atividade econômica em sentido estrito, atuando como agente econômico e assumindo controle dos meios de produção. Na modalidade absorção há o

²⁸ Idem

²⁹ Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI). Art. 980–A do Código Civil, com redação dada pelo Art. 2º da Lei 12.441, de 11 de julho de 2011. Exigência de integralização de capital social não inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. Constitucionalidade. (...) Livre iniciativa. Art. 170 da Constituição Federal. Ausência de violação. Inexistência de obstáculo ao livre exercício de atividade econômica. A exigência de capital social mínimo não impede o livre exercício de atividade econômica, é requisito para limitação da responsabilidade do empresário.

BRASIL. ADI 4.637, rel. min. Gilmar Mendes, j. 7-12-2020, P, *DJE* de 4-2-2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/artigo.asp?abrirBase=CF&abrirArtigo=170> Acesso em fevereiro de 2023

³⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

³¹ Idem.

monopólio estatal em determinado setor, enquanto na participação a atuação da esfera pública ocorre em regime de concorrência. Em ambos os casos, a intervenção ocorre através de um ente com personalidade jurídica própria, como uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista.

Nas formas de intervenção por direção ou indução, o Estado atua como agente regulador da economia, de maneira que, segundo Eros Grau³², o Estado não realiza intervenção no domínio econômico, e sim sobre o domínio econômico.

Na modalidade de intervenção por direção, são estabelecidos mecanismos e normas de comportamento obrigatório. Por outro lado, na intervenção por indução, ocorre a manipulação de instrumentos ligados ao mercado de maneira a estimular comportamentos, pautados no interesse social e coletivo, em detrimento dos interesses individuais dos agentes privados.

É destacável ainda que o Estado também implementa duas importantes funções: legitimação e repressão. Pela legitimação o Estado exerce papel de mediador entre conflitos de classes, sustentando a hegemonia do capital.³³

Sobre a função da repressão, destacamos que ela está incluída na função de legitimação e possui a finalidade de promover a “lealdade e adesão ao capitalismo a massa quantitativamente mais significativa da sociedade civil”³⁴

Neste sentido, aproveita-se como agente unificador de uma sociedade dividida por critérios econômicos, apoiando-se, principalmente, o Direito Positivo.

Ainda sobre a ordem econômica, os princípios são como base para a finalidade de garantir a existência digna e a justiça social, dentre todos, destacam-se o princípio da soberania nacional, em que o país é independente economicamente e não se limita a nenhum outro poder constituinte.

No princípio da propriedade privada e sua função social da propriedade, diz respeito à iniciativa privada nos meios de produção, que corrobora com o artigo 1º da CF e deve respeitar os fundamentos da função social da propriedade sobre a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

O princípio da livre concorrência, evitando a dominação de mercado, lucros arbitrários e concentração de renda.

³² Idem

³³ GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.p. 20

³⁴ Ibidem, p. 39

Também se destaca o princípio da defesa do consumidor o consumidor é o vulnerável no cunho econômico, por possuir menos instrumentos para se equiparar ao fornecedor ou prestador de serviços.

O princípio da defesa do meio ambiente, inclusive com tratamento especializado nos casos de impacto ambiental de produtos e prestação de serviços. Ou seja, uma empresa que causa maior impacto ou risco de impacto ao meio ambiente, pode incorrer em tributação maior, em obediência a este princípio.

Redução de desigualdades regionais em busca pelo pleno emprego, que tem como fundamento o trabalho humano, e, por fim, o tratamento favorecido às empresas nacionais de pequeno porte buscando a igualdade.

Sabe-se que os Estados devem fornecer resposta a este problema, inclusive de forma transnacional, que possa ser utilizado em nível mundial pelas empresas, e uma forma de sobreviver à sociedade de risco é se submeter à ordem econômica internacional, obedecendo princípios norteadores e efetivando direitos e garantias já consolidadas pelo sistema normativo, bem como criando novos direitos.

5 Considerações Finais

A sociedade de risco conforme trazida por Ulrich Beck surge principalmente com a chegada e desenvolvimento revolucionário da tecnologia, neste sentido, Shoshana Zuboff, em “Capitalismo de vigilância”, destaca a experiência humana se transforma em metadado, um insumo gratuito para práticas de perfilamento do consumidor e venda de produtos correlacionados. As grandes plataformas, após o refinamento/tratamento daqueles dados iniciais, conseguem prever os próximos passos dos usuários, bem como modular o seu comportamento futuro e ainda podem se beneficiar da venda subsequente desses mesmos dados para possíveis anunciantes. (FERREIRA, 2021, p. 4)

Assim, por meio da combinação de processos conhecidos como *dataveillance* (vigilância de dados), *data mining* (mineração de dados) e *profiling* (perfilagem), monitoram e classificam os dados, constroem-se saberes que sustentam e viabilizam uma vigilância proativa sobre indivíduos e populações. (BRUNO, 2013, p. 127)

No mesmo sentido, Zuboff: “Em vez de muitas pessoas possuindo alguns direitos de privacidade, esses direitos foram concentrados no interior do regime de vigilância. Os capitalistas de vigilância possuem amplos direitos de privacidade e, portanto, muitas oportunidades para segredos” (ZUBOFF, 2021, p. 47)

Na atualidade, muito se fala sobre segurança da tecnologia e sobre a existência de uma infinidade de fluxo de dados pela Internet. Para Manuel Castells, a informação é matéria-prima, isso porque as tecnologias vão se desenvolvendo e permitindo o manejo do homem sobre a informação, o contrário do que era antes. (CASTELLS, 2000, p. 54)

Sendo assim, com a utilização iminente da sociedade com informação rápida e maior fluxo de dados, é evidente que a segurança da informação fique vulnerável ante tantos instrumentos à disposição do manejo de todos, daí a sociedade de risco.

Sabe-se que os Estados devem fornecer resposta a este problema, inclusive de forma transnacional, que possa ser utilizado em nível mundial pelas empresas, e uma forma de sobreviver à sociedade de risco é se submeter à ordem econômica internacional, obedecendo princípios norteadores e efetivando direitos e garantias já consolidadas pelo sistema normativo, bem como criando novos direitos.

Referências Bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução, Plínio Dentzien. Rio Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BECK, Ulrich. *Critical theory of world risk society: a cosmopolitan vision*. *Constellations*. Vol. 16, n. 1, 2009.

_____. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: 34, 2011

BECK, Ulrich et al. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Unesp, 1997.

BRUNO, Fernanda; *Máquinas de ver, modos de ser: vigilância, tecnologia e subjetividade*. Porto Alegre: Sulina, 2013.

NUNES, António José Avelãs. *Uma introdução à economia política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. In: *A Sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. v. 1.

_____. *A Sociedade em Rede*. 11 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1ª edição. Editora Malheiros Ltda, 2004

FERNANDES, Bernardo Teixeira Lima. RODRIGUES, Vivian Azevedo. *Direito Econômico*. Londrina: Ed. e Distr. Educacional S.A, 2016.

FERREIRA, Lucia Marina Teixeira. *A esfera na era digital e a democracia em risco*. Brasília: IDP. 2021.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HUNT, E.K. *História do pensamento econômico*. trad. André Arruda Villela. Rio de Janeiro Elsevier, 2013.

- MASSO, Fabiano Del. Direito econômico esquematizado. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- MOISES, Cláudia Perrone. Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros. Editora Oliveira Mendes. São Paulo, 1998
- NUNES, António José Avelãs. Uma introdução à economia política. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- VIDIGAL, Erick. A Lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil. Brasília a. 47 n. 186 abr./jun. 2010
- RAMOS NETO, Isaac Rodrigues. A prática do Ethical Hacking pelos times de resposta a incidentes de segurança computacional como conduta de legítima defesa. 2013. 69 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013
- SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz. International Economic “Soft Law”, Recueil des Cours de L’academie de Droit International de La Haye, 1979 (II).
- SMITH, Adam. Riqueza das Nações. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1981 e 1983. 2 vols.
- SANTOS, Boaventura Souza. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: Epistemologias do Sul. Boaventura de Souza Santos e Maria Paula Meneses (Org.). Coimbra: Almedina, , 2009.
- _____. Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos. Lua Nova Revista de Cultura e Política, nº 39, vol. 48, 1996.
- ZUBOFF, Shoshana. A Era do Capitalismo de Vigilância. Rio de Janeiro: Intrínseca, ed.1. Tradução: George Schlesinger. 2021

Bioética e o Biodireito como Vetores Hermenêuticos nas Discussões Acerca da Autodeterminação dos Pacientes Transexuais nos Casos de Redesignação Sexual

Bioethics and Biolaw as Hermeneutical Vectors in Discussions about The Self-Determination of Transsexual Patients in Cases of Sexual Reassignment

Valter da Costa Santos¹

Sumário: 1. Manifestação da Vontade e a Redesignação Sexual à Luz da Bioética e o Biodireito; 2. Dignidade, Autodeterminação e a Autonomia da Pessoa Transexual; Considerações Finais.

Resumo: A problemática posta enuncia como traço fundamental a reflexão da autodeterminação da pessoa transexual no exercício da vontade de adequar-se ao sexo que se sente pertencente, assegurando-lhe, por conseguinte, tutela jurídica mediante a livre escolha no processo de consolidação de políticas públicas de efetivação do direito fundamental à saúde. Conquanto um breve olhar ao tema possa suscitar ligeiramente ao leitor ávido a pressuposição de a temática não ter grandes problemáticas ou novas contribuições ao campo de saberes e abordagens científicas, não se pode esquecer que o Brasil é um dos países que noticia-se uma quantidade incomensurável de genocídios alarmantes da população LGBTQIA+, a qual, infelizmente, é vista como representação abstrata de um mero número ou estatística sem acoplamento ao que realmente está em jogo – a vida. Intenta-se com a presente investigação tematizar criticamente as categorias do gênero e da sexualidade, justamente para abarcá-las dentro do diálogo jurídico plural consolidador do repensar das bases categoriais do feminino e masculino a partir do florescer do sujeito e das manifestações existenciais que perpassam quaisquer clausuras que aprisionem as manifestações da sexualidade humana. A partir do método dedutivo e mediante recurso bibliográfico, pretende-se inserir na presente pesquisa as confluências positivas da Bioética e do Biodireito no processo de abertura hermenêutica na condução de cenários nos quais se alcancem pessoas que se acham situadas às margens das ordenações social e jurídica, possibilitando-lhes o resgate, a inserção social e, através de um salto qualitativo, a efetivação da tutela jurídica rumo a emancipação do sujeito, consolidando-se, finalmente, a dignidade da pessoa humana. A Bioética, nessa senda intelectual, não apenas possibilita discussões relativas à vida, à saúde, à sexualidade, ao gênero, mas, sobretudo, traz à lume uma plêiade de substratos basilares para se pensar e repensar como premissa basilar que a transexualidade não se reduz somente a neofaloplastia, mas tem como causa subjacente toda a extensão da vida da pessoa – que é digna de ser vivida. Como principais conclusões, chega-se ao ponto de debate a importância do campo jurídico repelir o processo de tolhimento de direitos fundamentais. Na medida em que o Direito Civil se abre à ordem do dia às reflexões existenciais em seu processo contínuo de constitucionalização dos pilares que o sustentam, certamente emerge uma linguagem consentânea aos anseios de grupos em situação de vulnerabilidade social, mormente diante de uma política de apagamento social.

Palavras-chave: Redesignação Sexual; Transexualidade; Biotética. Biodireito.

¹ Professor Colaborador/Assistente Temporário, lotado no Departamento de Direito Público do Centro de Estudos Sociais Aplicado da Universidade Estadual de Londrina. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Especialista em Direito Civil e Processo Civil e em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Graduando no Curso de Filosofia da Universidade Estadual de Londrina. E-mail: valter.costa.santos@uel.br.

Abstract: The problem posed states as a fundamental feature the reflection of the self-determination of the transsexual person in the exercise of the will to adapt to the sex they feel they belong to, therefore ensuring them legal protection through free choice in the process of consolidating public health policies. Implementation of the fundamental right to health although a brief look at the topic may slightly give the avid reader the presupposition. That the topic does not have major problems or new contributions to the field of knowledge and scientific approaches, it cannot be forgotten that Brazil is one of the countries that report an immeasurable amount of alarming genocides of the LGBTQIA+ population. This, unfortunately, is seen as an abstract representation of a mere number or statistic without connection to what is really at stake – life. The aim of this investigation is to critically thematize the categories of gender and sexuality, precisely to encompass them within the plural legal dialogue that consolidates the rethinking of the categorical bases of feminine and masculine based on the flourishing of the subject and the existential manifestations that permeate any enclosures that imprison the manifestations of human sexuality. Using the deductive method and through bibliographical resources, the aim is to include in this research the positive confluences of Bioethics and Biolaw in the process of hermeneutic opening in the conduct of scenarios in which people who find themselves situated on the margins of social and legal orders can be reached. , enabling them to rescue, social insertion and, through a qualitative leap, the implementation of legal protection towards the emancipation of the subject, finally consolidating the dignity of the human person. Bioethics, on this intellectual path, not only enables discussions related to life, health, sexuality, gender, but, above all, brings to light a plethora of basic substrates for thinking and rethinking as a basic premise that transsexuality cannot be reduced only neophalloplasty, but its underlying cause is the entire length of a person's life – which is worth living. As main conclusions, we reach the point of debate about the importance of the legal field to repel the process of curtailing fundamental rights. As Civil Law becomes the order of the day to existential reflections in its continuous process of constitutionalizing the pillars that support it, a language certainly emerges that is in line with the desires of groups in situations of social vulnerability, especially in the face of a policy of erasure Social.

Keywords: Sexual Reassignment; Transsexuality; Bioethics Biolaw.

1. Manifestação da Vontade e a Redesignação Sexual à Luz da Bioética e o Biodireito

Nas atuais quadraturas sociais, denota-se que a pessoa transexual ainda enfrenta diversos desafios em uma sociedade que precisa urgentemente ser educada a respeitar as naturais diferenças.

Torna candente a construção de pilares de autonomia, de liberdade plena, juntamente com a mudança de mentalidade sociocultural, diluindo a hegemonia que torna compulsória o exercício da sexualidade dentro de redomas normativas de gênero.

O Direito enquanto fenômeno múltiplo (cultural, político, social, econômico e, principalmente, normativo) auxilia no rompimento de barreiras binárias (feminino/masculino), possibilitando o processo de ressignificação frente as imposições dogmáticas que tolhem a dignidade da pessoa transexual.

Na medida em que as categorias sexo e gênero tornam-se instrumentalizadas para refutarem as pluralidades, o Direito comparece juntamente com a Bioética, mediado por instrumentos teleologicamente hábeis de diálogos oxigenadores nas instituições, as quais, ao menos as mediadas pelos aparatos estatais, devem auxiliar no rompimento de obstáculos impeditivos da livre escolha das manifestações da sexualidade.

Superando velhas estruturas no prenúncio de um cenário mais amoroso e solidário, surge a “reivindicação de um ‘direito à diferença’. Porém, “[...] em lugar de se reivindicar uma identidade humana comum”, é imprescindível serem contempladas “as diferenças existentes entre as pessoas” (MORAES, 2017, p. 87-88).

Se o sexo é reprimido, isto é, fadado à proibição, à inexistência e ao mutismo, o simples fato de falar dele e de sua repressão possui como que um ar de transgressão deliberada. Quem emprega essa linguagem coloca-se, até certo ponto, fora do alcance do poder; desordena a lei; antecipa por menos que seja, a liberdade futura. Daí essa solenidade com que de fala, hoje em dia, do sexo. [...]. Há dezenas de anos que nós só falamos de sexo fazendo pose: consciência de desafiar a ordem estabelecida, tom de voz que demonstra saber que se é subversivo, ardor em conjurar o presente e aclamar um futuro para cujo apressamento se pensa contribuir. Alguma coisa da ordem da revolta, da liberdade prometida, da proximidade da época de uma nova lei, passa facilmente nesse discurso sobre opressão do sexo. Certas velhas funções tradicionais da profecia nele se encontram reativadas [...] (FOUCAULT, 1988, p. 12).

Na busca de transcender as arenas da repressão, no percurso de efetivação da luta por direitos, não como mera pretensão de identidade, implicando naquilo que é idêntico ou similar, mas à luz da alteridade, no processo de abertura ao próximo, permitindo o reconhecimento do outro enquanto ser de naturais singularidades, mesmo porque, previamente a qualquer institucionalização da vida, trata-se de um ser humano titular de dignidade (MORAES, 2017, p. 87-88).

O avançar do diálogo acerca do gênero e da sexualidade possibilita a reafirmação da pessoa humana como um ser de dignidade intrínseca pelo mero fato de existir. É preciso que sujeitos tratados como seres invisíveis ganhem mais espaço nas arenas de uma política mais sintonizada com o processo de humanização.

Os diálogos, os moldes, as funções e as ações necessitam constantemente serem ressignificados, resgatando-se pessoas que se encontram à margem social, diluindo preconceitos e maximizando a reinserção social de pessoas abastadas pelas ações excludentes que matam, esvaziam sonhos e retiram dos sujeitos a esperança, cujas pessoas são vistas como meros corpos destinados às estatísticas.

O preconceito assola significativamente a minoria social composta por Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e demais sexualidades heterocis-discordantes (LGBT+), especialmente nos *loci* onde o conservadorismo e intolerância imperam. A patologização ou a sujeição ao pecado e à patologia da manifestação da sexualidade humana, sobretudo ao que diz respeito à identidade de gênero, distinta historicamente normatizada, isto é, da heterossexual e cisgênera, ainda se encontra por meio das faces da violência simbólica, verbal e física (CARDIN; CAZELATTO; RUFFO, 2018, p. 257-258).

Um dos diversos desafios da sociedade atual é estabelecer pilares para a realização de situações jurídicas existenciais, de tal maneira que “(...) é crucial a capacidade de manejar os sinais de identidade subordinada a um domínio público que constitui suas próprias hegemonias homofóbicas e racistas por meio do apagamento ou da domesticação de identidades constituídas cultural ou politicamente [...] (BUTLER, 2019, p. 206).

Dessarte, “quando um conjunto é oferecido para servir de conteúdo a uma identidade, é inevitável que o resultado seja turbulento” (BUTLER, 2019, p. 366). Mais que isso, essas “descrições inclusivas produzem inadvertidamente novos locais de competição e uma multidão de resistências, renúncias e recusas a se identificar com os termos” (BUTLER, 2019, p. 366).

Contudo, considerando todos esses fenômenos, tem-se como premissa norteadora que os direitos de grupos vulneráveis das pessoas transexuais mostram-se como atributos importantes “para a proteção, o respeito e a promoção das necessidades relativas à vida, à liberdade, à igualdade, à participação política e social” (CAZELATTO; CARDIN; RUFFO, 2018, p. 283-284).

Buscando inteligibilidade e lucidez para enfrentar tantos desafios, almeja-se principalmente a construção de uma realidade mais justa assentada nas diversas configurações da sexualidade humana.

Passa-se a exigir que o Estado efetivamente consolide instrumentos que garantam as liberdades individuais e igualmente efetive “seu poder delimitado com base no exercício destas liberdades” (HANSEN JÚNIOR; HANSEN, 2014b, p. 155-173).

Na nascente da transdisciplinaridade a Bioética e Biodireito, juntamente com tantas outras disciplinas, fornecerão os vetores hermenêuticos para que a tutela jurídica e o respaldo aos dilemas éticos se sintonizem à cooperação e assistência às vítimas de diversas opressões, “fundando para além da suposta autonomia e pretensa igualdade; sem carpir-se no futuro acontecido ontem, saudar o reconhecimento da pessoa [...] mesmo que seja para prantear os não reconhecidos, os excluídos de todos os gêneros [...]” (FACHIN, 2012, p. 9).

Dessa maneira, ao Direito aparelhado pelos estudos médicos cabe realizar uma análise nas entrelinhas das relações sociais e colaborar com mudanças estruturais, quer pela identificação pela Bioética com soluções éticas às questões de gênero e sexualidade, quer pelo Biodireito na luta de direitos e na tutela das situações jurídicas existenciais.

Através de tais discursos multiplicaram-se as condenações judiciais das perversões menores, anexou-se a irregularidade sexual à doença mental; da infância à velhice foi definida uma norma de desenvolvimento sexual e cuidadosamente caracterizados todos os desvios possíveis; organizaram-se controles pedagógicos e tratamentos médicos; em torno das mínimas fantasias, os moralistas e, também e sobretudo, os médicos, trouxeram à baila todo o vocabulário enfático da abominação: isso não equivaleria a buscar meios de reabsorver em proveito de uma sexualidade centrada na genitalidade tantos prazeres sem fruto? Toda esta atenção loquaz com que nos alvoroçamos em torno da sexualidade, há dois ou a três séculos, não estaria ordenada em função de uma preocupação elementar: assegurar o povoamento, reproduzir a força de trabalho, reproduzir a forma das relações sociais; em suma, proporcionar uma sexualidade economicamente útil e politicamente conservadora? (FOUCAULT, 1988, p. 37-38).

É possível notar a construção de novas formas de se pensar a realidade norteada pelos estudos da ética da vida, mormente quando os pacientes transexuais que optarem ou não pela cirurgia (lembrando que os processos cirúrgicos não são postulados caracterizadores da transexualidade).

A partir desse eixo busca-se tornar cada vez mais possível o desenvolvimento de “um movimento de fortalecimento dos direitos do paciente perante a despersonalizada sofisticação da medicina moderna [...]”. (LEITE, 2008, p. 46).

A Bioética e o Biodireito revelam-se figuras elementares nas discussões referentes à autodeterminação do paciente transexual nos casos de cirurgia de neofaloplastia, máxime porque subjacentes estão as questões da vida, da saúde em sentido amplo, inclusive a política necrófila de morte que tem ganhado adeptos que precisam ser responsabilizados e conscientizados.

Diante das denúncias de uma miríade de intolerâncias, pensamos que é substancial efetuarmos o resgate das questões jurídicas importantes para, através de um horizonte possível de amadurecimento proporcionado pela Bioética e suas interlocuções sociológicas, construirmos preceitos normativos conectados às diversas situações jurídicas existenciais que clamam por efetiva tutela jurídica.

Para tais cenários é substancial uma ética inserida nas ciências da vida “como um novo paradigma para a obtenção de instrumentos eficientes à solução dos problemas” que passam a ser produzidos pela própria humanidade (ROBERTI, 2007, p. 63).

E não é por acaso que “da Ética à Bioética, longo caminho foi percorrido, surgindo, esta, da carência ética emergente do grande avanço das ciências biológicas e biomédicas, as quais alteraram todos os processos da medicina tradicional, apresentando novas situações e formas de agir” (GONÇALVES; ARMELIN, 2014, p. 69).

Da confluência da Bioética, que, quando aplicada ao Direito, se manifesta na disciplina do Biodireito, certamente desvelam-se princípios basilares que podem, e, outrossim, devem ser traçados brevemente da seguinte forma:

O uso sistemático de princípios, na abordagem de dilemas bioéticos, ficou estabelecido pela primeira vez no Relatório Belmont, que trata especificamente da adequação de pesquisas em seres humanos. Nele ficou estabelecido o uso sistemático de três princípios: autonomia (ou do respeito pelas pessoas), beneficência (ou da não-malificência) e justiça (ou da equidade). Servem eles de fundamento para a explicação que os Estados deverão dar, ao estabelecer as regras a serem seguidas (ROBERTI, 2007, p. 62-63).

Mediado por esses referenciais deontológicos, o Biodireito se refere ao “ramo específico que se desenvolverá com fundamento no *direito à vida*, ampliando-se necessariamente para uma “biologização do direito”, algo além do meramente biológico – *o direito da vida* – como algo em si, suscetível de proteção por si mesma, onde quer que se encontre (GARCIA, 2004, p. 162).

Não se pode também confundir estudos propostos pela bioética com estudos pretendidos pelo biodireito. Embora o objeto seja comum, os resultados visados são diferentes. Enquanto a bioética busca normatizar eticamente temas complexos como início e fim da vida, o direito busca normatização jurídica capaz de proteger legalmente o ser humano presente e futuro em todas as suas dimensões. A aproximação entre ética e direito é indissociável para garantir interdisciplinaridade, diálogo e reconhecimento de valores e princípios necessários à tutela da pessoa humana. No entanto, não se pode negar que suas finalidades são distintas: a bioética não tem como meta o triunfo de teses particulares, mas a redução dos conflitos de modo que se privilegie a coexistência da humanidade; o biodireito tem viés normativo e impositivo que busca dar soluções normativas a grandes dilemas decorrentes da biotecnologia (RIVABEM, 2017, p. 283-284).

Postas essas questões envolvendo a vulnerabilidade de pessoas transexuais, é dimanante se questionar, afinal, o que é a transexualidade? Quem é a pessoa transexual?

O transexual é um indivíduo que se identifica psíquica e socialmente com o sexo oposto ao que lhe fora imputado na Certidão de Nascimento. Existe uma rejeição veemente de seus órgãos sexuais externos, dos quais deseja se livrar. A convicção de pertencer ao sexo oposto é uma ideia fixa que preenche sua consciência, impulsionando-o a tentar por todos os meios conciliar seu corpo à sua mente. Assim, segundo uma concepção moderna, o transexual masculino é uma mulher com corpo de homem. Um transexual feminino é, evidentemente, o contrário (VIEIRA, 2003, p. 102).

Mediante essa estruturação de pensamentos, “a lei deve assegurar o princípio da primazia da pessoa aliando-se às exigências legítimas do progresso do conhecimento científico e da proteção da saúde pública”. Como se sabe, “a propósito destes casos, mesmo diante da inexistência de uma lei específica, cabe ao juiz dizer o direito, baseando-se em princípios gerais, determinando os limites” (VIEIRA, 2003, p. 18).

Sob um aspecto personalista a Bioética tem como objeto de reflexão o ser humano como “pessoa ou como um “eu”, dando valor fundamental à vida e à dignidade humanas”, passa a não admitir “qualquer intervenção no corpo humano que não redunde no bem da pessoa, que sempre será um fim, nunca um meio para a obtenção de outras finalidades” (DINIZ, 2008, p. 6).

Visa-se garantir uma vida digna. Esta está intimamente atrelada à saúde dos pacientes que optam pela cirurgia de neofaloplastia; todavia, não se pode esquecer que uma grande quantidade de pessoas não têm acesso e tutela adequados (sequer terão condições de chegar a pedir quaisquer respaldos a partir de políticas públicas), de tal maneira que a Bioética e o Biodireito devem fornecer um arcabouço de elementos que efetivem o direito à existência digna a partir da busca constante de pensar os desafios.

Em que pese o cenário angustie os incautos, podemos pensar que, mesmo a lentos passos, evoluções positivas têm se proliferado com maior intensidade de forma mais esperançosa. As ciências médicas e as ciências sociais em geral também avançam, até mesmo porque “não se trata de uma mera cirurgia estética para satisfazer um capricho ou vaidade. A cirurgia de adequação do sexo anatômico ao sexo psicológico objetiva melhorar a saúde do paciente” (VIEIRA, 2003, p. 103).

Mesmo entre o embate da “resistência à transformação e as necessidades que se impõe pelos fatos” (FACHIN, 2012, p. 22), mecanismos que pensam adequadamente a sexualidade são importantes.

Para que o ser humano atinja seu pleno desenvolvimento ele precisa que necessidades básicas, que extrapolam as condições físicas, sejam supridas, nelas incluídas o carinho, a auto-estima, o desejo de contato, a intimidade, a expressão emocional, o prazer sexual e o amor. Por integrar os ritos sociais, a sexualidade humana é objeto de tabus variados, mas, como parte integrante da personalidade de todo ser humano, é construída através da interação entre o indivíduo e as estruturas sociais. Sexualidade é o conjunto de caracteres próprios de cada sexo, sejam eles físicos ou psicológicos, que se expressa no comportamento dos indivíduos de acordo com a construção cultural (os papéis sexuais) e as possibilidades de orientação sexual. Ela não está concentrada apenas nas características físicas, será a *gestalt*. O total desenvolvimento da sexualidade é essencial para o bem-estar individual, interpessoal e social (SÉGUIN, 2001).

Os instrumentos viabilizadores à adequação de sexo perpassam pela escala do querer mais íntimo, assumindo na nomogênese jurídica as facetas substanciais da vontade e a própria autonomia da pessoa transexual.

É na manifestação dessa vontade que reside o substrato elementar através dos pressupostos que configuram a possibilidade de agir com autonomia, ou seja, “reger-se por suas próprias leis” (AMARAL, 2017, p. 465).

Entretanto, “nas últimas décadas, aconteceram mudanças substanciais do ponto de vista de desenvolvimento econômico e social, mas os operadores políticos não tiveram acuidade e inteligência de criar as instituições político-jurídicas capazes de dar respostas satisfatórias que essas mudanças impõem” (BAETA, 1997, p. 284).

Conduzindo-se pelos vetores hermenêuticos que a Bioética e o Biodireito nos fornecem em debates relativos à autodeterminação do paciente transexual nos casos de redesignação sexual, a pessoa transexual deve ter qualidade de vida para escrever as próprias páginas fenomênicas da sua história em mundo mediado por significados do amor incondicional, acolhimento, oportunidades e dignidade.

2. Dignidade, Autodeterminação e a Autonomia da Pessoa Transexual

Se em páginas pretéritas falávamos a respeito dos instrumentos essenciais à manifestação da vontade (bioéticos e biojurídicos) na cirurgia do paciente transexual, agora, dentro de uma dimensão demarcada por vulnerabilidades sociais, teceremos breves digressões referentes aos substratos da dignidade humana na busca de um compromisso com os mais vulneráveis.

Nesse processo dialético, “o marco teórico e conceitual da corporeidade admite o corpo como materialização da pessoa, as dimensões física e psíquica concretizadas nas interrelações sociais e na relação com o ambiente” (GOMES DE SOUZA; FRANCISCO; ALFREDO; MANCHOLA, 2018, p. 362).

Pensar realidades demarcadas por diversas violências estruturais institucionalizadas exige de todos a reflexão acerca da realidade social e orgânica da pessoa, de tal maneira que bem se reflita sobre “o acesso aos sistemas de saúde pelas populações mais vulneráveis, levando em conta os diferentes contextos socioculturais [...]” (GOMES DE SOUZA; FRANCISCO; ALFREDO; MANCHOLA, 2018, p. 363).

No solo de interesses legítimos de tutela, a pessoa transexual, no processo de manifestação de dignidade, ou seja, da sua autodeterminação, bem como no estabelecimento de uma autonomia regida pelos passos de uma existencialidade

demarcada pelo respeito mediado pela ética da vida, tem-se, a liberdade sexual rompendo com todas as formas de preconceitos, limitações e coerções, ecoando juridicamente o “direito à autonomia sexual, integridade sexual [...] – este direito envolve a habilidade de uma pessoa em tomar decisões autônomas sobre a própria vida sexual [...]” (SEGUIN, 2001).

A bem da verdade, “a concretização e estímulo ao princípio da autonomia decorre de a ciência contribuir para tornar possível, em muitos campos, o controle, a correção e a melhoria das funções corpóreas” (ROBERTI, 2007, p. 64).

Resguarda-se, assim, a autonomia e as possibilidades do exercício de autodeterminação, mormente porque “a proteção à integridade física não é incompatível com a tutela do interesse do transexual em se adequar ao seu sexo” (VIEIRA, 2003, p. 104).

A Bioética e o Biodireito se manifestam dialeticamente na ambiência normativa assecuratória da garantia da autonomia da pessoa enquanto sujeito de direitos com a garantia “de decidir sobre intervenções terapêuticas que deseja sofrer [...]” (GONÇALVES; ARMELIN, 2014, p. 76 e 78).

Em uma sociedade acentuadamente plural, “a todos os membros da comunidade é devida a consideração e o respeito em termos de proteção normativa básica” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 84).

A neofaloplastia é um dos meios disponíveis à pessoa passar por procedimentos cirúrgicos e moldar aspectos anatômicos, propiciando o conforto às consciências plurais que experienciam seus corpos.

De modo algum os debates acerca da transexualidade se encerram às discussões acerca da genitália, do processo cirúrgico ou nas relações estanques das questões médicas, inclusive na mudança do prenome no registro civil, mas, sobretudo, nos desafios socioculturais da emancipação humana a partir de pilares da autonomia, em que a pessoa transexual tenha finalmente o direito de escolha ao que é melhor bem como mais confortável para si e consentâneo à sua manifestação no mundo, sem ter que viver em redomas normativas que causam sofrimento e tolhe potências.

A Bioética e o Biodireito, portanto, longe de serem figuras neutras ou suficientes para todos os problemas emergentes da vida, manifestam-se enquanto figuras centrais para os debates frente à política de apagamento e aniquilamento da pluralidade subjacente à humanidade e às dimensões da livre sexualidade.

Considerações Finais

Pensar a vida e consolidar dignidade exige de todos a abertura de consciência aos novos vetores e manifestações da sexualidade no caminho da natureza do ser. No processo de reconstrução de significados à autonomia da pessoa transexual, certamente precisamos desenvolver o pensamento crítico que ecoa como plural e solidário com o próximo.

Espera-se que na obra monumental da cultura e história humanas novos traços modificadores da atualidade caminhem para o estado da arte em que os povos de todos os gêneros sejam acolhidos e integrados em todas as relações sociais, convivendo em cenários nos quais possam manifestar as naturais pluralidades, diluindo-se as muralhas do preconceito e da desinformação.

Referências Bibliográficas

AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. *O Paradigma Pós-Moderno Do Negócio Jurídico e a Necessidade de uma nova concepção na contemporaneidade*. Scientia Iuris, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p262. ISSN: 2178-8189.

CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; CARDIN, Valéria Silva Galdino; RUFFO, Luiz Augusto. Do programa transcidadania de São Paulo/SP: Um instrumento de reinserção social dos transgêneros em situação de rua. *In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino (orgs.). Pessoas em situação de rua: invisibilidade, preconceitos e direitos*. Brasília: Zakarewicz, 2018.

BAETA, Hermann Assis. Os juízes e a população. *In: PINHEIRO, José Ernanne; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; DINIS, Melillo; SAMPAIO, Plínio de Arruda. Ética, justiça e direito: reflexões sobre a reforma do judiciário*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1997.

BUTLER, Judith. *Corpos que importam: os limites discursivos de “sexo”*. Tradução de Veronica Daminelli e Daniel Yago Françoli. São Paulo: n-1 edições e crocodilo edições, 2019.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; RUFFO, Luiz Augusto. População LGBT + em situação de rua: nuances do preconceito na prática do abandono parental. *In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino (orgs.). Pessoas em situação de rua: invisibilidade, preconceitos e direitos*. Brasília: Zakarewicz, 2018.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à Luz do Novo Código Civil Brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: A vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Gilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES DE SOUZA, Eduardo de Souza; FRANCISCO, António Francisco; ALFREDO, Edson; MANCHOLA, Camilo. Termos de esclarecimento e responsabilidade à luz da bioética de intervenção. *In: Revista Bioética*. Vol. 26, n. 3. Brasil: Conselho Federal de Medicina, 2018.

GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. ARMELIN, Priscila Kutne. Bioética e Direito. Uma interseção pelo Biodireito. *In: GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. GOMES, Luiz Geraldo do Carmo e ARMELIN, Priscila Kutne (coord.). Políticas públicas e bioética: estudos em homenagem à Professora Dra. Valéria Silva Galdino Cardin*. Maringá: Massoni, 2014.

HANSEN JÚNIOR, G. L.; HANSEN, Gilvan Luiz. Democracia, Estado de Direito e fundamentalismo. (ISBN 978-85-67436-06-7). *In: NEVES, EdsonAlvisi; FERNANDES MONICA, Eder; HANSEN, Gilvan Luiz. (Org.). Democracia, estado de direito e cidadania: enfoques e reflexões*. 1.ed. Niterói/RJ: Light, 2014b, v. 1.

LEITE, George Salomão. Ensaio sobre bioética constitucional. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (coord.). Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodinde. *Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil constitucional dos danos*. 2ªed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

RIVABEM, Fernanda Schaefer. Biodireito: uma disciplina autônoma? *In: Revista Bioética*. Vol. 25, n. 2. Brasil: Conselho Federal de Medicina, 2017.

ROBERTI, Maura. *Biodireito: Novos desafios*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e direito*. 2ª ed. atual. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

DIREITOS HUMANOS:

ASPECTOS INTERDISCIPLINARES
E TRAVESSIAS GLOBAIS

**COIMBRA
BUSINESS
SCHOOL**
iscac
INSTITUTO DE INVESTIGACAO EM CIENCIAS



IBEROJUR



9 789893 557129