

DIREITOS HUMANOS

**Estudos da IV Semana de Afirmação
dos Direitos Humanos das Faculdades
Integradas de Bauru - FIB**

Sintia Salmeron

Tales Manoel Lima Vialôgo

Tatiene Martins Coelho Trevisanuto

(Organizadores)

Ana Roberta Prado Montanher

Ari Boemer Antunes da Costa

Bazilio de Alvarenga Coutinho Junior

Camilo Stangherlim Ferraresi

Carlos Reis da Silva Júnior

César Augusto Micheli

Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira

Danilo Guerreiro de Moraes

Dilson Brito da Rocha

Joana D'Arc Teixeira

Marcia Negrisoli

Maria Cláudia Zaratini Maia

Marli Monteiro

Rossana Teresa Curioni Mergulhão

Sintia Salmeron

Tales Manoel Lima Vialôgo

Tatiene Martins Coelho Trevisanuto



Sintia Salmeron
Tales Manoel Lima Vialôgo
Tatiene Martins Coelho Trevisanuto
(Organizadores)

DIREITOS HUMANOS

**Estudos da IV Semana de Afirmação dos
Direitos Humanos das Faculdades Integradas
de Bauru - FIB**

Autores

Ana Roberta Prado Montanher
Ari Boemer Antunes da Costa
Bazilio de Alvarenga Coutinho Junior
Camilo Stangherlim Ferraresi
Carlos Reis da Silva Júnior
César Augusto Micheli
Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira
Danilo Guerreiro de Moraes
Dilson Brito da Rocha
Joana D'Arc Teixeira
Marcia Regina Negrisoli Fernandez Polettini
Maria Cláudia Zaratini Maia
Marli Monteiro
Rossana Teresa Curioni Mergulhão
Sintia Salmeron
Tales Manoel Lima Vialôgo
Tatiene Martins Coelho Trevisanuto

2023



1ª EDIÇÃO – 2023

Todos os direitos reservados

Editor: Ricardo Zanetta Spessotto

Capa: Matheus Miliani – Agência Enjob

Conselho Editorial: Bento Barbosa Cintra Neto, Caio Henrique Lopes Ramiro, Camilo Stangerlim Ferraresi, Claudio José Amaral Bahia, Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira, Fábio Alexandre Coelho, Fernando Frederico de Almeida Junior; Fernando Machado, José Roberto Anselmo, Karine Cordazzo, Luiz Henrique Martim Herrera, Luiz Nunes Pegoraro, Marcos César Botelho, Maria Cláudia Zaratin Maia, Paulo Henrique Godoy, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, Renato Bernardi, Silvio Carlos Álvares, Thiago de Mello Azevedo Guilherme e Vinicius Roberto Prioli de Souza.

D598 Direitos Humanos : Estudos da IV Semana de afirmação dos Direitos Humanos das Faculdades Integradas de Bauru – FIB. Organizado por Sintia Salmeron, Tales Manoel Lima Vialôgo e Tatiene Martins Coelho Trevisanuto - Bauru, SP : Spessotto, 2023. *E-book*
220 p.

ISBN 978-85-5973-536-9

1. Constituição Federal - Direitos e garantias fundamentais
2. Problemas sociais – Direitos humanos I. Salmeron, Sintia II. Vialôgo, Tales Manoel Lima III. Trevisanuto, Tatiene Martins Coelho IV. Título

CDD 342.085

Ficha catalográfica elaborada por Fatima Aparecida Anselmo CRB/8 10250

Livraria e Editora Spessotto
Rua Araújo Leite, 25-72 – Santa Tereza
Bauru/SP
www.livrariaspessotto.com.br

SUMÁRIO

ALIENAÇÃO PARENTAL: CONCEITO PSICOLÓGICO OU JURÍDICO?	7
(Ana Roberta Prado Montanher)	
O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO DIREITO À CIDADE: DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 À AGENDA 2030 DA ONU	17
(Camilo Stangherlim Ferraresi)	
A INFLUÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NA APLICAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL	31
(Carlos Reis da Silva Júnior)	
LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E SUAS LIMITAÇÕES: BREVES APONTAMENTOS.....	41
(Bazilio de Alvarenga Coutinho Junior)	
OS DIREITOS HUMANOS E AS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR.	55
(Ari Boemer Antunes da Costa)	
A DESIGUALDADE SOCIAL E OS DIREITOS HUMANOS: UMA REFLEXÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	65
(Dilson Brito da Rocha)	
JUVENTUDE(S), DIREITO E DEMOCRACIA: UM DEBATE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	77
(Joana D'Arc Teixeira)	
ASSÉDIO MORAL E SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO COMO ATOS ATENTATÓRIOS À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	91
(César Augusto Micheli)	
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: ENTRE O ATIVISMO E A DEFERÊNCIA.....	101
(Danilo Guerreiro de Moraes)	
A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL	119
(Marcia Regina Negrisoli Fernandez Polettini)	

DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: PROTEÇÃO AOS GRUPOS VULNERABILIZADOS PARA SUPERAÇÃO DAS DESIGUALDADES EDUCACIONAIS.....	127
--	-----

(Maria Cláudia Zaratini Maia)

A PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS DECISÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	139
--	-----

(Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira)

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: COMPONENTES E SEUS DESAFIOS, APÓS 35 ANOS.....	153
--	-----

(Rossana Teresa Curioni Mergulhão)

ORDEM CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE: MEDIDAS EFETIVAS AMBIENTAIS	165
--	-----

(Tales Manoel Lima Vialôgo)

DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO UM SISTEMA DE INCENTIVOS PARA A CELERIDADE PROCESSUAL.....	183
--	-----

(Sintia Salmeron)

O PAPEL DO ESG COMO ALIADO NA BUSCA DO RESPEITO E GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS.....	199
--	-----

(Tatiene Martins Coelho Trevisanuto)

O PROTAGONISMO DAS OSCIPs NA CONSTRUÇÃO DE CIDADES INTELIGENTES	209
---	-----

(Marli Monteiro)

APRESENTAÇÃO

Em 05 de outubro de 1988, “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (Preâmbulo da Constituição Federal de 1988).

A promulgação da Carta Fundamental deu início a uma nova ordem constitucional e, com ela, renovou-se a esperança de construção de uma sociedade mais justa e igualitária para todos (as) os (as) brasileiros (as). Não por menos, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é conhecida como a Constituição Cidadã.

Passados 35 anos da sua promulgação, necessária se faz a realização de reflexões sobre a concretização dos direitos, princípios e garantias constitucionais ao longo dessas três décadas e meia de vigência da Carta Fundamental. Sem sombra de dúvidas, a realidade da sociedade brasileira se modificou significativamente desde 1988 e, por esta razão, é fundamental que a comunidade acadêmica faça reflexões sobre o principal documento norteador do ordenamento jurídico brasileiro à luz desse contexto social que está em constante mudança. Refletir sobre o sistema constitucional é tarefa que precisa ser realizada com frequência.

Esta obra se propõe a isso. Afinal de contas, em 1988, não se pensava na existência de cidades inteligentes e, muito menos, que o direito a saúde seria objeto de tantos questionamentos junto ao Poder Judiciário. Em 1988, não se imaginava a necessidade de se estabelecer um direito fundamental que assegurasse aos litigantes uma duração razoável do processo, haja vista a triste realidade do Poder Judiciário brasileiro no que diz respeito ao acervo de processos judiciais em tramitação. Em 1988, não se cogitava que a dignidade da pessoa humana pudesse ser violada no ambiente de trabalho em razão da ocorrência de assédio moral e sexual e, muito menos, a importância de as sociedades empresárias exercerem uma função social que vai muito além dos ideais relacionados com a obtenção de lucros. Em 1988, as práticas de ESG

não eram pensadas como fundamentais para assegurar e garantir direitos humanos e, também, não se enxergava o sistema tributário nacional sobre esse prisma. A liberdade de expressão não tinha os contornos que ganhou principalmente nos últimos anos. O mesmo se dá com a educação e o meio ambiente que, ao longo destes 35 anos, sofreram impactantes mudanças.

Estes são apenas alguns aspectos dos temas que serão abordados no livro “Direitos Humanos – Estudos da IV Semana de Afirmação dos Direitos Humanos das Faculdades Integradas de Bauru – FIB”, o qual temos a grata satisfação em apresentar, e que tem como objetivo fundamental contribuir para a reflexão acadêmica sobre os 35 (trinta e cinco) anos de vigência da Constituição da República Federativa do Brasil, por meio de um excelente trabalho desenvolvido pelos professores do curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru.

Ademais, não podemos deixar de destacar que este livro será publicado em um ano histórico para as Faculdades Integradas de Bauru, que completa 25 anos em 2023. Deixamos o nosso agradecimento à direção pela confiança depositada neste corpo docente composto por profissionais de excelência.

Desejamos a todos e todas uma excelente leitura e reflexão!

Profa. Ms. Sintia Salmeron

Prof. Ms. Tales Manoel Lima Vialôgo

Profa. Dra. Tatiene Martins Coelho Trevisanuto

ALIENAÇÃO PARENTAL: CONCEITO PSICOLÓGICO OU JURÍDICO?

Ana Roberta Prado Montanher

Psicóloga no TJSP,

Mestra em Ciências pela FFCLRP-USP,

Especialista em Psicologia Jurídica pelo CFP,

Professora nas Faculdades Integradas de Bauru – FIB.

1 - Introdução

A partir da promulgação da lei 12.318 em 2010, a “alienação parental” ganhou repercussões no país, tanto no âmbito jurídico, com ações judiciais, decisões e acórdãos regidos por essa lei; quanto na sociedade em geral, que incorporou acusações e ameaças na cena familiar de diversas crianças e adolescentes filhos de pais não conviventes. Atualmente o assunto está presente em publicações técnicas, bem como na mídia não especializada, por exemplo em matéria da Revista Crescer de janeiro de 2023 intitulada Lei da Alienação Parental: entenda a controvérsia por trás da legislação (MALACARNE, 2023).

O presente trabalho visa analisar, do ponto de vista técnico e ético da psicologia, se o conceito de alienação parental pode ser considerado psicológico ou jurídico no contexto que vem sendo utilizado atualmente.

2- Definição, origem e implicações do conceito de alienação parental

A referida lei define o que seria a alienação parental da seguinte forma:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

Além da definição, a legislação em apreço traz exemplos de práticas que caracterizariam a alienação parental:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós (BRASIL, 2010).

O conceito de alienação parental foi propagado na década de 1980 pelo médico norte-americano Richard Gardner. Para ele a Síndrome da Alienação Parental (SAP) acometeria crianças e adolescentes envolvidos em litígios dos pais pela guarda dos filhos (VEIGA, SOARES, CARDOSO, 2018). A expressão da síndrome na prole, segundo Gardner, seria o afastamento psicológico dos filhos em relação ao genitor alienado, em função de alienação praticada pelo genitor alienante (SOMA et al, 2016).

O autor e seus seguidores empenharam esforços para que a SAP fosse incluída no Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais (DSM), porém até a atualização de 2022 do manual (DSM-V) isso não aconteceu. A comunidade científica na área da saúde mental não identificou os critérios necessários para que a SAP fosse considerada uma síndrome classificável no manual, frente a ausência de estudos empíricos que fundamentassem a sua inclusão (SOMA et al, 2016; OLIVEIRA, WILLIAMS, 2021).

No Brasil, o debate sobre a alienação parental teve início em 2006, quando as associações de genitores do sexo masculino não conviventes com as genitoras do sexo feminino passaram a utilizar as ideias de Gardner em sua defesa pela convivência com os filhos; e a promulgação da Lei 12.318/2010 aconteceu de forma considerada apressada (SOUSA, BRITO, 2011). A ausência de criticidade da mobilização pela aprovação da lei é apontada no trabalho de Oliveira e Williams (2021), que referem o Brasil como o único país em que existe uma lei sobre alienação parental, decretada sem a participação de profissionais e cientistas da saúde mental e de atuação forense.

Na visão da psicologia, além de o debate sobre a alienação parental não ter se dado de forma suficiente; o modo como foi incorporado na lei penaliza o grupo familiar que está “enfermo”, não propicia a superação dos problemas de convivência em favor da criança ou adolescente, e resgata a lógica ultrapassada no campo da psicologia da busca de patologias individuais nos conflitos familiares, além de prever sanções das quais não derivam ganhos reais aos filhos (OLIVEIRA, BRITO, 2013).

Sousa (2020) aponta ainda que as pesquisas empíricas realizadas até 2019 retratam que a lei da alienação parental não vinha protegendo até então as crianças e adolescentes, mas sim, vinha agravando os conflitos entre os genitores, por meio de acusações, cada vez mais graves.

Práticas dessa natureza tendem a intensificar e cristalizar os conflitos e certamente não favorecem o desenvolvimento dos filhos. Do ponto de vista da produção científica no Brasil, as publicações referentes a estudos empíricos ainda são escassas (SOUZA 2020), o que contraria o uso do conceito como se fosse algo “certificado” por evidências científicas no campo da psicologia.

A ideia de alienação parental tem sido usada como explicação sobre toda e qualquer recusa dos filhos em estar com o genitor supostamente alienado, o que reduz a análise de forma prejudicial e impede que o grupo familiar possa se empenhar conjuntamente no favorecimento do convívio pacífico do filho com ambos os genitores (SOUZA, 2020).

Pode-se considerar ainda que o conceito de alienação parental talvez seja desnecessário enquanto instrumento legislativo, frente às responsabilidades inscritas no poder familiar dos genitores previstas no Código Civil Brasileiro. Entretanto, são frequentes as inúmeras acusações de alienação parental nas Varas de Família, alimentadas por operadores do direito que “nem sempre se dão conta do quanto participam da intensificação dos conflitos” (MONTANHER, SERRANO, FUGITA, 2019, p. 277).

Após 12 anos de vigência da lei da alienação parental, a discussão acerca da validade do conceito levou a emissão da nota técnica 04/2022 pelo Conselho Federal de Psicologia (CFP, 2022). Segundo o conselho, a alienação parental, é um conceito simplista, que reduz as relações familiares, e desconsidera a complexidade, multideterminação e mudanças psicológicas provenientes tanto de fatores internos quanto externos ao grupo familiar. Ainda de acordo com o CFP, lei da alienação parental é individualizante, patologizante e vitimizante, pois não protege as crianças e busca mera punição do suposto alienador (CFP, 2022).

A lei da alienação parental define as sanções passíveis de aplicação, caso constatada a alienação parental, da seguinte forma:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente (BRASIL, 2010).

Ou seja, a proteção da criança fica em segundo plano, dada a priorização da imputação ao genitor alienador, geralmente do sexo feminino (Sousa, 2020). Quanto as questões de gênero, consta da nota técnica do CFP o posicionamento do Conselho sobre a alienação parental:

O Sistema Conselhos de Psicologia, considerando

- 3.7 Que as alegações de prática de alienação parental incidem no campo social e jurídico, majoritariamente, sobre mães guardiãs, evidenciando, portanto, um viés de gênero;
- 3.9 Que as alegações de prática de alienação parental podem ser utilizadas como forma de ameaça por ex-parceiros contra mulheres, no intuito de manutenção da relação ou barganha quanto ao pensionamento dos filhos;

Recomenda que:

- 4 - As psicólogas e os psicólogos, ao se pronunciarem sobre o tema alienação parental e a Lei nº12.318/2010, observem os aspectos sociais e históricos intimamente associados ao assunto, como equidade de gênero, simetria parental, dispositivo materno, paternidade responsável, parentalidade, judicialização e medicalização da sociedade, violência contra crianças e mulheres, rompendo, assim, com concepções essencialistas ou a naturalização de padrões de conduta, preconceitos e estereótipos; (...). CFP, 2022.

Em 2021 o Conselho Nacional de Justiça também tratou do tema e emitiu o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, que aponta a necessidade de considerar as questões de gênero nas análises de acusação de alienação parental, conforme segue:

Em relação à guarda das filhas e dos filhos, a alegação de alienação parental tem sido estratégia bastante utilizada por parte de homens que cometem agressões e abusos contra suas ex-companheiras e filhos(as), para enfraquecer denúncias de violências e buscar a reaproximação ou até a guarda unilateral da criança ou do adolescente (PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO, 2021, p. 96).

Para verificação da existência de alienação parental, a lei prevê que:

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada (BRASIL, 2010).

Nota-se que o direito espera que os profissionais da psicologia emitam pareceres acerca de indícios de prática de alienação parental, para que possam aplicar a lei de modo a atribuir penalidades ao suposto alienador. Contudo, práticas dessa natureza contrariam os pressupostos éticos e técnicos da psicologia, expressos nos princípios fundamentais do Código de Ética que trazem a promoção da liberdade, dignidade, igualdade e integridade do ser humano, bem como eliminação de quaisquer formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CFP, 2005).

Por outro lado, pode-se afirmar que o papel do psicólogo perito nas ações judiciais das Varas de Famílias que envolvem crianças e adolescentes consiste em apoiar e orientar o grupo familiar na superação da crise vivenciada, seja com o rompimento da coabitAÇÃO, seja com os conflitos entre

os genitores sobre como compartilhar a guarda. Tais orientações, em geral, versam sobre a importância de colocar as necessidades dos filhos em primeiro plano, diferenciando os papéis conjugais dos parentais e identificando as potencialidades a serem desenvolvidas por cada genitor, por exemplo (MONTANHER, SERRANO, FUGITA, 2019).

3-Movimentos para a revogação da lei da alienação parental

Sousa (2020) apresenta importante recapitulação acerca de quando aconteceram os primeiros movimentos organizados de genitoras do sexo feminino envolvidas em processos de alienação parental e que sofreram a perda da guarda dos filhos a título de condenação pela alienação:

O aparente consenso em torno da Lei federal nº 12.318/2010 sobre alienação parental foi rompido, em 2017, quando vieram a público mães que haviam perdido a guarda de seus filhos na justiça após denunciarem o ex-parceiro por abuso sexual contra o(s) filho(s). Não tendo sido comprovada a denúncia, tida assim como falsa, essas mães foram declaradas como alienadoras. Com isso, a guarda materna foi invertida em favor do pai. (SOUSA, 2020, p. 261)

As alegações dos genitores do sexo masculino de que as mães, tomadas de ciúmes, não aceitação do término do relacionamento, feridas por eventuais traições e imbuídas do desejo de vingança, procederiam a campanhas de exclusão dos pais das vidas dos filhos (SOUSA, 2020), e que por isso deveriam ser punidas com o afastamento constitui uma narrativa de Gardner, que incluiu a naturalização de prisões frente a dificuldade das mães em cumprir as determinações judiciais (MÃES QUE PROTEGEM, 2017).

No âmbito nacional, não apenas as mães em litígios que foram sentenciadas como alienadoras, mas também órgãos federais nas áreas da Assistência Social e da Saúde vem se manifestando acerca do emprego do conceito de alienação parental.

Em 2022 o Conselho Nacional de Saúde (CNS) emitiu a Recomendação N003/2022, na qual expressamente indica a proibição do uso do termo alienação parental (CNS, 2022), enfatizando a ausência de reconhecimento científico.

Mais recentemente o Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania se manifestou a favor da revogação da lei da alienação parental (MDHC, 2023), e o projeto de lei para revogação da lei da alienação parental - PL 1372/2023, conta com consulta pública em andamento, tendo recebido 4.344 votos a favor e 3.987 votos contra em 13 de setembro de 2023 (SENADO FEDERAL, 2023).

4- Considerações finais

O momento sociocultural que vivemos nos leva facilmente a “reduzir questões da esfera político-social a concepções individualizantes, enquadrando desvios e tensões no processo de judicialização do viver” (OLIVEIRA, BRITO, 2013, p. 80). Os conflitos familiares não escapam a essa lógica e, com o “advento” da alienação parental, a crise relacional no grupo familiar se padroniza, perde os contornos que poderiam justamente facilitar a superação, e levar a família a uma outra fase, mais harmoniosa.

Vemos então, expressões da judicialização da vida familiar, que consiste não somente em recorrer a regulação normativa para solução dos conflitos cotidianos, mas também a incorporação e legitimação do *modus operandi* da instituição judiciária, em termos de “controle, julgamento e punição em nome da inviolabilidade dos direitos, do melhor interesse e da proteção e bem-estar de algumas vidas” (OLIVEIRA, BRITO, 2013, p. 80)

No caso da alienação parental em específico, além do caráter judicializante, se acrescenta a veia patologizante, que concebe o fenômeno conflito familiar como um distúrbio a ser diagnosticado E combatido por meio de sanção judicial; o que automaticamente invalida o diálogo, os aspectos sociais, culturais e legais relativos ao rompimento, as questões de gênero, casamentos e uniões estáveis na contemporaneidade, divisão de papéis parentais e outros (OLIVEIRA, BRITO, 2013).

A afirmação de que a condição psicológica da criança ou adolescente em contexto de alienação parental exige que os profissionais do campo psiquiátrico lancem mão de avaliação psicológica, com a finalidade de escrutinar as personalidades de vítimas e culpados, traumas e perdas em reflexo, apresentando subsídios que garantam legitimidade e rigor científico às decisões (OLIVEIRA, BRITO, 2013), o que já foi sinalizado como altamente contraindicado pelo Conselho Federal de Psicologia, porém não houve, até o momento, alteração nas regras legislativas.

As ferramentas apontadas na lei de alienação parental para supostamente conter a alienação parental parecem “sugerir que, agora, o Estado é quem possui o direito de alienar um dos pais da vida da criança” (SOUSA, BRITO, 2011, p. 276). Frente ao possível afastamento abrupto entre a criança e seu cuidador mais presente até então, num contexto cercado de conflitos provavelmente intensos, as autoras questionam qual seria a proteção psicológica para a prole envolvida.

O fato de que a lei traz em seu artigo 6º, inciso IV, o tratamento psicológico como uma possibilidade de consequenciação para a prática de alienação não significa que essa represente uma medida humanizada nessa

seara. A alienação continua enquadrada como uma forma de infração, e torna o acompanhamento psicológico uma penalidade ao indivíduo, impedido de aderir livremente ao processo terapêutico (OLIVEIRA, BRITO, 2013). Sem contar que a rede de proteção, geralmente está interligada nos municípios somente aos serviços da assistência social e não a saúde, o que significa dizer que não há oferta de psicoterapia para atender aos encaminhamentos vindos do Judiciário.

Ao lidarmos com qualquer manifestação comportamental inesperada, conflito ou falta de entendimento como indicador de dano e culpa a ser avaliados do ponto de vista da legislação, com vistas ao julgamento e punição, se suspende a capacidade crítica do próprio sujeito, que se fosse legitimada, poderia favorecer a implicação na solução, questionar e transformar o contexto de forma mais ativa e duradoura (OLIVEIRA; BRITO, 2013).

Finalmente, a partir dos elementos apresentados, podemos trazer os dizeres de Sousa (2020) para dirimir qualquer dúvida que ainda permaneça quanto as indagações iniciais do trabalho:

Independentemente de a SAP ou alienação parental ser reconhecida oficialmente pelo saber médico ou psiquiátrico, seja como transtorno, seja como problema relacional, no Brasil o assunto há muito foi apropriado pelo Direito, servindo para embasar ações e sentenças judiciais sobre a inversão de guarda de filhos em situações de litígio conjugal, como apontado anteriormente (SOUZA, 2020, p. 269-270).

Portanto, com perspectivas mais ampliadas, que considerem o contexto maior, as experiências e acessos intervenientes na vivência atual de cada pessoa envolvida, será mais provável a superação da lógica classificatória e reducionista expressa da lei da alienação que se encontra vigente no país há mais de 13 anos, com repercussões desfavoráveis aqueles que seriam supostamente protegidos com as medidas previstas.

Referências

BICALHO, P. P. G. de; VIEIRA, E. da S. Direitos humanos e avaliação psicológica: Indissociabilidade do compromisso ético-político profissional. *Psicologia: Ciência e Profissão*, v. 38, n. spe, p. 147-158, 2018. <https://doi.org/10.1590/1982-3703000211836>.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: L12318 (planalto.gov.br). Acesso em: 08 set. 2023.

BRITO, L. M. T. de. Anotações sobre a Psicologia jurídica. *Psicologia: Ciência e Profissão*, v. 32, n. spe, p. 194–205, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Código de Ética Profissional do Psicólogo*. Resolução n.º 10/05, 2005. Brasília, 2005. Disponível em: Código de Ética (atosoficiais.com.br). Acesso em: 13 set. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA - CFP. Nota Técnica Nº 4/2022/GTEC/CG *Nota Técnica Sobre os Impactos da lei Nº 12.318/2010 na Atuação das Psicólogas e dos Psicólogos*. Disponível em: SEI_CFP-0698871-Nota-Tecnica.pdf. Acesso em: 13 set. 2023.

MÃES QUE PROTEGEM. Entrevista com Richard Gardner Pai da Síndrome da Alienação Parental. Youtube, 10 de dez de 2017. Disponível em: (4) Entrevista com Richard Gardner Pai da Sindrome da Alienacao Parental - YouTube Acesso em: 19 set 2023.

MALACARNE, J. Lei da alienação parental: entenda a controvérsia por trás da legislação. *Revista Crescer*, 2023. Disponível em: Lei da Alienação Parental: entenda controvérsia por trás da legislação (globo.com). Acesso em: 13 set. 2023.

MDHC - MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA. *MDHC manifesta-se a favor da revogação da Lei da Alienação Parental*. Publicado em 11/07/2023 e atualizado em 08/09/2023. MDHC manifesta-se a favor da revogação da Lei da Alienação Parental — Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania (www.gov.br)

MONTANHER, A. R. P.; SERRANO, S. A., FUGITA, T. Em: A. M.; S. de S. M. B. (org.). *Psicologia e Serviço Social: Referências para o trabalho no Judiciário*. Vol. 2 São Paulo. 1ª Ed. Curitiba, PR: Nova Práxis Editorial, 2019, p. 269-297.

MONTEZUMA, M. A.; PEREIRA, R. da C.; MELO E. M. de. Abordagens da alienação parental: proteção e/ou violência? *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro v. 27, n. 04, p. 1205-1224, 2017.

OLIVEIRA, C. F. B. de.; BRITO, L. M. T. de. Judicialização da vida na contemporaneidade. *Psicologia: Ciência e Profissão*, v. 33, n. esp, p. 78-89, 2013.

OLIVEIRA, R. P.; WILLIAMS, L. C. de A. Estudos Documentais sobre Alienação Parental: Uma Revisão Sistemática. *Psicologia: Ciência e Profissão* 2021 v. 41, p. 1-15. Disponível em scielo.br/j/pccp/a/86LGvc4TH8D6XsX7TCBJtPh/?format=pdf. Acesso em: 13 set. 2023.

PEREGRINO, R.; ABELIN, M. L.; LOPES, M. de J.; RUBINSZTAJN, M.; RIBEIRO, B. Impacto do litígio nos filhos. *Nova Perspectiva Sistêmica* v. 30, n. 69, p. 96-108, abril, 2021.

SF - SENADO FEDERAL. *Consulta Pública PROJETO DE LEI nº 1372 de 2023* (PL 1372/2023) Revoga a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que dispõe sobre a alienação parental. Brasília/DF. Disponível em: Consulta Pública - PL 1372/2023 :: Portal e-Cidadania - Senado Federal. Acesso em 13 set. 2023.

SOMA, S. M. P.; CASTRO, M. S. B. L. de; WILLIAMS, L. C. de A.; TANNÚS, P. M. A alienação parental no brasil: uma revisão das publicações científicas. *Psicologia em Estudo*, vol. 21, n. 3, p. 377-388, 2016.

SOUSA, A. M. de. A Lei da Alienação Parental e a polarização dos ativismos de pais e mães separados. Em: C. R. B. S. e outros (orgs.). *Psicologia Social e Jurídica: novas perspectivas da psicologia na interface com a Justiça*. Curitiba: Editora CRV, 2020, p. 261-288.

SOUSA, A. M. de; BRITO, L. M. T. de. Síndrome de alienação parental: da teoria Norte-Americana à nova lei brasileira. *Psicologia: Ciência e Profissão* v. 31, n. 2, p. 268-283, 2011.

VEIGA, C. V. da V.; SOARES, L. C. E. C.; CARDOSO, F. S. Alienação parental nas varas de família: avaliação psicológica em debate. *Arquivos Brasileiros de Psicologia*, v. 71, n. 1, p. 68-84, 2018.

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO DIREITO À CIDADE: DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 À AGENDA 2030 DA ONU

Camilo Stangherlim Ferraresi

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos / RS),

Professor e Coordenador do Curso de Direito FIB - Bauru – SP,

Investigador - Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov) - Escola de Direito da Universidade do Minho (Braga - Portugal)

1 - Introdução

As transformações sociais e históricas da humanidade impactam (n)a (re)construção do espaço urbano. As cidades são obras da produção da racionalidade humana e da interferência do homem no meio ambiente em busca de melhores condições de vida. A vida nas cidades é experimentação do presente e projeção do futuro da humanidade.

As cidades são, ao mesmo tempo, produto e fonte das transformações originadas a partir da percepção, observação, linguagem, filosofia, arte, desenvolvimento e racionalidade humana, uma vez que são originadas a partir do humano e nesse se projeta como condição de possibilidade para reiteração continua de processos de transformação ininterrupta da vida humana.

De acordo com dados da Organização das Nações Unidas (ONU), em 2014, 54% da população mundial vivia em áreas urbanas, com projeção de crescimento para 70% em 2050. (ONU-HABITAT, 2022). No Brasil de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população brasileira está concentrada nos espaços urbanos, ou seja, 84,72% vivem nas cidades.

Nesse cenário, o Direito à Cidade se coloca como fio condutor para (re)organização do espaço urbano e o texto faz uma análise da necessidade de ressignificação do Direito à Cidade (Inteligente) em diálogo com a Agenda 2030 da ONU e as *Smart Cities* como horizonte de sentido para (re)construção de espaços urbanos do futuro. Esse é o objetivo geral do artigo. Os objetivos específicos são: a) a constitucionalização do Direito à Cidade; b) a ressignificação do Direito à Cidade (Inteligente) a partir da Agenda 2030 como fio condutor para (re)organização das cidades do futuro.

Nesse contexto, o problema que se pretende responder com a presente pesquisa: em que medida o Direito à Cidade (Inteligente) orientado pelo ODS 11 da Agenda 2030 da ONU pode conduzir a (re)organização de espaços urbanos inteligentes, inclusivos, sustentáveis, seguros e resilientes?

2 - A Constitucionalização Do Direito À Cidade

O Direito à Cidade foi concebido por Lefebvre como o direito ao encontro, à criação e à participação no processo de construção do espaço urbano. O Direito à Cidade, segundo Lefebvre, se manifesta “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”. (LEFEBVRE, 2016, p. 134).

Para adequada compreensão do Direito à Cidade no direito brasileiro e a possibilidade de (re)significação de modo a se colocar como potência de produção de sentidos para a realização de um vida digna, sem se olvidar que “as cidades são as expressões mais bem acabadas da complexidade que a sociedade contemporânea atingiu” e “concentram uma parte expressiva de nosso desenvolvimento tecnológico, dos serviços que somos capazes de oferecer, dos bens que socialmente produzimos e desigualmente consumimos” (SILVA, 2019, p. 89), necessário resgatar a evolução histórica do reconhecimento desse direito e os movimentos que impulsionaram sua constitucionalização.

Isso porque, o Direito à Cidade trata do espaço urbano que é o local geográfico em que a vida se materializa, em que a vida pulsa e, contraditoriamente, local em que esse e outros direitos são negados. A partir desse processo de expansão do sentido e significação das cidades é que se coloca a ressignificação do Direito à Cidade, que tem como fonte constitucional, o art. 182 da Constituição de 1988 e, infraconstitucional, o Estatuto da Cidade.

Pode-se identificar com a Constituição de 1988, que a constitucionalização do Direito à Cidade é o primeiro momento de atribuição de significado e sentido desse direito, que deve(rá) passar por constantes (re)significações para atender a emergência de necessidades e transformações (sociais, ambientais e tecnológicas).

O direito à cidade deve ser compreendido como um direito não acabado, isto porque as cidades são sistemas complexos abertos que se transformam e se ressignificam constantemente. As mutações ou transformações nos vínculos humanos, nas condições de existência e nas possibilidades (e riscos) gerados pelas novas tecnologias, mudanças sociais e climáticas, faz emergir um (novo) direito à cidade que deve contemplar os possíveis desdobramentos decorrentes da modificação das condições materiais. (FERRARESI, 2022).

Como destacado anteriormente, a Constituição de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a tratar do tema política urbana e a reconhecer as funções sociais da cidade. A constitucionalização realizada pelo processo constituinte de 1988 modificou a natureza jurídica das cidades, ou seja,

[...] a cidade deixa de ser observada a partir de regramentos adaptados tão somente aos bens privados ou públicos, e passa a ser disciplinada em face da estrutura jurídica dos bens ambientais (art. 225 da CF), de forma mediata e de forma imediata, em decorrência das determinações constitucionais emanadas dos arts. 182 e 183 da Carta Magna (meio ambiente artificial). (FIORILLO, FERREIRA, 2018, p. 127).

Além de ter sido a primeira Constituição brasileira a tratar do tema política urbana e reconhecer as funções sociais da cidade, o “Brasil foi o primeiro país do mundo a positivar o Direito à Cidade e o fez na esteira da efervescência do movimento constituinte ocorrido entre 1986 e 1988”. (ALFONSIN, 2019, p. 219).

A incorporação da política urbana e do Direito à Cidade pelo constituinte de 1988 decorreu da participação efetiva de movimentos sociais, especificamente o Movimento Nacional da Reforma Urbana, que apresentou emenda de iniciativa popular, com reivindicações sobre moradia, transporte, saneamento urbano, que “apesar de ter passado longe de sua incorporação integral, deu azo à criação do capítulo específico sobre a reforma urbana, pela primeira vez na história constitucional brasileira.” (GUIMARÃES; ARAUJO, 2018, p. 1792). Nesse diapasão, detalham Amanajás e Klug (2018, p. 31):

A busca pela institucionalização do direito à cidade, sob o lema da reforma urbana, vem desde a década de 1960, com o Movimento Nacional pela Reforma Urbana (MNRU). Esse movimento, interrompido no período da ditadura militar, retorna com grande expressão durante o processo de redemocratização do Brasil, na década de 1980. Com a instalação da Assembleia Constituinte, por meio de uma emenda popular, tem-se a primeira vitória, com a definição do capítulo II do título VII da Constituição Federal de 1988 de dois artigos (182 e 183) sobre a política urbana. O art. 182 define que a política de desenvolvimento urbano – a ser executada pelo poder público municipal – tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, que é cumprido quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. O art. 183 define instrumentos para promoção da regularização fundiária urbana; em especial, a possibilidade de usucapião de imóvel urbano.

Importante ressaltar, a participação dos movimentos sociais no processo de reconhecimento jurídico do Direito à Cidade, ou seja, “salientar que todo este novo paradigma legislativo de redefinição do processo social de produção do espaço urbano é fruto de mobilização social e lutas que se iniciaram nos anos 60 [...].” (FERREIRA, 2020, p. 239).

A participação popular foi fundamental para a juridicização do direito à cidade e é possível identificar os elementos caracterizadores destacados por Lefebvre (2016, p. 134), “direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar; bem como, o direito à obra (à atividade participante) e o direito à apropriação (bem distinto do direito à propriedade) estão implicados no direito à cidade”.

A participação da sociedade civil no reconhecimento jurídico do Direito à Cidade demonstra a emergência de novos atores nos processos de construção de decisões jurídicas além do Estado e que demonstram a necessidade de ampliação da cidadania. O modelo de “gestão do espaço urbano precisava ir além do Estado e do capitalismo, reconhecendo o protagonismo das pessoas que gerem decisões coletivas (na contraposição entre a cidade habitada e a cidade como propriedade)” (FERREIRA, 2020, p. 230), haja vista que essas decisões coletivas tem desdobramentos na vida, individual e coletiva, dos homens e mulheres que (con)vivem no espaço urbano e, por essa razão, “não se admite deixar as decisões a agentes do Estado e é preciso participar da tomada de decisão e do autogerenciamento do espaço urbano”. (FERREIRA, 2020, p. 230).

Com a constitucionalização, foi possível garantir a institucionalização de uma agenda urbana, popular e nacional na Constituição brasileira de 1988, estruturada em torno dos Artigos 182 e 183. Filocomo e Martins (2018) destacam que a

[...] agenda urbana constitucionalizada, consagrada com o título de Reforma Urbana, está alinhada ao fortalecimento de municípios e à descentralização do poder; à participação popular e democratização de processos decisórios; à garantia do direito à moradia, saneamento e demais serviços urbanos.

Da interpretação do art. 182 da Constituição de 1988, é que se permite afirmar que o constituinte introduziu um (novo) direito coletivo à cidade que deve atender aos limites e possibilidades semânticos estabelecidos pela norma constitucional, ou seja, de um direito à cidade que possibilite o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes. Nesse sentido, Guimarães e Araújo (2018, p. 1791):

Imbuído desse sentido jurídico-constitucional, o direito à cidade, como princípio implícito contido na Carta Magna de 1988, especificamente no capítulo denominado ‘Política Urbana’, é tratado como garantia constitucional, representando prerrogativa a todos os brasileiros no usufruto da estrutura urbana e dos espaços públicos de suas cidades.

O Direito à Cidade introduzido inicialmente pelo constituinte a partir da interpretação da norma jurídica estabelecida no art. 182 da Constituição Federal, foi regulamentado expressamente pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), em seu artigo 2º, que especifica que as funções sociais da cidade devem seguir as diretrizes gerais entre as quais, a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Amanajás e Klug (2018, p. 31) destacam que a “disputa pela regulamentação dos dispositivos constitucionais e da efetivação das funções sociais da cidade tem um novo capítulo em 2001, com a Lei Federal n.º 10.257 (Estatuto da Cidade)”, sendo que a “mobilização pela regulamentação do capítulo da Política Urbana durou nada menos do que 11 anos, já que o projeto de lei é protocolado em 1990 e a lei do Estatuto da Cidade (lei 10.257/01) é promulgada apenas em 2001”. (ALFONSIN et al., 2017, p. 1220).

A partir da regulamentação da Política Urbana pelo Estatuto da Cidade “o princípio do direito à cidade ganha então novos contornos e amplia a sua abrangência, incorporando o direito à terra urbana, ao saneamento, à infraestrutura, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer” (AMANAJÁS; KLUG, 2018, p. 31) e o “Brasil tornou-se o primeiro país a positivar o direito à cidade”. (ALFONSIN et al., 2017, p. 1220).

Assim como o reconhecimento e constitucionalização do Direito à Cidade foi um avanço importante, sendo destacado nesse trabalho como o primeiro momento de sua juridicização, a expansão de sentido proporcionada pelo Estatuto da Cidade pode ser identificada como um segundo momento ou a primeira ressignificação, acrescentando o adjetivo sustentável ao direito à cidade.

O Estatuto da Cidade representou avanço significativo na concretização do Direito à Cidade enquanto direito constitucional coletivo e essencial para a possibilidade de uma vida digna, haja vista que a lei representa “uma valorização do princípio da dignidade humana, posicionando-o mais uma vez no cume do ordenamento jurídico constitucional, mediante a efetivação do direito à cidade”. (GUIMARÃES; ARAÚJO, 2018, p. 1793). O Estatuto da Cidade prescreve como diretrizes:

[...] (1) função social da cidade; (2) cidade sustentável e consumo sustentável; (3) gestão democrática na formulação e execução de políticas públicas; (4) distribuição de benefícios e ônus, com um olhar sistêmico e isonômico para toda a cidade; (5) distribuição das atividades econômicas e sociais; (6) adequação de equipamentos públicos e comunitários; (7) simplificação da legislação com redução de custos; (8) regularização fundiária e urbanização especial. (GUIMARÃES, 2020, p. 208).

O Estatuto da Cidade tem como princípio irradiador a valorização dos homens e mulheres que (con)vivem no espaço urbano como sujeito ativo nas escolhas e tomada de decisão das questões urbanas (GUIMARÃES, 2020), que evidencia como horizonte de possibilidade o fortalecimento da democracia e governança participativa. O inciso I do artigo 2º não esgota de sentido às possibilidades estabelecidas pelo legislador para o desenvolvimento das funções sociais da cidade uma vez que ainda existem outros 15 (quinze) incisos que definem as diretrizes gerais. Todavia, a análise do *caput* e do inciso I, por si só, permitem verificar o deslocamento do sentido de cidade como espaço geográfico para o significado de um (novo) direito à cidade compreendido como condição de possibilidade de existência humana.

Nesse sentido, Medauar (2004) explica que nas “funções sociais da cidade se entrevê a cidade como *locus* não somente geográfico e de mera reunião de pessoas, mas como o espaço destinado à habitação, ao trabalho, à circulação, ao lazer, à integração entre os seres humanos, ao crescimento educacional e cultural”. (MEDAUAR; ALMEIDA, 2004, p. 25-26). A destinação do espaço urbano para além do espaço geográfico ressignifica a concepção de cidade porque engloba dimensões subjetivas e direitos indivíduos que orbitam os projetos de vida e a proteção dignidade das pessoas, de modo a ser uma nova compreensão da observação da cidade enquanto direito coletivo.

Nesse diapasão, Medaur (2004) explica o inciso I que reconhece formalmente o Direito às Cidades Sustentáveis, ou seja, um acoplamento de sentido ao direito à cidade, haja vista que inclui o adjetivo sustentável:

Por cidades sustentáveis pode-se entender aquelas em que o desenvolvimento urbano ocorre com ordenação, sem caos e destruição, sem degradação, possibilitando uma vida urbana digna para todos.

Neste inciso vem ressaltada, como diretriz, a garantia do direito a cidades sustentáveis, direito esse entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações. Tudo isso implica solidariedade e se traduz em vida urbana digna para todos. (MEDAUAR, 2004, p. 27).

A norma legal estabeleceu as diretrizes para atribuição de sentido e significado do direito à cidades, já compreendido a partir da incorporação das cidades sustentáveis e das dimensões existenciais da vida humana digna, haja vista que trata de incluir os direitos humanos fundamentais como norte de interpretação para a compreensão do seu alcance e significado. O dispositivo, menciona expressamente direitos humanos que são complementares como a moradia e o saneamento urbano, infra-estrutura completa, trabalho e lazer, o que evidencia a complexidade de situações que estão interligadas e relacionadas com uma vida urbana digna.

3 - Direito À Cidade (Inteligente), As *Smart Cities* E A Agenda 2030

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 ressignificação do Direito à Cidade (Inteligente) e, por consequência, a sua eficácia social.

Nessa perspectiva, o Direito à Cidade é um novo paradigma para (re)pensar a cidade, é um novo olhar para a paisagem urbana e buscar soluções para os desarranjos sociais do espaço urbano no Brasil. Esse novo olhar é a possibilidade de 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 panorama de constantes transformações, o modelo de cidades inteligentes ou *Smart City* é o próximo passo no transbordamento da compreensão atual do direito à cidades sustentáveis e um novo patamar de projeto de cidade (inteligente), que orientado pela ética dos Direitos Humanos tem potência suficiente para emergir uma estrutura inclusiva com potencialidade para contemplar possibilidades de (re)construção de espaços públicos orientados para uma sociedade mais justa, igualitária e participativa.

As possibilidades que se abrem com as cidades inteligentes a partir da utilização de novas tecnologias também trazem riscos desconhecidos para a saúde e o meio ambiente, o que implica uma necessária construção ética-filosófica adequada para o avanço em determinadas áreas. Dentre as possibilidades, importa destacar o desenvolvimento da ética da diversidade, conforme ensinam Engelmann, Flores e Weyermuller (2010, p. 175):

Os desafios aumentam na medida em que este cenário é cruzado pelo multiculturalismo, próprio da vida humana em sociedade e característica dos Direitos-Humanos-Fundamentais [...]. Para tanto, a fim de construir uma efetiva ‘identidade cultural’ assentada na dignidade da

pessoa humana, como seu elemento condutor, será necessário o desenvolvimento de uma ‘ética da diversidade’, mediante a implementação dos seguintes princípios básicos, considerados uma preliminar para a proposta de criação de marcos regulatórios para as nanotecnologias: 1. Respeito pelo outro com todas as suas diferenças; 2. Solidariedade com o outro na satisfação de necessidades de sobrevivência e de transcendência; 3. Cooperação com o outro na preservação do patrimônio natural e cultural comum.

A ética da diversidade para construção de cidades do futuro inclusivas, resilientes e sustentáveis, como possibilidade de promoção dos Direitos Humanos das pessoas com deficiência é base de uma sociedade plural, justa e solidária, pautada no: 1. Respeito pelo outro com todas as suas diferenças; 2. Solidariedade com o outro na satisfação de necessidades de sobrevivência e de transcendência; 3. Cooperação com o outro na preservação do patrimônio natural e cultural comum. (ENGELMANN; FLORES; WEYERMÜLLER, 2010).

Nesse contexto, a ressignificação do Direito à Cidade Inteligente se coloca como possibilidade de (re)organização do espaço urbano de forma a possibilitar projetos de vidas possíveis e eficácia social dos Direitos Humanos e a gestão democrática das cidades a partir da governança participativa como condição de possibilidade para humanização do espaço urbano.

A ressignificação do Direito Humano à Cidade Inteligente será orientada pelo diálogo com a Agenda 2030 da ONU, especialmente pelo ODS 11, que projeta modelos urbanos futuros que sejam digitais, inclusivos, sustentáveis e resilientes. A Agenda 2030 e os ODS tem como objetivo a concretização dos Direitos Humanos de todos e todas e, por isso, a necessidade de diálogo com esse instrumento jurídico internacional para a adequada atribuição de sentido a ressignificação do Direito à Cidade Inteligente:

A Agenda 2030, conforme seu parágrafo 10º, está expressamente fundamentada na Carta da ONU, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos tratados internacionais de direitos humanos e em outros instrumentos, como na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Desse modo, os ODS objetivam realizar os direitos humanos de todos, havendo responsabilidade dos Estados para respeitar, proteger e promover os direitos humanos e as liberdades fundamentais para todos, sem qualquer discriminação de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, deficiência ou qualquer outra condição. (CAMPELLO, 2020, p. 24).

A Agenda 2030 é um marco internacional importante e uma proposta de ação coletiva com a finalidade de projetar um modelo de mundo melhor para todos e todas, comprometida em “não deixar ninguém para trás”, reconhecendo que a dignidade da pessoa humana é fundamental para a existência humana, sendo um compromisso assumido pelos Estados no sentido de alinhar suas prioridades nacionais com os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODSs), “trabalhando em conjunto com o setor privado e a sociedade civil.

Os espaços urbanos inteligentes, ou seja, que colocam as pessoas no centro do desenvolvimento e utilizam da tecnologia na gestão urbana são modelos que dialogam e permitem a realização das 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.

Não se pode olvidar, que a proposta do artigo é a ressignificação do Direito à Cidade Inteligente como superação das cidades sustentáveis, com o objetivo de proporcionar a seus cidadãos uma melhor qualidade de vida e promover os direitos humanos, por essa razão, é imprescindível observar o horizonte de sentido projetado a partir da ODS 11 e a incorporação ao seu conteúdo jurídico de elementos estruturantes como a resiliência, sustentabilidade e inclusão social, características indispensáveis para o enfrentamento e prevenção de desastres naturais decorrentes ou não de mudanças climáticas, bem como, da inclusão social (e digital), em todas as suas perspectivas.

Nesse processo de ressignificação do Direito à Cidade (Inteligente) em diálogo com a Agenda 2030, os direitos humanos são indispensáveis para a atribuição de sentido de forma a atender às necessidades sociais e o equilíbrio desses reclamos com os interesses econômicos que envolvem os movimentos de urbanização e transformação das cidades, bem como, ao objetivo 11 (ODS) da agenda 2030 da ONU. (FERRARESI, 2022).

Para construção do sentido e significado do Direito Humano à Cidade, necessário o diálogo entre fontes jurídicas que perpassam pelos Objetivos da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável que “buscan realizar los derechos humanos de todos y lograr la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y de las niñas”. (NACIONES UNIDAS, 2019). O direito à cidade:

[...] significa garantizar ciudades y asentamientos humanos (i) libres de discriminación; (ii) con igualdad de género; (iii) que integren las minorías y la diversidad racial, sexual y cultural, (iv) con ciudadanía inclusiva; (v) con una mayor participación política, (vi) que cumplan sus funciones sociales, incluso reconociendo y apoyando los procesos de

producción social y la reconstrucción del hábitat; (vii) con economías diversas e inclusivas; e (viii) com vínculos urbano-rurales inclusivos. (NACIONES UNIDAS, 2019).

O Direito à Cidade, enquanto direito humano, dialoga necessariamente com todos os Direitos Humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente, e inclui, portanto, todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais, que já estão regulamentados nos tratados internacionais de direitos humanos, e, por essa razão, é importante a sua significação para atender aos reclamos da comunidade a partir da ODS 11.

Os Direitos Humanos como horizonte de sentido da ressignificação do Direito à Cidade Inteligente é condição de possibilidade para (re)organização dos espaços urbanos a partir da utilização de (novas) tecnologias que possibilitem cidades inteligentes, vivas, inclusivas, seguras, sustentáveis e resilientes, como espaços para garantir a qualidade de vida das pessoas.

4 - Considerações Finais

No desenvolvimento apresentado, buscou-se demonstrar o processo (des)contínuo de reconhecimento do Direito à cidade e sua constitucionalização a partir do processo constituinte que deu origem a Constituição de 1988 e, em um segundo movimento, a evolução para o Direito à Cidades Sustentáveis, com o advento do Estatuto da Cidade.

Com o surgimento de novos direitos, novas tecnologias e a emergência das transformações sócio-ambientais, a ressignificação do Direito à Cidade orientado pelos Direitos Humanos a partir das *Smart Cities* coloca o Direito à Cidade Inteligente como condição de possibilidade de (re)organização dos espaços urbanos para garantir a qualidade de vida de todas as pessoas no contexto da sociedade hipercomplexa.

O direito à cidade é um conceito vivo e não apenas a aplicação prescritiva de um conceito teórico, por isso os movimentos de ressignificação constante, ou seja, primeiro o reconhecimento jurídico do Direito à Cidade a partir do texto constitucional de 1988; em seguida, com o Estatuto da Cidade e a ressignificação para Direito à Cidade Sustentáveis; e em um terceiro movimento, a partir da emergência de novas tecnologias no contexto da sociedade hipercomplexa e da 4.^a revolução industrial, a ressignificação orientada pelos Direitos Humanos e com o diálogo com os ODS 11, o Direito à Cidade Inteligente.

Nesse cenário de (re)significação dos espaços urbanos para adequação 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* são a

possibilidade de superação do modelo de cidades sustentáveis previstos no Estatuto da Cidade. O processo de inovação disruptiva possibilita (re)arranjos sociais das estruturas das cidades atuais para um novo patamar de cidades inovadoras, espaço em que será possível a partir da democratização e acesso às novas tecnologias, possibilidades (ou riscos) para uma experiência humana digna.

Para garantir o direito à cidade inteligente será necessário a juridicização deste (novo) direito urbanístico, que incorpora(á) os elementos estruturantes da ODS 11, num contexto de cidade inovadoras e do futuro, conjunto este a ser iluminado e orientado pelo conteúdo dos direitos humanos. Esse processo de juridicização perpassa necessariamente pela necessidade ressignificação da teoria tradicional das fontes jurídicas, com a ampliação e o reconhecimento de fontes múltiplas, e o diálogo entre elas de modo a possibilitar a definição de marcos regulatórios adequados a partir da modificação do retrato da sociedade pós-moderna.

O diálogo construtivo e colaborativo é a possibilidade, ou melhor, a chave do desenvolvimento das cidades do futuro, cidades estas como espaços para a realização dos Direitos Humanos, cidades que sejam terreno fértil para o desenvolvimento tecnológico e possibilitem condições para o crescimento econômico sustentável, cidades democráticas, inclusivas, humanas, sustentáveis e resilientes.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia et al. Das ruas de Paris a Quito: o direito à cidade na nova agenda urbana - Habitat III. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1214-1246, 2017. Disponível em: http://wp.ibdu.org.br/wp-content/uploads/2019/07/DAS-RUAS-DE-PARIS-A-QUITO_O-DIREITO-%C3%80-CIDADE-NA-NOVA-AGENDA-URBANA_Bet%C3%A2nia-Alfonsin.pdf. Acesso em: 13 mai. 2021.

ALFONSIN, Betânia. Repercussões da nova agenda urbana no direito público e provado no Brasil e na América Latina: o papel do direito à cidade. In: BELLO, Enzo; KELLER, Rene José (org.). **Curso de direito à cidade: teoria e prática**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 217-230.

AMANAJÁS, Roberta; KLUG, Letícia. Direito à cidade, cidades para todos e estrutura sociocultural urbana. In: COSTA, Marco Aurélio; MAGALHÃES, Marcos Thadeu Queiroz; FAVARÃO, Cesar Bruno (org.) **A nova agenda urbana e o Brasil: insumos para sua construção e desafios a sua implementação**. Brasília, DF: Ipea, 2018. p. 29-44.

CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio. Direitos humanos e a Agenda 2030: uma mudança de paradigma em direção a um modelo mais equilibrado para o desenvolvimento sustentável. In CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio (coord.). **Direitos humanos e meio ambiente**: os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030. 1 ed. - São Paulo: IDHG, 2020. p. 22-41.

ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMÜLLER, André Rafael. **Nanotecnologias, marcos regulatórios e direito ambiental**. Curitiba: Honoris Causa, 2010.

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.

FILOCOMO, Giuseppe; MARTINS, Lyzandra Machado. Breve ensaio sobre o direito à cidade. **Justificando: mentes inquietas pensam direito**, [S. l.], 21 abr. 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/04/21/breve-ensaio-sobre-o-direito-a-cidade-a-moradia-nas-cidades-brasileiras/> Acesso em: 11 jul. 2023

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. As cidades como bens ambientais e os aglomerados subnormais (favelas) no Brasil do século XXI. **Revista Americana de Urbanismo**, Madri, ano 1, p. 107-131, mar. 2018.

GUIMARÃES, Angélica. A ordem jurídica urbana e o Direito à Cidade: uma leitura crítica sob o olhar da Constituição Federal de 1988. In: LIBÓRIO, Daniela Campos (coord.). **Direito urbanístico: fontes do direito urbanístico e direito à cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 193-228.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; ARAÚJO, Douglas da Silva. O direito à cidade no contexto das smart cities: o uso das Tic's na promoção do planejamento urbano inclusivo no Brasil. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1788-1812, 2018.

LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. Tradução: Rubens Eduardo Frias. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2016.

MEDAUAR, Odete. Diretrizes gerais. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes (org.). **Estatuto da cidade – Lei 10.257, de 10.07.2001 – Comentários**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NACIONES UNIDAS. **Agenda del derecho a la ciudad. Para la implementación de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible y la nueva agenda urbana.** [S. l.], 2019. Disponível em: https://www.right2city.org/wp-content/uploads/2019/09/A6.1_Agenda-del-derecho-a-la-ciudad.pdf. Acesso em: 13 ago. 2023.

ONU-Habitat: população mundial será 68% urbana até 2050. Nações Unidas Brasil. 01 jul. 2022. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/188520-onu-habitat-populacao-mundial-sera-68-urbana-ate-2050> Acesso em 13 set. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável:** objetivo 11. Cidades e Comunidades Sustentáveis. Nova York, 2014. Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/ods/11/>. Acesso em: 22 set. 2023.

SILVA, Rodrigo Rafael Souza e. Sociologia urbana: contradições urbanas, movimentos sociais e luta pelo direito à cidade. In: BELLO, Enzo; KELLER, Rene José (org.). **Curso de direito à cidade:** teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 89-104.

A INFLUÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NA APLICAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Carlos Reis da Silva Júnior

Mestre em Direito Constitucional,

Professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru (FIB) e

Servidor do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

1 - Introdução

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”, representa um marco na história do Brasil, trazendo importantes avanços em diversos setores, inclusive no sistema de execução penal.

No que se refere à execução penal, a Constituição de 1988 trouxe mudanças significativas, que foram posteriormente regulamentadas na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984).

Neste artigo, iremos analisar a influência da Constituição de 1988 na Lei de Execução Penal, destacando as principais alterações e avanços trazidos pela Carta constitucional nesse período de 35 anos de vigência.

Não há qualquer intenção em esgotar o assunto referente à importância e as influências que a Constituição Federal irradia a todo ordenamento jurídico e especialmente à execução penal.

2-Princípios Constitucionais E A Execução Penal

A Constituição de 1988 estabeleceu diversos princípios que influenciaram diretamente a execução penal. Dentre os princípios da execução penal, destacam-se:

I) princípio da humanidade ou humanização das penas, previsto no artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;**
- b) de caráter perpétuo;**
- c) de trabalhos forçados;**
- d) de banimento;**
- e) cruéis;**

II) princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que está assim, redigido: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; e no artigo 1º do Código Penal, nos seguintes termos: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal;

III) princípio da personalização da pena, personalidade ou intranscendência, encontrado no artigo 5º, inciso XLV, também da Constituição Federal:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

IV) princípio da proporcionalidade da pena, observando a gravidade do delito cometido e a pena que deverá ser aplicada;

V) princípio da isonomia, previsto no artigo 3º, parágrafo único, Lei de Execução Penal, nos seguintes termos:

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

VI) princípio da vedação ao excesso de execução, previsto no artigo 185 da LEP, cuja redação é a seguinte:

Art. 185. Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.

VII) princípio da ressocialização, finalidade da Lei de Execução Penal, previsto no artigo 1º da Lei de Execução, buscando a harmônica integração do condenado ou internado:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Merce destaque, ainda, principalmente em razão do tema proposto neste artigo, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, posto que tal fundamento do Estado brasileiro trouxe a garantia e a efetividade quanto ao direito entre as pessoas.

Portanto, valorizando a pessoa humana, protegendo sua personalidade e garantindo uma existência digna e em busca da felicidade.

Assim, na execução da pena, as garantias constitucionais devem ser observadas para assegurar o respeito aos direitos individuais do sentenciado preso, mantendo-se os direitos à ampla defesa, ao contraditório, ao duplo grau de jurisdição, ao devido processo penal, à individualização e humanização da pena, à retroatividade de lei mais benéfica, e aos princípios da anterioridade e da legalidade.

Esses princípios orientam a interpretação e aplicação da Lei de Execução Penal, garantindo que o sistema penal brasileiro esteja em conformidade com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

3-Direitos E Garantias Da Pessoa Presa

A Lei de Execução Penal apresenta um rol de direitos que todas as autoridades e agentes devem respeitar em atenção à dignidade e integridade física e moral das pessoas condenadas e das pessoas presas provisoriamente.

O artigo 41 da Lei nº 7.210/1984 apresenta o seguinte rol:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

É importante ressaltar que esses são apenas alguns dos direitos da pessoa presa e que existem outras garantias previstas na legislação brasileira e em tratados internacionais.

A pessoa presa tem o direito de ser tratada com respeito e dignidade, independentemente do crime que cometeu.

O respeito a esses direitos é fundamental para garantir a humanização do sistema prisional e a ressocialização das pessoas que estão cumprindo pena.

A Constituição Federal de 1988 trouxe importantes avanços no que diz respeito aos direitos e garantias da pessoa presa, fortalecendo a efetividade na aplicação daqueles previstos no artigo 41 da LEP.

O artigo 5º, inciso XLIX, estabelece que é assegurado às pessoas presas o respeito à integridade física e moral, nos seguintes termos:

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Além disso, o artigo 5º, inciso LVII, proíbe a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Essas garantias constitucionais influenciaram diretamente a Lei de Execução Penal, que passou a assegurar ao preso o direito à integridade física e moral, bem como a proibição da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

4-Progressão De Regime Prisional E O Livramento Condicional

A Constituição de 1988 também influenciou institutos existentes na Lei de execução penal, como a progressão de regime prisional e o livramento condicional.

O artigo 33, § 2º, do Código Penal declara que a pena deverá ser executada de forma progressiva, conforme os méritos dos sentenciados, sendo transferidos para regimes menos gravosos sempre que cumpridas as condições.

O objetivo do sistema progressivo é reduzir a força da sanção, segundo o cumprimento do lapso de tempo transcorrido em regime anterior e o comportamento do sentenciado, conforme artigo 112, caput, da Lei de Execução Penal.

O artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal estabelece que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos.

A disposição constitucional acima mencionada influenciou a Lei de Execução Penal, que estabeleceu critérios mais rigorosos para a progressão de regime e a concessão do livramento condicional nos casos de crimes hediondos, como verificamos no artigo 112 da Lei nº 7.210/1984, com redação dada pela Lei nº 13.964/2019:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

Também, como reflexo constitucional, temos a determinação de que as pessoas presas condenadas ficarão separadas de acordo com critérios previstos na Lei de Execução, sendo um dos critérios justamente a separação daqueles condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados, como mencionado no artigo 84, § 3º, da LEP.

5-O Trabalho E O Estudo Do Preso

A Constituição de 1988 também trouxe avanços no que diz respeito ao trabalho do preso. O artigo 5º, inciso XLVIII, estabelece que a pena deverá ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Além disso, o artigo 5º, inciso XLIX, assegura ao preso o direito ao trabalho, remunerado ou não, como forma de ressocialização.

Essas disposições constitucionais influenciaram a Lei de Execução Penal, que estabelece a obrigatoriedade de trabalho para o preso, bem como a necessidade de estabelecimentos distintos de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Nos termos do artigo 126 da Lei de Execução Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.433/2011, o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

A contagem de tempo para remição no caso será feita à razão de um dia de pena a cada doze horas de frequência escolar, considerando as atividades de ensino fundamental, médio, profissionalizante, superior, ou ainda de requalificação profissional, divididas, no mínimo, em três dias. Com relação à remição por trabalho o cálculo será de um dia de pena a cada três dias de efetivo trabalho.

Importante salientar que as atividades de estudo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

Também, como forma de valoração do estudo no cárcere, há previsão de acréscimo de um terço no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

Ainda, nos termos da Resolução nº 391/2021, do Conselho Nacional de Justiça, no caso de a pessoa privada de liberdade não estar vinculada a atividades regulares de ensino no interior da unidade e realizar estudos por conta própria, ou com acompanhamento pedagógico não escolar, logrando, com isso, obter aprovação nos exames que certificam a conclusão do ensino fundamental ou médio (ENCCEJA ou outros) e aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM será considerada como base de cálculo para fins de cômputo das horas visando à remição da pena 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino, fundamental ou médio.

Nesse sentido, de utilização da aprovação no ENCCEJA ou ENEM, é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

REMIÇÃO DE PENAS. APROVAÇÃO NO ENCCEJA. POSSIBILIDADE. ART. 126 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. RECOMENDAÇÃO 44/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. BASE DE CÁLCULO. RESOLUÇÃO 3/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM CONJUGAÇÃO COM A LEI 9.394/1996. INTERPRETAÇÃO MAIS BENÉFICA À AGRAVANTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI. 30/03/2021. SEGUNDA TURMA. AG. REG. NO HABEAS CORPUS 190.806 SANTA CATARINA.

Também o posicionamento pacífico do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. MANDAMUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO DE GARANTIA CONSTITUCIONAL. 2. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DA PENA PELO ESTUDO. APROVAÇÃO NO EXAME NACIONAL PARA CERTIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA DE JOVENS E ADULTOS – ENCCEJA. RECOMENDAÇÃO 44/2013 DO CNJ. CÁLCULO DA CARGA HORÁRIA. 3. ARTS. 24, I, E 32 DA LEI 9.394/1996. ART. 4º, II, DA RES. 03/2010 DO CNE. INDICAÇÃO DE CARGAS MÍNIMAS. 4. INTERPRETAÇÃO MAIS BENÉFICA. FUNDAMENTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CIDADANIA E DIGNIDADE. RESSOCIALIZAÇÃO. RESGATE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE. SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ADPF 347 MC / DF - DISTRITO FEDERAL, RELATOR MINISTRO MARCO AURÉLIO, DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016. PRECEDENTES DAS TURMAS QUE COMPÕEM A TERCEIRA SEÇÃO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DE UM ÓRGÃO FRACIONÁRIO POR DECISÃO MAJORITÁRIA. AFETAÇÃO DO TEMA PARA DELIBERAÇÃO DAS TURMAS REUNIDAS. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DA TERCEIRA SEÇÃO SOBRE O ASSUNTO. 5. 50% DA CARGA HORÁRIA. PATAMAR EQUIVALENTE A 1.600 HORAS. REMIÇÃO DE 133 DIAS. 26 DIAS PARA CADA ÁREA DO CONHECIMENTO. 6. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS Nº 602.425 - SC (2020/0192829-9) RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA.

Importante observar que algumas alterações, como o reconhecimento da remição por estudo e por aprovação no ENCCEJA e ENEM são decorrência da evolução trazida pela Constituição Federal de 1988 com a consequente valorização da pessoa humana presa.

6-Conclusão

A Constituição Federal de 1988 teve um impacto significativo na Lei de Execução Penal no Brasil.

A nova Constituição trouxe uma série de princípios e direitos fundamentais que influenciaram diretamente a abordagem do sistema de execução penal, buscando conferir maior humanização e respeito aos direitos dos detentos, o que pode gerar também uma reação conservadora a avanços como acima mencionado e que pode afetar a aplicação e o cumprimento da Lei de Execução Penal de diferentes maneiras.

Pode haver, por exemplo, pressões políticas e sociais para a adoção de políticas mais punitivas e restritivas, que vão de encontro aos princípios e diretrizes estabelecidos na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal.

Isso pode resultar em um endurecimento das penas, restrições aos direitos e garantias das pessoas presas, e uma abordagem mais retributiva e menos ressocializadora.

Outro ponto importante é que a efetividade dos direitos e garantias constitucionais e da LEP podem ser frustrados através da alegação de falta de recursos e investimentos adequados no sistema prisional.

A falta de investimentos pode levar à superlotação, condições precárias de detenção, falta de acesso a programas de ressocialização e tratamento, entre outros problemas.

Isso, sem dúvida, compromete a efetividade da Lei de Execução e pode resultar em violações dos direitos humanos das pessoas presas.

Aspecto importante é a influência da opinião pública e na percepção da sociedade em relação à execução penal.

O discurso punitivo e a busca por soluções rápidas e simplistas para a criminalidade podem levar a uma maior aceitação de práticas e políticas mais repressivas, em detrimento de abordagens mais humanitárias e baseadas em evidências, fugindo do paradigma constitucional e garantista. Isso pode dificultar a aplicação de medidas de ressocialização e reintegração social das pessoas presas, que são fundamentais para a redução da reincidência e a construção de uma sociedade mais justa.

Por isso, é importante estar atento a essas dinâmicas e buscar promover um debate informado e baseado em evidências sobre as políticas de execução penal, visando garantir a efetividade da lei e o respeito aos direitos humanos das pessoas presas, efetivando os postulados constitucionais e principalmente a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS:

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. Lei de Execução Penal. Lei 7210 de 11 de julho de 1984.
- BRASIL. Código penal. Decreto-Lei 2848 de 7 de dezembro de 1940.
- BRASIL. Código de processo penal. Decreto-Lei 3689 de 3 de outubro de 1941.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Execução Penal*. 1. ed . Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E SUAS LIMITAÇÕES: BREVES APONTAMENTOS

Bazilio de Alvarenga Coutinho Junior

Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino

Professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru e

Advogado

1 - Introdução

A liberdade de manifestação do pensamento representa uma das maiores conquistas dos povos rumo à construção de uma sociedade democrática, justa e pluralista.

Verdadeira derivação de um direito fundamental mais amplo que é a própria liberdade de expressão, o direito de manifestar o pensamento é, sem dúvida, uma das maiores conquistas do Estado Democrático de Direito.

No presente artigo, procurar-se-á examinar o instituto analisando suas facetas históricas, características e alcance, bem como as limitações estabelecidas no próprio texto Constitucional como é o caso da responsabilização por abuso de tal direito.

Após a análise de tais aspectos do mencionado instituto, serão feitas considerações sobre a possibilidade de imposição de limitações à liberdade de manifestação do pensamento além daquelas já positivadas pelo legislador constituinte originário focando especificamente nos chamados “discursos de ódio”.

2- A liberdade de manifestação do pensamento como conquista histórica determinante para o surgimento do Estado de Direito

Fazendo-se uma breve análise sobre a evolução do Estado diante da história, é possível concluir inicialmente que o direito de expressar opiniões nem sempre foi entregue ao povo.

De fato, se voltarmos os olhos ao período conhecido como Estado Absolutista (ou Estado de Polícia como querem outros) verificaremos que, foi uma época marcada pela quase inexistência de direitos individuais em que a vontade do Monarca representava a própria lei.

Tratava-se de um período no qual as normas sequer eram impostas com base em leis escritas cuja elaboração contasse com participação de representantes do povo de forma a limitar o Poder do Soberano.

Evidentemente, no Estado Absolutista não era possível imaginar tal quadro que somente passou a ser reconhecido após paulatinas conquistas que terminaram por deflagrar o que a doutrina passou a denominar como Estado de Direito.

De fato, foi somente nesse período evolutivo do Estado que o Poder arbitrário do rei foi substituído e limitado pela lei escrita.

Nesse ponto, precisa é a lição de Celso Ribeiro Bastos:

O Estado de Direito, mais do que um conceito jurídico, é um conceito político que vem à tona no final do século XVIII, início do século XIX. Ele é fruto dos movimentos burgueses revolucionários que àquele momento se opunham ao absolutismo, ao Estado de Polícia. Surge como ideia de força de um movimento que tinha por objetivo subjugar os governantes à vontade legal, porém, não de qualquer lei. Como sabemos os movimentos burgueses romperam com a estrutura feudal que dominava o continente europeu. Assim, os novos governos deveriam submeter-se também a novas leis, originadas de um processo novo onde a vontade da classe emergente estivesse consignada. Mas o fato de o Estado passar a se submeter à lei não era suficiente. Era necessário dar-lhe outra dimensão, outro aspecto. Assim, passa o Estado a ter suas tarefas limitadas basicamente à manutenção da ordem, à proteção da liberdade e da propriedade individual. É a idéia de um Estado mínimo que de forma alguma interviesse na vida dos indivíduos a não ser para o cumprimento de suas funções básicas; fora isso deveriam viger as regras do mercado, assim como a livre contratação. (BASTOS, 2002, p. 161).

Como consequência desse movimento de transformação do Estado, iniciando-se pela limitação do Poder do rei à lei escrita, sugeriram o que a doutrina denominou de direitos de primeira geração os quais tinham como característica mais acentuada o estabelecimento de limitações às atividades do Estado em favor da liberdade individual. Impõe verdadeiro dever de abstenção estatal em prol do exercício pleno destes direitos.

Vários foram os direitos reconhecidos dentro dessa categoria podendo-se citar, a título de exemplo, o direito à vida, a liberdade de consciência e de crença, liberdade de reunião, liberdade de associação, direito de propriedade, e é claro a liberdade de expressão, opinião e manifestação do pensamento, dentre outros.

Apenas para melhor elucidar, confira a lição de Uadi Lammêgo Bulos:

A *primeira geração*, surgida no final do século XVII, inaugura-se como florescimento dos direitos e garantias individuais clássicos, os quais encontravam na limitação do poder estatal seu embasamento. Nesta fase, prestigiavam-se as cognominadas *prestações negativas*, as quais geravam um dever de não fazer por parte do Estado, com vistas à preservação do direito à vida, liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação etc. (BULOS, 2010, p.515).

Importante mencionar que o marco histórico que coroou esta categoria de direitos (*primeira geração*), foi o deflagrar da Revolução Francesa em 1789, movimento este que culminou com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão cujo texto passou a que reconhecer ao povo inúmeras garantias, dentre elas a própria liberdade de manifestação do pensamento, objeto das reflexões desse artigo.

Esta a redação dos artigos 10º e 11º do mencionado texto histórico:

Artigo 10º- Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, contanto que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela Lei.

Artigo 11º- A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei.

Ante a magnitude dessa conquista, a mencionada declaração tornou-se o texto de referência a todas as demais nações democráticas ocidentais sendo vários de seus preceitos reproduzidos nas suas respectivas Constituições.

É verdade que outras declarações internacionais vieram a fim de reforçar os preceitos ali insculpidos como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que, de certa forma, repete aqueles mesmos preceitos nos artigos 18º e 19º:

Artigo 18º Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.

Artigo 19º Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.

Tais direitos fizeram parte, igualmente das diversas constituições brasileiras e, atualmente encontram-se entranhados em nosso ordenamento e na Constituição Federal de 1988 que os erigiu ao patamar de direitos fundamentais e os tem como garantia de respeito às manifestações de pensamento do titular do Poder, hoje reconhecidamente, o povo brasileiro.

3- A Liderdade de manifestação do Pensamento na Constituição Federal de 1988

A liberdade de manifestação do pensamento encontra-se prevista de forma expressa no art. 5º, IV da Constituição Federal de 1988 com a seguinte redação: “art. 5º [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”

Assim como nos textos históricos apresentados no capítulo anterior, nossa Carta Constitucional assegura a todos os brasileiros e estrangeiros a liberdade de externar seus pensamentos.

Contudo, da leitura em conjunto dos demais direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional, infere-se que a previsão constante do inciso IV do art. 5º representa verdadeira ‘cláusula geral’ que abrange a liberdade de opinião, de expressão artística, de ensino e pesquisa, de comunicação e de informação e, por fim a liberdade de expressão religiosa. (SARLET, 2013, p. 452 e 454)

De fato, é intuitivo concluir que o simples ato de externar o pensamento possui diversos desdobramentos igualmente previstos na Carta Constitucional como se infere nos artigos 5º, V que assegura o direito de resposta àquele que externou pensamento agravoso, além de assegurar direito à indenização moral e material por eventual dano causado; na liberdade de consciência e de crença, igualmente prevista no art. 5º, IX; no direito assegurado a todos de acesso à informação e proibição da censura expressos no art. 5º, XIV, além de outras garantias que determinam abstenção do Estado em favor dessa liberdade como é o caso da vedação de restrição a tais manifestações estabelecida no art. 220 que veda a censura e a licença, o incentivo ao exercício de manifestações culturais previsto no art. 215, etc.

Não obstante a liberdade de manifestação do pensamento seja uma das maiores conquistas do povo frente ao Poder do Estado, é bom lembrar que, desde seu reconhecimento na Declaração Universal dos Direitos do Homem e

do Cidadão, esta já apontava restrições, sendo a limitabilidade dos direitos fundamentais uma de suas características presentes.

Portanto, é importante que se conclua, desde já, que o próprio texto constitucional, apesar de estabelecer limites ao próprio Estado, igualmente impôs certas restrições à manifestação do pensamento, atrelando o abuso desse direito do indivíduo a consequências na ordem civil e penal como verificaremos no capítulo seguinte.

4 – Limitações ao Estado em prol da liberdade de manifestação do Pensamento

Como já tivemos oportunidade de discorrer, a liberdade de manifestação do pensamento é espécie de direito fundamental enquadrada como de primeira geração, ou seja, impõe dever de abstenção do Estado a fim de garantir a liberdade individual.

Dessa forma, é natural que o próprio texto constitucional estabeleça determinadas restrições de forma, até mesmo de fomentar essa liberdade fomentar o exercício desses direitos.

É o caso da previsão contida no art. 5º, IX e 220 da Constituição Federal, cujo teor segue abaixo transscrito:

Art. 5º

(...)

XI - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Veja-se que o legislador constituinte estabeleceu uma gama importante de restrições ao Estado impondo a este proibições de interferir na liberdade de manifestação do pensamento, inclusive assegurando a plena liberdade de informação jornalística vedando a censura sob todas as suas formas.

É bastante compreensível o estabelecimento de tais vedações ao Estado, inclusive se atentarmos para o fato de que a Constituição de 1988 teve, dentre outros pontos, o papel de romper com uma Carta marcada pelo autoritarismo, como foi a de 1967, de forma a incutir ao povo brasileiro a mensagem de liberdade que lhe garantiu o epíteto de “Constituição Cidadã”

A parte final do art. 5º, IX impõe ao Estado a proibição de censura e licença, assegurando a liberdade de expressão e de comunicação como valores inclusive intimamente ligados à dignidade da pessoa humana

Nesse passo, é importante lembrar que, muito embora ambos os institutos (censura e licença) imponham limitações ao Estado, possuem definições distintas.

A censura é uma ordem proibitiva e, portanto anterior à manifestação de pensamento; ao passo que a licença é uma autorização prévia exigida como condição de concordância para a divulgação de um pensamento.

Nesse ponto, ganha relevo a lição de Alexandre de Moraes:

A censura prévia significa o controle, o exame, a necessidade de permissão a que se submete, previamente e com caráter vinculativo, qualquer texto ou programa que pretende ser exibido ao público em geral. O caráter preventivo e vinculante é o traço marcante da censura prévia, sendo a restrição à livre manifestação do pensamento sua finalidade antidemocrática, pois como salientado pelo Ministro Celso de Mello: ‘a liberdade de expressão é condição inerente e indispensável à caracterização e preservação das sociedades livres e organizadas sob a égide dos princípios estruturadores do regime democrático’. O texto constitucional repele frontalmente a possibilidade de censura prévia. Essa previsão, porém, não significa que a liberdade de imprensa é absoluta, não encontrando restrições nos demais direitos fundamentais, pois a responsabilização posterior do autor e/ou responsável pelas notícias injuriosas, difamantes, mentirosas sempre será cabível, em relação a eventuais danos materiais e morais. Como salienta Miguel Ángel Ekmekdijam, a proibição à censura prévia, como garantia à liberdade de imprensa, implica forte limitação ao controle estatal preventivo, mas não impede a responsabilização posterior em virtude de abuso no exercício desse direito” (MORAES, 2013, p.52)

Como se infere das palavras do atual Ministro da Corte Suprema, o Estado é obrigado a abster-se de qualquer interferência na liberdade de manifestação do pensamento, vedando-se a censura prévia, o que, de outro lado não significa que exista uma liberdade absoluta de manifestar o pensamento, havendo, é claro, consequências *após essa manifestação* a serem apuradas ante eventual abuso responsabilizando-se o autor da violação por danos materiais e morais.

Flávio Nartins Alves Nunes Júnior, por sua vez, ao comentar sobre o assunto traz a seguinte elucidação no que pertine à diferenciação entre licença e censura como formas de vedação Estatal:

Dessa maneira, não se pode censurar previamente um escritor, impedindo que escreva um livro sobre determinado assunto. Da mesma maneira, não será necessária autorização prévia estatal (licença) para fazer uma peça de teatro ou um filme sobre um determinado assunto ou para que um cientista pesquise a existência de Deus (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 871)

Diante dessas brevíssimas reflexões, é possível concluir que o direito de manifestação de pensamento embora não seja absoluto, pois pode implicar responsabilização àquele que dele abusa, impõe, de outra banda dever de não interferência prévia do Estado de forma a garantir ao cidadão a confiança de que ele pode externar seus pensamentos sem que se lhe dite o que pode ou não ser expressado.

5 – Limitações ao indivíduo em sua própria liberdade de manifestar o pensamento

Como já mencionado, os direitos de primeira geração não podem ser tomados como liberdades absolutas, nem mesmo a liberdade de manifestação do pensamento.

Discorrendo sobre a limitabilidade da liberdade de expressão, André Ramos Tavares assim preleciona:

Razão paira nas palavras de Nuno de Souza quando este enfatiza. ‘Toda liberdade tem limites lógicos, isto é, consubstanciais ao próprio conceito de liberdade’. Com efeito, para que determinada ação encontre guarda no seguro porto da liberdade de expressão, tem-se como requisito que o exercício desta não prejudique ninguém, em nenhum de seus direitos. Não há, conforme se depreende da leitura da melhor doutrina, nenhuma precedência entre os diversos princípios (que ensejam direitos), o que, em parte, equivale a afirmar que não se admite nenhum direito como absoluto. Nesse sentido é o magistério de Robert

Alexy, referência obrigatória na matéria, ao demonstrar com toda propriedade que, se um princípio for considerado absoluto, o direito nele fundamentado também o será (TAVARES, 2007, p.557)

Nesse ponto, o próprio texto constitucional, no art. 5º, inciso V garante àquele que se sentiu atingido em seus direitos por conta da manifestação de pensamento de outrem, além do direito de resposta, o de responsabilizar o violador desses direitos pelos danos morais e materiais causados.

Esta a redação do art. 5º, V: “V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Além disso, sinalizando que a manifestação do pensamento não é um direito absoluto, o próprio art. 5º, inciso IV atrela a liberdade de manifestação do pensamento à identificação de quem o externou, vedando o anonimato como forma de facilitar a identificação para eventual responsabilização ante possível abuso do direito.

Dessa forma, resta evidente que o ato de externar opiniões, pensamentos e expressar-se de um modo geral é um direito assegurado a todos.

Contudo, no instante em que tais manifestações desse direito ferirem direitos alheios, assegura-se àquele que suportou tal violação, o direito a pleitear a reparação pelo dano material ou moral.

Tais regramentos encontram-se previstos na própria legislação civil, mais precisamente no âmbito da responsabilidade civil por atos ilícitos.

Mais ainda, caso a manifestação do pensamento possa ferir a honra alheia, bem jurídico este protegido, também na esfera penal, caberá a possibilidade de responsabilização nesse campo, como estabelecem os tipos penais que protegem contra a calúnia, a difamação e a injúria.

De fato, é de se concluir que, não obstante exista a garantia da manifestação do pensamento, essa como espécie de direito fundamental, não é absoluta, encontrando limites não apenas ao Estado, mas também ao indivíduo no instante em que seu abuso fere direitos alheios.

6 – A liberdade de manifestação do pensamento e a problemática dos ‘discursos de ódio’ (*hate speech*) no meio social

Já vimos que nossa constituição estabeleceu a garantia da liberdade de manifestação do pensamento como uma das bases de sustentação de um Estado Democrático, haja vista que o direito de se expressar em várias de suas formas e a mais clara dimensão da liberdade do indivíduo ante o Estado e seu semelhante.

Nesse sentido, também vimos que, apesar de se assegurar tal liberdade, não se trata de um direito absoluto, encontrando limitações tanto ao particular que, com o exercício sua manifestação de pensamento ocasiona danos a terceiros possui obrigação de indenizar; como ao próprio Estado, impondo a proibição da censura de forma a garantir a liberdade de expressão.

Contudo, uma questão que vem gerando discussões de tempos pra cá é a garantia da liberdade de expressão quando se está diante do que se convencionou chamar de ‘discurso de ódio’.

Apenas para contextualizar, o discurso de ódio (*hate speech*) é entendido como a manifestação do pensamento, a opinião ou a expressão que tenha por intuito desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores.

A problemática que se procura apresentar é se tais discursos devem ser coibidos e punidos pelo Estado ou se este deve manter-se neutro por se tratar de autêntica liberdade de manifestação do pensamento.

É de se apontar que a problemática em torno do assunto vem sendo abordada e enfrentada por diversos países e, igualmente foi objeto de julgados no Brasil havendo posição do STF sobre o assunto.

Apontando a divergência de interpretação nos diversos países, Daniel Sarmento, em análise aprofundada sobre o tema informa que

O assunto tem provocado debates apaixonados no mundo todo. Cortes constitucionais e supremas cortes de diversos países já se manifestaram sobre o tema, bem como instâncias internacionais de direitos humanos. Uns, de um lado, afirmam que a liberdade de expressão não deve proteger apenas a difusão das idéias com as quais simpatizamos, mas também aquelas que nós desprezamos ou odiamos, como o racismo. Para estes, o remédio contra más idéias deve ser a divulgação de boas idéias e a promoção do debate, não a censura. Do outro lado estão aqueles que sustentam que as manifestações de intolerância não devem ser admitidas, porque violam princípios fundamentais da convivência social como os da igualdade e da dignidade humana, e atingem direitos fundamentais das vítimas.

Pedro Lenza ao lecionar sobre o tema aponta como os Estados Unidos vem tratando a questão:

A problemática do *hate speech* (*discurso de ódio*) evidencia-se em precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos ao fazer interpretação da primeira emenda à Constituição (*first amendment*) que assegurou a liberdade de expressão nos seguintes termos ‘Congress shall make to law (...) abridging the freedom of speech, or of the press’ (' o Congresso não pode elaborar nenhuma lei limitando – cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa'). (LENZA, 2015, p.1169)

De fato, mesmo em se tratando de opiniões muitas vezes desprezíveis e com forte conotação preconceituosa, vem a Corte Americana entendendo que, desde que não se esteja diante de violência contra terceiros ou um grupo em si, a simples manifestação do pensamento deve ser garantida como expressão do direito estabelecido na primeira emenda.

Por sua vez, outros países adotam posição totalmente distinta, como é o caso do Canadá o qual entende que, para que se possa garantir a democracia, faz-se necessária a restrição e combate aos chamados discursos de ódio pois estes em nada contribuem como liberdade de manifestação do pensamento.

Nesse passo, Daniel Sarmento traz um panorama de como o instituto é previsto pela Carta canadense e ao final traz o posicionamento da Corte do mencionado país acerca do tratamento dos discursos de ódio no país

a Carta estabelece expressa autorização para a instituição de limites aos direitos fundamentais, desde que sejam razoáveis, criados por lei e que possam ser ‘demonstravelmente justificados numa sociedade livre e democrática” (art. 1º). Desde o julgamento do caso R. vs. Oakes , em 1986, tem-se entendido que esta exigência de que as restrições aos direitos sejam “demonstravelmente justificadas’ envolve um duplo controle: em primeiro lugar, um controle sobre o objetivo justificador da restrição, que deve ser ‘urgente e substancial’ (pressing and substantial). Em seguida, um controle sobre a própria medida restritiva, que tem de atender ao princípio da proporcionalidade, na sua tríplice dimensão: deve haver, assim, (a) uma “razoável conexão” entre a medida e o objetivo perseguido, (b) a limitação ao direito fundamental deve ser a mínima necessária para atingir aquele objetivo, e (c) os ônus relacionados à limitação do direito não podem exceder às vantagens relacionadas ao atingimento do objetivo visado. Com este quadro normativo e uma cultura jurídica menos individualista do que a norte-americana, além de extremamente preocupada com a proteção aos direitos das minorias, não foi difícil para a Suprema Corte do Canadá posicionar-se de forma contrária à proteção constitucional do hate speech (SARMENTO, 2006, p. 208).

Nota-se, portanto, apenas com esse breve comparativo que a questão vem trazendo interpretações e julgados diametralmente opostos, mas ambos calcados na proteção à liberdade de expressão.

No Brasil, por sua vez, a posição apontada pela Corte Suprema é no sentido de que a liberdade de expressão não pode ser alegada como forma de proteção ao *hate speech* encontrando tal direito, aqui, restrições.

Nas palavras de Pedro Lenza

Em suas conclusões, o Brasil, inclusive o nosso STF, não adotou o entendimento de que a garantia da liberdade de expressão abrangeeria o *hate speech*. Ou seja, muito embora a ‘posição de preferência’ que o direito fundamental da liberdade de expressão adquire no Brasil (com seu especial significado para um país que vivenciou atrocidades a direitos fundamentais durante a ditadura) assim como em outros países, a liberdade de expressão não é absoluta, encontrando restrições ‘voltadas ao combate do preconceito e da intolerância contra minorias estigmatizadas (LENZA, 2015, p. 1169)

Não obstante o Brasil, através de sua Corte Suprema, já tenha tido oportunidade de se manifestar sobre a questão, não se pode deixar de fazer constar o alerta levantado por Daniel Sarmento quanto à necessidade de se adotar o que ele mesmo chamou em suas reflexões de ‘o caminho do meio’ (op. cit., p. 256), aplicando-se a ponderação de valores para que não se limite o direito à liberdade de expressão ao nível de eliminar disparidade de opiniões em se tornar aqueles que pensam de forma diversa em submissos totais do que se considerar como politicamente correto.

Para ilustrar seu entendimento, referido doutrinador nos dá exemplos marcantes que evidenciam situações nas quais, em nome da intolerância aos chamados discursos de ódio, opiniões de minorias procuram distorcer situações de forma a interpretar e extraír, de forma descontextualizada e indevida, manifestações, por elas, tidas como racistas e preconceituosas.

Quando foi lançado o filme “Guerra nas Estrelas Episódio 1: A Ameaça Fantasma”, algumas lideranças do movimento negro nos Estados Unidos protestaram. Acharam que o filme tinha um conteúdo racista, porque o seu personagem Jah Jah Binks – um ET desengonçado e trapalhão, com longas antenas dependuradas – lembraria os negros do movimento rastafári, com suas ginga e tranças características, e que teria por isso os ridicularizado. Este exemplo caricatural mostra que, a rigor, é possível ver preconceito em toda a parte. Nenhuma obra artística ou literária resiste incólume ao escrutínio de algum militante

desconstrutivista, que nela procure encontrar significados latentes ou símbolos ocultos de racismo, sexismo, homofobia ou alguma outra forma de opressão ou preconceito (...) Portanto, se o Estado fosse censurar e reprimir cada ato comunicativo que contivesse rastros de preconceito e intolerância contra grupos estigmatizados, não sobraria quase nada. O resultado seria uma sociedade amordaçada, com uma esfera pública empobrecida e sem espontaneidade, sobre a qual reinariam soberanos os censores de plantão, sejam eles administradores ou juízes politicamente corretos. A utopia do respeito mútuo no discurso público converter-se-ia na triste distopia de uma sociedade conformista e sem vitalidade, cativa de ortodoxias morais inquestionáveis". (SARMENTO, 2015, p. 258)

Dessa forma, em brevíssima análise, é possível concluir que os discursos de ódio, não obstante existam opiniões divergentes nos demais países, deve sim de ser combatido e representa um limite à liberdade de expressão.

Contudo, como bem advertiu Daniel Sarmento, há que se analisar as questões de forma pontual fazendo uso da ponderação de valores e da proporcionalidade, a fim de que não se desvirtue situações que, em seu contexto, estariam longe de representar um *hate speech*, mas que, na verdade seriam, por vezes, interpretações desconstrutivistas de militantes de minorias para, a pretexto de garantir o direito, extrair discursos de ódio onde não existem impondo verdadeiro padrão do que entende-se por politicamente correto.

7 – Conclusões

Ao final das presentes reflexões pode-se concluir que a liberdade de manifestação do pensamento representa uma das mais valiosas conquistas dos povos rumo à verdadeira democracia.

O referido instituto surgiu como direito fundamental no ecloir do Estado de Direito e, esteve em boa parte das Constituições ocidentais encontrando lugar de destaque na atual Constituição brasileira.

Como todo direito fundamental, encontra limitações não se podendo admitir, portanto, plena liberdade de manifestação do pensamento livre de possíveis consequências ao indivíduo.

De outro lado, a fim de conferir maior liberdade à expressão e manifestação do pensamento, o legislador Constituinte impôs ao Estado o dever de não interferir criando embaraços através da censura e da licença.

A liberdade de manifestação do pensamento, no entanto, não garante a possibilidade de expressar com discursos de ódio, havendo posição já assentada pela Suprema Corte brasileira no sentido de sua proibição.

Contudo, não obstante o posicionamento dos nossos tribunais, há na doutrina alertas para a adoção da proporcionalidade e ponderação de valores a fim de que se evite o desvirtuamento do combate aos discursos de ódio transformando a liberdade de expressão em mera submissão à imposição de um comportamento politicamente correto imposto pelo próprio Estado.

Referências

- BASTOS, Celso Ribeiro *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*, Ed. Celso Bastos, 5^a ed. São Paulo, 2002
- BULOS, Uadi Lamêgo *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, 5^a ed. São Paulo, 2010
- LENZA, Pedro, *Direito Constitucional esquematizado*, Ed. Saraiva, 19^aed. São Paulo, 2015
- MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, Ed. Atlas, 29 ed., São Paulo, 2013
- NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Revista dos Tribunais, 1^aed., São Paulo, 2017
- SARLET, Ingo Wolfgang, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Revista dos Tribunais, 2^a ed. São Paulo, 2013
- SARMENTO, Daniel *A liberdade de expressão e o problema do ‘hate speech’*, Livres e Iguais: estudos de Direito Constitucional. Lumen Juris 2006, Rio de Janeiro
- TAVARES, André Ramos, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, 5^a ed. São Paulo, 2007

OS DIREITOS HUMANOS E AS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR

Ari Boemer Antunes da Costa

Mestre em direito; Especialista em direito tributário, empresarial, processual e do consumidor;

Professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru - FIB;
Advogado e Procurador do Município de Marília/SP.

1 - Introdução:

A relação entre direitos humanos e as limitações ao poder de tributar é tema complexo e de extrema relevância no cenário político e social contemporâneo. Enquanto o Estado depende do poder de tributar que lhe é afeto para financiar uma miríade de serviços públicos como, para dizer o mínimo, a saúde e a educação, os direitos humanos são os pilares fundamentais da sociedade.

Este artigo não tem por objetivo ser ponto final na discussão. O que se pretende é chamar a atenção para o necessário debate quanto a interseção entre direitos humanos e poder de tributar. É esta uma zona conflituosa que se deve pretender equilibrada diante das inúmeras demandas e divergências decorrentes da atuação do Estado e os direitos fundamentais da pessoa humana a serem salvaguardados.

2 - Poder de Tributar e tributação

Poder no sentido lato “é a aptidão para decidir e fazer valer essa decisão”. Em sentido estrito, poder de tributar é expressão da soberania estatal e tem natureza coercitiva, e se expressa como o “poder do qual o Estado é titular, de instituir e cobrar tributos” (MACHADO, 2012, 30).

Por sua vez, o exercício do poder de tributar pode ser denominado de tributação, que é a “atividade estatal abrangente da instituição, da arrecadação e da fiscalização de tributos” (COSTA, 2009, 3). Insere-se, assim, no contexto da atividade financeira do Estado, compreendida como a atividade pela qual se objetiva a “arrecadação de receitas, sua gestão, fiscalização e a realização do gasto, a fim de atender as necessidades públicas” (OLIVEIRA, 2014, 157).

Por conseguinte, a tributação é a espinha dorsal do financiamento público e desempenha papel central no fortalecimento da capacidade do Estado de fornecer serviços essenciais à sociedade. Podem ser citados como exemplos os direitos sociais: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer etc. (art. 6º - CF). São todos elementos vitais que dependem, em grande parte, da arrecadação de tributos.

Neste contexto, o poder de tributar é uma das prerrogativas fundamentais do Estado. Representa o mecanismo pelo qual são obtidas receitas com as quais poderá dar cumprimento aos seus objetivos constitucionais (art. 3º - CF). E com o seu exercício, ou seja, com a tributação, se consolida o alicerce que sustenta a infraestrutura de uma sociedade, garantindo que as necessidades públicas eleitas como essenciais sejam entregues de maneira eficaz e equitativa.

Assim, as necessidades públicas são as que o Estado deve satisfazer em virtude de uma norma jurídica. Decorrem, portanto, de um dever legal, estando sob a égide do direito público. Como derivam da lei, estão adstritas ao campo da legalidade, de modo que a Administração Pública não desfruta de liberdade para satisfazê-las ou não. (LEITE, 2023, 49)

O atendimento das necessidades públicas é, portanto, uma obrigação de fazer atribuída ao Estado.

E para além do financiamento da atuação estatal por meio dos tributos, a importância da tributação diz respeito a contribuição dos indivíduos para o bem-estar coletivo e a construção de uma sociedade mais justa. Estes indivíduos são os sujeitos passivos da obrigação tributária, as pessoas que têm “o dever de prestar, ao credor ou sujeito ativo, o objeto da obrigação”. (AMARO, 2009, 297)

Se está tratando, portanto, do pilar de sustentação da infraestrutura estatal e que torna possível o desenvolvimento da vida cotidiana em sociedade.

Em razão da coercibilidade, o Estado tem o direito de exigir dos indivíduos contribuição financeira de acordo com um sistema normalmente complexo de tributação. A partir desse aspecto coercitivo é que se põem questões relacionadas aos direitos humanos. Neste campo se destaca a necessária conciliação entre o poder de tributar, pelo qual se exige do indivíduo que disponha de parte de seu patrimônio, com os princípios fundamentais dos direitos humanos que afirmam a dignidade e a liberdade de cada indivíduo.

Portanto, se de um lado se coloca o poder de tributar como fundamental para a manutenção e atuação do Estado e de outro os valores maiores dos direitos humanos, há a necessidade de buscar entre eles o devido ponto de equilíbrio.

3 - Direitos Humanos

Os direitos humanos são inalienáveis e universais. Abrangem, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, uma ampla gama de liberdades e garantias, como os mencionados direitos sociais (art. 6º - CF), mas sem afastar os seus deveres, motivo pelo qual está sujeito às limitações da lei.

Os direitos fundamentais constituem, por si sós, limitações ao poder. O Poder Político, estabelecido pela Constituição – ela própria garantia institucional do pacto – nada pode contra eles.

Definem esses direitos a fronteira entre o que é lícito e o que não o é para o Estado. E, limitando o poder, deixam fora de seu alcance um núcleo irredutível de liberdade. (FERREIRA, 2009, 6)

A admissibilidade das limitações em prol da sociedade deve ter sempre por objetivo assegurar direitos e liberdades, exigências morais, de ordem pública e bem-estar, ou seja, quando há a sobreposição do interesse coletivo em relação ao particular. É expressão do compromisso universal de construção de sociedades livres, justas e solidárias, tal como espelhado no artigo 3º da Constituição Federal.

Nesta esfera dos direitos humanos desponta a tributação, que por sua própria natureza impõe ao indivíduo a renúncia de parcela de seu patrimônio em prol da sociedade. Esta interseção é complexa em razão de se colocar de um lado a garantia dos direitos humanos e de outro o financiamento do bem-estar público.

Esses direitos representam um conjunto universal de valores e princípios que buscam garantir que todos os seres humanos sejam tratados com dignidade, respeito e igualdade perante a lei. Em um mundo frequentemente marcado por desigualdades e injustiças, os direitos humanos servem como uma bússola moral que orienta governos, instituições e sociedades em direção a um futuro mais humano.

No cerne dos direitos humanos está a convicção de que cada indivíduo possui direitos inalienáveis. Isso significa que esses direitos não podem ser retirados, reduzidos ou negados, independentemente de circunstâncias sociais, políticas ou econômicas.

A importância dos direitos humanos reside na proteção da dignidade humana e na criação de sociedades onde todas as pessoas possam prosperar e viver livres do medo, da opressão e da discriminação.

No entanto, essa busca pela garantia dos direitos humanos se depara com desafios complexos quando confrontada com o poder de tributar do Estado. Um deles é a garantia de que os direitos humanos sejam preservados mesmo quando se exige que os indivíduos contribuam financeiramente para o bem-estar coletivo. Outro é o equilíbrio entre a necessidade de financiamento público com o respeito aos princípios fundamentais dos direitos humanos.

É esta a interseção entre tributação e direitos humanos. É fundamental o exame de casos específicos e as situações em que esses dois conceitos se sobrepõem ou entram em conflito. O aprofundamento no dilema entre as complexidades e as limitações necessárias para proteger os direitos humanos enquanto se mantém um sistema tributário funcional.

4 - Tributação e direitos humanos: pontos de interseção.

Enquanto a tributação é essencial para a atuação do Estado, sua interseção com os direitos humanos muitas vezes cria um terreno complexo e multifacetado. É de se salientar a tensão permanente entre a “imposição de tributos e o exercício de direitos fundamentais”:

Se, de um lado, a exigência daqueles pode, inadequadamente, dificultar ou mesmo inviabilizar o exercício destes, de outro, parece evidente que vários dos direitos assegurados no ordenamento jurídico dependem, para sua proteção, dos recursos advindos da receita tributária. (COSTA, 2009, 4).

Necessário, assim, explorar situações em que a tributação pode entrar em conflito direto ou indireto com os princípios fundamentais dos direitos humanos.

Uma das áreas em que esse conflito é mais visível é a equidade tributária. A tributação nem sempre afeta todos os cidadãos da mesma maneira. Sistemas tributários que não levam em consideração a capacidade de pagamento ou em que a tributação é desproporcionalmente alta a determinados grupos podem violar o princípio da igualdade perante a lei. Isso levanta questões sobre a justiça do sistema tributário e sua conformidade com os direitos humanos.

Considerando a capacidade contributiva como “elemento básico de onde defluem as garantias materiais diretas, de âmbito constitucional, como a generalidade, igualdade e proporcionalidade” (MELO, 2010, 31), a Constituição Federal prevê no §1º do artigo 145 que:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (BRASIL, 1988).

Além disso, a tributação de certos bens e serviços essenciais, como alimentos, habitação e saúde, pode criar barreiras econômicas significativas para o acesso a esses direitos básicos. Quando os tributos elevam o custo desses itens, eles podem impactar negativamente os direitos à alimentação, moradia e saúde, que são considerados direitos humanos fundamentais. É a seletividade tributária:

A seletividade significa a discriminação ou sistema de alíquotas diferenciadas por espécies de mercadorias, como adequação do produto à vida do maior número de habitantes do País. As mercadorias essenciais à existência civilizada deles devem ser tratadas mais suavemente, ao passo que as maiores alíquotas devem ser reservadas aos produtos de consumo restrito, isto é, o supérfluo das classes de maior poder aquisitivo. (MELO, 2010, 487)

Outro ponto de conflito ocorre quando os recursos tributários não são utilizados de maneira eficaz e transparente. A corrupção e o mau uso do dinheiro público representam uma violação dos direitos dos cidadãos a um governo responsável e eficiente. Portanto, é essencial que os sistemas tributários sejam acompanhados por mecanismos de prestação de contas e transparência para garantir que os recursos sejam utilizados em benefício da sociedade.

Nesta seara, com lastro no artigo 165, §9º, da Constituição Federal, atua a Lei de Responsabilidade Fiscal ao estabelecer normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, e direcionadas a todos os entes da federação. Destaque ao §1º do artigo 1º:

A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar (BRASIL, 2001).

Ao analisar essas complexidades, é importante lembrar que a tributação desempenha um papel fundamental na capacidade do Estado de proteger e promover os direitos humanos. No entanto, quando não é devidamente equilibrada e regulamentada, a tributação pode prejudicar esses mesmos direitos. Há necessidade de impor limitações e salvaguardas com o objetivo de encontrar equilíbrio adequado entre tributação eficaz e proteção dos direitos humanos.

Assim, diante do conflito entre tributação e direitos humanos, se destacam áreas-chave de preocupação, como a equidade tributária, o acesso a bens essenciais e a transparência no uso de recursos tributários. Mas não só.

5- Limitações e Salvaguardas

Diante do potencial conflito entre tributação e direitos humanos, é fundamental estabelecer limitações e salvaguardas que assegurem a proteção desses direitos fundamentais enquanto se mantém um sistema tributário funcional. Para tanto se impõe a exploração de estratégias e instrumentos que podem ser empregados para equilibrar as demandas frequentemente divergentes da tributação e dos direitos humanos.

A Constituição Federal, ao estabelecer as limitações ao poder de tributar (art. 150/152) prevê salvaguardas ao indivíduo quanto a ação do Estado. Atuam, portanto, na interseção entre direitos humanos e tributação. Tem caráter instrumental que permite dupla ótica.

Sob a perspectiva estatal expressa o reconhecimento de que o Estado é titular do Poder de Tributar e que deve efetivamente exercê-lo para fins de atender as necessidades públicas. Neste caso atua como instrumento que direciona sua atuação, as limitações.

E sob a perspectiva do indivíduo é o reconhecimento de que este, através da renúncia de parcela de seu patrimônio, deve prover recursos para que o Estado atue. É instrumento de proteção do cidadão contribuinte quanto a indevida atuação estatal, são salvaguardas.

Impõe-se na atuação estatal e na salvaguarda dos indivíduos, podem ser citados exemplificativamente os princípios da legalidade, da isonomia, da não surpresa, do não confisco, da liberdade de tráfego. Podem – e devem – ser incluídas neste rol as imunidades tributárias.

Sempre que a Constituição estabelece uma imunidade, está, em última análise, indicando a incompetência das pessoas políticas para legislarem acerca daquele fato determinado. Impõe-lhes, de conseguinte, o dever de se absterem de tributar, sob pena de irremissível constitucionalidade (CARRAZZA, 2007, 699).

Mas não há de se pôr fronteiras às salvaguardas, podendo-se, pela sua relevância, novamente mencionar a limitação decorrente da capacidade contributiva (art. 145, §1º - CF). Um sistema tributário que observa a capacidade de pagamento e impõe que contribuam proporcionalmente mais aqueles que mais tem em relação a outros com menores disponibilidades, promove a justiça social.

E mais, também está em conformidade com o princípio da igualdade perante a lei, um dos pilares dos direitos humanos. A implementação de alíquotas de imposto de renda progressivas é um exemplo de como a tributação pode ser projetada para minimizar o impacto negativo sobre os estratos mais vulneráveis da sociedade.

Além disso, a transparéncia e a prestação de contas desempenham um papel crucial na proteção dos direitos humanos no contexto tributário. Os governos devem garantir que os processos de arrecadação e gastos públicos sejam transparentes e sujeitos a escrutínio público. Isso ajuda a evitar o desvio de recursos tributários para fins impróprios e a garantir que esses recursos sejam usados para o benefício geral da sociedade.

Tratados internacionais de direitos humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (BRASIL, 1992), também oferecem orientações importantes para os Estados em relação à tributação e aos direitos humanos. Esses tratados estabelecem obrigações legais que os Estados devem cumprir, incluindo a obrigação de utilizar os recursos tributários de maneira a promover e proteger os direitos humanos.

Por fim, mecanismos de revisão e supervisão, como a análise por parte de organizações internacionais e nacionais de direitos humanos, desempenham um papel vital na garantia de que as políticas fiscais e a administração tributária estejam alinhadas com os direitos humanos. A revisão periódica dessas políticas pode identificar áreas problemáticas e promover melhorias contínuas.

Com a identificação dos desafios contemporâneos que surgem na interseção entre tributação e direitos humanos é possível propor possíveis soluções e melhorias para seu enfrentamento.

6 - Desafios Atuais e Futuros

À medida que a sociedade avança e evolui, os desafios na interseção entre tributação e direitos humanos também evoluem.

Um desafio é a evasão fiscal em escala global. Empresas multinacionais e indivíduos de alta renda frequentemente exploram brechas legais e jurisdicionais favoráveis para minimizar suas obrigações tributárias. Isso tem

implicações diretas na capacidade dos Estados de financiar serviços públicos essenciais e, consequentemente, pode impactar negativamente os direitos humanos, especialmente daqueles em situação de vulnerabilidade.

Uma solução para esse problema é a cooperação internacional e a implementação de normas fiscais globais mais rigorosas. Acordos internacionais, como o Acordo Multilateral sobre Troca de Informações Fiscais (CRS), têm como objetivo aumentar a transparência e a troca de informações entre jurisdições, dificultando a evasão fiscal em nível global.

Além disso, a automatização e a digitalização da economia apresentam desafios adicionais. À medida que as transações financeiras e comerciais se tornam mais complexas e globais, a tributação eficaz se torna uma tarefa cada vez mais difícil. É necessário desenvolver abordagens inovadoras e atualizar os sistemas tributários para garantir que eles permaneçam relevantes em um mundo em rápida transformação.

Outro desafio é a garantia de que as políticas fiscais não exacerbam as desigualdades econômicas e sociais. É fundamental que os governos considerem cuidadosamente o impacto das políticas tributárias sobre diferentes grupos da sociedade, garantindo que os direitos humanos sejam protegidos de maneira abrangente.

Além disso, a educação pública sobre tributação e direitos humanos desempenha um papel crucial. Quando os cidadãos entendem como a tributação afeta suas vidas e os direitos de que são titulares, eles estarão mais bem preparados para participar do processo democrático e influenciar as políticas fiscais de maneira a promover os interesses gerais.

À medida que enfrentamos esses desafios e exploramos soluções, é importante reconhecer que a interseção entre tributação e direitos humanos continuará a evoluir. Portanto, a flexibilidade e a adaptação das políticas e práticas tributárias são essenciais para garantir que os direitos humanos permaneçam protegidos em um mundo em constante mudança.

7- Considerações Finais

O debate em torno da interseção entre tributação e direitos humanos é um reflexo da complexidade inerente à governança moderna. Esta discussão leva a exploração de como o poder de tributar, uma ferramenta vital para o financiamento público, pode muitas vezes colidir com os princípios fundamentais dos direitos humanos, que buscam garantir a dignidade e a igualdade de cada indivíduo.

A tributação é essencial na sustentação dos serviços públicos essenciais e no cumprimento das obrigações do Estado para com a sociedade. Os direitos humanos, por sua vez, são o alicerce de qualquer sociedade que se pretenda justa e igualitária e que tenha por objetivo salvaguardar a dignidade e a liberdade de todos.

Inequívocos pontos conflituais entre tributação e direitos humanos, como no caso da equidade fiscal, do acesso a bens essenciais e da transparência no uso de recursos tributários. Impõe-se as limitações e salvaguardas necessárias para proteger esses direitos, incluindo sistemas tributários progressivos, transparência, tratados internacionais e mecanismos de revisão.

É evidente que encontrar um equilíbrio adequado entre tributação eficaz e proteção dos direitos humanos é uma tarefa complexa, que exige a colaboração de governos, instituições internacionais, sociedade civil e cidadãos. No entanto, é uma tarefa essencial para garantir que todos os membros da sociedade possam desfrutar de seus direitos fundamentais, independentemente de sua posição econômica.

A medida que haja o enfrentamento desses desafios na busca de soluções inovadoras, é importante não olvidar que a interseção entre tributação e direitos humanos continuará a evoluir. Portanto, é imperativa a flexibilidade e a adaptabilidade, ajustando políticas e práticas tributárias para refletir as necessidades e aspirações de uma sociedade em constante mudança.

Neste contexto, o diálogo contínuo, a pesquisa e o engajamento público desempenharão um papel central na busca por um equilíbrio harmonioso entre tributação e direitos humanos. Tudo objetivando a construção de sociedades que promovam o bem-estar de todos os seus membros, garantindo que a tributação sirva como um meio de alcançar essa visão de justiça e igualdade.

Em suma, as limitações constitucionais não são um fim em si mesmas, mas sim o ponto de partida necessário e a ser desenvolvido na busca do equilíbrio nos pontos de interseção entre poder de tributar e direitos humanos.

Referências

- AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. [(Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 10-09-2023.
- BRASIL. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm Acesso em 10-09-2023.

BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade da gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm Acesso em 10-09-2023.

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de direito constitucional tributário. São Paulo: Malheiros, 2007

COSTA, Regina Helena. Curso de direito tributário: constituição e código tributário nacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2009.

HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. São Paulo: Atlas, 2013.

LEITE, Harrison Leite. Manual de direito financeiro. São Paulo: Juspodivm, 2023.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito constitucional tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MELO, José Eduardo Soares de. Curso de direito tributário. São Paulo: Dialética, 2010.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. Curso de direito financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

A DESIGUALDADE SOCIAL E OS DIREITOS HUMANOS: UMA REFLEXÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Dilson Brito da Rocha

Graduando em Psicologia nas Faculdades Integradas de Bauru;
Graduação em Filosofia pela UNIFRAN/Franca;
Graduação em Teologia pela UNISAL/São Paulo;
Mestrado em Filosofia pela UNESP/Marília;
Mestrado em Teologia (Patrística e Escolástica) pela PUG/Roma, Itália;
Pesquisador vinculado ao grupo de pesquisa Estudos do Idealismo - GPEI na Universidade Estadual Paulista (UNESP/Marília) – CNPq;
Professor nas Faculdades Integradas de Bauru.

1. Introdução

No presente estudo investigaremos os motivos reveladores que denunciam o fato da desigualdade socioeconômica no contexto brasileiro ser acentuadamente escancarada, não obstante a garantia de direitos pela Carta Constitucional, nossa lei maior. A desigualdade se constitui como o mal que mais assola a sociedade brasileira. Sem embargo, os brasileiros vêm, de forma paulatina, mobilizando a fim de sanar as chagas abertas. Outrossim, urge a universalidade de direitos, bem como a indivisibilidade, sendo que os direitos políticos, civis, sociais, culturais e econômicos precisam ser assimilados pelo povo de maneira mais profunda, o que garantiria uma melhor vivência e usufruto deles por todos e não apenas por poucos privilegiados.

É sabido que a sociedade brasileira passou por escravidão, total desrespeito para com a dignidade do ser humano, significando a pior forma de violação dos direitos neste contexto peculiar. Ademais, é marcada pelas práticas políticas déspotas, oligárquicas, patriarcais e assistencialistas, em desvantagem da ampla gama da população, tão empobrecida e desvalida. Existe ainda complacência com a corrupção, que é um mal crônico. Frente à violência, muitas vezes há indiferenças, e é pouco o comprometimento com os espoliados, os desvalidos sociais. (ALVES, 2002, p. 25). Embora haja tais contratemplos históricos, devemos olhar para o futuro como possibilidade de mudanças culturais, na construção de uma sociedade justa, igualitária e fraterna.

A sociedade brasileira concentra a riqueza nas mãos de poucos, e uma multidão se torna marginalizada, uma sociedade desigual, portanto. Por conseguinte, precisa da implementação da justa distribuição de renda, inclusão social, educação acessível, ensino de qualidade, trabalho digno e oportunidades equitativas.

O Brasil é uma nação riquíssima tanto economicamente, quanto em recursos naturais, porém, há riquezas concentradas, onde uma grande massa passa por necessidades, as mais básicas, o que é uma contradição cruel e o que reivindica uma justa redistribuição, a fim de se reparar a distância das classes econômicas. O número de pessoas em situação de pobreza extrema no Brasil é assustador, corolário das discrepâncias. Por isso, oxalá possamos construir no Brasil uma cultura de direitos, de paz, de cidadania, igualdade e de dignidade, de forma irrestrita, como reza nossa Carta Magna, a Constituição Federal.

2. O legado da Revolução Francesa

No Art. II do texto da Assembleia Nacional da França, que data de 26 de agosto de 1789, tem-se que: “O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem.” Fim ali deve ser entendido como teleológico. Tais direitos são: liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão. E, garantindo o direito de todos, e não a vontade de um único soberano é que, no Art. III assegura o que segue: “O princípio de toda soberania reside essencialmente na nação; nenhum grupo ou indivíduo pode exercer qualquer autoridade, a não ser aquela que emana expressamente na nação.”

Evidentemente, no Brasil há efeitos da Revolução Francesa, principalmente acerca da liberdade e dos direitos humanos, assim como em todo o mundo. Ela influenciou a elaboração da Constituição Federal brasileira de 1988, a vigente. Suas palavras chefes *liberté*, *égalité* e *fraternité*, são ideais que nosso texto normativo absorveu de pronto, e junto com elas os direitos, tanto os coletivos e individuais. (BURKE, 1991, p. 41). Neste senso, o povo é o soberano, valendo a vontade geral, que deve ser respeitada pela vontade particular, isto é, do representante-mandatário. Dessarte, a liberdade, a propriedade e a segurança do povo (ou da nação) devem ser respeitadas, observando assim, a vontade geral. Em consequência disso, o Estado deve garantir os direitos e não, em hipótese alguma, fazer a violação deles, sob pena de provocar vulnerabilidades. (BURKE, 1991, p. 57).

3. A Legislação brasileira

Os direitos humanos são garantidos de fato a partir do momento em que as Leis são erigidas. A partir disso é que, *exempli gratia*, um direito pode ser reclamado, visto que é legal, e porque o Estado deve garantí-lo. Pois bem, um direito não é o que a pessoa necessita aleatoriamente, mas é algo que pertence ao ser da pessoa, o que lhe é inherente. Na realidade brasileira garantir os direitos humanos tem o significado da busca de melhores condições para um maior número de pessoas, dado a chaga da desigualdade social que a macula. Ou seja, ainda buscamos os direitos mais básicos possíveis para o máximo número de pessoas. A luta é pelo direito à moradia, trabalho, educação, saúde e, consequentemente, vida digna. (cf. Cadernos de Educação em Direitos Humanos, 2003, p. 21).

A Constituição Federal de 1988 inclui os direitos humanos juntamente com a paz, a democracia e o desenvolvimento socioeconômico como sendo essenciais na garantia da dignidade da pessoa humana. Desta forma, a educação configura como uma ação essencial que dá a possibilidade de fato a todos os direitos. (cf. Cadernos de Educação em Direitos Humanos).

Temos que, no Brasil há a Lei n. 12.986, de 02 de junho de 2014. Neste seguimento, o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, que foi criado pela Lei n. 4.319, datada de 16 de março de 1964, passou a denominar-se Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH). Esta quer defender os direitos humanos, por meio de ações preventivas, protetivas, reparadoras e sancionadoras das condutas e situações de ameaça ou violação desses direitos. Tais direitos dizem respeito às garantias fundamentais, individuais, coletivas ou sociais previstos na Constituição cidadã ou nos tratados ou atos internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil.

Sublinhamos aqui algumas leis voltadas para os direitos humanos: A Lei n.7.716, de 05 de janeiro de 1989 vai definir os crimes relacionados com preconceitos de raça e cor, definindo o racismo como crime inafiançável e imprescritível; A Lei n. 9.265, de 02 de fevereiro de 1996, que dispõe acerca da gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania; A Lei n. 9.455, de 07 de abril de 1997 vai definir e punir os crimes de torturas. Este último também é um crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Respondem por ele os mandantes, os executores e os que, uma vez que poderiam evitar, se omitem.

Enfim, a legislação brasileira é profusa naquilo que tange à defesa dos direitos humanos, todavia, necessita uma ampla vigilância social e punição de culpados, bem como uma maior aplicabilidade da lei escrita, de nossa Carta Constitucional.

4. A esfera governamental

Discorrer sobre direitos humanos é abordar a questão política, já que contempla motes conducentes, como: liberdade, igualdade, solidariedade etc. O papel do governo é viabilizar, facilitar político-economicamente e garantir que os direitos sejam observados, como *gratia verbi*, o direito à moradia, trabalho, educação, saúde, previdência e seguridade social, entre outros.

É de suma relevância o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), lançado em 2003 e efetivado em 2006. Ele tem como fundamentação teórica documentos internacionais e, muito estreitamente toma como base o Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos (PMDH). A Secretaria de Direitos Humanos, o Ministério da Educação, bem como o Ministério da Justiça assinam o PNEDH. Ele trata da educação básica, superior, educação não formal, educação dos profissionais de justiça e segurança e, por fim, educação e mídia. (Cadernos de Educação em Direitos Humanos).

No ano de 2012, o Ministério da Educação aprova as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos (DNEDH), que está condizente com a Constituição Federal de 1988, como também com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/1996). Essas Diretrizes querem garantir a dignidade, a igualdade de direitos, o reconhecimento e a valorização das diferenças e das diversidades, a laicidade do Estado, a democracia na Educação, a transversalidade, a vivência e a globalização e a sustentabilidade socioambiental.

Em síntese, o estado deve ser o garantidor dos direitos humanos para todos os cidadãos, o tutor dos cidadãos, criando possibilidades de uma educação sólida, bem como salvaguardar que os direitos sejam respeitados na cotidianidade das pessoas, sempre se valendo da Carta Política, a Constituição Federal.

5. Os direitos da criança e do adolescente e da pessoa idosa

Comumente na sociedade brasileiro há descasos para com as crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social, bem como para com as pessoas idosas. São comportamentos indignos. Poder-se-ia sumarizar algumas atitudes desumanas, tais quais: abandono dos idosos nas filas do INPS, omissão de socorro nos hospitais, indiferença com a população em situação de rua, falta de sensibilidade com os famintos, exploração do trabalho infantil, a “mão de obra barata” etc. (BAZÍLIO, 2003, p. 79).

O Programa de Erradicação do trabalho Infantil, além de se preocupar com as crianças forçadas ao trabalho, quer também erradicar a pobreza. O Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao

Adolescente Trabalhador é resultado da dedicação da Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil (CONAETI), tendo a coordenação do Ministério do Trabalho e do Emprego (MTE). Juntos combatem ao trabalho infantil. (cf. BAZÍLIO, 2003, p. 94). O documento “Trabalho Descente nas Américas: uma Agenda Hemisférica, 2006-2015” foi apresentado na XVI Reunião Regional Americana da Organização Internacional do Trabalho (OIT), dada em 2006. Garantem os direitos da população infanto-juvenil do Brasil. De todo modo, crianças de até 16 anos não devem trabalhar, mas brincar e estudar, exceto em casos de menor aprendiz, e que seja a partir dos 14 anos. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227 legisla:

Assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária além de colocá-los a salvo de toda forma de negligéncia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Art. 7º, inciso XXXIII (alterado pela Ementa n. 20, de 15 de dezembro de 1998) vai estabelecer como idade mínima de 16 anos para o ingresso no mercado de trabalho, salvo aquela condição de aprendiz. É de grande importância também o Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente em seus Artigos 60 e 69, que aborda da proteção do adolescente trabalhador. Também há o Conselho Tutelar que age contra o trabalho infantil, trabalhando junto ao Ministério Público e ao Juizado da Infância e da Adolescência. Pois bem, o trabalho fora da idade adequada prejudica, por exemplo, a escolaridade básica da criança, acarretando outros prejuízos.

No Brasil ainda há venda e tráfico de crianças, trabalho forçado e compulsório, em situação de prostituição, pedofilia, envolvidos no tráfico de drogas. Isso expõe a criança a doenças, inseguranças e afeta sua moral. O Brasil dispõe do Decreto n. 6.481, que lista as Piores Formas de Trabalho Infantil (Lista TIP).

Para erradicar o trabalho infanto-juvenil, urge eliminar suas causas principais, tais como: origens pobres das crianças e a desigualdade social, concentração de rendas, analfabetismo, crianças em situação de rua, favelas, exploração sexual, enfim, crianças expostas aos males da marginalização, que correm o risco de serem forçadas a viverem em condições análogas à escravização, como por exemplo, a exploração da mão de obra infantil no trabalho fabril.

No que tange à Pessoa Idosa, o Estatuto do Idoso preceitua a idade igual ou superior a 60 anos para a pessoa ser considerada idosa. (cf. Art. 1º). Para elas devem estar garantidas todas as facilidades e preservação da saúde.

Cabe à suas famílias o cuidado, como alimentação, vestimenta etc. Os órgãos públicos e privados devem oferecer-lhes atendimentos prioritários. A população idosa não deve ficar à margem da sociedade, mas conviver com outras gerações.

O estatuto ainda prevê o zelo para com os idosos, a fim de que eles não sejam expostos a maus tratos, violência, discriminação e todos os tipos de males. À vista disso, cabe aos cidadãos em geral a vigilância e denúncia de abusos, tão logo percebam. (cf. Estatuto do Idoso, Art. 1º ao 4º).

O idoso tem o direito ao envelhecimento saudável e digno, que é personalíssimo. É de incumbência do Estado garantir ao idoso a liberdade, o respeito etc. O Poder Público deve, ainda mais em casos em que as famílias tiverem dificuldades econômicas, provir o sustento, que é um cuidado de assistência social. (cf. Art. 11º ao 14º). É dever do Sistema Único de Saúde (SUS) garantir o acesso igualitária e universal ao idoso, tendo atenção especial na prevenção e tratamento das doenças que afetam os idosos, quer dizer, as mais prevalentes nessa fase. Também se deve ter uma atenção ao atendimento geriátrico, gerontológico, ambulatório etc. O idoso ainda goza de todos os direitos referentes ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). (Cf. Art. 15º ao 19º).

O idoso tem direito à educação, cultura, esporte, lazer (cf. Art. 20º ao 25º), tem todos os direitos referentes à Previdência Social (cf. Art. 29º a 32º), os da Assistência Social (cf. Art. 33º a 36º) etc. Outrossim, o Estatuto do idoso ainda garante ao idoso as questões voltadas à habitação, transporte, proteção, proteção judicial, entre outros.

6. A erradicação do trabalho escravo

É uma mácula para a sociedade brasileira ter em sua história o peso da escravatura, uma vergonha nacional. A escravidão, vil opressão do trabalho humano, é uma forma brutal de violação dos direitos humanos. Inobstante a mancha histórica, as lutas e conquistas são tantas, que mostramos algumas iniciativas em meio a várias outras.

No ano de 2003 foi criada a Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo. Esta comissão coordena e avalia a implementação de ações previstas no Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo e qualquer tipo de trabalho análogo ao escravagismo. A comissão trabalha em parceria com a Secretaria de Direitos da Presidência da República, e é presidida pela Ministra de Estado Chefe de Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. A Comissão ainda tem o dever de acompanhar a transmissão de projetos de lei no Congresso Nacional e avaliar a proposição de estudos e pesquisas acerca do trabalho escravo no Brasil, assim como elaborar Planos de Ação, como o fez, indo contra, portanto, à ideologia escravista.

Realçamos também a Organização Internacional do Trabalho (OIT), uma agência multilateral da Organização das Nações Unidas voltadas para o trabalho. Ela exige que o trabalho seja decente e que se elimine todo tipo de práticas comparáveis às escravocratas. Dela fazem parte 185 Estados-membros. Tem sede na cidade de Genebra, Suíça, entretanto tem vários escritórios dispersos pelo mundo. Ela ajuda a libertar pessoas deste tipo de trabalho vil, por torpe ganância, ou seja, em situações análogas à escravidão.

No Brasil, no Ministério do trabalho há o Grupo Especial de Fiscalização Móvel que ajuda vigiar e condenar os culpados. Destacamos a existência do *Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo no Brasil*. É de fato, um pacto que vai contra práticas de formas de escravidão ainda existentes no Brasil. Estatui a não comercialização de produtos oriundos de fornecedores que persistem com práticas escravagistas, onde empresas se comprometem com a não aceitação dos materiais oriundos deste meio. Tal pacto, como se vê, é voltado para o setor empresarial.

No ano de 2004 a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República faz uma solicitação para a Organização Internacional do Trabalho, a fim de que se possa identificar onde há cadeias produtivas do trabalho escravo. O resultado foi desanimador, chegando à conclusão de que existiam várias fazendas incluídas na alcunhada “lista suja”, envolvidas com o trabalho escravo. Tal fato chega ao Ministério do Trabalho e Emprego. Ficou-se ciente de que empresas nacionais e estrangeiras comercializavam produtos originados destas fazendas. Este Pacto tem um trabalho em parceria com alguns países, como Estados Unidos, Paquistão e Alemanha, o que facilita a exclusão comercial de empresários desonestos. Aos poucos o Pacto vai sendo expandido para outras nações. De qualquer maneira, novas pesquisas são desenvolvidas, a fim de erradicar definitivamente este trabalho humilhante.

Tendo em vista os últimos dados estatísticos, estima-se que anualmente 25 mil pessoas são forçadas ao trabalho escravo em fazendas e carvoarias brasileiras. Consequentemente, trabalhadores rurais não tem qualidade de vida. A estimativa é de que no Brasil haja 17 milhões de trabalhadores rurais, distribuídos em mais de 4,5 milhões de propriedades rurais.

Em suma, é evidente que há barreiras que precisam ser superadas, por isso o ideal é que toda sociedade seja uma fiel vigilante, na ininterrupta fiscalização, com o intuito de que culpados sejam punidos e pessoas sejam libertas dos grilhões hediondos. Oxalá haja a promoção do trabalho decente, erradicando a exploração de trabalhadores.

7. A população em situação de rua

Não é difícil de constatar que debaixo dos viadutos e marquises há um número alto de pessoas habitando, principalmente nas grandes cidades do Brasil. O fato de existir morador de rua já é uma denúncia de violação dos direitos humanos, um dos piores tipos. Se a moradia não é garantida, o que podemos imaginar dos outros direitos? Uma precariedade abismal e condições deploráveis. Extremadamente, a desigualdade no país é muito visível. E o pior, as ruas são usadas como moradia, às vezes de maneira passageira, mas, em grande parte, definitivamente, o único lugar que restou aos expropriados, os banidos da sociedade.

À essas pessoas faltam higiene e saúde, e na maioria das vezes são acometidas pelas ditas “doenças mentais”. São vulneráveis às facilidades das drogas, prostituição etc. Passam fome, e sofrem todo tipo de desumanidade, formando ali nas ruas um filão de depósito humano, o que vai contra as leis e acusa o descumprimento de garantias constitucionais, presentes em nosso texto normativo.

A legislação brasileira, em sua Lei 10.216/2001 vai prever vários direitos neste ínterim. O Decreto n. 7.053, 2009, em seu Art. 1º reza, no parágrafo único a significação seguinte:

Para fins deste Decreto considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

Já no Art. 6º assevera que são diretrizes da Política Nacional para a População em Situação de Rua: promoção dos direitos civis, políticos, econômicos, culturais e ambientais. É de responsabilidade do poder público sua elaboração e financiamento. O Art. 7º regula os objetivos da Política Nacional para a População em Situação de Rua: assegurar o acesso amplo, simplificado e seguro aos serviços e programas que integram as políticas públicas de saúde, educação, previdência, assistência social, moradia, segurança, cultura, esporte, lazer, trabalho e renda, uma gama de direitos, portanto.

De resto, algumas ações que ajudam a tirar as pessoas das ruas são erradicar a pobreza extrema, oferecer um adequado atendimento socioassistencial, estruturar as famílias etc.

8. Os grupos minoritários

Na sociedade brasileira é forte a discriminação, seja por motivos políticos, étnicos, sociais, religiosos, classes, seja, contra a mulher, homossexuais, portadores de necessidades especiais, juventude negra etc. Podem ser entendidos como segmentos vulnerabilizados.

No que diz respeito ao feminismo, é um movimento, que trava uma luta sociopolítica, buscando seus direitos e a igualdade entre o homem e a mulher dentro da sociedade civil. O Relatório de Desenvolvimento Humano das Nações Unidas, datado dos anos 2000, comprova a degradação das condições de vida da mulher, internacionalmente falando. É comprovado que a maioria das pessoas que vivem em situação de miséria absoluta é mulher, e de entre os analfabetos elas também somam um número largo. A carga horária de trabalho da mulher, em comparação com a do homem, é maior e com salários menores que do homem. Muitas vezes elas têm uma dupla jornada, isto é, em casa e em seus locais de trabalho remunerado. No Brasil é grande ainda o número de óbitos de mulheres em complicações de gravidez, parto ou pós-parto. São muitas as que sofrem por violência doméstica.

Algumas datas comemorativas lembram a todos a relevância desta luta contra todo tipo de sofrimento das mulheres, como por exemplo, o dia 25 de novembro como o dia internacional de combate à violência contra a mulher, e o dia 08 de março como o dia internacional da mulher, comemorado desde 1975.

Também existe toda uma legislação a favor da mulher. A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. E há delegacias da mulher.

Quando se fala de questão de gênero, não se quer simplesmente dizer de homem e mulher e suas diferenças, mas está muito ligado à forma como a sociedade vai criar os papéis sociais diferentes e aos comportamentos relacionados à mulher e ao homem. Assim, a questão de gênero está relacionada ao modo como a sociedade se organiza, seus valores, quereres, e como ela se comporta no que se refere à sexualidade e questões atinentes.

No que toca a homossexualidade, há desrespeitos, violências, crimes, discórdias etc., que precisam ser sanados. Pois bem, todos devem ser respeitados em seus direitos humanos que tem. A convivência harmônica numa sociedade só se dá quando, mesmo quando não se goste do que se vê, se aja com respeito à dignidade da pessoa, pois as diferenças não podem ser discriminadas, hostilizadas ou, pior, classificar os comportamentos neste sentido como doentios, patologizando-os.

Nos tempos hodiernos se fala abundantemente acerca da inclusão e da acessibilidade. Os portadores de necessidades especiais têm de ser inclusos socialmente. Para tanto, as estruturas físicas precisam ser adaptadas corretamente. Manzine nos mostra que com o termo “acessibilidade” devemos entender algo palpável, onde as pessoas com necessidades especiais tenham um melhor acesso a lugares. “Desta forma, pode-se criar condições de acessibilidade para que as pessoas possam ter acesso a determinadas situações ou lugares.” (2005, p. 32). E quando o autor assere sobre as normas da ABNT conducentes a essas questões, registra: “A mesma norma define o termo acessível, como espaço, edificação mobiliária, equipamento urbano ou elemento que possa ser alcançado, acionado, utilizado e vivenciado por qualquer pessoa, inclusive aquelas com mobilidade reduzida”. (2005, p. 32).

Quando se aborda acerca das acessibilidades, se deve considerar os lugares físicos e os de comunicação. “O conceito de acessibilidade salienta diretamente as condições relacionadas a: i) edificações; ii) transporte; iii) equipamentos e mobiliários; iv) sistemas de comunicações.” (Manzine, 2005, p. 32). De toda maneira, quando se fala de acesso, se quer dizer da abertura dos lugares para a inserção das pessoas que tem necessidade, já quando se aborda de acessibilidade se quer dizer de uma melhor adequação dos lugares, capazes de bem acolher e acomodar estas pessoas. Para melhor adaptar, acolher, inserir, há de fazer uma reeducação e desenraizar os preconceitos arraigados na sociedade.

9. A fome e suas causas

No Brasil a problemática da fome é crônica. As causas são várias, como por exemplo, pobreza extrema, seca, reforma agrária precária, falta de vontade política e administrativa, o não planejamento adequado, e o que é mais forte no Brasil, a desigualdade social. Tentativas de resolver esse problema grave, como assistencialismos e as migalhas dadas aos miseráveis, não sanam o problema, mas o arrasta por mais tempo. No Brasil é presente o prolongado Coronelismo, a “política do cabresto”, contribuindo muito negativamente para o desespero da fome e miséria.

Ainda é presente em nossa realidade a falta de informação nutritiva, decorrente de uma educação insuficiente, o que leva a uma carência de alimentação adequada. Os excluídos sociais são os titulares de direitos. São eles os grandes sofredores da fome, precisando uma justa distribuição de oportunidades de desenvolvimento, a fim de aplacar a dor da fome e caminhar para sua urgente erradicação.

Nos anos 1980 a situação brasileira era bem precária. Percentualmente, 40% da população se encontrava em situação de extrema pobreza. Já nos tempos hodiernos este número caiu significativamente. Mas, principalmente o nordeste brasileiro ainda sofre com o mal social da fome. O Programa “Fome Zero”, criado em 2003, tomou para si justamente o combate à fome, amenizando muito numericamente o número de famílias assoladas pela fome, bem como contribuindo para que a desnutrição infantil fosse reduzida de modo considerável.

Recentemente o Brasil saiu do Mapa da Fome, uma vez que conseguiu reduzir pela metade o número de pessoas que sofrem com a fome. Assim reza o relatório sobre o estado da insegurança alimentícia no mundo, que foi publicado pela Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, a FAO, bem como pelo Fundo Internacional de Desenvolvimento Agrícola, o FIDA e o Programa Mundial de Alimentos, o PMA. Para esta conquista foi necessário estipular como meta e garantir que todas as pessoas tivessem três alimentações diárias, facilitando o acesso ao trabalho aos brasileiros. Nesta luta, também contribuiu, por exemplo, o Programa Nacional de Alimentação Escolar, propiciando alimentação a várias crianças.

Enfim, entendemos que investir em medidas que ataquem diretamente o problema, a exemplo de políticas públicas, sempre estreitando as desigualdades, e tendo como escopo um país com oportunidades iguais, lançando mão da equidade, seja o caminho para dissolver o banimento social que tanto afeta a população. Isto posto, cumpre inferir que, se detivermos à nossa magna-carta, a Constituição da República Federativa do Brasil, que é nossa lei fundamental, estaremos sob uma égide que nos encaminhará, certamente, para uma sociedade justa e solidária, sem permitirmos retrocessos.

REFERÊNCIAS

- ALVES J. A. A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos. **Revista Brasileira de Política Internacional**, 45 (2), 2002.
- BAZÍLIO, L. C. Avaliando a implantação do Estatuto da Criança e do Adolescente In BAZÍLIO, L. C. e KRAMER, S. (orgs.) **Infância, Educação e Direitos Humanos**. São Paulo, Cortez, 2003.
- BURKE, P. **A Revolução Francesa da Historiografia. A Escola dos Annales, 1929-1989**. São Paulo, Editora Universidade Estadual Paulista, 1991.
- CADERNOS DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS. **Educação em Direitos Humanos: Diretrizes Nacionais**, Brasília, 2003.
- MANZINE, E. J. Os direitos são de todos. **Revista da Sabama**. Dezembro de 2005. Vol. 10, n. 1, Suplemento, p. 31-36.

JUVENTUDE(S), DIREITO E DEMOCRACIA: UM DEBATE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Joana D'Arc Teixeira

Doutora em Ciências Sociais (Unesp).

Professora das Faculdades Integradas de Bauru – FIB.

Professora Especialista em Currículo pela Secretaria Estadual de Educação.

Atua nas seguintes áreas de pesquisa: Sociologia da Juventude; Pensamento Social e Políticas Públicas, Violência, Encarceramento e Sociabilidades.

É pesquisadora do Observatório de Segurança Pública (OSP), Grupo de Estudos em Segurança Pública (GESP) e Núcleo de Investigação e Práticas em educação nos espaços de privação de liberdade (UFSCar).

1-Introdução

No período de ditadura militar (1964-1985), poucos atores sociais estiveram envolvidos na elaboração de propostas e políticas para a infância e juventude. A implementação das políticas foi de exclusividade dos principais grupos dirigentes do Estado, ou dos grupos convocados por ele para pensar sobre tais temáticas, intelectuais, em sua maioria, ligados à Medicina, à Psiquiatria e à Pedagogia.

Com a instauração da democracia, após 21 anos de regime autoritário, um dos problemas mais agudos dessa transição e que diretamente afetava crianças e jovens consistia em como superar a concepção destes como objetos de intervenção do Estado.

A Constituição Federal de 1988 abriu possibilidades de os movimentos e organizações lutarem pela defesa dos direitos das mulheres, dos negros, dos indígenas, de crianças e dos adolescentes, dos trabalhadores rurais, dentre outros grupos. Os Movimentos sociais, tais como o Movimento Nacional dos Direitos Humanos, o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua e as Conferências Nacionais dos Direitos Humanos, promovidos pela Comissão dos Direitos Humanos da Câmara dos Deputados passaram a atuar como os principais monitores no cumprimento das normas internacionais ratificadas pelo Brasil, propondo mudanças nas principais instituições públicas.

No artigo 227 da Constituição Federal é inserida a concepção de Doutrina de Proteção Integral, com base nas propostas da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente. Tal princípio baseia-se no conceito que os direitos de crianças e jovens estão acima de qualquer outro interesse da sociedade, sendo, portanto, assegurados com prioridade. A efetividade do paradigma da Doutrina de Proteção Integral aponta para a um Sistema de Garantia de Direitos, a elevação de crianças e adolescentes à condição de sujeitos de direitos, um avanço histórico.

As decisões passaram a ser democratizadas e outros atores sociais puderam participar da discussão sobre o processo de reestruturação das políticas públicas de atendimento à infância e à juventude. É neste contexto que ocorre a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº8069/90. Um dispositivo legal elaborado com base nas normas presentes na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente. Normas internacionais e tratados, dos quais o Brasil é signatário, foram incorporadas ao Estatuto, tais como as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da infância e da juventude - Regras de Beijing (1985) - e as Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil – diretrizes de Riad (1988).

É nos idos de 1990, que a criança e o adolescente emergem no cenário político como sujeito e como prioridade absoluta de governo. Eles são eleitos como preocupação central da nação e a eles é legitimada uma série de direitos que os consagrariam sob a condição de sujeitos de direito. O Estatuto da Criança e do Adolescente faz parte das conquistas dos movimentos sociais especialmente direcionados à infância e à juventude pobre que dão visibilidade à crescente violência praticada contra eles nos lares, nas ruas, nas instituições, da precariedade da escola e do trabalho precoce. Uma série de argumentos que foram importantes para mobilizar a sociedade brasileira no contexto da afirmação de novos direitos civis e sociais. Desse modo, é recente a participação da sociedade civil e das organizações e conselhos de defesa do direito da criança e do adolescente no norteamento e na fiscalização das políticas públicas de atendimento a este segmento, apontando para as irregularidades e os avanços em relação ao cumprimento das legislações e dos tratados internacionais.

Ao regimentar os direitos fundamentais, o direito à saúde, educação, lazer, profissionalização, proteção, cultura, liberdade e dignidade, as políticas públicas e programas especiais deveriam tornar-se programas de governo. Não se trataria mais de tutelá-los, mas de constituir uma série de políticas que propiciassem a sua cidadania e a afirmação de suas individualidades como

cidadãos e não mais como “menores”¹, abertos a intervenções tutelares e de assistência. Nesse novo contexto, redefine-se à condição negativa de perigosos para a concepção e construção de uma categoria em termos jurídicos e também social. Entretanto, não há de se negar que, na história das políticas públicas de atendimento e atenção à infância e à juventude, todo o processo de suas constituições revela o quanto elas foram engendradas no interior de contradições e ambiguidades, sobretudo, quando se analisa sob a ótica da regulação operada pelo Estado.

Há algum tempo, reflexões sobre essas contradições e ambiguidades, bem como do compartilhamento de reflexões teórico-metodológicas na interação com as juventudes constitui-se em preocupações em minhas produções, pesquisas acadêmicas e atuações no campo da educação. A possibilidade de escrever para um dossiê específico sobre os 35 anos da Constituição Federal de 1988, visa contribuir *com* problematizações que envolvam juventude(a), direito e democracia. Afinal, quais são as representações de juventudes que surgem na cena pública e no campo da política? Os e as jovens têm possibilidades de falar de suas condições? Em termos teórico-metodológicos quem está autorizado a falar sobre as juventudes senão elas próprias? Como criar espaços em que estes possam falar sobre si, sem que essa fala se torne discursos proferidos pela voz do outro, em espaços como universidades, escolas e dentre outras instituições educativas?

Neste artigo, a defesa central é a de que, a ausência de uma escuta das juventudes nas diferentes propostas educativas e formativas, bem como nas políticas públicas atrelam-se a problemas maiores: (1) ao da própria construção democrática, que, em primeira instância, não reconheceu a cidadania sob a via dos direitos políticos; (2) aos das representações em torno das condições juvenis, que operam sob duas lógicas distintas, juventude em perigo, ou juventude perigosa, instituindo a figura do mediador, daqueles que devem se responsabilizar pela condução de suas vidas, as gerações adultas; e, por último, (3) à ideia de incompletude, que se apoia em teorias desenvolvimentistas que, por sua vez, reduziu as políticas públicas para esse segmento aos propósitos de direitos sociais e compensatórios.

¹ Termos como: menores, infrator, delinquente atrelam-se a representações estigmatizantes, que operam sob a lógica da periculosidade. Tais termos advém do período de vigência dos Códigos de Menores (1927 e 1979), que significaram a emergência de um tratamento jurídico-penal diferenciado para tratar de questões referentes à menoridade. É também um processo que contou com o apoio de juristas, educadores e médicos. Com a instauração do Código de Menores, identificam-se dois processos distintos de reconhecimento da infância: primeiro, lança-se o olhar para a questão de regulamentação do trabalho de crianças e adolescentes; e, segundo a emergência de um novo projeto de institucionalização da menoridade, em decorrência da ausência dos pais ou responsáveis, compreendidos como em abandono moral ou material (ALVAREZ, 2003).

2- Por falar em juventude(s): as representações e concepções

O diálogo com as concepções e representações sociais em torno da condição e realidades juvenis possibilita problematizar as representações que aparecem no debate público, as quais revelam ambiguidades no modo de ver e conceber as juventudes ao separá-las em: juventude em perigo e juventude perigosa. A primeira concepção opera sobre a lógica da dependência, vulnerabilidade, endossando uma maior vigilância e controle sobre as rotinas, lazer, escolarização e trabalho, criando estratégias, práticas e ações hierárquicas, sendo central nessa relação à mediação e o fortalecimento das intervenções, sobretudo, o controle.

No segundo grupo, emerge a concepção de jovens perigosos, como ameaça não apenas para os outros, mas também para si mesmos, concretizando a perspectiva de que esses jovens são a personificação dos supostos males da sociedade contemporânea, tais como a criminalidade, o consumismo, o que, em certa medida, potencializa e eleva ainda mais as tentativas de aumento do controle sobre eles. Desse modo, o que se identifica é que, muitas das ações e propostas acabam apresentando características emergenciais, no sentido de direcionar as ações para uma possível política de administração dos riscos e das condições de vulnerabilidade.

Com efeito, esses jovens são destituídos de toda e qualquer política dirigida aos outros jovens pertencentes ao primeiro grupo, constituindo-se numa situação paradoxal: ao mesmo tempo em que eles são apontados como cidadãos de direitos, que devem estar incluídos no âmbito das políticas públicas, recebem tratamentos diferenciados, desqualificando-os, estigmatizando-os e afastando-os da sociedade, com propostas de respostas à contenção da criminalidade e da violência, por exemplo; e não políticas públicas, que, em tese, deveriam representar a forma estrutural e preventiva de intervenção nas condições sociais e na garantia de acesso aos direitos individuais e políticos. Há, portanto, desconexão entre as políticas dirigidas aos jovens, configurando-se como o limiar entre uma juventude e outra. A tutela/assistência versus controle revela os paradoxos na construção cidadania dessa população.

Essas representações públicas em torno das juventudes constituem-se em demarcadores sociais, que os colocam na condição de sujeitos incompletos, - devir a ser -, em perigo “social”, defendendo-se, por outro lado, medidas sociais e educativas. Essas perspectivas relegam aqueles que assim são identificados um lugar e espaço de subordinação nas diferentes interações sociais. Um lugar que, muitas vezes, desfavorece o reconhecimento do potencial das juventudes.

Nos últimos 20 anos, tem aparecido no debate nacional, com relativa participação dos meios de comunicação, a busca pela articulação entre juventude e violência, contribuindo de igual modo para a apresentação dos jovens como produtores de violência e para a intensificação das ações do Estado na repressão desses grupos. Repressões que são intensificadas quando são considerados atributos de caráter racial e geográfico: negros e moradores de periferias das grandes cidades são os principais alvos. Não há de se negar que a divulgação da presença de um jovem na cena de um crime assume grande centralidade nos debates e, principalmente, nas propostas políticas, transvertidas de mudanças legislativas.

Desse modo, ao lado das reivindicações pelos direitos de crianças e jovens, normativas expressa pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, identificam-se clamores pelo recrudescimento desse instrumento, por considerá-lo como fator de impunidade, de defesa e proteção de jovens. Juntamente com a defesa pela prisão aos 16 anos, inclui-se, igualmente, uma política de execução, não declarada, mas que tem posto fim à vida de milhares de jovens. É notório que as problemáticas envolvendo os clamores por mais encarceramento da juventude infratora atrelam-se às representações em torno das condições juvenis, que operam sob duas lógicas distintas: juventude em perigo ou risco, ou juventude perigosa. Identifica-se que muitas das ações e propostas acabam direcionando as ações para uma política de gestão dos riscos.

Nesta lógica securitária, ao que tudo indica, o Sistema de Atendimento Socioeducativo juntamente com o Sistema de Justiça Juvenil, apresentam-se como dispositivos estratégicos na gestão dos espaços e nas circulações desses jovens. Compreender como esses processos de desfiliação das chamadas redes de proteção – escola, comunidade, família, e outros - incluíram-nos no interior dessas instituições fechadas requer analisar como a sociedade pós-moderna tem constituído certos paradoxos em relação aos modos como se procura construir as respostas ao crime e aos diferentes problemas sociais originados pelas reconfigurações neoliberais: ora se executa o criminoso, ora segregá determinados grupos, ao fazê-los deslocar de uma forma de controle a outra. Tais instituições, no limite, separam e qualificam quem deverá ter mobilidade e quem deverá constantemente ser localizado, ainda que por um curto período de tempo. Tudo que for concebido como fora da ordem, ou postulado como imprevisto, mobiliza esforços de controle e vigilância, de modo a gerir os riscos e a prevenir por antecipação.

Nas palavras de Bauman (1998), para pensar este contexto, a lógica é a de que há sempre um número demasiado deles. Eles compõem o quadro dos outros, os indesejáveis, perigosos, que, nas metanarrativas pós-modernas, aparecem como sujeitos fora do lugar, difíceis de nomear. Entretanto, coube a

nós, os desejáveis, adequados, a invenção de classificações e de instituições para subvertê-los a uma ordem. A toda e qualquer forma de desvio, exclui-se, separa-se, confina-se; ou, por vezes, torna-se melhor incluí-los, para conhecê-los e melhor governá-los. Assiste-se à produção de rationalidades, de programas, projetos de assistência ou de respostas à contenção da criminalidade e da violência; e não políticas públicas sociais básicas, que deveriam representar a forma estrutural e preventiva de intervenção nas condições sociais e na garantia de acesso aos direitos individuais. Há, portanto, desconexão entre as políticas dirigidas aos jovens infratores e aos não infratores, configurando-se como o limiar entre uma juventude e outra. Nesse sentido, a segregação é apresentada como encaminhamento das demandas tutelares sobre o primeiro segmento.

Quanto a essa questão, Baratta (2003) defende que a separação que há no Estatuto da Criança e do Adolescente entre a "proteção" e a resposta à conduta infratora talvez seja um propiciador, um álibi moral para a consciência coletiva em favor da repressão, posto que "se, na emergência risco-abandono respondemos com as medidas de proteção, respondemos então com repressão à emergência-crime" (BARATTA, 2003, p.29).

Para agravar ainda mais, existe a prevalência de sentimento de insegurança e perigo em relação à condição juvenil. Estes sentimentos não se estendem somente aos jovens envolvidos em atos infracionais, mas a outros grupos juvenis, inseridos em movimentos populares, como o rap, o hip-hop, dentre outras manifestações. As relações entre juventude, violência e crime e o modo como essas relações são problematizadas por diferentes atores sociais, cidadãos comuns, operadores do sistema de justiça, legisladores e pelas próprias instituições de controle, resultam no agenciamento dos jovens, muito mais pelas políticas públicas de controle, do que propriamente pelas políticas que têm em vista as garantias sociais, civis, individuais e políticas.

Não raro, qualquer apontamento que indique esses jovens como vítimas da violência, e não algozes e que indique que eles são sujeitos de direitos civis e sociais, bem como a necessidade de políticas públicas que tenham por finalidade a efetivação de sua cidadania, é (re) significado como proteção. Nesse contexto, demarcado, sobretudo, pela desigualdade social, esses jovens integram parte de uma população que demanda políticas públicas sociais que promovam a garantia de seus direitos.

Nas representações se faz presente a ideia de incompletude, que fortalece as relações hierárquicas em diferentes espaços de sociabilidade e formação. Embora, muitos jovens sejam chefes de famílias e trabalham, ou estejam à frente de uma série de decisões referentes aos seus modos de vida, estes são vistos sob o prisma da desconfiança. Desconfiança constituída em

torno da imagem do que é ser jovem. Quantos jovens já não relataram situações e vivências nas quais eles se veem desprivilegiados, desacreditados em diferentes espaços e práticas sociais, em espaços como escola, família, comunidade, movimentos sociais e dentre outras instituições formativas justamente por serem jovens.

Os efeitos dessas práticas consistem na permanência da perspectiva cautelar, que, por sua vez, despontencializa as juventudes e fortalece o descrédito em torno de suas possibilidades de ação autônoma. Sem contar, o olhar biologizante, universal e de transitoriedade que se lança sobre elas, que remete a ideia de sujeitos em formação, os quais, portanto, devem ter suas condutas reguladas.

A perspectiva cautelar impede a compreensão da juventude como uma categoria em permanente construção social, histórica, de um momento de complexidade da vida, que não são apenas de cunho biológico, ou etário/geracional, mas, sobretudo, de transformações sociais, psíquicas, culturais, políticas e econômicas, de sociabilidades sociais e educativas, de identidades, dentre outras dimensões que orientam e organizam as múltiplas formas e realidades de se viver a condição juvenil.

É de consenso de autores e pesquisadores das Ciências Sociais que, uma escuta ética e política das vozes das juventudes implica, em primeiro lugar, considerar a condição social e, de igual modo, o recorte étnico-racial, as relações de gênero, religião, grupos sociais, dentre outros aspectos definidores da identidade juvenil (GROOPPO, 2011). E ainda, a concepção de juventude adotada deve convergir para as que defendem ser esta uma categoria forjada como uma construção histórica, social e cultural.

É no cotidiano, no interior de diferentes práticas sociais, educativas e interações que os jovens e as jovens constroem suas sociabilidades, cultura e diferentes linguagens, de forma flexível e diferenciada da geração adulta. Essa concepção lança olhar sobre a diversidade. Pensando tal processo da vida para além dos cortes etários e legal, que limitam o início e fim dessa fase da vida. Os processos constitutivos da condição juvenil se fazem de modo diferenciado, tensionado e negociado, segundo as suas condições sociais, necessidades, anseios, renda familiar, região do país, condição de moradia rural ou urbana, no centro ou na periferia e identidades.

Nesse sentido, reconhece-se a especificidade das juventudes sob duas vias de análise: o reconhecimento da singularidade desse momento da vida em relação a outras gerações; e a própria questão da diversidade, que dimensiona a condição objetiva juvenil sobre diferentes experimentações, formas de atuação e participação política, relações intersubjetivas de pertencimento e de engajamento social. É relevante análise do modo de vida dos/as jovens com

referência nas suas trajetórias de vida, de suas experiências, estratégias e vivências de fortalecimento de suas identidades e condições juvenis, que são plurais, multifacetadas, diversas e desiguais (PAIS, 2005).

3- A visibilidade das juventudes

No Brasil, dado o período histórico e de invisibilidade dessas vozes, foi importante, o “dar voz”, que significou um avanço nas problematizações dos processos sociais, políticos de vitimização, menorização e institucionalização e das diferentes estratégias de silenciamento de milhares de vozes da(s) infância(s) e da(s) juventude(s). Quais são os jovens que tiveram direito à palavra? Em quais contextos? Quais ficaram excluídos da possibilidade de falar e de serem ouvidos? Essas são questões refletem a urgência em problematizar as posições hierarquizantes que as gerações adultas - educadores, pesquisadores, agentes educativos, juízes - muitas vezes, ocuparam e ainda ocupam nas diferentes práticas sociais e educativas destinadas a essa população e como elas ainda afetam o campo das políticas públicas, na medida em que são mantidas a mediação e intervenção adulta.

Essas intervenções são facilmente identificadas em objetivos delineadores de uma determinada prática social e/ou educativa, tais como, ensiná-los a identificar suas habilidades e com elas alcançarem resultados, ajudá-los a compreender que os erros são oportunidades para aprendizagem; ajudá-los a desenvolver responsabilidades, consciência social, resolver problemas, a pensar no futuro e a construir caminhos para a vida adulta. Nestes objetivos identificam-se a incapacidade intergeracional na mediação do diálogo, ou falta de reconhecimento na capacidade ativa das novas gerações.

Nas políticas para juventude, por exemplo, as vozes que lhe dão “validade” originam-se daqueles que institucionalmente foram convocados a falar sobre e para as juventudes e, consequentemente, convidados a falar de suas condições e possíveis necessidades. As expressões “em desenvolvimento”, “transitoriedade para a vida adulta”, “sujeitos incompletos” revelam um discurso constituído verticalmente em torno da aposta institucional de valorização de uma juventude incluída no trabalho, na escola, em contextos de sociabilidade reconhecidos como formadores de uma vida condizente com determinados valores e normas sociais.

Nesse sentido, as práticas institucionais, pedagógicas, psicológicas, políticas e a própria legislação instituíram pensamentos e modos de se falar e interagir com as juventudes. A visibilidade que tais práticas querem, de certa forma, dar a elas encontra-se ainda atrelada ao como descrever ou pensar os fenômenos relacionados às juventudes: que população é essa, quantos são – calculá-los em números, transformá-los em estatísticas-, onde estão, quais suas condições de vida, como categorizá-los, que políticas públicas a serem

pensadas e a eles destinadas. Tais descrições revelam a arte de isolar, identificar determinadas características, categorizar, homogeneizar e torná-las dizíveis, mediante a diferentes esquemas explicativos do que é ser jovem, deixando escapar a pluralidade de sentidos e a infinita complexidade e diversidade que tal condição revela.

Essas mediações concorrem para a negação da autonomia e consequentemente cidadania dos e das jovens e mais, elas articulam-se com problemas maiores: ao próprio processo de reconstrução democrática. Os problemas de vínculos entre a juventude e a política podem ser explicados com base no processo de construção democrática. Nos contextos de reivindicações dos direitos sociais, civis e políticos estiveram a frente grupos e movimentos sociais liderados por adultos.

Prout (2010) aponta que a participação política de crianças e jovens esbarram nos conceitos limitados de cidadania, que, não mais sem razão, os excluem das discussões, decisões e ações. Para ele, o abandono das concepções limitadas de cidadania constitui em uma tarefa complexa. Os processos históricos de construção da cidadania nos indicam essa complexidade se pensarmos que as primeiras prerrogativas eram direcionadas aos direitos dos adultos, sobretudo, do sexo masculino, brancos e proprietários de bens. Lembrando que, as mulheres só alcançariam tais direitos por volta do século XX, um modelo que ainda assim, não foi capaz de incorporar crianças e jovens.

Para o autor, é com a “Convenção sobre o direito da criança”, em seu artigo 12², que se têm indicações para o reconhecimento da cidadania de crianças e jovens, que, não mais sem razão, pela abertura de diferentes leituras, não abandonou a ideia da importância da mediação das gerações adultas no cuidado e na representatividade política e de defesa por seus interesses e necessidades, convergindo, para a preocupação de muitos profissionais, de diferentes campos de atuação e saberes, de como oferecer condições e possibilidades de desenvolvimento, crescimento, formação e preparação desses sujeitos, num processo de subjetivação voltado para o futuro e preparação para a vida adulta.

É o que Castro e Rabelo (2008) denominaram de razão desenvolvimentista, presente em grande parte das ações de profissionais da saúde, educação e psicologia. Essa concepção desenvolvimentista acaba por

² O artigo 12 estipula aos Estados parte que assegure e garanta a crianças o direito a expressar livremente sua opinião sobre as questões que lhe dizem respeito, sendo devidamente tomada a sua opinião conforme a sua idade e maturidade. Assegura também o direito de ser ouvida nos processos judiciais e administrativo, seja diretamente, ou mediante a um representante legal.

sinalizar crianças e jovens como categorias sociais coadjuvantes a outras instituições consideradas ou tidas como relevantes. Às gerações adultas foram delegadas a possibilidade de definição de projetos e a tomada de decisões em relação à vida e ao desenvolvimento infanto-juvenil. A expressão “em desenvolvimento” favoreceu, de certa forma, a continuidade das perspectivas de menoridade desses sujeitos, que, não mais sem razão, coloca em questão suas capacidades ou, por vezes, reduz os seus direitos civis e políticos. Nessa perspectiva, conforme destaca Castro e Rabelo (2008), houve uma maior discussão em torno dos direitos sociais, com forte aposta na educação, como princípio formativo para a construção e efetivação da cidadania, na medida em que estes alcançassem a maturação de suas capacidades intelectuais e superiores.

O conceito desenvolvimento presente no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA abre possibilidades para diferentes entendimentos e interpretações, em termos teóricos e também práticos. Dotado de uma perspectiva psicológica, etária e biologizante, tal conceito pode ser entendido, primeiro, como uma visão de incompletude das gerações mais novas. Entende-se que, para alcançar o desenvolvimento integral, as capacidades físicas, intelectuais, sociais e afetivas devem ser consideradas, sendo o equilíbrio entre essas capacidades o ápice do desenvolvimento.

Nessa perspectiva, assegurar o desenvolvimento infanto-juvenil implica uma política educativa integral, que envolve diferentes instituições sociais, modalidades de ensino - formal e não formal - e mecanismos de sociabilidade, que envolvem desde escola até a sociedade civil. A construção e a potencialização de uma rede que promova e garanta aos jovens o direito ao desenvolvimento. Essa é uma das leituras e que, de certa forma, estão presentes nas normativas e legislação e que reforça a intervenção e a defesa desses sujeitos como alvos das políticas públicas.

A outra leitura abre possibilidade para a construção de uma concepção de cidadania atrelada aos direitos sociais e compensatórios, sendo ignorados os demais direitos. Se de um lado, identifica-se a preocupação pelo acesso aos direitos sociais e a forte tendência pela proteção, de outro, esquece-se de pensar e discutir a efetivação dos demais direitos, como o direito político: possibilidades representativas e de participação. É sempre *em torno* das juventudes que as propostas são pensadas e não *com* elas.

Será que essa também não é a barganha feita com crianças e jovens? Ou seja, dá-se a tutela e a proteção, mas se retira o direito de participação política, por exemplo. Coloca-se a questão de que talvez para poder usufruir da tutela, deve-se abrir mão da cidadania. (CASTRO; MONTEIRO, 2008, p.281)

Em outros termos, renuncia-se à cidadania para a construção de relações que reforçam uma tutela e reduzem suas posições, na esfera e agenda pública, a de simples beneficiários, gerando constantes tensões, como as de serem agenciados pelas gerações adultas e a impossibilidade do diálogo e da escuta de suas vozes. A questão é refletir, então, que protagonismo é atribuído às juventudes? Elas têm possibilidade de gerir a própria vida? Ao que tudo indica, de um lado, tem-se o problema do modo como as políticas e ações são pensadas para as juventudes, as quais tendem a estandardizar as transições dos e das jovens para a vida adulta, a partir da definição de escolaridades mínimas, formação profissional e de política de emprego, que, em sua maioria, reserva para eles e elas um lugar nas esferas mais baixas do emprego formal. De outro lado, as juventudes tendem a autonomizar, a reinventar as suas vidas por meio de trajetórias que nem sempre se encaixam nas políticas prescritivas, que tendem a estandardização das transições, com ênfase na ideia de transformação social e preparação para o futuro (PAIS, 2005).

O reconhecimento da cidadania de jovens na legislação brasileira é recente³; e mais recente ainda, a visibilidade das preocupações relacionadas à representatividade dos e das jovens no processo de construção, reivindicação pública de seus direitos e de políticas públicas. Se comparado às legislações anteriormente mencionadas, o Estatuto da juventude, ao que tudo indica, parece apostar no protagonismo juvenil. Termo esse forjado para defender a ideia de que jovens devem ser sujeitos centrais nas tomadas de decisões, reflexões e ações, que relacionam com as diferentes formas de sociabilidade, principalmente em contextos sociais formativos, em ações coletivas e deliberativas, na defesa pela autonomia, cooperação, decisão e responsabilidade de planejar, executar e avaliar as políticas de juventudes.

Por outro lado, revela-se como instrumento também de garantia e ênfase na importância de considerar os e as jovens como cidadãos em termos de direitos sociais, civis e políticos. Enquanto tais, estes devem falar por si, numa fala de si, como fator constitutivo de compreensão de sua própria condição; de uma fala que registra, documenta marcas culturais, socioeconômicas, relações de gênero, etnia, sexualidade, suas sociabilidades e experiências formativas em diferentes espaços, institucionalmente apontadas como formativos ou não. De uma fala, que, no mais, revela filiação a uma certa maneira de pensar, agir e relacionar com o mundo. No sentido de que, o direito à cidadania é também o

³ O Estatuto da Criança e do Adolescente, a concepção de cidadania está presente no artigo 16, incisos I ao VII, que tratam dos direitos de: *ir e vir* nos espaços públicos e espaço comunitário, de *ter opinião e expressão*; de escolher sua crença e vivenciar-a; brincar, praticar esportes e divertir-se; participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; *participar da vida política*, na forma da lei.

direito à diferença e à diversidade, ao reconhecimento de suas identidades. Uma forma de pensar, agir, relacionar-se, que ao mesmo tempo em que produz linguagem, reforça e dá destaque ao seu lugar nas relações e interações com as pessoas. O protagonismo juvenil sugere uma agência da juventude sobre as suas próprias trajetórias de vidas.

4-Considerações finais

As políticas públicas para a(s) juventude(s) emergem numa sociedade demarcada por paradoxos, numa sociedade pós-moderna que, ao garantir direitos, não foi capaz de uma ruptura e de um abandono das práticas de violência. A permanência da violência parece ser central na análise em torno dos paradoxos da nossa sociedade contemporânea. As estruturas políticas foram democratizadas; entretanto, a violência permaneceu como a base para a formação de uma sociedade desigual, dividida e que alcança grupos sociais delimitados por localização, etnia, classe social, gênero, forjando rede de exclusões e domínios; de uma estrutura neoliberal que enfatiza muito mais a cultura do controle, do que propriamente a base de políticas sociais e o Estado em crescentes parcerias com a sociedade civil, utilizando-se desta última para realizar parte do que foge ao seu domínio.

De certo que, tem-se muito a aprender *com* as juventudes. Para tanto, talvez, um dos caminhos consistem em abrir mão da nossa busca por uma mediação – “dar voz aos jovens” – e aprender sobre as maneiras de forjar uma política de escuta dessas vozes, que se fazem complexas e tão particulares. Não é possível dar continuidade a uma postura de ajustamento dessas vozes aos modos e formas de participação intencionadas e objetivadas pelas gerações adultas. A particularidade das vozes da(s) juventude(s), no plural, implica em reconhecer a diversidade das experiências juvenis. É reconhecer a alteridade dessas vozes, em sua dimensão política, democrática e cidadã, como caminhos para enriquecer e fortalecer os vínculos entre as juventudes e a democracia.

Importante pensar, então, numa prática da escuta dessas vozes e apontar para a necessidade de repensar as ideias predominantes sobre a suposta incapacidade de estes participarem e serem seus próprios representantes no debate público, principalmente, quando referir-se a políticas públicas. Não há como pensar em juventude e democracia sem o reconhecimento desse segmento como sujeitos que têm vivências próprias. Até podemos ser responsável pelo outro, na medida em que eu reconheço esse outro não como distante, mas próximo; não como incapaz, mas sim como capaz de conduzir e pensar suas formas de existência, relações, interações com a sociedade, com o conhecimento, com a cultura e diferentes formas viver e relacionar-se com o mundo. É válido lembrar a importância de uma ética do discurso, num movimento dialógico de encontro e proximidade.

As possibilidades podem ser construídas em colaboração com as juventudes. Um trabalho subvencionado de/para/com as juventudes, que possa revelar uma ética de responsabilidade e reconhecimento do outro e de suas possibilidades de enunciações e que, de certo modo, deve basear-se em ações de escuta das juventudes, em diferentes espaços e contextos: onde ocorre a marginalização das juventudes; onde as juventudes gritam por justiça, por políticas públicas, ou por alguém que simplesmente as escutem e solidarizem com as complexidades de suas condições de existência e realidades sociais. Modos de se ouvir as juventudes que se mostrem, portanto, distintos das propostas de mediações assimétricas e hierárquicas; modos que se fundamentem na escuta de diferentes condições juvenis e, principalmente, aos temas que tocam profundamente as juventudes na contemporaneidade: a criminalização da juventude pobre e negra, redução da maioridade penal, relações de gênero, sexualidade, das condições de privação de liberdade, dos espaços formativos escolares e não escolares, do trabalho, das formas de produção cultural, de lazer, dentre outras.

A proposta de ações e projetos políticos para as juventudes devem partir de responsabilidades intersubjetivas de reconhecimento e questionamento de diferentes práticas e contextos sociais em que muitos são ou possam ser silenciados. Esse reconhecimento pode subvencionar um conjunto de ações e práticas *com* as juventudes, longe das perspectivas de um trabalho *para* ou *sobre* as juventudes, numa perspectiva de projetos possíveis, de interações negociadas e de valorização das vozes e suas pluralidades, numa relação de respeito e valorização das diferenças. Nessa prática ética, política e, sobretudo, democrática, as possibilidades de diálogos, de construção dos lugares e modos de refletir, pensar e se viver as juventudes devem ser centrais para o debate.

Referências

- ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, Criminologistas e juristas.** Saber Jurídico e Nova Escola Penal no Brasil. São Paulo: IBCCrim, 2003.
- BARATTA, A. Prefácio. In: BATISTA, V. M. **Difíceis ganhos fáceis.** Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 15-33. (Coleção pensamento criminológico).
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto.** Trad. Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília: 2003.

CASTRO, Lucia Rabelo de.; MONTEIRO, Renata A. de Paula. A concepção de cidadania como conjunto de direitos e sua implicação para a cidadania de crianças e jovens. **Psicologia Política**. vol. 8. nº 16. p. 271- 284 . Jul. Dez, 2008.

GROOPPO, Aquino, TIRELLI, Janice (Org). **Dilemas e contestações das juventudes no Brasil e no mundo**. Florianópolis: UFSC, 2011.

PAIS, José Machado. **Ganchos, tachos e biscates**: jovens, trabalho e futuro. Machado. Porto: Ambar, 2005.

PROUT, Alan. Participação, políticas e as condições da infância em mudança. In: MÜLLER, Fernanda (org). **Infância em Perspectiva**. Políticas, pesquisas e instituições. São Paulo: Cortez Editora, 2010. p.21-41.

SÃO PAULO. Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8069 de 13 de julho de 1990.

ASSÉDIO MORAL E SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO COMO ATOS ATENTATÓRIOS À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

César Augusto Micheli

Mestre em Teoria do Direito e do Estado,

Especialista em Direito Processual Civil e Direito do Trabalho.

Advogado.

Professor e Coordenador do NPJ e Estágio do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru – FIB e

Presidente da Comissão da Advocacia Docente da OAB de Bauru.

1 - Introdução

O Direito do Trabalho ganha importância ímpar em tempos atuais.

Assim, o presente escrito possui por fito democratizar a informação.

Neste contexto, o presente estudo abordará inicialmente aquilo que se denomina “assédio moral no ambiente do trabalho”, onde inúmeras são as situações em que as pessoas têm que tomar decisões acerca do seu próprio destino.

Após, serão tratados os tipos de assédio moral no ambiente de trabalho, bem como o que pode e o que não pode ser considerado assédio moral no ambiente de trabalho.

Depois será abordada a questão do assédio sexual no ambiente de trabalho e as situações que caracterizam esse assédio.

Serão abordadas as “MEDIDAS DE PREVENÇÃO E DE COMBATE AO ASSÉDIO SEXUAL E OUTRAS FORMAS DE VIOLENCIA NO ÂMBITO DO TRABALHO”.

Ao final será traçada uma análise do Princípio da dignidade da pessoa humana em relação ao assédio moral e sexual no ambiente de trabalho.

2 - Assédio Moral No Ambiente Do Trabalho

O assédio moral fere a dignidade psíquica do trabalhador.

Elementos que definem o assédio moral são necessários para a compreensão de tal agressão, e cabe destacar que a mais relevante é a abusividade da conduta intencional, repetição e prolongamento e ataques à dignidade do trabalhador.

O assédio moral pode assim ser definido:

Assédio moral é a exposição de pessoas a situações humilhantes e constrangedoras no ambiente de trabalho, de forma repetitiva e prolongada, no exercício de suas atividades. É uma conduta que traz danos à dignidade e à integridade do indivíduo, colocando a saúde em risco e prejudicando o ambiente de trabalho.

O assédio moral é conceituado por especialistas como toda e qualquer conduta abusiva, manifestando-se por comportamentos, palavras, atos, gestos ou escritos que possam trazer danos à personalidade, à dignidade ou à integridade física e psíquica de uma pessoa, pondo em perigo o seu emprego ou degradando o ambiente de trabalho (TST, 2020).

2.1 - Tipos De Assédio Moral No Ambiente Do Trabalho

São tipos de assédio moral no ambiente do trabalho (TST, 2020):

- Assédio moral interpessoal:

Ocorre de maneira individual, direta e pessoal, com a finalidade de prejudicar ou eliminar o profissional na relação com a equipe;

- Assédio moral institucional:

Ocorre quando a própria organização incentiva ou tolera atos de assédio. Neste caso, a própria pessoa jurídica é também autora da agressão, uma vez que, por meio de seus administradores, utiliza-se de estratégias organizacionais desumanas para melhorar a produtividade, criando uma cultura institucional de humilhação e controle.

- Assédio moral vertical

Ocorre entre pessoas de nível hierárquico diferentes, chefes e subordinados, e pode ser subdividido em duas espécies:

1- Descendente: assédio caracterizado pela pressão dos chefes em relação aos subordinados. Os superiores se aproveitam de sua condição de autoridade para pôr o colaborador em situações desconfortáveis, como desempenhar uma tarefa que não faz parte de seu ofício e qualificação, a fim de puni-lo pelo cometimento de algum erro, por exemplo.

2- Ascendente: Assédio praticado por subordinado ou grupo de subordinados contra o chefe. Consiste em causar constrangimento ao superior hierárquico por interesses diversos. Ações ou omissões para “boicotar” um novo gestor, indiretas frequentes diante dos colegas e até chantagem visando a uma promoção são exemplos de assédio moral desse tipo.

- Assédio moral horizontal

Ocorre entre pessoas que pertencem ao mesmo nível de hierarquia. É um comportamento instigado pelo clima de competição exacerbado entre colegas de trabalho. O assediador promove liderança negativa perante os que fazem intimidação ao colega, conduta que se aproxima do *bullying*, por ter como alvo vítimas vulneráveis.

- Assédio moral misto

Consiste na acumulação do assédio moral vertical e do horizontal. A pessoa é assediada por superiores hierárquicos e também por colegas de trabalho. Em geral, a iniciativa da agressão começa sempre com um autor, fazendo com que os demais acabem seguindo o mesmo comportamento.

2.2 O Que Pode Ser Considerado Assédio Moral No Ambiente De Trabalho

Várias são as condutas que podem ser considerados como típicas de assédio moral no ambiente de trabalho, sendo elas:

- Retirar a autonomia do colaborador ou contestar, a todo o momento, suas decisões;
- Sobrecarregar o colaborador com novas tarefas ou retirar o trabalho que habitualmente competia a ele executar, provocando a sensação de inutilidade e de incompetência;
- Ignorar a presença do assediado, dirigindo-se apenas aos demais colaboradores;
- Passar tarefas humilhantes;
- Gritar ou falar de forma desrespeitosa;
- Espalhar rumores ou divulgar boatos ofensivos a respeito do colaborador;

- Não levar em conta seus problemas de saúde;
- Criticar a vida particular da vítima;
- Atribuir apelidos pejorativos;
- Impor punições vexatórias (dancinhas, prendas);
- Postar mensagens depreciativas em grupos nas redes sociais;
- Evitar a comunicação direta, dirigindo-se à vítima apenas por e-mail, bilhetes ou terceiros e outras formas de comunicação indireta;
- Isolar fisicamente o colaborador para que não haja comunicação com os demais colegas;
- Desconsiderar ou ironizar, injustificadamente, as opiniões da vítima;
- Retirar cargos e funções sem motivo justo;
- Impor condições e regras de trabalho personalizadas, diferentes das que são cobradas dos outros profissionais;
- Delegar tarefas impossíveis de serem cumpridas ou determinar prazos incompatíveis para finalização de um trabalho;
- Manipular informações, deixando de repassá-las com a devida antecedência necessária para que o colaborador realize suas atividades;
- Vigilância excessiva;
- Limitar o número de vezes que o colaborador vai ao banheiro e monitorar o tempo que lá ele permanece;
- Advertir arbitriariamente; e
- Instigar o controle de um colaborador por outro, criando um controle fora do contexto da estrutura hierárquica, para gerar desconfiança e evitar a solidariedade entre colegas (TST, 2020).

2.3 O Que Não Pode Ser Considerado Assédio Moral No Ambiente De Trabalho

De outra banda, existem várias condutas que não caracterizam o assédio moral no ambiente de trabalho, entre outras (TST, 2020):

- Exigências profissionais

Exigir que o trabalho seja cumprido com eficiência e estimular o cumprimento de metas não é assédio moral. Toda atividade apresenta certo grau de imposição a partir da definição de tarefas e de resultados a serem alcançados. No cotidiano do ambiente de trabalho, é natural existir cobranças, críticas e avaliações sobre o trabalho e o comportamento profissional dos colaboradores. Por isso, eventuais reclamações por tarefa não cumprida ou realizada com displicância não configuram assédio moral.

- Aumento do volume de trabalho

Dependendo do tipo de atividade desenvolvida, pode haver períodos de maior volume de trabalho. A realização de serviço extraordinário é possível, se dentro dos limites da legislação e por necessidade de serviço. A sobrecarga de trabalho só pode ser vista como assédio moral se usada para desqualificar especificamente um indivíduo ou se usada como forma de punição.

- Uso de mecanismos tecnológicos de controle

Para gerir o quadro de pessoal, as organizações cada vez mais se utilizam de mecanismos tecnológicos de controle, como ponto eletrônico. Essas ferramentas não podem ser consideradas meios de intimidação, uma vez que servem para o controle da frequência e da assiduidade dos colaboradores.

- Máis condições de trabalho

A condição física do ambiente de trabalho (ambiente pequeno e pouco iluminado, por exemplo) não representa assédio moral, a não ser que o profissional seja colocado nessas condições com o objetivo de desmerecê-lo frente aos demais.

3- Assédio Sexual No Ambiente De Trabalho

O assédio sexual pode ser assim entendido:

Assédio sexual é a conduta de conotação sexual praticada contra a vontade de alguém, sob forma verbal, não verbal ou física, manifestada por palavras, gestos, contatos físicos ou outros meios, com o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afetar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador (TJGO, 2021).

No assédio sexual pressupõe-se um objetivo de natureza eminentemente sexual.

Referida conduta restará consumada ainda que os favores sexuais não sejam entregues pelo (a) assediado (a).

O assédio sexual é caracterizado, portanto, como uma conduta ofensiva que atenta contra a dignidade sexual da pessoa assediada, podendo ser caracterizada através de palavras ou gestos.

A prática de um ato já é suficiente para a caracterização do assédio sexual, não havendo a necessidade de que a conduta seja reiterada.

A prática do assédio sexual no ambiente de trabalho, realizada pelo superior hierárquico configura-se crime previsto no art. 216-A do Código Penal, como sendo o ato de “constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”.

3.1 - Situações Que Caracterizam O Assédio Sexual

Várias são as situações que caracterizam o assédio sexual, dentre elas:

Insinuações de conotação sexual, por comunicação verbal ou escrita, olhares, gestos, mensagens, entre outras formas;

Aproximação física de forma inopportuna, toque ou criação de situações de contato corporal sem consentimento recíproco, com persistente conotação sexual;

Uso constante de piadas e frases de duplo sentido, fazendo alusões que produzam embaraço e sensação de vulnerabilidade ou perguntas indiscretas sobre a vida privada;

Ameaças de perdas ou promessas de obtenção de benefícios em troca de favores sexuais (TJGO, 2021).

Assim, podemos dizer que existem várias diferenças entre o assédio sexual e o assédio moral no ambiente de trabalho.

O assédio sexual se caracteriza por atitudes não consensuais e de natureza sexual, podendo aí ser um comentário sexual indesejado, toques físicos não consensuais, exibição de material pornográfico.

Por outro lado o assédio moral no local de trabalho caracteriza-se por comportamentos repetitivos que possuem como escopo degradar, humilhar ou intimidar um indivíduo ou grupo.

Tal situação pode envolver críticas constantes, humilhações, rumores, sobreencarregar alguém com trabalho ou isolar a pessoa de forma repetida.

4 - Das Medidas De Prevenção E De Combate Ao Assédio Sexual E As Outras Formas De Violência No Âmbito Do Trabalho

A Lei nº 14.457 de 21 de setembro de 2022, com entrada em vigor desde setembro do ano de 2022, estipulou em seu artigo 23, § 2º o prazo para adoção das medidas previstas nos incisos I, II, III e IV do caput do artigo 23, que trata das “DAS MEDIDAS DE PREVENÇÃO E DE COMBATE AO ASSÉDIO SEXUAL E A OUTRAS FORMAS DE VIOLÊNCIA NO ÂMBITO DO TRABALHO”, que foi o dia 20 de março de 2023.

Seguem dispositivos citados no parágrafo acima:

Lei 14.457/2022

CAPÍTULO VII

DAS MEDIDAS DE PREVENÇÃO E DE COMBATE AO
ASSÉDIO SEXUAL E A OUTRAS FORMAS DE
VIOLÊNCIA NO ÂMBITO DO TRABALHO

Art. 23. Para a promoção de um ambiente laboral sadio, seguro e que favoreça a inserção e a manutenção de mulheres no mercado de trabalho, as empresas com Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e de Assédio (Cipa) deverão adotar as seguintes medidas, além de outras que entenderem necessárias, com vistas à prevenção e ao combate ao assédio sexual e às demais formas de violência no âmbito do trabalho:

I - inclusão de regras de conduta a respeito do assédio sexual e de outras formas de violência nas normas internas da empresa, com ampla divulgação do seu conteúdo aos empregados e às empregadas;

II - fixação de procedimentos para recebimento e acompanhamento de denúncias, para apuração dos fatos e, quando for o caso, para aplicação de sanções administrativas aos responsáveis diretos e indiretos pelos atos de assédio sexual e de violência, garantido o anonimato da pessoa denunciante, sem prejuízo dos procedimentos jurídicos cabíveis;

III - inclusão de temas referentes à prevenção e ao combate ao assédio sexual e a outras formas de violência nas atividades e nas práticas da Cipa; e

IV - realização, no mínimo a cada 12 (doze) meses, de ações de capacitação, de orientação e de sensibilização dos empregados e das empregadas de todos os níveis hierárquicos da empresa sobre temas relacionados à violência, ao assédio, à igualdade e à diversidade no âmbito do trabalho, em formatos acessíveis, apropriados e que apresentem máxima efetividade de tais ações.

§ 1º O recebimento de denúncias a que se refere o inciso II do caput deste artigo não substitui o procedimento penal correspondente, caso a conduta denunciada pela vítima se encaixe na tipificação de assédio sexual contida no art. 216-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), ou em outros crimes de violência tipificados na legislação brasileira.

§ 2º O prazo para adoção das medidas previstas nos incisos I, II, III e IV do caput deste artigo é de 180 (cento e oitenta) dias após a entrada em vigor desta Lei (BRASIL, 2022).

Assim, verifica-se a preocupação com a questão do assédio no ambiente de trabalho, com a edição de referida legislação.

5- Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, III, assim consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, *in verbis*:

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;

A dignidade da pessoa humana trata de princípio fundamental e valor absoluto, sendo que são várias as citações na Constituição Federal que denotam a dignidade da pessoa humana, tais como no artigo 5º, incisos III (não submissão a tortura), VI (inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença), VIII (não privação de direitos por motivo de crença ou convicção), X (inviolabilidade da vida privada, honra e imagem), XI (inviolabilidade de domicílio), XII (inviolabilidade do sigilo de correspondência), XLVII (vedação de penas indignas).

Sobre a dignidade da pessoa humana, Flávia Piovesan diz que (2000, p. 54):

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânones constitucionais que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Diz ainda a autora que (2004, p. 92):

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.

Ainda nesse contexto manifesta-se o STF:

[...] o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo [...]. (HC 95464, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-03 PP-00466)

É dessa forma que o assédio moral e sexual no ambiente de trabalho constituem brutais atos atentatórios à dignidade da pessoa humana.

6- Considerações Finais

Conforme demonstrado ao longo do presente escrito, verifica-se que o tema abordado é de extrema importância, principalmente para empregadores e empregados, pois estes poderão, através do presente escrito, exigir seus direitos; e aqueles terão consciência dos seus deveres.

Percebe-se ainda que o tema não faz parte de debates na maioria das universidades, quiçá entre os leigos.

Sendo o ser humano no Brasil detentor de direitos durante toda a sua vida, negar que o assédio, seja moral ou sexual ocorre diuturnamente seria o mesmo que tolher do trabalhador o direito ao ambiente de trabalho sadio.

Pensar diferente disso seria verdadeiro retrocesso social, sem lugar para os tempos hodiernos.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constitucional.htm >. Acesso em 13 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.457/2022. Acesso em 13/09/2023. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14457.htm.

CARVALHO, Nordson Gonçalves de. **Assédio moral na relação de trabalho**. São Paulo: Rideel, 2009.

CERQUEIRA, Vinicius da Silva. **Assédio moral organizacional nos bancos**. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DUARTE, Taciana nogueira de carvalho. **A dignidade da pessoa humana e os princípios constitucionais do processo do contraditório e celeridade processual**. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2009. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/13488/13488_3.PDF>. Acesso em: 16 set. 2018.

FERREIRA, Hâdassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas Relações de Trabalho**. 2. ed. Campinas: Russel Editores, 2010.

GONÇALVES, Nilton Oliveira. **Auditória trabalhista: aspectos práticos**. 1. ed. São Paulo: IOB, 2012.

HELOANI, Roberto. **Assédio moral: um ensaio sobre a expropriação da dignidade no trabalho**. RAE-eletrônica, v. 3, n. 1, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988**, 2004.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO). ASSÉDIO MORAL, SEXUAL E DICRIMINAÇÃO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. 2021. Acesso em 13/09/2023. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/cartilha-assedios-tjgo.pdf>>.

Tribunal Superior do Trabalho (TST). Cartilha de prevenção ao assédio moral. 2020. Acesso em 13/09/2023. Disponível em <https://www.tst.jus.br/documents/10157/55951/Cartilha+ass%C3%A9dio+moral/573490e3-a2dd-a598-d2a7-6d492e4b2457>.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: ENTRE O ATIVISMO E A DEFERÊNCIA

Danilo Guerreiro de Moraes

Mestre em Direito do Estado (FDUSP)

Professor das Faculdades Integradas de Bauru (FIB)

Juiz Federal Substituto do TRF da 3^a Região

1-Introdução

O reconhecimento doutrinário e jurisprudencial da justiciabilidade dos direitos fundamentais é uma conquista do constitucionalismo democrático, sobretudo em países que ainda não atingiram níveis satisfatórios de desenvolvimento econômico e social. No Brasil, um exemplo eloquente desta constatação é a judicialização da saúde. Ela protege o indivíduo contra as omissões do Poder Executivo e garante o exercício legítimo da cidadania, em particular por minorias e grupos vulneráveis (TRINDADE *et al.*, 2022, p. 70).

Não obstante, o fenômeno também produz efeitos nefastos. No conjunto de suas externalidades negativas mais sensíveis destacam-se a erosão das bases econômico-financeiras do Sistema Único de Saúde (SUS), a institucionalização da desigualdade na forma de acesso ao serviço público e, no limite, o fomento à ação predatória de um setor antiético da indústria farmacêutica, ávido pela maximização incondicional de seus lucros.

O excesso de intromissão nas políticas de saúde pública põe em risco a legitimidade constitucional do controle jurisdicional, na medida em que o converte em estratégia de usurpação de função administrativa por juízes e tribunais, que a desempenham ao arreio das normas que informam a assistência médica e farmacêutica (WANG *et al.*, 2020a).

No ponto, chama a atenção o desdém de setores do Poder Judiciário em face das normas constitucionais, legais e administrativas que regulam a atividade financeira do Estado e a função administrativa de polícia sanitária, como se o bloco de juridicidade não contemplasse preceitos alusivos à programação e execução orçamentária, à aquisição de bens e serviços pelo poder público e à tutela da saúde contra fórmulas terapêuticas inseguras e ineficazes do ponto de vista da medicina baseada em evidências e economicamente inviáveis na perspectiva do custo-efetividade.

A ampla permeabilidade do sistema de justiça a demandas de saúde também aprofunda a desigualdade no acesso à assistência médica integral provida pelo poder público, visto que institucionaliza formas díspares de obtenção de remédios, leitos hospitalares e tratamentos preventivos ou curativos de doenças e outros agravos.

Octavio Ferraz e Daniel Wang (2014) observam que a judicialização da saúde é a causa do surgimento de duas portas de acesso ao SUS: uma primeira, ordinária, para quem dele depende integralmente, quer se trate da obtenção de tratamento ambulatorial e hospitalar ou do fornecimento de remédios, fraldas, próteses, órteses etc. Outra, extraordinária e juridicamente questionável, à disposição do usuário de planos de saúde. Neste último caso, o demandante limita-se a recorrer ao sistema público para obter remédios ou tratamentos de custo intermediário ou elevado, frequentemente não padronizados.

As dúvidas acerca da legalidade e da sustentabilidade desse modelo extraordinário *sui generis*, sem precedentes até mesmo em países desenvolvidos (BUCCI, 2017, p. 46), derivam de estudos que apontam que o segundo contingente de usuários do SUS é predominantemente integrado por pessoas cujas causas são patrocinadas por advogados privados, presumivelmente remunerados por honorários contratuais, embora seja crescente a importância da Defensoria Pública na representação judicial e extrajudicial de tais sujeitos de direito (CABRAL; REZENDE, 2015, p. 65–73; PIRES *et al.*, 2023, p. 4–7). Não bastasse, as petições iniciais dos processos assim instaurados são instruídas basicamente com prescrições e relatórios subscritos por médicos particulares (LEMOS, 2017, p. 406).

A este complexo estado de coisas somem-se hipóteses excepcionais — quiçá apenas especulações de interesse acadêmico — em que laboratórios possam optar pela não-submissão de seus produtos ao registro da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), para não terem de obedecer à precificação estabelecida pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED).

Todo este panorama suscita algumas reflexões, que o presente artigo subdivide em seus quatro capítulos.

O capítulo inaugural é dedicado à identificação das principais normas jurídicas que regulam a saúde pública no Brasil. O capítulo segundo ocupa-se da exposição sumária dos conceitos de ativismo (modelo de controle forte) e deferência (modelo de controle fraco) e da determinação do *standard* adotado pelos juízes e tribunais dos ramos comuns do Poder Judiciário brasileiro e dos

tribunais de superposição (modelo intermediário ou eclético). O capítulo terceiro categoriza a evolução da judicialização da saúde pública à luz dos *standards* referidos no capítulo anterior. Por fim, o capítulo quarto argumenta com a primazia do modelo de controle forte (mas não ativista) para questões jurídicas e fraco ou deferente nos domínios da judicialização da saúde.

2- A Regulação Do Direito À Saúde Pública No Brasil

No Brasil, o ponto de partida da regulação jurídica do direito à saúde pública é a Constituição Federal. No art. 6º, *caput*, o texto constitucional confere à saúde o *status* de direito social, ou seja, de direito fundamental de segunda dimensão, de natureza prestacional. Mais adiante, no art. 196, enuncia que “[a] saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Para muitos, em tais prescrições jaz o bastante para a tutela de situações jurídicas exigentes de medidas distributivas, porquanto se trata de normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, segundo a classificação proposta por José Afonso da Silva (2012 *apud* SILVA, 2021, p. 61). Mesmo os que aí identificam exemplos de normas programáticas argumentam que, sobre dizerem respeito a direitos humanos fundamentais, semelhantes emanações de poder constituinte não podem ser reduzidas a instrumentos de mera retórica constitucional, desprovidos de densidade normativa e de consequências políticas, jurídicas e administrativas. Durante anos, esta foi a orientação predominante no STF, em grande medida por influência do ministro Celso de Mello.

Há, contudo, uma outra perspectiva de análise, que sublinha os limites do articulado constitucional e reconhece a necessidade de sua complementação por meio da interposição legislativa e administrativa, sobretudo para a concretização de direitos sociais, econômicos e culturais. Trata-se de um contraponto à classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia e aplicabilidade, levado a termo por Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 61–64).

O autor faz uma distinção entre eficácia jurídica e eficácia social das normas constitucionais. A eficácia jurídica seria a eficácia propriamente dita e estaria relacionada à “aptidão para regular por completo as situações que um dispositivo constitucional ou legal pretende regular”, podendo-se imbricá-la com a “aptidão para criar direitos, impor deveres, estabelecer permissões, definir competências, entre outras” (SILVA, *op. cit.*, p. 61). A eficácia social, também denominada efetividade, corresponderia “à efetiva produção de efeitos e à efetiva regulação da realidade” (SILVA, 2021., p. 61).

Contudo, sublinha que, à semelhança da classificação tricotômica forjada por José Afonso da Silva, a presente dicotomia negligencia a verdadeira dinâmica das relações sociais, quer se trate das liberdades públicas clássicas ou da ação prestacional do Estado (direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão, respectivamente). Isto porque mesmo os direitos de liberdade, supostamente garantidos por meio da simples abstenção estatal (não-intervenção), dependem de provisões legislativas e administrativas que lhes imprimam efetividade, máxime quando ameaçados ou violados.

O direito de propriedade é um bom exemplo do fenômeno (SILVA, 2021, p. 62). Não basta que o Estado e os particulares respeitem o proprietário em suas faculdades de uso e gozo e em seu direito à livre disposição da coisa. Também é necessário o estabelecimento de arranjos institucionais que lhe emprestem publicidade, segurança e coercibilidade, a exemplo das serventias extrajudiciais, das polícias, do Ministério Público e, em última análise, do Poder Judiciário.

A questão ganha foros de complexidade quando a discussão deriva para o terreno dos direitos sociais, porque as normas que os proclamam estão impregnadas de expressões vagas e imprecisas, a exemplo de princípios, conteúdos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. A par disto, os deveres jurídicos por elas instituídos demandam a formulação e a execução de políticas públicas, as quais pressupõem a interposição legislativa e administrativa formadora e concretizadora de um específico programa de atuação governamental. Segue-se daí que “[a] análise da eficácia da Constituição e de suas normas deve levar em consideração aspectos textuais, institucionais, financeiros, sociais, culturais, além de vários outros” (SILVA, 2021, p. 63).

No âmbito do direito à saúde, os espaços de conformação conferidos ao Legislativo e ao Executivo foram inicialmente preenchidos pelas Leis nº 6.360/1976, 8.080/1990 e 9.782/1976.

A Lei nº 6.360/1976 “[d]ispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, e dá outras providências”. No art. 10 veda “a importação de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e demais produtos de que trata [...], para fins industriais e comerciais, sem prévia e expressa manifestação favorável do Ministério da Saúde”. E no art. 12 declara que o registro no Ministério da Saúde (atualmente, na Anvisa) é condição *sine qua non* de validade da importação, industrialização, venda e entrega a consumo de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos sujeitos à polícia sanitária federal. Estes dispositivos gozam de presunção relativa de compatibilidade vertical, porque não mereceram juízo negativo de recepção no julgamento em

que o STF examinou a possibilidade de o SUS ser compelido ao fornecimento de medicamentos desprovidos de registro sanitário (RE nº 657.718).

A Lei nº 8.080/1990 “[d]ispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”. Trata-se do diploma legal que regulamenta o art. 196 da Constituição Federal e, nesta medida, promove a distribuição das competências administrativas em matéria de saúde nos três níveis federativos. No que diz respeito à execução dos serviços de saúde pública, *grosso modo* ele (i) comete à União a formulação da política de assistência à saúde e prestação de apoio técnico e financeiro aos Estados e aos Municípios (art. 16); (ii) confia aos Estados a prestação de apoio técnico e financeiro aos Municípios, a descentralização dos serviços ao âmbito municipal, a execução dos serviços de alta complexidade e a atuação supletiva clínica e hospitalar (art. 17); e (iii) outorga aos municípios o desenvolvimento das ações e serviços de saúde que lhe sejam próprios ou lhe tenham sido transferidos mediante descentralização estadual (art. 18).

Em 29 de abril de 2011 foi publicada a Lei nº 12.401, que acrescentou à Lei nº 8.080/1990 um Capítulo VIII, continente de oito novos artigos vocacionados à regulação da assistência terapêutica e da avaliação de tecnologia em saúde.

Com o desiderato de padronizar diagnósticos e tratamentos médicos e de permitir a avaliação de resultado das políticas de saúde pública, o legislador previu a elaboração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), consistentes em documentos que estabelecem critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS” (art. 19-N, II; vide, ainda, o art. 19-O). Na ausência de tal documento, reconduziu o administrador público às relações de medicamento nacional, estaduais e municipais, concebidas a partir de criteriosa avaliação de tecnologia em saúde (art. 19-P).

A avaliação de tecnologia em saúde, outra novidade da Lei nº 12.401/2011, foi alçada à categoria de procedimento formal e técnico conduzido pelo Ministério da Saúde, com a assistência da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias ao SUS (Conitec), para a formação ou modificação das relações de medicamentos e dos PCDT (art. 19-Q).

O caráter científico do procedimento é assegurado pelo pela composição plural e especializada da Conitec, bem assim pela eleição de parâmetros decisórios objetivos em nível legislativo (art. 19-Q, §§ 1º e 2º, I e II). A

pluralidade e a especialização da Conitec são garantidas por intermédio da participação um representante do Conselho Nacional de Saúde, de um representante do Conselho Federal de Medicina e de um representante da Associação Médica Brasileira (§ 1º). A objetividade e a científicidade dos parâmetros decisórios consistem na obrigatoriedade de o Ministério da Saúde pautar-se por critérios de acurácia, segurança, qualidade, eficácia e custo-efetividade (§ 2º, I e II).

Por fim, a Lei nº 9.782/1976 “[d]efine o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária [Anvisa], e dá outras providências”. A publicação desta lei derrogou a Lei nº 6.360/1976, porque distribuiu as funções políticas e administrativas de vigilância sanitária federal entre o Ministério da Saúde e a aludida agência reguladora setorial (art. 2º, § 1º, I e II). Ao Ministério da Saúde reservaram-se a formulação, o acompanhamento e a avaliação da política nacional de vigilância sanitária e das diretrizes gerais do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária. À Anvisa adjudicou-se a função administrativa de regulação sanitária propriamente dita, abrangente da expedição de normas técnicas, do controle e da fiscalização de produtos e serviços que possam causar risco à saúde pública, a exemplo dos medicamentos, alimentos, cosméticos e saneantes.

Sublinhe-se, no entanto, que a regulação jurídica da saúde pública brasileira não se exaure em atos normativos primários, de estatura constitucional ou legal. A par do texto constitucional, das aludidas leis ordinárias e de outras cuja análise transcende os estreitos limites deste ensaio — por exemplo, o Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro [LINDB]) — merecem destaque os atos administrativos normativos expedidos pelo Ministério da Saúde, pela Anvisa e pelas Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, em particular as relações de medicamentos que servem de base para o tratamento de doenças e outros agravos que acometem os usuários do SUS, inclusive na falta de PCDT. Apenas para ilustrar, a Rename atualmente em vigor foi aprovada pela Portaria GM/MS nº 3.435/2021, do Ministro de Estado da Saúde (Rename 2022).

Para além, não se pode olvidar dos precedentes qualificados por meio dos quais o STF e o STJ uniformizam a interpretação da Constituição Federal e da legislação federal, com eficácia vinculante de juízos e tribunais (art. 927, III, do Código de Processo Civil). A este propósito, destacam-se o RE nº 657.718, em que se assentou a possibilidade de o poder público ser compelido ao fornecimento de medicamento desprovido de registro sanitário, contanto que cumpridas algumas condicionantes (Tema 500, da repercussão geral); o RE nº 1.165.959, em que se assentou a possibilidade de o poder público ser compelido ao fornecimento de medicamento desprovido de registro sanitário, mas objeto de autorização de importação expedida pela Anvisa (Tema 1.161,

da repercussão geral); e o REsp nº 1.657.156, em que se assentou a possibilidade de o poder público ser compelido ao fornecimento de medicamento não padronizado pelo SUS (Tema Repetitivo 106). O assunto será retomado e detalhado nos capítulos vindouros.

Finalmente, pela aptidão que têm revelado para fomentar e ampliar o debate público, merecem destaque as iniciativas do CNJ para a instituição e a consolidação de espaços de discussão sobre o direito à saúde, tais como o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus) e as Jornadas de Direito da Saúde, estas últimas com os seus enunciados que, conquanto não pertençam ao bloco de juridicidade *stricto sensu*, operam como importantes instrumentos de orientação aos membros do Poder Judiciário e aos operadores do direito em geral.

3- Ativismo E Deferência: As Duas Faces Do Controle Jurisdicional Da Administração Pública

Assentado o monopólio de exercício da função jurisdicional pelos órgãos do Poder Judiciário, a questão que se põe consiste em definir a intensidade do controle jurisdicional da Administração Pública. Em linhas gerais, identificam-se dois modelos diametralmente opostos e um modelo intermediário. Nos dois extremos da práxis judiciária encontram-se o modelo de *controle forte ou não deferente* e o modelo de controle *fraco ou deferente*; no meio do caminho há um modelo de controle *intermediário ou eclético*.

O modelo de controle *forte ou não deferente* é aquele em que, ostensiva ou veladamente, o órgão jurisdicional não reconhece a existência de limites políticos, jurídicos ou técnico-científicos ao escrutínio da função pública. Para os seus adeptos, a separação dos poderes (art. 2º da Constituição Federal) e os espaços de conformação legislativa e de autonomia administrativa que dela resultam não podem ser invocados como pretexto para embaraçar o exame judicial de atos legislativos ou administrativos. Neste domínio ganha relevo a noção pejorativa de ativismo judicial (*judicial activism*), imbricada com a ideia de usurpação das funções típicas dos Poderes Legislativo e Executivo pelo Poder Judiciário (RAMOS, 2015, p. 171).

Em sentido diametralmente oposto está o modelo de controle *fraco ou deferente*. Tal concepção jurídica reverencia a cláusula constitucional de separação orgânica e funcional do poder estatal e, nesta medida, encarece os consequentes espaços de conformação legislativa e de autonomia administrativa. Aqui, o traço distintivo é o da autocontenção judicial (*judicial self-restraint*), singularizado pelo respeito à jurisprudência e à teoria jurídica tradicional. Contudo, salvaguarda as competências jurisdicionais típicas de fiscalização quanto à validade da ação estatal, de resto um consectário da regra constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV).

No meio-termo entre o ativismo e a deferência encontra-se um modelo de controle *intermediário* ou *ecléctico*, que conjuga predicados de ambos. Nesta perspectiva ideal, o órgão jurisdicional ora faz um controle forte das ações governamentais, ora se limita ao juízo de validade, na perspectiva do bloco de juridicidade — conformidade da ação administrativa expressiva de *rulemaking* ou *adjudication* à Constituição Federal, às leis e aos regulamentos administrativos e econômicos.

Na atualidade, o STF e o STJ abraçam o modelo intermediário. Nas instâncias ordinárias, o ativismo judicial ainda é notável. Porém, a superveniência de precedentes qualificados e o trabalho formativo e informativo do CNJ têm estimulado uma busca paulatina por deferência judicial. O assunto será desenvolvido no capítulo subsequente, que sintetiza a evolução da jurisprudência nacional.

4- Síntese Evolutiva Da Judicialização Da Saúde Pública

A evolução da judicialização da saúde pública no Brasil comprehende uma etapa *inicial* de ativismo radical, fruto do enfraquecimento da discricionariedade administrativa e da ampliação da justiciabilidade dos direitos sociais; uma etapa *intermediária* de reação ao aumento exponencial de demandas de saúde pública e ao acolhimento massivo, por todas as instâncias do Poder Judiciário, de pretensões individuais, ao arrepio das políticas públicas gestadas nas três esferas federativas (medicamentos sem registro sanitário ou não inscritos na Renane); e, finalmente, a etapa *atual* de busca por critérios objetivos que emprestem consistência e segurança ao controle jurisdicional das políticas de saúde pública.

O advento da Constituição Federal de 1988 representou um notável ponto de inflexão nas províncias do controle da Administração Pública. A atribuição de força normativa direta à quase-totalidade dos elementos constitucionais conduziu a sucessivas releituras da separação dos poderes, para acomodá-la à complexidade da nova organização político-institucional do Estado; ao estabelecimento de limites crescentes à discricionariedade administrativa, vista como obstáculo à concretização de pautas caras à sociedade; e ao fortalecimento do Poder Judiciário, pretensamente o arranjo institucional com mais aptidão para responder aos anseios populares, dado o distanciamento da política partidária e a sua maior liberdade de ação. A admissibilidade do amplo controle de políticas públicas e a justiciabilidade dos direitos sociais constituem os reflexos mais facilmente perceptíveis deste movimento expansionista.

Nesta linha de intelecção, impactados com a gravidade dos casos revelados nas petições iniciais de processos individuais — não raro movidos por crianças, idosos ou pessoas com deficiência — e decerto influenciados

pelo sentimento de descrédito da sociedade no Poder Executivo (LEMOS, 2017, p. 411–417), os órgãos jurisdicionais singulares e colegiados das instâncias ordinárias e excepcionais passaram a conceder todo e qualquer remédio ou tratamento médico postulado, tanto liminarmente quanto em caráter definitivo.

Provimentos jurisdicionais aderentes a tal modelo de controle forte, tributário do ativismo judicial em sua dimensão mais radical, revelaram-se refratários aos argumentos jurídicos e factuais deduzidos nas contestações das entidades públicas responsáveis pelo SUS nas três esferas federativas. A ausência de registro sanitário, a falta de padronização, a vedação ao oferecimento de técnicas experimentais, o custo econômico-financeiro da concessão judicial, a reserva do possível e o impacto sistêmico do fornecimento individual para as políticas de saúde e medicamentos eram solenemente desprezadas. Tudo se resumia à garantia de um ilimitado e incondicionado direito constitucional à saúde e, nesta medida, à recuperação das potencialidades físicas, mentais e sociais do demandante. A sentença, o acórdão local ou regional e o acórdão do tribunal de superposição guardião da Constituição ou da lei federal sistematicamente confirmavam a cognição sumária exercitada pelo juízo de origem para o deferimento da tutela provisória.

O excesso de protagonismo judicial sempre desencadeou reações do Poder Executivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Porém, os esforços dos órgãos de Advocacia Pública eram repelidos sob fundamentos diversos, a exemplo da prevalência do direito fundamental à saúde pública, da exigibilidade de direito inscrito em norma programática, da inexistência de comprovação da ausência de recursos financeiros para o custeio do tratamento objeto da ordem judicial etc.

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal deflagrou um processo de correção de rumos. Nos autos de procedimentos diversos, de sua competência originária ou recursal, o tribunal convocou a Audiência Pública nº 4 com o desiderato de ampliar o debate e firmar uma posição compatível com a real complexidade da judicialização da saúde, verdadeiramente conforme à legalidade constitucional e infraconstitucional e, tanto quanto possível, conciliatória das necessidades individuais e das possibilidades estatais. A par disto, criou o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus) e organizou seis Jornadas de Direito da Saúde, que já resultaram na elaboração de 117 enunciados prepostos a orientar advogados, o Ministério Público, as Defensorias Públicas e os órgãos do Poder Judiciário nacional com competência na matéria.

A realização da Audiência Pública nº 4 e a constituição do Fonajus, ambas em 2009, e a realização da I Jornada de Direito da Saúde, em 2014,

deram visibilidade às reações institucionais político-jurídicas representativas da etapa intermediária dantes mencionada. Finalmente, a transição para a etapa atual da judicialização da saúde no Brasil operou-se com o julgamento de dois recursos extraordinários com repercussão geral e de um recurso especial repetitivo.

No RE nº 657.718, o STF assentou a possibilidade de o poder público ser compelido ao fornecimento de medicamento desprovido de registro sanitário, contanto que cumpridas três condicionantes, a saber: (i) configuração de mora irrazoável da Anvisa para examinar requerimento de registro sanitário pendente há mais tempo que o previsto em lei (arts. 17-A, 21 e 24-A da Lei nº 6.360/1973, acrescentados ou alterados pela Lei nº 13.411/2016); contudo, o tribunal fez uma ressalva para dispensar tanto a pendência de requerimento de registro quanto a mora da agência reguladora setorial na hipótese de demandas em que se postulem medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; (ii) inexistência de substituto terapêutico com registro sanitário no Brasil; (iii) formação de litisconsórcio passivo necessário entre a pessoa política com legitimidade passiva para a demanda e a Anvisa (Tema 500, da repercussão geral).

Uma passagem do aludido julgamento merece especial destaque: a despeito da provocação feita pelo ministro Dias Toffoli, o tribunal não se manifestou sobre a recepção do art. 10, *caput*, da Lei nº 6.360/1976, que veda a importação de medicamentos e insumos farmacêuticos sem registro ou autorização de importação. De conseqüente, fez surgir uma causa judicial (supralegal) de exclusão da antijuridicidade para o crime tipificado no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, acrescentado pela Lei nº 9.677/1998, que reprime a conduta consistente em importar, distribuir ou entregar a consumo produto desprovido do necessário registro sanitário.

O segundo precedente qualificado do STF é o RE nº 1.165.959. Nele restou decidido que o Estado pode ser excepcionalmente compelido ao fornecimento de medicamento desprovido de registro sanitário, mas objeto de autorização especial de importação da Anvisa (Tema 1.161, da repercussão geral) — por exemplo os fármacos cujo princípio ativo seja o canabidiol, os quais têm sido empregados no tratamento de pacientes que apresentam crises epiléticas graves, sintomas ansiosos severos etc. Nessa hipótese, as três condicionantes fixadas foram as seguintes: (i) a incapacidade econômica do paciente, (ii) a imprescindibilidade clínica do tratamento e (iii) a impossibilidade de sua substituição por outro similar, constante da Renome e/ou de PCDT.

Aqui o problema da falta de registro não se coloca, porque a agência reguladora setorial concede ao interessado autorização especial de importação. Todavia, causa perplexidade a fixação de requisito econômico em

sede jurisprudencial, na contramão de direção da natureza gratuita dos serviços públicos de saúde, remunerados por recursos orçamentários provenientes de tributos vinculados e não vinculados, sem prejuízo de outras fontes não contributivas (art. 198, § 1º, da Constituição Federal).

Por fim, no REsp nº 1.657.156, a Primeira Seção do STJ assentou a possibilidade de o poder público ser compelido ao fornecimento de medicamento ou tratamento não inscrito na Renome, contanto que cumpridas três condicionantes: (i) registro na Anvisa; (ii) exibição de laudo fundamentado e circunstanciado, elaborado por médico que acompanhe o paciente, que comprove a necessidade ou a importância do medicamento postulado e a ineficácia das alternativas terapêuticas previstas na Renome e/ou em PCDT; (iii) incapacidade financeira do paciente para o custeio do tratamento que lhe foi prescrito (Tema Repetitivo 106). Novamente, instituiu-se um requisito econômico ao arrepião do bloco de constitucionalidade. Para evitar repetições inúteis, remete-se o leitor ao parágrafo anterior, em que se sustenta a incompatibilidade vertical da exigência.

Os parâmetros jurisprudenciais que substantivam o modelo intermediário ou eclético de judicialização da saúde, acima referidos, contêm imperfeições. As mais eloquentes são a mitigação da competência do Poder Executivo para formular e executar a política de assistência terapêutica integral, a expansão do controle jurisdicional para além das fronteiras do descumprimento dos programas de ação governamental, o descumprimento de norma legal válida e eficaz que proscreve a importação de medicamentos ou insumos farmacêuticos desprovidos de registro sanitário, a consagração de causa jurisprudencial (supralegal) de exclusão da antijuridicidade da conduta penalmente típica consistente em importar produto farmacêutico ou medicamentoso sem o necessário registro sanitário ou a correspondente autorização excepcional de importação e, finalmente, a negação da gratuidade do SUS mediante a exigência de incapacidade financeira do paciente para custear o tratamento prescrito. Ainda assim, representam um expressivo avanço no sentido da objetivação dos julgamentos do Poder Judiciário e, portanto, da tutela da segurança jurídica.

Eventuais melhorias dos padrões de julgamento poderão ser implementadas em futuro próximo, por meio do amadurecimento das teses repetitivas, do paulatino reconhecimento da complexidade da judicialização da saúde pública e da sedimentação da deferência judicial a avaliações técnicas — já verificada, por exemplo, nos domínios do direito concorrencial (RE nº 1.083.955 AgR). O capítulo final deste artigo é dedicado a algumas propostas dirigidas a este fim.

5- Por Um Modelo Diferente A Escolhas Político-Administrativas Conformadas Ao Bloco De Juridicidade

A interpretação do texto constitucional não pode ser feita de modo estanque, como se não houvesse uma estreita imbricação dos múltiplos assuntos por ele regulados. De tal maneira que os dispositivos que consagram o direito à saúde devem necessariamente dialogar com os que promovem a separação orgânica e funcional do poder político (cláusula da separação dos poderes), estabelecem as bases da contratação pública de bens e serviços (normas sobre licitação e contrato administrativo), disciplinam as finanças públicas (critérios para a estimativa da receita e realização da despesa) e proclamam o devido processo legal em sentido formal (ampla defesa, contraditório, juiz natural, razoável duração dos processos etc.).

Iniciativas que garantem o respeito à separação dos poderes. A formulação e a execução de políticas públicas constituem funções típicas dos Poderes Legislativo e Executivo, sobretudo deste último. Definidas as diretrizes gerais da ação estatal pelo legislador, incumbe aos órgãos e entidades do Poder Executivo o exercício de competência regulamentar e, eventualmente, de capacidade normativa de conjuntura (GRAU, 2014, p. 227–229) para dar corpo e exequibilidade aos programas de ação governamental juridicamente regulados.

Como observa Maria Paula Dallari Bucci (2017, p. 34–35), a interlocução do direito com as políticas públicas pressupõe atenção à perspectiva do Poder Executivo, à escala da ação governamental e à visão prospectiva substantivada em uma estratégia jurídico-institucional. “Para se conhecer uma política pública, sua existência, conformação e adequação, é preciso apreender as informações oriundas principalmente do Poder Executivo” (BUCCI, 2017, p. 35). A escala do problema corresponde à sua “dimensão quantitativa, bem como comparações temporais e geográficas em face do público demandante, do alvo ideal de um programa, de experiências similares no contexto internacional, e assim por diante” (BUCCI, 2017, p. 37). Por fim, a visão prospectiva diz com o “direcionamento da capacidade analítica a propor cenários para o futuro. E traçar estratégias, com base nesse tipo de análise, é um dos sentidos dessa abordagem” (BUCCI, 2017 p. 38–39).

Segue-se daí que juízes e tribunais têm dever de deferência aos pareceres da Conitec, aos PCDT e à Rename. Sendo o caso de invalidação total ou parcial de tais atos administrativos — o que, de resto, encontra ressonância na cláusula constitucional que consagra o direito fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXV) —, devem apegar-se sobretudo a aspectos jurídicos, a exemplo da competência, do procedimento e das sanções

administrativas. Neste domínio desempenham um controle forte, mas não ativista, porque atuam nos quadrantes constitucionais e legais da função jurisdicional.

Por medida de auto contenção, a sindicabilidade judicial dos aspectos técnico-científicos deve ser exercitada apenas em caráter excepcional, quando haja argumentos robustos em sentido contrário — por exemplo, o consenso científico quanto à viabilidade da terapêutica postulada e, simultaneamente, a indisposição da indústria farmacêutica para o registro sanitário ou a recusa injustificada do poder público à incorporação do fármaco à Rename. Aqui o controle deve ser fraco, isto é, deferente às escolhas administrativas legítimas.

Iniciativas que garantem o cumprimento das normas do sistema de contratação pública. As exigências relacionadas ao sistema de contratação pública também se entrelaçam com a separação dos poderes, na medida em que atinam ao livre exercício da função administrativa pelo Poder Executivo. Todavia, por imperativo metodológico, impõe-se examiná-las em apartado.

Em regra, a aquisição de medicamentos e insumos farmacêuticos e a contratação de serviços médicos em geral está sujeita a prévia licitação. Portanto, não é dado aos órgãos jurisdicionais desdenhar dos obstáculos e das dificuldades reais que se levantam contra o administrador público e, nesta extensão, constrangê-lo à aquisição direta de medicamentos mediante a fixação de prazos de difícil ou impossível cumprimento. Quem o faz viola, a um só tempo, as normas constitucionais e legais sobre licitação e contratos administrativos e as normas de segundo grau que presidem o controle da Administração Pública, em particular o art. 22, *caput*, da LINDB.

Iniciativas que garantem o cumprimento das normas que regulam as finanças públicas. Novamente, o leitor está diante de assunto relacionado à separação dos poderes. Porém, pelas razões já enunciadas, o seu exame é feito em separado.

As finanças públicas integram o bloco de juridicidade. Em matéria de saúde pública, as normas de direito financeiro descansam na Constituição Federal e na Lei nº 8.080/1990. A Constituição Federal comanda a articulação das políticas sociais e econômicas, apresenta os rudimentos do financiamento da saúde e delega a normatização respectiva à lei e aos regulamentos administrativos (arts. 196 e 198, § 1º). Por sua vez, a Lei nº 8.080/1990 confere ao custo-efetividade o *status de critério para a formulação da assistência terapêutica integral* (arts. 19-O, parágrafo único, e 19-Q, § 2º, II).

Segue-se daí o caráter falacioso da retórica judicial apegada à prevalência absoluta do direito à saúde, de que resulta a inoponibilidade do argumento econômico-financeiro revelado na reserva do possível e nas normas sobre programação e execução orçamentária.

A natureza inapelavelmente jurídica das normas de cunho econômico-financeiro não se compreza com decisões limitadas à paráfrase do art. 196 da Constituição Federal. Ao contrário, exige fundamentação consistente, formal e materialmente adequada à totalidade normativa, sob pena de invalidação para o saneamento de vício de nulidade pelo juízo *a quo* (art. 93, IX, da Constituição Federal) ou, então, de reforma para a correção de erro de julgamento diretamente pelo tribunal *ad quem*.

Iniciativas que garantem o cumprimento do devido processo legal em sentido formal. À semelhança das pessoas naturais e dos entes morais privados, as pessoas políticas e administrativas também são titulares potenciais de direitos fundamentais de primeira dimensão, a exemplo dos direitos fundamentais de natureza processual. Desse modo, *mutatis mutandis*, o ordenamento jurídico outorga-lhes direitos públicos subjetivos ao devido processo legal em sentido formal, à ampla defesa, ao contraditório, ao julgamento da causa por um juiz natural, a provimentos jurisdicionais consistentes e fundamentados, à razoável duração dos processos etc.

De conseguinte, juízes e tribunais não podem nem devem estabelecer presunção absoluta de veracidade dos fatos representativos da causa de pedir. Tampouco estão legitimados a depositar confiança irrestrita nos relatórios unilateralmente produzidos pelos médicos que acompanham o paciente demandante. Mesmo no silêncio da parte pública demandada — contra quem, diante da irrenunciabilidade do direito material subjacente ao processo, não se opera a presunção de veracidade dos fatos não impugnados especificamente (art. 341, I, do Código de Processo Civil) — é imperativo que determinem a realização de exame pericial e exercitem cognição plena e exauriente também no que se refere ao substrato fático.

No mínimo, o julgador deve exigir que o demandante comprove a ineficácia das terapêuticas previstas em PCDT, de resto uma exigência prevista nos precedentes qualificados do STF e do STJ. No limite, ante a complexidade envolta em conflitos de saúde pública, admite-se que inverta o ônus da prova e transfira a incumbência para a parte pública (WANG, 2019). O que não é concebível é o apego dos órgãos jurisdicionais à narrativa autoral e a consequente circunscrição do julgamento a argumentos formais, fracos, de conteúdo principiológico ou de qualquer outra forma vagos e, pois, carentes de densidade jurídica — máxime quando contrapostos a fundamentos constitucionais, legais e regulamentares robustos.

Em síntese, opta-se por um modelo de controle forte — mas expurgado de ativismo judicial — para as questões jurídicas e deferente para as questões técnico-científicas.

6-Considerações Finais

A determinação de parâmetros para a judicialização da saúde é um trabalho em andamento nos domínios acadêmico e pretoriano. O progresso havido com as reflexões críticas da literatura especializada, os suprimentos amealhados na Audiência Pública nº 4, os enunciados das Jornadas de Direito da Saúde e os precedentes qualificados é notável. Contudo, na prática judiciária ainda se identificam reminiscências do ativismo radical que grassou na década de 1990 e nos anos 2000.

A despeito de romper com o decisionismo de antanho, o modelo intermediário ou eclético consagrado nos Temas 500 e 1.161, da repercussão geral (STF), e no Tema Repetitivo 106 (STJ) conflita com as balizas políticas, administrativas, financeiras e técnico-científicas necessárias à higidez da assistência terapêutica integral, a cargo do SUS. Juízes e tribunais seguem autorizados à adoção de providências abrangidas pela reserva de administração.

Um sistema público de saúde que se pretenda sustentável requer o escrupuloso cumprimento das políticas públicas respectivas, cuja pretensão à universalidade passa ao largo do melhor tratamento disponível no mercado. O compromisso constitucional e legal é com a terapêutica viável na perspectiva do custo-efetividade e, ainda, seguro e eficaz do ponto de vista da medicina baseada em evidências. Isto não pode ser suplantado por uma retórica vazia, arrimada na inafastabilidade do controle jurisdicional e na pretensa natureza absoluta do direito constitucional à saúde.

Enquanto se mantiver alheia à totalidade das normas jurídicas oponíveis aos poderes políticos — inclusive as de ordem econômico-financeira — a judicialização da saúde pública será um flagelo. Quiçá a alternativa repouse na encampação de um modelo de controle que seja forte na sindicância de aspectos jurídicos e fraco no que diz respeito à variável técnico-científica.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.657.156, Relator Benedito Gonçalves, Primeira Seção, 04 mai. 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641175&num_registro=201700256297&data=20180504&formato=PDF. Acesso em: 20. ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657.718, Relator Roberto Barroso, Plenário, 9 nov. 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344900727&ext=.pdf>. Acesso em: 20. ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.165.959, Relator Alexandre de Moraes, Plenário, 22 out. 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348384226&ext=.pdf>. Acesso em: 20. ago. 2023.

BUCCI, M. P. D. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, M. P. D.; SEIXAS, D. C. **Judicialização da saúde - DIG**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 31–88, *E-book*. ISBN 9788547211295. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547211295/>. Acesso em: 06 ago. 2023.

CABRAL, I.; REZENDE, L. F. Análise das ações judiciais individuais para fornecimento de medicamentos em São João da Boa Vista. **Revista de Direito Sanitário**, [S. I.], v. 16, n. 1, p. 59-77, 2015. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v16i1p59-77. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100017>. Acesso em: 8 set. 2023.

FERRAZ, O. L. M.; WANG, D. W. L. As duas portas do SUS. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Opinião, 19 jun. 2014. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/06/1472761-octavio-ferraz-e-daniel-wang-as-duas-portas-do-sus.shtml>. Acesso em: 8 set. 2023.

GRAU, E. R. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

LEMOS, J. C. A Judicialização da saúde como sintoma da desconfiança no Poder Executivo. In: BUCCI, M. P. D.; SEIXAS, D. C. **Judicialização da saúde - DIG**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 395–420, *E-book*. ISBN 9788547211295. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547211295/>. Acesso em: 06 ago. 2023.

PIRES, N. S. et al. O retrato da judicialização nas demandas judiciais de saúde propostas pela Defensoria Pública da União no Município de Porto Alegre/RS. **Revista de Direito Sanitário**, [S. I.], v. 23, p. e0003, 2023. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.rdisan.2023.182430. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/182430>. Acesso em: 8 set. 2023.

RAMOS, E. S. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502622289/pageid/0>. Acesso em: 8 set. 2023.

SILVA, L. V. A. **Direito constitucional brasileiro**. 1. ed. 1. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

TRINDADE, M. C. N. et al. Acciones judiciales que exigen tecnologías en salud en Brasil: una revisión sistemática de métodos mixtos. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 64–83, 2022. DOI: 10.17566/ciads.v11i1.904. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/904>. Acesso em: 8 set. 2023.

WANG, D. W. L. et al.[a]. Melhorar o processo administrativo aumenta a deferência judicial?: uma análise empírica do impacto da Conitec sobre a judicialização da saúde. **Jota**, São Paulo, Gestão Pública, 19 nov. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/melhorar-o-processo-administrativo-aumenta-a-deferencia-judicial-19112020>. Acesso em: 8 set. 2023.

WANG, D. W. L. et al.[b]. O “remédio mais caro do mundo” e os dilemas para o SUS e o STF. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Saúde em Público, 26 ago. 2020. Disponível em: <https://saudeempublico.blogfolha.uol.com.br/2020/08/26/o-remedio-mais-caro-do-mundo-e-os-dilemas-para-o-sus-e-o-stf/>. Acesso em 8 set. 2023.

A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

Marcia Regina Negrisoli Fernandez Polettini

Advogada Empresarial,

Presidenta da OAB Bauru (gestões 2019-2021 e 2022-2024),

Mestra em Direito e Professora das Faculdades Integradas de Bauru- FIB

1. Introdução

O presente artigo se dedica ao estudo da função social da empresa sob a perspectiva constitucional, ou seja, a empresa enquanto agente econômico capaz de reduzir as desigualdades sociais, gerando riquezas e oportunidades para a coletividade e promovendo a dignidade humana.

Será realizado um breve relato sobre a ordem econômica constitucional e os princípios da livre iniciativa e livre concorrência e como eles norteiam as questões relacionadas à função social.

A função social da empresa segue regida pela Constituição Federal e também por normas infraconstitucionais. Neste contexto, prevalecem os valores sociais sobre os individuais e os institutos do direito privado, entre eles o direito de empresa, devem se amoldar à nova perspectiva *pro sociedade*.

2. A Empresa e a Ordem Econômica Constitucional

A Constituição Federal é a base de todo o ordenamento jurídico e do Estado Democrático de Direito. Dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, temos os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa, sendo elencados como princípios fundamentais logo no artigo 1º.

Mais a frente, o artigo 170 da Constituição dispõe de forma expressa sobre os princípios gerais da ordem econômica e novamente traz o trabalho humano e a livre iniciativa como um pilar fundamental para uma existência digna.

Percebe-se, portanto, que o legislador constituinte demonstrou uma preocupação com o equilíbrio entre a exploração da atividade econômica e a proteção dos direitos fundamentais.

O legislador constituinte, de maneira categórica, pretende evitar que a iniciativa econômica privada possa ser desenvolvida de maneira prejudicial à promoção da dignidade da pessoa humana e a justiça social. Rejeita, igualmente, que os espaços privados, como a família, a empresa e a propriedade, possam representar uma espécie de zona franca para a violação do projeto constitucional. (TEPEDINO, 2003, p.118)

O sistema capitalista está presente em nossa Constituição Federal, quando por exemplo, permite que os agentes econômicos sejam detentores dos meios de produção e que seja privilegiada sua autonomia privada e autonomia no exercício da atividade empresarial.

Porém, para fins de restabelecer o equilíbrio dessa relação entre autonomia privada e interesse social, e que a Constituição Federal preconiza que as atividades empresariais devem ser voltadas à promoção da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Reale (1999, p. 45) diz que “ a Carta Magna não consagra o liberalismo infenso à justiça social, mas sim o social-liberalismo, segundo o qual o Estado também atua como agente normativo e regulador da atividade econômica.”

2.1 Livre Iniciativa

A atividade econômica é impulsionada pela livre iniciativa é um estímulo ao mercado, mas esta deve atender aos princípios gerais da ordem constitucional econômica, prevista nos incisos I a IX do artigo 170.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Assim, em que pese a livre iniciativa seja a expressão do direito à autonomia privada, ela não é absoluta e sofre limitações relacionadas à promoção da dignidade humana.

Sustenta Barroso (2008) que:

O princípio da livre iniciativa, por sua vez, pode ser decomposto em alguns elementos que lhe dão conteúdo, todos eles desdobrados no texto constitucional. Pressupõe ele, em primeiro lugar, a existência de propriedade privada, isto é, de apropriação particular dos bens e dos meios de produção (CF, arts. 5º, XXII e 170, II). De parte isto, integra, igualmente, o núcleo da ideia de livre iniciativa a liberdade de empresa, conceito materializado no parágrafo único do art. 170, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos em lei. Em terceiro lugar situa-se a livre concorrência, lastro para a faculdade de o empreendedor estabelecer os seus preços, que hão de ser determinados pelo mercado, em ambiente competitivo (CF, art. 170, IV). Por fim, é da essência do regime de livre iniciativa a liberdade de contratar, decorrência lógica do princípio da legalidade, fundamento das demais liberdades, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II).

Para Fábio Ulhoa Coelho o princípio da livre iniciativa, se desdobra em 4 condições fundamentais:

- a) imprescindibilidade da empresa privada para que a sociedade tenha acesso aos bens e serviços que necessita para sobreviver;
- b) busca do lucro como principal motivação dos empresários;
- c) proteção do investimento privado;
- d) reconhecimento da empresa como geradora de empregos e riquezas para a sociedade

Embora a Constituição Federal assegure, em mais de um dispositivo, a livre iniciativa; ela própria a restringe, ao condicioná-lo ao atendimento de qualificações profissionais (art 5º, XIII), ou ao submetê-lo à necessidade de autorização prévia de órgãos públicos, em algumas atividades empresariais (art 170, § único).

Portanto, a ordem econômica na Constituição Federal tem o condão de conciliar a livre iniciativa com o interesse coletivo.

2.2 Livre concorrência

A livre concorrência, prevista no art 170, IV, é um dos princípios que direcionam a livre iniciativa empresarial. Seu objetivo é garantir a competitividade, possibilitando liberdade aos agentes econômicos que pretendem ingressar ou permanecer no mercado.

De forma resumida, podemos dizer que duas são as formas pelas quais o Estado se propõe a concretizar o princípio da livre concorrência.

A primeira forma é coibir as práticas de atos que configurem a concorrência desleal. Inclusive, em algumas situações estes atos podem também ser tipificados como crime, previsto na Lei 9.276/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Vejamos.

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever de emprego, lhe proporcione vantagem;

X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Já a segunda forma do Estado atuar para concretização do princípio da livre concorrência e a repressão ao abuso de poder econômico. Sob esse prisma, condutas como formação de cartel, que atingem o ambiente concorrencial de forma negativa, sofrem as sanções previstas na Lei 12.529/2011 (Lei Antitruste).

Diversas agências reguladoras, como Anatel, Anvisa e ANP, além do CADE, são responsáveis pela garantia da livre concorrência e combate à concorrência desleal. Neste sentido, de especial importância a lei n. 12.529/11 que foi editada com o propósito de estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e viabilizar a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

3- A função social da empresa

O art 170, inciso II da Constituição Federal prevê a propriedade privada como um dos princípios gerais da atividade econômica. Afinal, sem propriedade privada, especialmente quanto aos chamados bens de produção, não existe mercado.

O mesmo dispositivo também prevê a função social da propriedade como princípio geral da atividade econômica (inciso III).

É dessa combinação de princípios, propriedade privada e função social da propriedade que decorre a função social da empresa.

Quando se fala em função social da empresa se fala em atividade empresarial em si, que decorre dos chamados bens de produção pelos empresários.

A propriedade dos bens está sujeita ao cumprimento de uma função social, que estará satisfeita quando houver a criação de empregos, pagamento de tributos e geração de riquezas.

Afinal, a empresa não deve atender apenas aos interesses individuais dos empresários ou sócios da sociedade empresária; mas também aos interesses difusos e coletivos, de todos aqueles que são afetados pelo exercício dela.

Para Pereira (2010), a partir da Constituição Federal de 1988, a associação entre a responsabilidade social e sua função social está cada vez mais presente nas empresas. Os empresários vêm utilizando estratégias com reflexos sociais para se manterem fortes no mercado. Assim, as atividades econômicas e sua função social repercutem na sociedade. A sociedade é afetada pela atividade empresarial tanto de forma positiva quanto negativa. Positivamente, ela gera empregos, circulação de bens, pagamento de tributos, dentre outros. E, negativamente, pode-se mencionar a poluição ambiental, aumento das desigualdades sociais, regressão da economia, dentre outros.

Inúmeras normas infraconstitucionais também reforçam esse princípio.

Um exemplo dessas normas é o artigo 116 da lei n. 6.404/76 (LSA) que contempla expressamente o princípio. Referido artigo estipula que o acionista controlador deve usar o seu poder de controle com o fim de fazer a companhia

realizar o seu objeto e cumprir sua função social. Além disso, o artigo indica que o controlador tem deveres e responsabilidades não só perante os demais acionistas, mas também em relação a todas as pessoas que tenham vínculos diretos ou indiretos com a atividade empresarial.

Temos também a função social da empresa descrita na Lei de Recuperação Judicial n. 11.101/2005, onde em seu artigo 47, leciona acerca da ligação intrínseca entre o instituto da recuperação judicial, a preservação da própria empresa e a função social da mesma.

Art. 47 - recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A noção de empresa contemporânea evidencia a necessidade de uma convivência harmônica entre os interesses e fins lucrativos do empresário e os interesses da sociedade.

Nesse sentido confira-se o entendimento de André Santa Cruz (2018):

Assim, quando se fala em função social da empresa faz-se referência à atividade empresarial em si, que decorre do uso dos chamados bens de produção pelos empresários. Como a propriedade (ou o poder de controle) desses bens está sujeita ao cumprimento de uma função social, nos termos do art. 5º, inciso XXIII, da CF/88, o exercício da empresa (atividade econômica organizada) também deve cumprir uma função social específica, a qual, segundo Fábio Ulhoa Coelho, estará satisfeita quando houver criação de empregos, pagamento de tributos, geração de riqueza, contribuição para o desenvolvimento econômico, social e cultural do entorno, adoção de práticas sustentáveis e respeito aos direitos dos consumidores.

A empresa que cumpre sua função social demonstra que valoriza a sociedade e a implementação de suas garantias constitucionais; mas também cria um espaço para a sua própria segurança tanto jurídica, quanto financeira, uma vez que desempenhará suas funções no seio de uma sociedade plena.

4- Conclusão

Ao longo deste estudo foi realizada uma análise sobre a função social da empresa e seu fundamento constitucional, levando em conta os princípios da ordem econômica presentes no artigo 170.

Discorremos como as empresas, sob a ótica constitucional, devem balizar sua conduta dentro da comunidade em que estão inseridas, gerando renda e riqueza para a coletividade.

Neste sentido, os princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência devem estar em harmonia com a função social, e a efetivação dos Direitos Fundamentais ligados à dignidade humana, o direito ao bem-estar, ao meio ambiente saudável e à construção (permanente) da sociedade justa, livre, plural e solidária que orienta a Constituição brasileira.

Portanto, a função social da empresa vai além da obtenção de lucro. Deve ser pautada nos princípios constitucionais comprometendo-se com a busca pela justiça social, maior igualdade e valorização da dignidade da pessoa humana.

5. Referências Bibliográficas

BARROSO, Luiz Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (READE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.14, 2008.

COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa. V. 1. 22^a ed. São Paulo: RT, 2019.

CRUZ, André Santa. Direito empresarial. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. Disponível em: [PEREIRA, Henrique Viana. **A função social da empresa.** In: Biblioteca PUCMINAS - Belo Horizonte, 2010.](https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/2000/Princípio-da-livreconcorrência#:~:text=Trata%2Dse%20de%20princ%C3%ADpio%20basilar,infra%C3%A7%C3%A3o%20contra%20%20ordem%20econ%C3%B4mica. Acesso em: 25 de agosto de 2023</p></div><div data-bbox=)

REALE, Miguel. O Estado Democrático de Direito e o Conflito das ideologias. 2 ed.rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Civil: Perspectivas Interpretativas diante do Novo Código, in Cesar Fiúza; Maria de Fátima Freire de Sá; Bruno Torquato de Oliveira Naves (org.), Direito Civil - Atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário, v. 1.** – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: PROTEÇÃO AOS GRUPOS VULNERABILIZADOS PARA SUPERAÇÃO DAS DESIGUALDADES EDUCACIONAIS

Maria Cláudia Zaratini Maia

Doutora em Educação pela Universidade Federal de São Carlos - UFSCar,
Mestra em Direito pela Instituição Toledo de Ensino- ITE,
Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru - FIB

1- Introdução

A garantia do direito à educação para a população brasileira teve progressos nas últimas décadas, e os avanços se deveram à garantia ampla deste direito na Constituição Federal de 1988, que completa 35 anos neste ano de 2023. Apesar da estagnação ocasionada pela Emenda Constitucional n. 95 de 2016, que estabeleceu o teto de gastos, é certo que, mesmo os progressos obtidos até então, não foram estendidos à população de forma igualitária, pois ainda há desigualdade quanto ao acesso ao direito à educação.

Persiste na sociedade brasileira a desigualdade educacional especialmente quando se observam alguns grupos vulnerabilizados, particularmente considerando os fatores raça/etnia e classe social, conforme revelado na última pesquisa Pnad Educação do ano de 2022, divulgada em junho de 2023. A partir de dados de referida pesquisa, com destaque para o recorte classe social e raça na parcela jovem da população, observa-se a existência de desigualdade de acesso à educação e à plena efetivação deste direito humano fundamental.

Neste trabalho pretende-se discutir a proteção do direito à educação na Constituição Federal de 1988 e a necessária superação das desigualdades educacionais que ainda persistem para determinados grupos vulnerabilizados, especialmente para a população pobre e população negra.

Optou-se por utilizar a expressão grupos vulnerabilizados porque esta condição não é natural nem foi escolhida por tais grupos, mas foi produzida social e historicamente, portanto são grupos que estão vulnerabilizados por condições históricas, econômicas e sociais que lhes foram impostas.

Considerou-se somente alguns dados apontados pela referida pesquisa do Pnad 2022, quais sejam, classe e raça/etnia na população de faixa etária dos 19 aos 24 anos e utilizou-se o método dedutivo e pesquisa de revisão bibliográfica a partir de fontes documentais e de autores que pesquisam direito à educação e políticas públicas.

2- O direito humano fundamental à educação

A educação é um direito humano fundamental, classificada como direito social, de segunda geração ou dimensão, conforme distinção clássica de Thomas Marshall (MARSHALL, 1967). Os direitos sociais surgem no final do Século XIX a partir da luta de trabalhadores por melhores condições de trabalho e vida e se fortalecem a partir do Século XX. São direitos que objetivam concretizar a igualdade, exigindo que o Estado assegure a todos um padrão de vida capaz de gerar bem-estar econômico, social e dignidade, como por exemplo: direito à saúde, educação, trabalho, previdência social, moradia, cultura, lazer, dentre outros.

E, como um direito humano fundamental, a educação está assegurada em âmbito interno pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional que a regula, e também em instrumentos internacionais que o Estado brasileiro se comprometeu desde da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

A Constituição Federal de 1988 foi a constituição brasileira que assegurou a educação de forma mais ampla e que teve a maior participação popular na sua elaboração. Nela a educação é o primeiro direito social previsto no artigo 6º e foi-lhe dedicada uma seção própria, no capítulo III, que trata da educação, da cultura e do desporto, com previsões nos artigos 205 a 214, desde garantia do direito, o dever do Estado, os princípios e as etapas da educação, a vinculação orçamentária, a permissão do ensino privado, as competências dos entes federativos e a necessidade de elaboração de plano nacional de educação, decenal com metas a serem atingidas (BRASIL, 1988).

A educação básica, obrigatória e gratuita é dever do Estado, desde a educação infantil, até o ensino médio, conforme artigo 208, I, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional n. 59 de 2009, gerando direito público subjetivo, o que significa dizer que pode ser exigida pelo titular quando negada. Já defendemos, em trabalho anterior, que não só a educação obrigatória e gratuita gera direito público subjetivo, mas também todas as etapas da educação, seus princípios e as metas do Plano Nacional de Educação, quando não atingidas, também poderiam ser exigidas (MAIA, 2011).

Estão também garantidos constitucionalmente os princípios que devem assegurar o direito à educação, como: “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”, “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”, “pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino”, “gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais”, “valorização dos profissionais de educação escolar”, “gestão democrática do ensino público” “garantia de padrão de qualidade”, “piso salarial nacional para os profissionais da educação escolar pública”, “garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida”, conforme artigo 206 e incisos, da Constituição Federal.

Além das garantias constitucionais quanto ao direito à educação, o Brasil se comprometeu, como dito, em instrumentos internacionais, a efetivar o direito à educação.

Apesar de ser um direito amplamente assegurado pelo Estado, em que há previsão orçamentária específica e vinculada e, que pode ser exigido judicialmente quando negado, ainda está bem longe de ser concretizado, de forma ampla, democrática, e igualitária, pois “o direito à educação segue sendo proclamado, mas o dever de garantir esse direito segue sendo protelado” (Saviani, 2013, p. 754).

Os direitos sociais são um paradoxo, pois buscam igualdade em um sistema econômico que funciona produzindo a desigualdade. Na realidade, os direitos sociais não nascem com objetivo de acabar com a desigualdade, apesar de poder contribuir para diminui-las e o mesmo acontece com o direito à educação.

Norberto Bobbio já advertia sobre a maior dificuldade de concretização dos direitos sociais, comparados aos direitos de liberdade: “[...] é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger que os direitos de liberdade” (Bobbio, 2004, p. 60).

Assim, se no Brasil, a Constituição Federal de 1988 não estabeleceu distinção para o direito à educação, assegurando-o de forma ampla, como direito de todos e tendo como alguns dos princípios norteadores a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola e, conforme artigos 205 e 206, inciso VII (BRASIL, 1988), o que se observa, na realidade, é que há distinção na oferta e na garantia de educação para os grupos vulnerabilizados.

Desta contradição entre o que está assegurado na Constituição Federal e o que efetivamente está garantido para a população, é que nasce a necessidade da sociedade, em especial da parcela social que não tem seu direito concretizado, de se organizar na luta pelo direito à educação.

3 Desigualdades Sociais e Educacionais

Apesar da generalização da escola no Brasil e de praticamente ter-se assegurado o acesso universal ao ensino fundamental para crianças e adolescentes de 6 a 14 anos, com percentual de 98% em 2020 e 95,9% em 2021 (Agência Senado, 2023), ainda há um persistente quadro de desigualdade educacional revelado pela Pesquisa – PNAD Contínua (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) Educação de 2022, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE e divulgada em junho de 2023 (IBGE, 2023).

O estudo demonstrou uma queda na taxa de analfabetismo, de 6,1% em 2019 para 5,6% em 2022 (IBGE, 2023), mas os fatores raça e classe social ainda têm grande impacto no acesso e permanência à escola, especialmente quando considerada a população jovem, e o acesso às etapas finais da educação como educação básica e educação superior, evidenciando a desigualdade educacional.

Para as pessoas pretas e pardas o estudo apontou que, seja na faixa etária da adolescência, seja na fase adulta há desigualdades quanto ao acesso e garantia do direito à educação:

Entre as pessoas pretas ou pardas com 15 anos ou mais de idade, 7,4% eram analfabetas, mais que o dobro da taxa encontrada entre as pessoas brancas (3,4%). No grupo etário de 60 anos ou mais, a taxa de analfabetismo dos brancos foi de 9,3%, enquanto entre pretos ou pardos ela chegava a 23,3%.

Pela primeira vez, mais da metade (53,2%) da população de 25 anos ou mais havia concluído, pelo menos, a educação básica obrigatória, isto é, possuíam ao menos o ensino médio completo. No entanto, para as pessoas de cor preta ou parda, esse percentual foi de 47%, enquanto entre as brancas a proporção era de 60,7% (IBGE, 2023).

Especificamente com relação à população jovem, com idade entre 18 e 24 anos o percentual da população branca que estuda e concluiu a educação básica é superior em mais de 10% se comparada à população preta e parda que concluiu o ensino médio nessa faixa etária. E, se considerarmos a frequência em curso de graduação, o percentual de brancos estudando é superior em 13,9% se comparados aos jovens pretos e pardos:

Na população de 18 a 24 anos, 36,7% das pessoas brancas estavam estudando, enquanto entre pretos e pardos a taxa foi de 26,2%. Entre os brancos, nesse grupo etário que frequentavam escola, 29,2% cursavam graduação, ante 15,3% das pessoas de cor preta ou parda. Além disso,

70,9% dos pretos e pardos nessa idade não estudavam nem tinham concluído o nível superior, enquanto entre os brancos este percentual foi de 57,3% (IBGE, 2023).

Os dados demonstram que mesmo com a existência de políticas públicas específicas de ação afirmativa para ingresso de no ensino superior, para estudantes oriundos da rede pública de ensino, de baixa renda e da população negra, existente no Brasil há mais de 10 anos⁴, o quadro de desigualdade ainda está longe de ser superado.

Quanto ao fator classe social, o estudo revelou que mais de 40% dos jovens deixam de estudar pela necessidade de trabalhar: “A necessidade de trabalhar foi a principal justificativa dos jovens com 14 a 29 anos de idade para abandonarem a escola, motivo informado por 40,2% deste grupo etário” (IBGE, 2023).

A necessidade de trabalho para auxiliar na renda familiar e assegurar a sobrevivência de si e de sua família é o fator que obriga mais de 40% dos jovens a abdicar de seu direito, ou, se afirmado de outra forma, mais de 40% dos jovens brasileiros tem seu direito à educação negado pela necessidade de trabalho.

A negação do direito à educação aos jovens pela necessidade de trabalho, justamente no momento em que poderiam se profissionalizar, aperfeiçoar seus conhecimentos e se desenvolver como seres humanos, além de revelar uma perversa desigualdade educacional, contribui para perpetuar a situação de desigualdade social.

O Plano Nacional de Educação (PNE), Lei 13.005, de 25 de junho de 2014, com vigência no período de 2014 a 2024 estabelece com uma de suas diretrizes a “superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação” conforme previsão do artigo 2º, inciso III (Brasil, 2014), demonstrando o compromisso que não conseguiu ser atingido.

A busca pela igualdade educacional está intimamente ligada à superação das desigualdades sociais, considerando que as desigualdades são históricas e socialmente produzidas, como adverte Arroyo ao tratar do tema:

Para equacionar essas relações entre igualdade educacional e superação das desigualdades sociais, será necessário colocar-nos à análise de que paradigma de

⁴ LEI Nº 12.711, DE 29 DE AGOSTO DE 2012 - Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências.

igualdade tem decretado uns grupos sociais, étnicos, raciais, sexuais como protótipos de igualdade e Outros grupos como protótipos de desigualdade. As igualdades, desigualdades sociais, étnicas, raciais, de gênero, lugar são históricas, produzidas por sujeitos concretos históricos, sujeitos de classe, etnia, gênero, raça. Uma produção tensa, a partir da própria produção tensa, histórica de um paradigma protótipo de igualdade-desigualdade. (ARROYO, 2018, p. 1.100)

A ausência de garantia de acesso à educação para a população jovem, implica em maior dificuldade de empregabilidade, em menor capacidade de participação e inclusão social e exercício da cidadania, além, é claro, de menor possibilidade de desenvolvimento das potencialidades humanas, que são aperfeiçoadas por meio da educação. A negação do direito à educação contribui para perpetuar a situação de desigualdade, mantendo os grupos em situação vulnerável com mais dificuldades para concretizar outros direitos.

Para assegurar que se cumpra o princípio constitucional de igualdade de acesso e permanência à escola, previsto no artigo 206, inciso I, da Constituição Federal de 1988 e se possa garantir o direito à educação, é necessário identificar os grupos vulnerabilizados e desenvolver políticas públicas específicas a partir dos fatores que causam o impedimento de acesso aos seus direitos.

4 Grupos Vulnerabilizados e a Necessidade de Políticas Públicas para concretizar o direito à educação

Os grupos vulnerabilizados ou em condição de vulnerabilidade, de acordo com as 100 Regras de Brasília⁵, são aqueles compostos por pessoas que: “[...] por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico” (Regras de Brasília, 2008).

São vulnerabilizados os grupos que “[...] tem diminuídas, por diferentes razões, suas capacidades de enfrentar as eventuais violações de direitos básicos, de direitos humanos” (Beltrão et al, 2014, p. 13).

Podem ser considerados grupos vulnerabilizados, as crianças e adolescentes, as pessoas idosas, as mulheres, a população negra, a população LGBTQIA+, pessoas com deficiência, povos tradicionais, pessoas

⁵ As “100 Regras de Brasília” sobre o acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade foram elaboradas por um Grupo de Trabalho constituído na Conferência Judicial Ibero-americana e aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, na capital do Brasil, Brasília, nos dias 4 a 6 de março de 2008.

em situação de rua, dentre outros grupos que tenham dificultadas por condições de gênero, de idade e, ou, por condições sociais, históricas e econômicas, seu acesso aos direitos humanos fundamentais.

As condições de vulnerabilidade são cumulativas e podem estar presentes duas ou mais condições de forma concomitante, agravando o acesso aos direitos humanos fundamentais para determinados grupos:

ou seja, as meninas, quando são menores de idade e do gênero feminino, são mais vulneráveis do que os rapazes; as mulheres indígenas são mais vulneráveis do que os homens da mesma etnia; os afrodescendentes com deficiência são mais vulneráveis do que os brancos; e assim sucessivamente ... (Beltrão et al, 2014, p. 15)

A brutal desigualdade social que mantém grande parte da população brasileira na pobreza, sem condições econômicas que lhe permita somente a sobrevivência, e a dívida histórica que o país possui com a população negra, demonstram que esses grupos são impedidos de acessar de forma ampla e igualitária o exercício de seus direitos. Especialmente com relação aos direitos sociais, como a educação.

Os direitos sociais, por dependerem de investimentos públicos e políticas públicas direcionadas e específicas para serem concretizados são historicamente negados à grande parte da população. As desigualdades existentes no acesso aos direitos sociais já era uma preocupação demonstrada por Bobbio:

Só de modo genérico e retórico se pode afirmar que todos são iguais em relação aos três direitos sociais fundamentais (ao trabalho, à instrução, à saúde); ao contrário, é possível dizer, realisticamente, que todos são iguais no gozo das liberdades negativas. E não é possível afirmar aquela primeira igualdade porque, na atribuição dos direitos sociais, não se podem deixar de levar em conta as diferenças específicas, que são relevantes para distinguir um indivíduo do outro, ou melhor, um grupo de indivíduos de outro grupo (Bobbio, 2004, p. 66).

Diante deste cenário, é indispensável e necessário o desenvolvimento de políticas públicas específicas para que os grupos vulnerabilizados que têm seu direito à educação negado por condições sociais e históricas, possam ter acesso à educação.

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).

E, para a concretização do direito à educação é imperioso o desenvolvimento de políticas públicas específicas para assegurar que os grupos vulnerabilizados possam ter acesso à escola, seja por meio de incentivos financeiros, bolsas, garantia de vagas, dentre outras ações afirmativas a serem desenvolvidas pela análise específica das dificuldades de cada grupo.

É importante ainda que se destaque, que não há excesso de políticas públicas no Brasil, como afirmam os discursos que ecoam na contramão das garantias constitucionais. E, sem políticas públicas não é possível assegurar a garantia de direitos, como observa Maria Paula Dallari Bucci, ao tratar dos 30 anos da Constituição Federal de 1988:

A visão de que haveria um excesso de políticas públicas, na CF de 88, portanto, a nosso ver, não se sustenta. Os sucessos governamentais sob a CF de 88 estão, em grande medida, associados ao poder de organização e articulação das políticas públicas. A recíproca, neste caso, é verdadeira; a ausência de políticas públicas bem estruturadas e eficientes compromete a efetivação dos direitos fundamentais (Bucci, 2019, p. 124).

Importante destacar ainda, o retrocesso ocorrido com o congelamento de investimentos em educação ocasionado pela Emenda Constitucional 95 de 2016, ameaçou e impediu a continuidade de políticas públicas (Bucci, 2019).

A demanda por políticas públicas específicas para assegurar igualdade de acesso e permanência à escola (um dos princípios constitucionais do direito à educação) é uma atividade complexa, mas que, com a maior possibilidade de participação democrática, a partir da Constituição Federal de 1988, seja por meio de movimentos populares, organizações não governamentais e conselhos, tem obtido algum avanço nas últimas décadas.

Não se nega os avanços já obtidos, como por exemplo, para a garantia do direito à educação da população negra, as cotas para ingresso nas universidades, a inclusão no currículo oficial da Rede de Ensino, da “História e

Cultura Afro-brasileira"⁶, e também o Estatuto da Igualdade Racial⁷, buscando assegurar a igualdade de oportunidades. Entretanto, como demonstram os dados estatísticos, os avanços ainda são insuficientes para assegurar a igualdade de acesso ao direito à educação.

Com relação às políticas para combate à pobreza e desigualdade social, houve retrocessos nos últimos anos, com a volta do Brasil para o Mapa da Fome das Nações Unidas⁸.

Mas, a persistência de desigualdades, decorrentes de fatores históricos, sociais, econômicos e culturais demonstra que esta não é uma situação que possa ser resolvida de maneira simples, ao contrário, é necessário o engajamento também da sociedade, dos gestores escolares, além, é claro, das políticas públicas específicas.

Arroyo, ao tratar das desigualdades educacionais aponta a necessidade que as políticas por igualdade educativa e social, primeiro reconheçam os grupos a que são negados os direitos humanos como o primeiro passo para a mudança:

As análises e as políticas por igualdade educativa e social são obrigadas a radicalizar-se e reconhecer que os mantidos como desiguais em direitos humanos, sociais em direitos à educação são os grupos sociais, étnicos, raciais decretados no estatuto-padrão de humanidade como deficientes em humanidade, logo reconhecê-los como decretados radicalmente desiguais será um caminho para radicalizar os estudos, as políticas de igualdade social e educacional. Radicalizar seu direito à educação articulado a seu direito à humanidade negada e por que lutam.

(Arroyo, 2018, p. 1.103)

Esmeralda Correa Macana e Rayssa Bolelli também chamam a atenção para a necessária consciência sobre os preconceitos, estereótipos, mentalidade e práticas racistas que reforçam as desigualdades e apontam a necessidade da participação da gestão educacional para o combate às desigualdades: “O combate a estas estruturas precisa estar de forma transversal na pauta das ações dos distintos níveis da gestão educacional, desde a secretaria de educação até a sala de aula” (Macana, Bolelli, 2023).

A vulnerabilidade pode ser superada se as ferramentas necessárias forem desenvolvidas para que o grupo nessa situação ou indivíduo que integra

⁶ Lei 10.639 de 9 de janeiro de 2003.

⁷ Lei 12288 de 20 de julho de 2010.

⁸ Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/informaterias/2022/10/retorno-do-brasil-ao-mapa-da-fome-da-onu-preocupa-senadores-e-estudiosos>

o grupo, melhore a capacidade de resposta, de reação, de recuperação perante as graves violações de seus direitos básicos (Beltrão et al, 2014).

Portanto, é importante que existam ações articuladas entre os próprios grupos vulnerabilizados, para exigência de seus direitos, bem como da sociedade escolar e poder público com o desenvolvimento de políticas públicas específicas para assegurar o acesso ao direito à educação.

5 Considerações Finais

O direito à educação além de possibilitar o desenvolvimento humano, viabiliza o acesso aos demais direitos, e nega-lo aos grupos vulnerabilizados ocasiona a perpetuação de situações de desigualdade e discriminações sociais. Este direito está amplamente assegurado em âmbito interno e internacional, mas apesar de sua ampla garantia e da vinculação orçamentária para sua realização, persiste o quadro de desigualdade educacional especialmente se considerarmos as etapas finais da educação básica e a educação superior.

A enunciação e garantia de um direito é importante e indispensável, mas é somente um ponto de partida, que dependerá de disputas de interesses antagônicos existentes na sociedade para sua concretização. Daí a importância e necessidade de discutir-se os fatores que ocasionam a desigualdade educacional para cada grupo vulnerabilizado, a fim de estabelecer políticas públicas específicas.

A desigualdade social em que se estrutura a sociedade brasileira é fator preponderante para a persistência das desigualdades educacionais, perpetuando a exclusão social e a dificuldade de concretizar direitos humanos fundamentais aos grupos vulnerabilizados.

Entretanto, grupos vulnerabilizados não são sinônimos de grupos passivos, ao contrário, devem ter protagonismo na concretização de seus direitos e para isso devem ter participação no desenvolvimento de políticas públicas destinadas a superar as desigualdades educacionais. Isto porque, a superação das vulnerabilidades só ocorrerá com o envolvimento da sociedade, dos educadores e do Estado, com políticas públicas específicas.

Para que se alcancem os objetivos da República, descritos no artigo 3º. da Constituição Federal de 1988 há 35 anos e se cumpram os compromissos assumidos desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos há quase 75 anos, é imprescindível a construção de uma sociedade em que todos possam ter acesso aos direitos que assegurem a vida com dignidade.

Referências

AGÊNCIA SENADO. **Plano Nacional de Educação entra na reta final sem cumprir maioria das metas.** 17 de fevereiro de 2023. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2023/02/plano-nacional-de-educacao-entra-na-reta-final-sem-cumprir-maioria-das-metas>. Acesso em 25-ago-2023.

ARROYO, Miguel Gonzalez. Reafirmação Das Lutas Pela Educação Em Uma Sociedade Desigual? **Educ. Soc., Campinas**, v. 39, nº. 145, p.1098-1117, out.-dez., 2018

BRASIL, [Constituição (1988)] Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >

Acesso em 25-ago-2023.

BRASIL, Lei nº 12.711, de 29 de Agosto de 2012 - Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm Acesso em 25-ago-2023.

BELTRÃO, Jane Felipe. BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. GÓMEZ, Itziar, PAJARES, Emílio. PAREDES, Felipe. ZÚÑIGA, Yanira (Coord). **Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis**. Rede Direitos Humanos e Educação Superior, 2014. Disponível em http://www.consorciodeh.ufpa.br/livros/DDGV_PORT_Manual_v4.pdf Acesso em 25-ago-2023.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Os trinta anos da Constituição e as Políticas Públicas: a celebração interrompida. In: BOLONHA, Carlos. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. LUZ SEGUNDO, Elpídio Paiva (Coord). **30 anos da Constituição de 1988: uma jornada inacabada**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. **Agência IBGE Notícias**. PNAD Contínua: Em 2022, analfabetismo cai, mas continua mais alto entre idosos, pretos e pardos e no Nordeste. 07/06/2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37089-em-2022-analfabetismo-cai-mas-continua-mais-alto-entre-idosos-pretos-e-pardos-e-no-nordeste> . Acesso em 25-ago-2023.

MACANA, Esmeralda Correa. BOLELLI, Rayssa. A persistência das desigualdades educacionais no Brasil, em 4 pontos. 16 de agosto de 2023. **Nexo Políticas Públicas**. Disponível em: <https://pp.nexojornal.com.br/perguntas-que-a-ciencia-ja-respondeu/2023/A-persist%C3%A3ncia-das-desigualdades-educacionais-no-Brasil-em-4-pontos> Acesso em 25-ago-2023.

MAIA, Maria Cláudia. **A proteção constitucional do direito à educação: os instrumentos jurídicos para sua efetivação.** São Paulo: Porto de Ideias, 2011.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

REGRAS de Brasília Sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade. Cumbre Judicial Iberoamericana. Anadep – Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos. 2008. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf> Acesso em 25-ago-2023.

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.

A PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS DECISÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

CLÁUDIA FERNANDA DE AGUIAR PEREIRA

Advogada e Procuradora Jurídica da Fazenda Pública Municipal de Bauru,
Professora nas Faculdades Integradas de Bauru - FIB.
Graduada em Direito, especialista em Direito Civil e em Direito Municipal e
Mestre em Direito Constitucional

1 - INTRODUÇÃO

No mundo, há dois sistemas fundamentais que disputam o privilégio de ser o adotado na organização da vida econômica. Temos assim, o sistema que é calcado na propriedade coletiva dos meios de produção e o sistema fundado na propriedade privada dos meios de produção, na iniciativa privada e na livre concorrência.

A adoção, por nosso ordenamento, do segundo sistema vem consubstanciada no artigo 170 da Constituição Federal, que assegura a propriedade privada (inciso II), a livre concorrência (inciso IV) e o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo os casos excepcionados em lei (parágrafo único).

Embora o regime seja o da livre iniciativa, há situações previstas no Texto Constitucional que autorizam a exploração direta da atividade econômica por parte do Estado, quando presentes motivos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo (artigo 173 da Constituição Federal).

Além de executar a atividade econômica, em determinadas situações, o Estado também intervém na qualidade de agente normativo e regulador da economia, realizando funções ora de fiscalização, ora de incentivo ou planejamento da atividade econômica, conforme preceitua o artigo 174 da Magna Carta.

O Estado não pode furtar-se a algumas atividades que, sem implicarem a prestação da atividade econômica, propriamente dita, venham a colaborar, através de um processo de conformação da atividade dos particulares, para o atingimento mais pleno possível de todos os objetivos do artigo 170, ou seja, não só a livre concorrência, mas também, e, principalmente, a defesa do consumidor e a redução das desigualdades regionais e sociais.

Configura-se aí a função reguladora do Estado, sendo um poder amplo que objetiva manter a atividade privada dentro do estabelecido pela Constituição e pelas leis.

Com a atual forma de regulação dos serviços públicos, através da desestatização - na qual o Estado opta por delegar à iniciativa privada a execução direta reservando para si a titularidade e a atividade regulatória normativa - são perceptíveis as implicações na esfera dos direitos do cidadão.

A Lei n.^o 13.848/2019 foi responsável por concretizar a remota pretensão do legislador de implementar uma norma que dispusesse acerca dos aspectos gerais das agências reguladoras, haja vista que tais pessoas jurídicas se fazem cada vez mais presentes no cotidiano brasileiro, gerando uma série de dúvidas e de questões de ordem prática que demandam a intervenção do Poder Legislativo.

Nesse sentido, o referido diploma positivou diversas regras que englobam desde a organização interna ao controle externo das agências. Além disso, dispôs também sobre os mecanismos de participação social e legitimação das decisões das agências reguladoras, destacando-se a consulta e a audiência públicas, previstas, respectivamente, nas regras dos artigos 9º e 10 da referida lei.

Dado o contexto de crise política vivenciado pela democracia brasileira, o advento de novos instrumentos para inserir a visão popular nos processos de tomada de decisões públicas assume ainda mais importância para que se promova o enfrentamento do mito de que a participação democrática se resumiria unicamente ao ato de votar durante as eleições.

2. Função Das Agências Reguladoras

A acepção que se pretende atribuir ao termo “regulação” é bastante ampla. Engloba toda forma de organização da atividade econômica efetivada pelo Estado, seja através da intervenção nos serviços públicos concedidos ou através do exercício de poder de polícia.

Poder de polícia, também denominada pela doutrina contemporânea de limitações administrativas, pode ser conceituado como a faculdade discricionária da administração de limitar a liberdade individual em prol do interesse coletivo.

Para Vital Moreira, em razão da amplitude do conceito de regulação, o mesmo pode ser dividido em três concepções:

(a) em sentido amplo, é toda a forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins; (b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação directa na actividade económica, equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da actividade económica privada, e; (c) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da actividade económica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo). (MOREIRA, 1997, p. 35)

Regular significa estabelecer regras, não importando quem as faça, se o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou entidades da Administração indireta. A regulação tem um sentido amplo, enquanto que a regulamentação refere-se a um universo mais restrito. A regulamentação é uma das modalidades utilizadas pelo Poder Público para exercer a regulação de um dado setor da economia.

Na verdade, a regulação presta-se a minimizar, ou tentar minimizar, as forças de mercado através do controle sobre os preços e a qualidade do serviço. Presta-se ainda a viabilizar a existência e continuidade da competição, bem como assegurar a prestação de serviços públicos de caráter universal e a proteção ambiental.

No dizer de MATA (1996), a regulação é uma política pública que consiste em uma restrição, ou interferência, nas atividades de um sujeito regulado por alguém (ente regulador), que não desenvolve ditas atividades e que estabelece as regras restritivas, controlando, ininterruptamente, o cumprimento das mesmas.

O incentivo à atividade econômica – seja através do fomento, estímulo, subsídio ou isenção - resta demonstrado e imprescindível quando existe necessidade de um mais rápido desenvolvimento da economia em determinadas regiões do País, que busca o pleno emprego e a redução das desigualdades regionais.

A regulação, como a imposição de limites à liberdade do prestador do serviço, não teria nenhum sentido também, se não visasse introduzir elementos de competição, na medida do possível, na prestação dos serviços públicos ou de interesse público.

A regulação é normalmente vista como um “mal necessário” e como um entrave à liberdade de ação das empresas. É, no entanto, considerada “um mal menor”, vez que é muito maior o dano causado, aos consumidores e à economia em geral, pelo abuso de posição dominante de empresas monopolistas.

Regulação compreende uma ampla gama de atividades que envolvem a regulamentação, a fiscalização, o monitoramento, a mediação e a arbitragem de interesses, a outorga e cassação de concessões, permissões e autorizações para exploração de serviços públicos e de utilidade pública, bem como a aplicação de sanções.

A regulação passou a ter maior relevância com o processo de privatização, já que seu principal escopo é proteger o consumidor contra a ineficiência, os altos preços e o excesso de lucros por parte das empresas que passaram a prestar serviços públicos.

Além disso, o princípio da eficiência da Administração Pública, introduzida no Texto Constitucional, através da Emenda 19/98, exige que a Administração, seja dotada de competências reguladoras, de natureza técnica e especializada, sob pena de paralisação do mercado. Isto é, é impossível exigir eficiência da Administração sem dar-lhe competência para alocar fins específicos e encontrar meios correspondentes, ou seja, a especialização técnica é requisito da eficiência (Ferraz Junior, 2000).

Ao se falar em regulação, portanto, especialmente quanto às agências reguladoras que existem, tenha-se em mente que constitui um termo extremamente abrangente, incluindo modalidades e intensidades distintas de manifestação do poder de autoridade.

Por consequência, desregular – providência adotada no processo de Reforma do Estado – representa a diminuição do regramento da atividade privada, visando diminuir a intervenção do Estado nas liberdades do cidadão. Isso não significa que o Estado deva abdicar de seu poder de busca da compatibilização dos direitos individuais com o interesse público, eis que se trata de poder irrenunciável.

A desregulação não é um fim em si mesma. Representa o ponto de partida na tentativa de restaurar o princípio da liberdade e a transparência dos mercados, a partir do qual os particulares devem ajustar sua atuação à prática das liberdades, trabalhar e brigar efetivamente por seus direitos, sem aguardar tudo do Estado. A função deste deve limitar-se ao papel de árbitro imparcial, que atua sobre os fatores econômicos, quando estes entrem em conflito e quando sua intervenção seja imprescindível para o bem público. (Cassagne, 1992)

As agências reguladoras representam um importante marco na história do Brasil e desempenham papel fundamental para o desenvolvimento do país – uma vez que a estruturação do modelo regulatório ocorreu em um momento de expansão das grandes empresas estatais, desencadeando um crescimento acentuado e desproporcional, que fez com que as iniciativas privadas

entrasssem em ascensão. Esse movimento deu início à era de desestatização e conferiu ao Estado o papel de agente regulador.

Com isso, as agências reguladoras ganharam notoriedade e passaram a ser responsáveis por disciplinar, fiscalizar e controlar as atividades que norteiam os avanços econômico, político e social, regulamentando as ações ao operar na lógica administrativa – que deve primar pela imparcialidade ao mesmo tempo em que se mostra sensível às demandas dos agentes regulados e da população. Mais do que isso, as agências atuam como autarquias com regime especial e têm como função suprir eventuais falhas de mercado, a fim de manter a competitividade e estimular o crescimento da economia.

Atualmente, o Brasil conta com 11 agências reguladoras, dentre as quais podemos citar a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

3 - Os Desafios Das Agências Reguladoras

Em 2019, foi publicada a Lei 13.838, conhecida como Lei das Agências Reguladoras. A legislação instituiu o novo marco legal das agências reguladoras a fim de atualizar as regras de gestão, organização, processo decisório e controle social das entidades. A lei também dispõe sobre a indicação de dirigentes, uniformizando o número de diretores, bem como prazos de mandato, cria requisitos técnicos que devem ser cumpridos por todos os indicados aos conselhos diretores. Fatores como a governança e transparência também foram instituídos com a nova lei.

No entanto, apesar da evidente relevância de seu papel para a sociedade, as agências ainda enfrentam grandes desafios. Quanto aos aspectos jurídicos, por exemplo, embora os órgãos sejam autarquias em regime especial, a autonomia conferida às agências não é, de fato, completa, especialmente por não possuírem independência total do poder político. Além disso, a própria estruturação das agências e todo o processo de controle e transparência também evoca os desafios que recaem sobre as agências. Com a transparência atrelada à realização de audiências e consultas públicas que geram pouco engajamento da sociedade, a discussão acaba por se dar, normalmente, com os agentes regulados – fato que demanda o aprimoramento da estruturação das agências.

Há, ainda, aspectos constitucionais: a compatibilidade com a Constituição Federal é, muitas vezes, questionada pela instituição de órgãos que exercem competências regulatórias com autonomia frente à Presidência da República e o Legislativo – sobretudo pelo fato de que a administração das

agências, por meio de mandatos fixos, ocorre sem que os dirigentes tenham sido eleitos, o que pode causar um déficit democrático.

Dessa forma, apesar da matriz consolidada ao longo de pouco mais de 20 anos e de seu papel indispensável para a atividade econômica, social e política do país, as agências reguladoras seguem, ainda, como um modelo em constante evolução.

4 - PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO

Mesmo nos dias atuais, diversas decisões são tomadas no âmbito das agências reguladoras sem nenhuma participação popular. E são decisões que irão impactar no dia a dia dos consumidores e da sociedade em geral, muito embora a cidadania seja indiscutivelmente elencada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1º, II, da Constituição Federal. Ante tal estado de coisas, os direitos e garantias fundamentais do cidadão assumem, por vezes, um mero viés retórico para legitimar discursos políticos.

O legislador brasileiro adotou mecanismos que pretendem conferir transparência à atividade regulatória das agências, com a possibilidade de acesso do cidadão ao processo decisório, bem como aos registros dos trabalhos que antecederam a tomada de decisão pelo colegiado.

A Emenda Constitucional nº 19/98 (artigo 37, §3º da CF) incluiu no Capítulo da Constituição, relativo à Administração Pública, a previsão de maior participação dos cidadãos na Administração Direta e Indireta (por meio de reclamações, acesso a registros e informações sobre atos de governo e representação contra exercício negligente e abusivo de cargo, emprego ou função pública), consagrando, assim, a opção pela democratização da Administração Pública.

Os instrumentos de democracia participativa podem ser identificados também na legislação infraconstitucional. Institutos que constituem formas de participação popular, como a audiência pública e as consultas, vêm sendo generalizadas pelo legislador.

Os instrumentos da audiência pública e da ouvidoria são, sem sombra de dúvida, os mais contundentes, à medida que o usuário se apresenta fisicamente aos representantes do ente regulador e estes assumem compromissos diretos para com aquele, que tem o direito público subjetivo de resposta a suas indagações ou queixas.

As audiências públicas e ouvidorias funcionam como instrumentos importantíssimos de publicidade sobre os serviços objeto da regulação, à medida que proporcionam que o ente regulador oriente, adequadamente, o

usuário relativamente ao serviço por ele utilizado, informe sobre as diversas modalidades, horários, mudanças e projetos para a melhoria do serviço a ser realizado. Ao mesmo tempo, funcionam como um meio de inestimável valor para o controle participativo da execução do serviço público (Delgado, 2000, p. 807).

Os participantes de reuniões públicas e os que procuram o *ombudsman*, atuam como “olheiros” ou fiscais do órgão regulador, trazendo, através de um testemunho vivo, informações valorosíssimas ao responsável pelo controle da atividade.

Além disso, convém lembrar que quando as leis instituidoras das agências, determinam a necessidade de realização de audiências públicas, estas deixam de ser meras formalidades, mas passam a ser requisito de validade das normas a serem editadas.

A audiência pública não é um mero ato processual ou uma formalidade, mas a possibilidade de participação útil e efetiva de prestadores, usuários e terceiros no que se refere ao serviço. É um dos principais atos preparatórios da decisão do ente regulador, sendo que sua ausência, em algumas situações, acarreta a nulidade da decisão.

A consulta pública precede a elaboração de normas gerais, quando a agência dá publicidade do projeto e de suas pautas básicas e fixa um prazo para que os interessados apresentem suas sugestões por escrito.

Até recentemente a doutrina se preocupava com a realização de procedimento apenas para produção de atos que afetassem individual e concretamente o particular. A regulação da Agência Nacional de Telecomunicações foi além. Para a edição de normas gerais e abstratas é necessário que a Agência realize a Consulta Pública, ou seja, que apresente minuta de resolução (veículo próprio das normas gerais e abstratas elaboradas pelas agências), fixando um prazo para apresentação de sugestões e críticas pelos interessados, quando então a Agência terá de se manifestar sobre cada uma delas.

Enfim, foi criado um procedimento que confere ao particular a oportunidade de participação no processo de produção das normas gerais e abstratas. Mecanismo equivalente ao processo legislativo previsto na Constituição Federal, como meio de participação da sociedade na definição da sua vontade geral.

Rawls defendeu que não seria possível construir um ideal de justiça social pautado tão somente por valores e normas postas por um legislador ideal supostamente representante da vontade popular, mas sim quando as instituições presentes na sociedade passarem a buscar o máximo de satisfação

de seus membros, considerada a concomitante participação individual de todos eles (Rawls, 2000, p. 25), de modo a refletir um verdadeiro pluralismo de ideias. Só dessa maneira seria possível buscar um regime que fosse essencialmente democrático.

Referido instrumento garante a legalidade e a oportunidade de concretização do princípio democrático e da participação das entidades e dos sujeitos interessados.

A observância desse trâmite é imprescindível para a legitimidade das agências, eis que as normas de alcance geral transcendem o âmbito interno da Administração e afetam interesses dos particulares.

Por isso, acolhendo a orientação do Tribunal de Contas da União (TCU), a Lei n.º 13.848/2019 previu a obrigatoriedade da Análise de Impacto Regulatório (AIR) como uma etapa que deve anteceder a adoção e as propostas de alteração de atos normativos pelas agências. Assim dispõe o artigo 3º da referida lei:

Art. 3º natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação. (BRASIL, 2019)

A própria AIR é um documento que deve estar presente durante a realização de consultas ou audiências públicas – aquelas de caráter obrigatório, e estas de cunho facultativo, por decisão do colegiado da agência reguladora.

Referida lei reforçou diversos aspectos da autonomia das agências reguladoras e aprimorou os mecanismos de participação social na criação, manutenção ou extinção dos atos normativos no âmbito de tais agências, entre os quais se destacam a consulta e as audiências públicas.

Mesmo quando não ocorre a privatização, ou seja, mesmo mantendo-se a qualificação da atividade como serviço público, o cidadão-usuário não vai mais relacionar-se com uma empresa estatal (sociedade de economia mista ou empresa pública) prestadora de serviços públicos e integrante da Administração indireta, mas com uma empresa privada, na qualidade de concessionária.

Quanto à Ouvidoria, já prevista no artigo 22 da Lei 13848/2019, defende-se a tese de que deva ser buscada a implantação da denominada Ouvidoria

“de mão dupla”. Isto significa basicamente não se ficar aguardando passivamente que os consumidores entrem em contato com a Ouvidoria, mas procurar, naqueles horários de demanda reduzida, desenvolver atividades de esclarecimento em relação aos direitos dos consumidores, bem como de educação dos interessados em assuntos regulatórios.

Não são suficientes apenas os mecanismos de participação popular se não há divulgação, publicidade dos atos praticados pelas agências. A mera publicação através da Imprensa Oficial parece não ser o meio mais idôneo para a publicidade dos atos das agências, eis que o cidadão comum não tem como hábito compulsar um Diário Oficial. Nesse sentido, parece que a utilização da Internet oferece uma oportunidade ímpar e indispensável no alcance de tal objetivo.

Mecanismo de grande valia para o aumento da participação do cidadão no processo decisório das agências reguladoras, a *Internet* baixou significativamente o custo transacional no intercâmbio entre indivíduos e destes com as instituições, ao mesmo tempo em que a velocidade e difusão de dados e de imagens passou a permitir a tomada de opinião em tempo real.

Os *sites* desenvolvidos pelas agências reguladoras hoje existentes são extremamente acessíveis, possibilitando ao interessado o acesso a todo tipo de informação. Desde as datas designadas para audiências e consultas públicas, acesso e sugestões para as resoluções que estão sendo elaboradas, até canal de reclamações para o usuário.

A garantia de publicidade é mantida na Lei das agências, que embora não assegure a convocação de audiência pública, exige que as sessões deliberativas sejam públicas, garantindo aos interessados o direito de obter as transcrições das sessões.

Art. 21. As sessões do Conselho Diretor serão registradas em atas, que ficarão arquivadas na Biblioteca, disponíveis para conhecimento geral.

§ 1º Quando a publicidade puder colocar em risco a segurança do País, ou violar segredo protegido ou a intimidade de alguém, os registros correspondentes serão mantidos em sigilo.

§ 2º As sessões deliberativas do Conselho Diretor que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços de telecomunicações serão públicas, permitida a sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de delas obter transcrições. (BRASIL, 1997)

A Lei nº 9478/97, que criou a Agência Nacional do Petróleo, disciplina no seu artigo 18 acerca da publicidade que deve ser dada das sessões deliberativas da Diretoria que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo.

A nova lei das agências reguladoras dispõe em seu artigo 67 que:

Art. 67. As decisões das Diretorias Colegiadas serão tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros, cabendo aos respectivos Diretores-Gerais o voto de qualidade, e serão registradas em atas.

Parágrafo único. As datas, as pautas e as atas das reuniões das Diretorias Colegiadas, assim como os documentos que as instruem, deverão ser objeto de ampla publicidade, inclusive por meio da internet, conforme regulamento. (BRASIL, 2009)

Com a utilização desses instrumentos, ao lado do poder que detém como consequência da regra jurídica atribuidora de competência, ganha o regulador uma sobrecarga de legitimidade quando da atuação protetiva ou substitutiva dos usuários.

Na sociedade pluriclasse, até mesmo as tarefas e objetivos da Administração Pública devem ser objeto de constante discussão com os interessados, exigindo do administrador público a atenção constante ao que efetivamente os diversos grupos sociais desejam.

Assim, as formas de atuação unilateral da Administração vem sendo repensadas, principalmente a partir da constatação de que, ao lado da democracia política, social e econômica, deve ser efetivada a democracia administrativa. Para Medauar (2000), inexiste democracia sem democracia na Administração.

De qualquer forma, convém lembrar que a participação pública no processo regulatório reporta-se essencialmente à sua fase preparatória, não retirando da administração a última palavra na matéria, desde que o faça motivadamente e dentro dos quadros estabelecidos em lei.

A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois “contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra os abusos (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sabia (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo) e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos.” (MOREIRA NETO, p. 23, 2000)

Leila Cuéllar conclui que:

[...] embora a legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras não decorra da investidura popular, já que não são órgãos democraticamente formados, ela pode ser justificada, não somente em razão da importância das atribuições exercidas pelas agências, mas também em virtude da maneira como são desenvolvidas suas tarefas (de forma técnica, especializada e imparcial), permitindo-se, inclusive, que os particulares participem diretamente da elaboração de diplomas normativos (Cuellar, 2000, p. 207).

Embora o legislador já esteja incluindo métodos de participação mais efetiva do cidadão nas agências reguladoras, ainda há muito a fazer, eis que estamos distantes do ideal.

Isso porque, ter representação não é apenas possuir espaço para dar mera opinião, mas sim ter um peso na decisão. Os usuários, neste ambiente, não possuem, salvo raras exceções, sequer o espaço de opinião, já que os assuntos tratados são eminentemente técnicos e inacessíveis ao senso comum.

Não há dúvida que a esfera da regulação com maior carência de representatividade é, definitivamente, a parcela dos usuários. A participação destes, ressalte-se, é extremamente difícil, eis que são leigos nos assuntos eminentemente técnicos postos na pauta decisória da agência. Para que emitam sua opinião, ao contrário dos concessionários, que possuem toda a capacitação técnica e o poder de barganha econômica para discutir, são necessárias traduções que demonstrem a essência dos problemas postos para discussão.

Talvez fosse medida salutar ampliar a possibilidade de utilização da democracia representativa, por exemplo com a inserção de representantes da sociedade no colegiado que dirige tais entes. Não um mero representante que preste-se apenas a legitimar o processo ou ser um mero veículo de encaminhamento de irresignações ou reclamações dos usuários, mas um representante que disponha de informações e formações técnicas na área.

Cunha e Peixoto (2022) entendem que:

Nesse sentido, conforme já explicado, a tendência adotada pela Lei n.º 13.848/2019 permite que o instituto da consulta pública se torne um mecanismo de democratização por meio do qual os indivíduos que integram a sociedade possam participar da criação, manutenção ou extinção dos atos normativos que possuam interesse geral no contexto das agências reguladoras. Trata-se de atos que impactam o mercado e os agentes econômicos, apresentando, pelo

menos em teoria, uma relevante ruptura com o modelo passivo de comportamento político que ainda prevalece na sociedade brasileira. (Cunha; Peixoto, 2022)

Não obstante, a fim de evitar que as manifestações dos mais diversos setores sociais sejam ignoradas e se tornem uma espécie de formalidade inútil para a tomada de decisões por parte das agências reguladoras, a Lei n.º 13.848/2019, em seu art. 9º, §5º, prevê que o posicionamento das agências será adicionado aos sites em até 30 dias úteis após a reunião para deliberação final sobre a matéria.

Artigo 9º - (...)

§ 5º - O posicionamento da agência reguladora sobre as críticas ou as contribuições apresentadas no processo de consulta pública deverá ser disponibilizado na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 30 (trinta) dias úteis após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada para deliberação final sobre a matéria (BRASIL, 2019).

A expectativa de obter um processo de racionalização das escolhas públicas é ainda mais arrefecida quando se constata que a consulta pública não vincula, prima facie, as decisões que serão tomadas pelas agências – desde que sejam apresentados os motivos a posteriori. Ou seja, a rigor, mesmo que o povo efetivamente participasse por meio de críticas e sugestões, o Poder Público ainda poderia, em termos pragmáticos, rejeitar a opinião popular, demonstrando que o instituto em análise pode se converter em um mecanismo de pseudoparticipação. Basta recusar as sugestões e fornecer uma justificativa minimamente razoável para que não haja afronta à Lei n.º 13.848/2019 (Cunha; Peixoto, 2022).

É mister, para finalizar, que se garanta ao consumidor o poder de controle sobre as agências reguladoras, e este poder, por ser político, demanda uma expansão de mecanismos de controle, sob pena de falta de legitimidade democrática das mesmas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível verificar que, aliado à intenção do constituinte em consolidar um modelo gerencial de Administração Pública, almeja-se também colaborar para a construção de uma democracia participativa que garanta aos cidadãos, na prática, meios efetivos de participação nos atos decisórios do Estado – como ocorre acerca da consulta e da audiência públicas, novidades no âmbito da Lei n.º 13.848/2019.

Conforme mencionado, as alterações normativas promovidas pelas agências reguladoras podem impactar diretamente as esferas dos particulares, em especial, na dos consumidores e usuários de serviços públicos.

A tentativa de inserir a participação popular no âmbito das agências reguladoras é um desses mecanismos para que os cidadãos, de forma paulatina, passem a entender a relevância de uma postura mais crítica e incisiva perante a Administração Pública.

É bom que se diga que na prática, a consulta pública exige do cidadão um conhecimento técnico muitas vezes de alta especificidade. Sabe-se que o cidadão comum, que quase sempre possui uma baixa instrução escolar, não consegue sequer entender do que se trata a proposta que pretende alterar o ato normativo, tampouco se interessa pelo tema – dada sua complexidade. Somente um pequeno grupo de empresários e agentes econômicos efetivamente buscam participar da consulta pública, cujo resultado tenderá a refletir os anseios da classe política dominante em detrimento dos diversos trabalhadores e consumidores em geral, reproduzindo na superestrutura a desigualdade presente na base social.

Mas isso não significa dizer que a consulta pública e as demais formas de participação do cidadão sejam inúteis ou tampouco, maléficas. Há, pelo menos potencialmente, a possibilidade de que os grupos menos favorecidos possam opinar sobre as alterações propostas por tais autarquias.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*. 44ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. *Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras*. Brasília: Presidência da República, jun. 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervencion administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

CUÉLLAR, Leila. *As Agências reguladoras e seu poder normativo*. 1ª ed., São Paulo: Dialética, 2001.

CUNHA, Leandro Barbosa da; PEIXOTO, Mauricio Muriack Fernandes e. *A PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A RAZÃO PÚBLICA DE JOHN RAWLS: OS DILEMAS DE UMA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO BRASIL*. Revista da Advocacia Pública Federal, Brasília-DF, v. 6, n. 1, p. 94-116, dezembro de 2022

DELGADO, José Augusto; BARRROSO, Luís Roberto; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Agências executivas, Agências reguladoras e organizações sociais. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: NDJ, 2000, nº 11.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT.

MATA, Ismael. *Los entes reguladores de los servicios publicos. El derecho administrativo argentino, hoy*. Buenos Aires: Editorial Ciências de la Administración, 1996.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. Ed. Fórum, 23ª edição revista e ampliada, 2023.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A independência das agências reguladoras. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: NDJ, 2000, nº 06.

MOREIRA NETO, Diogo, *Administração Pública no Estado Contemporâneo, Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, a. 30, nº 117, jan./mar 1993.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. 1ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: COMPONENTES E SEUS DESAFIOS, APÓS 35 ANOS

ROSSANA TERESA CURONI MERGULHÃO.

Doutoranda em Direito pela Universidade Nove de Julho, SP.

Mestre em Direito, pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru-SP.

Pós graduada em Antropologia, pela USC, Bauru-SP.

Juíza de Direito Titular da 1^a Vara Cível da Comarca de Bauru-SP.

Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru-SP.

1-Introdução

A Constituição de 1988 foi escrita num período pós Ditadura Militar e teve por objetivo, determinar direitos e obrigações dos cidadãos e dos entes políticos do nosso país, o que resultou de um amplo debate com a população. Surge no período de processo de redemocratização do Brasil, que aconteceu após 1985, quando a chapa Tancredo Neves e José Sarney foi eleita para a Presidência da República e ficou conhecida como Constituição Cidadã, por ser fruto de um amplo debate democrático, o qual envolveu diversas organizações populares e o engajamento de milhões de brasileiros.

Esse contexto histórico explica a razão de ser extensa e teve a preocupação de servir de texto-base contra todos os eventuais ataques a direitos e garantias individuais, determinando os direitos e obrigações dos cidadãos e dos entes políticos do Brasil.

A Constituição de 1988 trouxe como grande avanço para o nosso país, como a defesa de inúmeros direitos sociais⁹, que não existiam durante a Ditadura Militar, essenciais para a redução das desigualdades sociais tão profundas, num país historicamente marcado por elas e de proporções geográficas continentais, incluindo também o direito das minorias, isto é, grupos que historicamente foram e ainda são excluídos e colocados à margem em nossa sociedade.

⁹ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso 20 ago. 2023.

Por óbvio, a Constituição de 1988 recebeu críticas, por exemplo, por não abordar claramente sobre uma legislação para a reforma agrária no Brasil¹⁰, porém, no seu texto traz inúmeros fundamentos que marcam uma posição no sentido de que a propriedade deve cumprir a função social, para merecer sua proteção. Assim, sua defesa é de vital importância para a garantia da democracia brasileira.

2-Componentes históricos

A Constituição de 1988, conforme de conhecimento notório, foi o resultado do processo de redemocratização do nosso país e colocou no papel os anseios da população por leis e direitos que resguardassem os interesses e o bem-estar da população e dessa forma, a redação de uma nova Constituição para o Brasil era algo necessário e inevitável.

Na década de 1970, já existiam intelectuais que debatiam essa necessidade, conforme pode ser verificado em documentos históricos.¹¹ Uma nova Constituição era desejo de grande parcela da sociedade por um governo democrático e por uma Constituição democrática, pois na época, o Brasil era regido pela Constituição de 1967, considerada bastante autoritária.

Um exemplo que se tornou conhecido, ocorreu na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, - USP, quando Goffredo da Silva Teles, jurista e professor, leu um documento intitulado Carta aos brasileiros.¹² Esse documento havia sido escrito por advogados, intelectuais, políticos, estudantes, entre outros, e fazia uma defesa jurídica do Estado de Direito no Brasil; atacava a Constituição outorgada pelos militares em 1967 e afirmava que uma Constituição somente era válida se fosse elaborada pelos representantes do povo em uma Assembleia Nacional Constituinte ou se elaborada durante um processo revolucionário legítimo.

O movimento foi crescendo e a defesa pelo retorno do Estado de Direito no Brasil foi encontrando mais apoio na sociedade brasileira após anos de desgaste do autoritarismo militar. Esse discurso era reforçado à medida em que o regime enfraquecia-se e realizava ações que caracterizavam o processo

¹⁰ "Sobre o fracasso dos congressistas em acrescentar algo sobre a reforma agrária na Constituição de 1988, Thomas Skidmore afirma: "Uma nova organização de proprietários rurais, a União Democrática Rural, flanqueou os defensores da reforma agrária por intenso e efetivo lobbying. A mensagem conservadora era clara: garantias de direitos humanos eram inofensivas, mas ameaças aos direitos de terra eram outro assunto." SKIDMORE, Thomas E. Uma História do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, pp. 269-270.

¹¹ <https://brasilescola.uol.com.br/historiab/constituicao-1988.htm>. Acesso 20 ago. 2023.

¹² https://direito.usp.br/pca/arquivos/5f223ea6ae26_cronica-das-arcadas.pdf. Acesso 20 ago. 2023.

de redemocratização do país, como a revogação do AI-5 e a permissão para a criação de novos partidos, por exemplo.¹³

Em 1984, o país foi abalado pelas manifestações populares conhecidas como “Diretas Já”, nas quais a população exigia a aprovação da Emenda Constitucional “Dante de Oliveira” e visava forçar os parlamentares a aprovar a emenda citada, de forma a permitir que, em 1985, o novo presidente do Brasil fosse escolhido em eleições diretas, e não indiretas como acontecia no país desde o decreto do Ato Institucional nº 2.¹⁴

Não obstante a intensidade da mobilização popular, a “Emenda das Diretas Já” foi derrotada, pois não alcançou a quantidade de votos necessária para a sua aprovação, o quórum foi de 298, de 320 votos necessários. Assim, a eleição presidencial foi realizada de maneira indireta, novamente, e determinou a eleição de Tancredo Neves, que acabou não assumindo o cargo, questões de doença, e o seu vice, José Sarney, tornou-se presidente do Brasil.

No Governo de José Sarney realizaram-se eleições gerais para governadores, senadores e deputados, no final de 1986. Essa eleição teria um peso a mais, pois os deputados e senadores eleitos formariam a Assembleia Nacional Constituinte que redigiria a nova Constituição.

Nesse ponto, de se observar, que há vozes, no sentido de que a Constituição em vigor não foi produzida por uma assembleia constituinte.

Entretanto, verdade seja dita, ela não foi resultante de uma assembleia constituinte e teve origem espúria, num arranjo político então possível. Ela nasceu de simples emenda constitucional, proposta pelo presidente Sarney (EC 26/85), que conferiu poderes constituintes aos membros do Congresso Nacional, os quais, após a conclusão dos trabalhos, continuariam sendo deputados e senadores. Vale notar que o Congresso constituinte foi eleito com sua composição determinada pelo chamado Pacote de Abril (de 13/4/1977), do presidente Geisel, que fechou o Congresso e editou 14 emendas constitucionais, com o indiscutível propósito de falsear completamente a representatividade, de maneira a garantir a vitória do governo ditatorial nas eleições do ano seguinte. O resultado mais direto e imediato desse arranjo foi que os ‘constituintes’ legislaram para si mesmos. O capítulo da CF, que dispõe sobre o sistema político, eleitoral e partidário, foi originariamente

¹³<https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/constituicao-1988.htm#:~:text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201988%20foi,ficou%20conhecida%20como%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Cidad%C3%A3o>. Acesso 20 ago. 2023.

¹⁴ <http://memorialdademocracia.com.br/card/diretas-ja>. Acesso 25 ago. 2023.

feito para propiciar a reeleição dos parlamentares, o desnaturalamento dos partidos políticos e a perenidade dos caciques regionais".¹⁵

Em 1º de fevereiro de 1987 os candidatos eleitos tomaram posse e iniciaram os trabalhos que resultaram na promulgação da nova Constituição brasileira.

O trabalho de redação¹⁶ da Constituição de 1988 foi longo, já que o texto foi redigido desde as primeiras linhas, do zero, com inúmeras questões sendo debatidas e incluídas, em razão da ampla participação popular, o que tornou o processo muito democrático. Diversos grupos populares participaram da produção e foram enviadas 122 emendas populares para a Constituinte. Essas emendas populares continham a assinatura de mais de 12 milhões de pessoas.¹⁷

A Assembleia Constituinte teve a participação de 559 congressistas, que trabalharam na elaboração da nova carta constitucional, em meio a um clima de garantir um regime democrático no Brasil, que assegurasse os direitos e as liberdades dos cidadãos e o de constituir instituições democráticas que se sustentassem em momentos de crise política.¹⁸

A elaboração se deu em um ano e oito meses, resultando na promulgação da Constituição no dia 5 de outubro de 1988, tendo, texto final, sido apresentado por Ulysses Guimarães, Presidente da Constituinte, com 250 artigos e é a maior Constituição elaborada na história brasileira¹⁹.

A Constituição de 1988 é considerada o símbolo máximo do período pós-ditadura, conhecido como Nova República²⁰ é considerada um documento bastante avançado, sobretudo nas questões que envolvem os direitos dos cidadãos e nas questões que resguardam os direitos das minorias de nosso país, conforme acima mencionado, embora não isenta de críticas, conforme deixa claro, muitos historiadores que apontam as limitações do documento.

¹⁵ DALLARI, Adilson Abreu. Por uma Assembleia Nacional Constituinte independente e exclusiva. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-27/interesse-publico-assembleia-nacional-constituinte-independente-exclusiva>. Acesso 25 ago. 2023.

¹⁶ <https://www.senado.leg.br/publicacoes/geneseconstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf> e <https://www2.senado.leg.br/web/atividade/anais/anais-das-constituintes>. Acesso 25 ago. 2023.

¹⁷ SCHWARCZ, Lilia Moritz e STARLING, Heloísa Murgel. Brasil: Uma Biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 488.

¹⁸ <https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/constitucacao-1988.htm#:~:text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201988%20foi,ficou%20conhecida%20como%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Cidad%C3%A3o>. Acesso 20 ago. 2023.

¹⁹ <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constitucacao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso 30 ago. 2023.

²⁰ Idem.

Boris Fausto, por exemplo, levanta que a Constituição de 1988 possui limitações na questão previdenciária e na questão da divisão dos recursos entre União e estados; por ser ampla demais e por abranger diversas questões²¹, que na verdade, conforme também observado anteriormente, isso se deu, em razão da busca da população, em ter na Constituição Federal, a garantia de direitos que lhes foram negados durante a ditadura.

Os avanços trazidos pela nova constituição são indiscutíveis. Vinculada ao neoconstitucionalismo²² foi fortemente influenciada pela teoria dos direitos fundamentais, com vistas a uma Constituição como norma e buscando ir para além da condição legalista do Estado impondo a este um papel de garantidor de direitos. O referido texto possui como base as constituições: alemã, espanhola e portuguesa, oriundas deste novo modelo constitucional. Uma de suas principais marcas é a alteração no campo social e a ampla garantia de direitos, civis, políticos e sociais.

3-A Constituição e os desafios da atualidade

Vivemos tempos em que as transformações ocorrem muito rapidamente. Zygmunt Bauman nomina de “Modernidade Líquida”. Fluidez seria a principal metáfora para o estágio presente da era moderna.

O que todas essas características dos fluidos mostram, em linguagem simples, é que os líquidos, diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. Os fluidos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo. Enquanto os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo (resistem efetivamente a seu fluxo ou o tornam irrelevante), os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la; assim, para eles, o que conta é o tempo, mais do que o espaço que, afinal, preenchem apenas “por um momento”. Em certo sentido, os sólidos suprimem o tempo; para os líquidos, ao contrário, o tempo é o que importa. Ao descrever os sólidos, podemos ignorar inteiramente o tempo, ao descrever os fluidos, deixar o tempo de fora seria

²¹ FAUSTO, Boris. História do Brasil. São Paulo: Edusp, 2013, p. 446.

²² Neste sentido: SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. p. 6. “O processo histórico que se desenrolou na Europa Ocidental a partir do final da Segunda Guerra, no Brasil só teve início após a promulgação da Constituição de 88. É verdade que já tínhamos controle de constitucionalidade desde a proclamação da República. Porém, na cultura jurídica brasileira de até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas.” Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf. Acesso 30 ago. 2023.

um grave erro. Descrições de líquidos são fotos instantâneas, que precisam ser datadas.²³

Além dessa fluidez, também os tempos atuais são marcados pela polarização. Não há espaço para o centro, o equilíbrio, ou se é de direita ou se é de esquerda e nesse ambiente, as relações sociais ocorrem, se desenvolvem, no sentido de caminhar no tempo, para a frente.

Desde a sua promulgação, em 5 de outubro de 1988, a Constituição Federal sofreu mais de uma centena de Emendas Constitucionais. Assim, embora sempre elogiada pelo seu compromisso com a democracia, o estado do bem-estar social e os direitos fundamentais que resgataram os valores em defesa da liberdade, igualdade, direitos humanos e justiça social, que haviam sido combatidos com o golpe civil-militar de 1964 e enfraquecidos com a Constituição de 1967 e a Constituição de 1969, por ocasião da Emenda Constitucional nº 1, a Carta Magna de 1988 tem sofrido alterações, de forma a adaptá-la às propostas políticas de governabilidade, demonstrando, ao longo do tempo, a atuação de diferentes vertentes ideológicas e também a necessidade de atualização, considerando-se os fenômenos sociais vividos, como a globalização e também os avanços tecnológicos, que alteraram e alteram o modo de convivência social.

Isso é algo natural e previsto pela própria Constituição. Relembra-se aqui, as palavras de Ulysses Guimarães²⁴, em seu discurso ao finalizar os trabalhos na assembleia nacional constituinte:

(...) A Constituição não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir sim. Descumpri, jamais. Afrontá-la, nunca.

Traidor da Constituição é traidor da pátria. Conhecemos o caminho maldito. Rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério.

A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia.

Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o Estatuto do Homem, da Liberdade e da Democracia, bradamos por imposição de sua honra.

Temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. (...)"

²³ BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Zahar. 2001, p. 8.

²⁴ <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituinte-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>. Acesso 30 ago. 2023.

Fala-se até em nova Constituição²⁵, por diversos fundamentos, como por exemplo, a necessidade de renovação da disciplina dos sistemas político, partidário e eleitoral; inexistência de independência e harmonia entre os poderes; o fato de a Administração Pública estar superdimensionada; críticas sobre o papel do STF, que estaria atuando como instância ordinária²⁶ e outros.

Não faltam vozes no sentido de deixamos o modelo do estado social desde os anos 1990, passando para o modelo neoliberal, cujo cerne desse modelo econômico é a redução do Estado, ou seja, tal modelo prioriza o corte de gastos públicos nos setores sociais, expostos no artigo 6º da CF. Haveria, portanto, um confronto entre o descrito no texto constitucional pátrio e a política econômica escolhida pelo governo brasileiro a partir do anos 1990, quais sejam, Fernando Collor de Melo, Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso, até o Governo de Michel Temer, após o *impeachment* de Dilma Rousseff, seguindo-se a um modelo ultraliberal, com o governo de Jair Bolsonaro e isso tudo teria influenciado diretamente nas modificações sofridas, ao longo desse período de 2016 em diante.²⁷ Outros porém, nessa polarização já mencionada, sustentam que o Estado seria super dimensionado, e por essa razão, a Constituição Federal de 1988 não serviria mais, para os tempos atuais.

O fato é que, desde a promulgação da Constituição Federal, a efetivação dos direitos sociais nas décadas que seguiram a promulgação da Constituição tem sido uma árdua e longa batalha, ainda não concluída. A inserção de direitos individuais e sociais precisa ainda se traduzir em inclusão econômica, e incorporar os milhões de miseráveis ao acesso as riquezas da nação. Nas últimas décadas, porém, não obstante tudo, houve avanços na efetivação de importantes direitos como saúde e educação, por exemplo.

A legislação ordinária e específica proporcionou, em parte, a concretização de acesso a direitos, negados anteriormente, incluindo assim uma parcela significativa da população, então distantes destes direitos. Os sistemas únicos de saúde e assistência social, os Fundos de Educação, as políticas de assistência aos desemparados são exemplos da busca pelo cumprimento dos preceitos da constituição cidadã. Os avanços trazidos com essas políticas públicas criaram um sentimento na sociedade de ampliação das conquistas. Os movimentos sociais do campo e da cidade estiveram em constantes lutas por essa expansão dos seus direitos. Não à toa os governos

²⁵ Cf DALLARI, Adilson Abreu. Por que convocar uma Constituinte e redigir uma nova Constituição Federal. Nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-05/interesse-publico-porque-constituicao-federal>. Acesso 30 ago. 2023.

²⁶ Idem.

²⁷ SANT'ANNA, Sérgio Luiz Pinheiro. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/os-desafios-para-a-constitucional-brasileira-e-o-estado-do-bem-estar-social-em-tempos-de-ultraneoliberalismo/>. Acesso 15 set. 2023.

nacionais incluíram a participação popular, outra conquista da Constituição Federal, nas decisões governamentais através dos conselhos temáticos e dos orçamentos participativos.²⁸

A partir do ano de 2013, a busca pela concretização e ampliação dos direitos previstos na Constituição se encontra com o tema do combate à corrupção, dando origem à “Operação Lava Jato”, que contou com apoio da mídia nacional e trouxe à lume, escândalos de corrupção, que deixou a maioria dos brasileiros perplexos, suscitando discussões sobre os problemas nacionais, frutos das desigualdades sociais históricas. Porém, em razão de inúmeros fatores, anos após, esse grande movimento foi esvaziado, o que contribuiu para um sentimento de frustração e desesperança e o que permanece é um descrédito que atinge a maioria dos partidos políticos, por que não, nas instituições!

Assim, a partir do contexto social e político atual e considerando o texto constitucional, após 35 anos é de se questionar se os preceitos da nossa Carta Cidadã estão sendo respeitados e salvaguardados pelas instituições criadas por ela mesma ou vivenciamos tempos de traição à Constituição? A interpretação dada a cada dispositivo, é coerente com aquilo que se pretendeu?

Esses são alguns questionamentos que, talvez, mereçam nossa atenção, porém, não se tem a intenção e nem seria possível, nesse espaço limitado, buscar respondê-los, apenas, chamar à reflexão, na defesa dos direitos e garantias, sob a ótica sempre, dos consequentes deveres trazidos. Ante ao histórico de autoritarismo no Brasil, é salutar que estejamos vigilantes, pois a ameaça ou solapamento de regras do Estado Democrático também são uma ameaça à própria manutenção da Constituição, a sua efetividade, a uma justa interpretação.

4-Considerações finais

Nesse trabalho buscou-se a análise de componentes históricos que permearam e permeiam o tempo anterior à vigência da atual Constituição e os 35 anos de sua vigência, bem como os desafios, na atualidade. De se questionar, se nossa Constituição Federal de 1988, a sétima do país, a Constituição Cidadã cumpre seu papel hoje?

É fato que reintroduziu a democracia, assegurou direitos e garantias individuais, bem como os direitos sociais. Criou mecanismos de proteção contra o autoritarismo, dispondo sobre princípios fundamentais e sobre a organização do Estado e dos Poderes da República. Contemplou no seu texto,

²⁸ AVRITZER, Leonardo. Impasse da democracia. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

regras sobre os diversos aspectos, como tributação, ordem econômica e financeira, bem como da ordem social.

Dentre esses direitos e garantias, alguns são destacados. Os direitos trabalhistas, como a jornada de trabalho de 8 horas diárias e 44 horas semanais e a licença paternidade; o direito de voto aos analfabetos e aos jovens a partir de 16 anos, são apenas alguns exemplos de conquistas que até então não existiam e passaram a ser asseguradas. Além disso, a educação voltou a ser um dever do Estado, orientado por princípios como igualdade de acesso, liberdade, pluralismo de ideias, gratuidade e gestão democrática.

No âmbito da infância, a Carta Magna passou a reconhecer crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, assegurando a essa parcela mais jovem da população, prioridade absoluta no tratamento das políticas públicas.

Também nasceu com a Constituição Federal o Sistema Único de Saúde (SUS), considerado exemplo de política pública por garantir o acesso universal aos cidadãos aos serviços de saúde e por ser referência internacional com iniciativas como o Sistema Nacional de Imunizações, o Programa de Controle de HIV/Aids e o Sistema Nacional de Transplantes de Órgãos.

Desde 1988, o legislador constituinte, desde 1988, chama a atenção para a Cultura; Desporto; Ciência, Tecnologia e Inovação; Comunicação Social, Meio Ambiente; Família; Idoso e Indígenas, temas todos, atualíssimos.

Na sua extensão, nenhum tema tratado é de menor importância. Todos são pauta do dia em qualquer setor da vida civil, social e política.

Dessa forma, nesse momento de reflexão e homenagem a tão importante documento legal, numa abordagem macro, ainda que não aprofundada, levando-se em consideração os variados aspectos, conclui-se que o grande desafio é não se admitir retrocesso. As alterações devem ocorrer sempre, porém com vistas ao aprimoramento e não degeneração dos institutos.

O momento histórico vivido é desafiador. Vivemos a modernidade líquida, avverte Bauman e para este, a modernidade significa muitas coisas, e sua chegada e avanço podem ser referidos utilizando-se muitos marcadores diferentes. Uma das características da vida moderna e do seu entorno é a “diferença que faz a diferença”.

A diferença, a diversidade no Brasil é um marcador e como lidamos com essa realidade? Diante do contexto brasileiro, miscigenado, multiracial, multicultural, diverso na religiosidade, portanto, um país “multi”, de enormes desigualdades sociais, como os direitos são concretizados? Como são interpretados? São preservados?

A Constituição Cidadã tem nos seus incisos II e III, do artigo 1º, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, como fundamentos; tem como objetivo, dentre outros, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Um dos maiores Direitos (super), após o direito à vida e liberdade, talvez seja a Educação, assegurada no Capítulo III, do Título VIII, Seção I, artigos 205 a 214 da Constituição de 1988. Talvez a sua universalização seja um dos grandes desafios e o instrumento capaz de concretizar os fundamentos e objetivos acima destacados e deve ser o foco dos agentes políticos, que assumem protagonismo nas esferas nacionais, estaduais e municipais.

Todos os demais direitos e os consequentes deveres atribuídos a cada indivíduo, passam obrigatoriamente pela Educação. Ninguém exige, aquilo que não conhece, ninguém exercita o que não conhece. A ignorância fomenta a tirania, a miséria, a indignidade da pessoa humana.

Ter acesso a ensino regular de qualidade impacta na condição humana, no âmbito familiar, social e político. A Educação promove a independência. Sem essa emancipação, os fundamentos da República serão meras palavras, os objetivos fundamentais da República serão meras intenções e os princípios serão apenas razões.

Não é possível falar-se em cidadania, quando vemos a situação da educação pública, na maioria dos casos. Prédios descuidados, insalubres, deficitários; professores desvalorizados, essa é uma situação, se não é regra, também está longe de ser uma exceção. O ambiente que deveria iniciar a socialização e propiciar o efetivo respeito à igualdade, traduz ambiente de exclusão, de segregação. Nas escolas públicas, com exceções, escancaram-se as diferenças, conforme se pode comprovar pelos índices do PISA – Programa Internacional de Avaliação de Estudantes, o que viola, portanto o princípio da Igualdade.

Portanto, a Constituição Cidadã tem como principal escopo, a cidadania, entendida, num sentido amplo, como aptidão de ser sujeito de direitos e deveres; de fazer parte da vida em sociedade, com participação ativa. É um processo contínuo de construção coletiva, visando a realização paulatina dos Direitos Humanos e uma sociedade mais justa e solidária.

Os desafios que se apresentam, portanto, após décadas de vigência da Constituição Federal de 1988, são enormes, dentre eles, identificam-se a manutenção da sua vigência; evitar-se o retrocesso; buscar-se uma interpretação justa e adequada, tudo na direção da concretização da Cidadania, que a qualifica.

Os desafios estão lançados pela Constituição, cumpre a cada um, na sua área de abrangência e atuação, encará-los e fazer da Carta Magna uma realidade!

Referências

AVRITZER, Leonardo. Impasse da democracia. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Zahar. 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso 15 ago. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Integra do discurso presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr Ulysses Guimarães. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituinte-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>. Acesso 30 ago. 2023.

CONSTITUIÇÃO DE 1988. [brasilescola.uol.com.br](http://brasilescola.uol.com.br/historiab/constituicao-1988.htm). Disponível em: [https://brasilescola.uol.com.br/historiab/constituicao-1988.htm](http://brasilescola.uol.com.br/historiab/constituicao-1988.htm). Acesso 20 ago. 2023.

CONSTITUIÇÃO DE 1988. www.historiadomundo.com.br. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/constituicao-1988.htm#:~:text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201988%20foi,ficou%20conhecida%20como%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Cidad%C3%A3o>. Acesso 20 ago. 2023.

CRONICA DAS ARCADAS. [direito.usp.br](https://direito.usp.br/pca/arquivos/5f223ea6ae26_cronica-das-arcadas.pdf). Disponível em: https://direito.usp.br/pca/arquivos/5f223ea6ae26_cronica-das-arcadas.pdf. Acesso 20 ago. 2023.

DALLARI, Adilson Abreu. Por uma Assembleia Nacional Constituinte independente e exclusiva. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-27/interesse-publico-assembleia-nacional-constituinte-independente-exclusiva>. Acesso 25 ago. 2023.

_____. Por que convocar uma Constituinte e redigir uma nova Constituição Federal. Nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-05/interesse-publico-porque-constitucional-federal>. Acesso 25 ago. 2023.

DIRETAS JÁ. memorialdemocracia.com.br. Disponível em: <http://memorialdemocracia.com.br/card/diretas-ja>. Acesso 25 ago. 2023.

FAUSTO, Boris. História do Brasil. São Paulo: Edusp, 2013.

SANT'ANNA, Sérgio Luiz Pinheiro. Os desafios para a Constituição brasileira e o estado do bem-estar social em tempos de ultraneoliberalismo. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/os-desafios-para-a-constituicao-brasileira-e-o-estado-do-bem-estar-social-em-tempos-de-ultraneoliberalismo/> Acesso 15 set. 2023.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: https://www.mpbam.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf. Acesso 30 ago. 2023.

SCHWARCZ, Lilia Moritz e STARLING, Heloísa Murgel. Brasil: Uma Biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 488.

SENADO FEDERAL. A gênese do texto da Constituição de 1988. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/geneseconstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf> e Anais das Constituintes. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/anais/anais-das-constituintes>. Acessos 25 ago. 2023.

SKIDMORE, Thomas E. Uma História do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; ARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ORDEM CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE: MEDIDAS EFETIVAS AMBIENTAIS

Tales Manoel Lima Vialôgo

Advogado,

Especialista em Direito Empresarial e Mestre em Direito pela ITE Bauru-SP.

Professor do curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru-SP,

Coordenador da Pós Graduação em Advocacia Cível e Trabalhista das
Faculdades Integradas de Bauru-SP.

1 -Introdução

Para tratar a respeito da proteção ambiental é preciso um coerente estabelecimento de equilíbrio entre o Direito Ambiental e todos os demais ramos do direito.

É premissa maior em qualquer ordem jurídica que a sustentabilidade seja o instrumento ‘limitador das liberdades’, afinal não deve haver livre iniciativa econômica, liberdade de expressão, liberdade de locomoção, livre concorrência – e nenhuma outra vertente da liberdade humana –, sem a pauta da preservação ambiental.

Um ponto de perturbação muito comum é a precária visão de que a proteção jurídica ambiental impede – ou dificulta – o desenvolvimento econômico e tecnológico do país. Não caminha bem a reflexão que parte dessa equivocada visão de mundo.

A maior contribuição das normas jurídicas e princípios protetivos do Direito Ambiental é possibilitar a prática das atividades humanas de forma sustentável, e não impedir que tais atividades sejam implementadas no cotidiano.

Ora, do que servirá uma ordem econômica indiferente aos recursos naturais, quando em uma realidade sem recursos nada se constrói, nem se transforma e nem se realiza.

Neste ensaio o que está exposto é a elucidação de uma proteção jurídica ambiental com harmonização de interesses em relação às atividades econômicas, transparecendo ainda mais a premissa de que a preservação garante a longevidade das oportunidades de livre iniciativa.

Em um primeiro momento foi apresentada breve exposição acerca das constituições brasileiras. Ato contínuo a Constituição Federal de 1988 – que nesta obra coletiva está sendo celebrada, foi abordada em subsídios que a mesma oferece para identificação dos princípios constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro.

Em prosseguimento foi apresentada a responsabilidade diferenciada, ou comum, atinente ao direito internacional ambiental, em decorrência do caráter universal do dever de preservação. No mesmo ponto foram expostas as demais modalidades de responsabilidade pelo dano ambiental no Brasil.

Por fim foram apresentadas medidas atuais e efetivas do Direito Brasileiro para a harmonização de interesses entre a proteção do meio ambiente e a implementação de atividades econômicas.

2 -No Contexto Das Constituições Brasileiras

No contexto atual o sistema jurídico apresenta tratamento específico e fundamental na Constituição Federal de 1988. Há uma norma matriz, uma ordem ambiental constitucional.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum de povo, com responsabilidade participativa de preservação entre o Poder Público e todos da população, consagrando ainda o dever de proteção de recursos ambientais para as presentes e futuras gerações, é um conjunto de diretrizes ainda muito recente no ordenamento jurídico brasileiro.

Por isso é preciso afirmar que muito tardiamente – apenas com a norma de 1988 – é que surge uma proteção constitucional de maior impacto para o Direito Ambiental, contribuindo para uma harmonização de interesses entre a livre iniciativa econômica e a sustentabilidade.

Concepções arcaicas e antropocêntricas sempre guiaram o ordenamento jurídico para um precário sistema normativo, onde a questão ambiental era pouco enfrentada com o aprofundamento necessário.

No Brasil, após o período imperial – onde nada de efetivo se tratou em âmbito constitucional – a ordem republicana vincula à União a competência para legislar acerca de proteção do patrimônio cultural – histórico, paisagístico e natural. Paulo de Bessa Antunes observa o início de alguma evolução na normatização constitucional de 1891.

À mudança do regime político ocasionada pela proclamação da República correspondeu uma nova Constituição. Os municípios, no novo regime, perderam o alto índice de autonomia legislativa que detinham no regime constitucional anterior. As províncias foram transformadas em Estados e, de alguma forma, buscou-se atribuir-lhes um determinado grau

de autonomia. Isto, entretanto, não se concretizou de forma plena, pois a federação que foi estabelecida era altamente centralizadora. Esta característica, como se sabe, persistiu – em maior ou menor grau – nas diferentes Cartas republicanas. A CF de 1891, em seu artigo 34, nº 29, atribuía competência legislativa à União para legislar sobre as suas minas e terras. Em tese, aos Estados estava reservada a competência para legislar sobre as minas e terras que não pertencessem à União. (ANTUNES, 2019, p. 32)

Como se pode notar, a tutela ambiental naqueles tempos possuía claro viés econômico. É preciso esclarecer que não se passa aqui um realismo ingênuo, atribuindo ao atual sistema protetivo ambiental um caráter dissociado aos interesses econômicos, porém, ao menos pelo critério teleológico – onde se busca os fins sociais da norma – o ordenamento jurídico em vigor atende a princípios fundamentais para preservação ambiental.

Sob o critério da cedência recíproca, atualmente – ao menos em termos principiológicos –, na colisão entre preceitos fundamentais, a proteção ambiental é indisputável.

Retomando a abordagem histórica, a Constituição Federal de 1934 deve ser considerada como um marco inicial, ao prever em seu artigo 5º, inciso XIX, alínea “j”, a competência privativa da União para legislar sobre “bens de domínio federal, riquezas de subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração” (BRASIL, 1934).

De alguma forma, a CF de 1934 estimulou o desenvolvimento de uma legislação infraconstitucional preocupada com a proteção ambiental, dentro de uma abordagem de conservação de recursos econômicos. Um bom exemplo é o Código de Águas de 1934, cujos objetivos primordiais estavam relacionados à produção de energia elétrica. O mesmo se pode dizer em relação ao antigo Código Florestal (1934), que buscou estabelecer mecanismos para a utilização industrial das florestas. Ambos os diplomas legais continham normas visando à proteção dos recursos. A Constituição de 1937 dispunha, em seu artigo 16, inciso XIV, competir privativamente à União legislar sobre “os bens de domínio federal, minas, metalurgia, energia hidráulica, águas, florestas, caça e pesca e sua exploração”. (ANTUNES, 2019, p. 32)

O surgimento de normas ordinárias em 1934 com dispositivos que introduziram códigos nacionais ambientais, como o Código Florestal e o Código das Águas, foi o precisamente o início de um pensamento social-ambiental do legislador constituinte.

Mas repare que no âmbito específico do texto constitucional apenas o que se atribuía eram competências legislativas, e não princípios fundamentais, sendo que estes, devido à sua densidade normativa, fornecem ao sistema jurídico subsídios com caráter cogente, com imperatividade, visto que traduzem o dever de sustentabilidade.

Assim foram as constituições subsequentes reprisesando as atribuições legislativas repetidamente.

Mas o que já era insuficiente ainda sofreu um retrocesso. Em 1964, em decorrência do período da ditadura militar no Brasil, as competências da União foram suprimidas, apenas restando o controle da defesa em calamidades públicas, com ênfase nas situações de secas ou de inundações.

Por fim, na carta política de 1967 foi atribuída à União competência para legislar, dentre outras matérias, sobre águas, energia elétrica, minas e recursos minerais, florestas, caça e pesca, regime dos portos, navegação fluvial e lacustre.

Vê-se, nessas breves linhas, que o plano de fundo constante sempre foi econômico, não havendo sequer preocupação legislativa em declarar a necessidade de práticas sustentáveis nas atividades humanas.

Então, é preciso entender que a Constituição de 1988 fez surgir um Direito Ambiental Constitucional. Além disso, tratando-se de bens esgotáveis, os recursos ambientais ainda não receberam da humanidade a devida recomposição, e certamente jamais o faremos.

Dotado de estabilidade relativa, o direito irá atribuir ao sistema normativo ambiental não o dever de proibir de forma absoluta a poluição – em todos os seus níveis –, mas irá definir a ‘poluição aceitável’, em que pese a necessidade de equilibrar a livre iniciativa econômica com a proteção do meio ambiente. Partindo de princípios informados pelo artigo 225 da Constituição Federal de 1988, diversas normas e diretrizes são criadas pelo Poder Público, para garantia da preservação ecológica e equilibrada do meio ambiente, como um sistema que visa promover o bem estar das presentes e futuras gerações.

3 -Princípios Fundamentais Do Direito Ambiental

O artigo 225 da Constituição Federal de 1988 – único dispositivo do capítulo do meio ambiente – traz em seu caput a declaração de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso comum do povo – visão antropocêntrica – sendo dever de toda a coletividade a sua preservação. Justamente nesse dever coletivo é que surge o *princípio da participação*.

Nesse sentido vale citar a conclusão didática de Celso Antonio Pacheco Fiorillo, acerca do bem ambiental e dos destinatários titulares do direito à sua preservação, melhor dizendo, esclarece o caráter transindividual utilizado pelo legislador constituinte.

O bem ambiental é, portanto, um bem que tem como característica constitucional mais relevante ser ESSENCIAL À SADIA QUALIDADE DE VIDA, sendo ontologicamente de uso comum do povo, podendo ser desfrutado por toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais. Uma vida saudável reclama a satisfação de um dos fundamentos democráticos de nossa Constituição Federal, qual seja, a dignidade da pessoa humana, conforme dispõe o art. 1º, III. É, portanto, do somatório dos dois aspectos: bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, que estrutura constitucionalmente o bem ambiental. (FIORILLO, 2013, p. 169-170)

Ainda acerca do caput, José Afonso da Silva atribui a esse dispositivo a categoria de “norma-princípio, ou norma-matriz, substancialmente reveladora do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. (SILVA, 2005, p. 52)

Em seu §1º traduz o dever do Estado em garantir a efetividade da norma matriz, com conteúdo carregado de instrumentalidade. O legislador constituinte soube se expressar ao elencar, nos incisos I ao VII, os deveres do Poder Público para assegurar vida útil aos ditames da proteção ambiental constitucional.

De tal sorte, é justamente na leitura do texto do dispositivo em comento que se extrai os mais importantes princípios do direito ambiental atual. Neste ensaio serão destacados aqueles que melhor fundamentam a temática aqui proposta.

Um primeiro princípio que merece menção é aquele que visa a conciliação entre as atividades humanas e a preservação. Trata-se do *princípio do equilíbrio ambiental*.

O princípio do equilíbrio ambiental, intrinsecamente vinculado aos princípios da ponderação e da razoabilidade, visa à regulação das relações entre o homem e a natureza e as prováveis tensões entre estes elementos.

Destarte, o aplicador da norma levará em conta o impacto ambiental de uma intervenção humana, buscando-se mitigar ou até cessar seus efeitos, na busca de uma interpretação razoável do conceito abstrato de meio ambiente saudável e equilibrado. (ALMEIDA, 2018, p. 44-45)

Para a manutenção dessa harmonia, se faz sobremodo imperiosa a atuação preventiva do direito ambiental, através de medidas – com ressalvas de orientações científicas – capazes de evitar a degradação ambiental nas condutas humanas.

Quando se associa os princípios do equilíbrio e da prevenção é essencial ter em vista a existência do princípio da livre iniciativa, sendo este o vetor da existência e da constante aplicação dos citados princípios constitucionais.

A liberdade de iniciativa está declarada na Constituição Federal de 1988 como fundamento da república – inteligência do artigo 1º, IV – e como princípio fundamental da ordem econômica brasileira – inteligência do artigo 170, caput – daí a necessidade de o Poder Público garantir a sua densidade normativa.

Vale aqui a citação de didático conceito acerca desse princípio fomentador da ordem econômica.

A liberdade de iniciativa garantida constitucionalmente não se restringe à liberdade de iniciativa econômica, sendo esta apenas uma de suas dimensões. A livre-iniciativa de que fala a Constituição há de ser, realmente, entendida em seu sentido amplo, compreendendo não apenas a liberdade econômica, ou liberdade de desenvolvimento de empresa, mas englobando e assumindo todas as demais formas de organização econômicas, individuais ou coletiva, como a cooperativa (art. 5º, XVIII, e art. 174, §§ 3º e 4º), e a própria liberdade contratual e comercial. (TAVARES, 2006, p. 239)

André Ramos Tavares descreve com acerto notável a extensão desse preceito fundamental. Logo, para que tenhamos um país forte, é preciso que tenhamos uma economia forte e, nesta esteira, um mercado abastecido de possibilidades. Não há como promover tal liberdade de iniciativa sem sustentabilidade. Livre iniciativa e equilíbrio ambiental não são preceitos antagônicos, mas sim objetivos fundamentais que necessitam de um equilíbrio, o que se dá primeiramente com uma competente atuação preventiva do Estado.

Dessa precisa relação entre direitos relativos à ordem econômica e ao direito ambiental, surge o *princípio do desenvolvimento sustentável*, que informa, pelo método teleológico de hermenêutica jurídica, a obrigação de o Poder Público regulamentar todas as atividades econômicas com normas específicas de controle e prevenção de impactos ambientais. Desdobramento desse princípio surge a máxima *in dubio pro natura* que representa a diretriz para a interpretação jurídica sempre concluir pela corrente mais favorável ao meio ambiente.

Em tempo, ainda no tocante a princípios, o artigo 24 da Constituição Federal de 1988, responsável por declarar as competências legislativas concorrentes entre União, Estados e Distrito Federal, onde, dentre outras matérias, constam diversos segmentos de atuação ambiental, em seu § 4º, fixa a regra de que “a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”. (BRASIL, 1988)

Tal dispositivo traduz a regra da *inconstitucionalidade da menor proteção* que, em sua essência, significa informar que serão inconstitucionais as normas municipais menos protetivas do que as estaduais ou federais, e também o serão as normas estaduais menos protetivas do que as federais. Trata-se aqui da cláusula de não retrocesso na proteção dos direitos humanos.

Muitos são os princípios informadores do direito ambiental brasileiro, não sendo o objeto deste ensaio científico o esgotamento deste ponto. Aqui o intuito foi ilustrar a imperatividade constitucional da preservação dos recursos ecológicos. Por fim, o conjunto de princípios relativos ao meio ambiente sustentável – em sua amplitude – representa uma das mais importantes facetas do princípio da dignidade da pessoa humana.

4 -Responsabilidade Ambiental

Por se tratar, o bem ambiental, de um objeto de tutela coletiva, dever de proteção participativa, logo, de responsabilidade preventiva solidária de todos da população, juntamente com o Poder Público, agiu muito bem o constituinte ao fixar no bojo do artigo 225, em seu § 3º, a regra da cumulatividade de sanções com tríplice responsabilidade ao infrator, dizendo que todo aquele que causa uma ofensa ao meio ambiente responderá penalmente, civilmente e administrativamente.

Por certo que, pela sistemática da teoria do risco integral, para a responsabilidade civil pelo dano ambiental adota-se a modalidade objetiva, por inteligência do artigo 14, § 1º, da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1931, que obriga o poluidor a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, independentemente da existência de culpa. Além disso, ato contínuo, o artigo 225, § 3º da Constituição Federal não exige qualquer elemento subjetivo para a configuração da responsabilidade civil.

No âmbito criminal, todavia, o artigo 2º da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe acerca dos crimes ambientais, define a responsabilidade subjetiva do agente para que responda pelo dano ambiental no processo penal.

Logo, no que tange aos crimes ambientais, a responsabilização do agente está sujeita à medida de sua culpabilidade.

Já a responsabilidade perante a administração pública, ou seja, a condenação do agente envolvido em causa de danos ambientais na esfera administrativa está sujeita também à demonstração de sua culpa no evento danoso.

De fato, atualmente há uma lacuna legislativa no tocante a modalidade de responsabilidade pela via administrativa, porém, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela responsabilidade subjetiva, seguindo assim orientação da regra geral do direito civil acerca da responsabilidade civil, vez que cabe ao legislador prever exceções, onde se aplicará a responsabilidade objetiva.

A responsabilidade civil ambiental é objetiva; porém, tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador. (Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 62.584/RJ, rel. ministro Sérgio Kukina, rel. p/ acórdão ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 18/06/15)

Assim, embora o tema ainda seja objeto de discussões doutrinárias, por não possuir uma definição de responsabilidade administrativa expressa em lei, aplica-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, sendo subjetiva a responsabilidade pelo dano ambiental na esfera administrativa.

Em que pese a lacuna da responsabilidade na esfera administrativa na regulamentação da responsabilidade ambiental na ordem interna – já resolvida pela instância superior –, é na ordem global que o direito ambiental necessita de maior concretude.

O dever moral para que todas as nações do mundo controlem a poluição, busquem sustentabilidade e adotem medidas drásticas de proteção ambiental, ganha a denominação de responsabilidade comum, ou responsabilidade diferenciada, consagrando o princípio do direito humano universal.

A proteção ambiental em determinado território é de interesse global, superando as fronteiras fixadas por cada soberania. Quando determinado Estado deixa de proteger seus recursos ambientais, não está afetando apenas o seu povo, mas sim toda a comunidade biótica global.

Diante da amplitude dos impactos que podem ser ocasionados pelo não atendimento das normas de natureza ambiental, deve ser validada a vocação universalista do Direito Ambiental, mormente no âmbito internacional.

Vale lembrar que não apenas os Estados soberanos, mas também as Organizações Internacionais e a Santa Sé, melhor dizendo, todos os sujeitos de direito internacional público devem dedicar-se a uma atuação conjunta onde a sustentabilidade é medida de mitigação das demais liberdades humanas.

Em sua Carta Encíclica *Laudato Si'* assinada pelo Papa Francisco, o estado do Vaticano – dentre muitos outros protestos – manifesta pela necessidade de maior comprometimento comum entre todos os Estados do mundo, demonstrando uma visão de que ainda há muito a ser realizado e o necessário progresso nas questões ambientais está muito distante.

Ainda não se conseguiu adoptar um modelo circular de produção que assegure recursos para todos e para as gerações futuras e que exige limitar, o mais possível, o uso dos recursos não-renováveis, moderando o seu consumo, maximizando a eficiência no seu aproveitamento, reutilizando e reciclando-os. A resolução desta questão seria uma maneira de contrastar a cultura do descarte que acaba por danificar o planeta inteiro, mas nota-se que os progressos neste sentido são ainda muito escassos. (VATICANO, 2015)

No mesmo documento canônico a Santa Sé consagra a necessidade de preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Nesta via, diante da regra comum no Direito Internacional de respeito as soberanias entre os Estados, Santa Sé e organizações internacionais, para que o princípio do universalismo tenha efetividade, de suma importância é o exercício da normatização horizontal, através da qual cabe aos Estados firmar tratados que estabeleçam normas, princípios e metas comuns de preservação ambiental.

Reita-se, a proteção ambiental é indisputável, e nenhum outro valor da humanidade poderá obstaculizar o desenvolvimento econômico pautado pela sustentabilidade.

O que se verá, por fim, são algumas medidas efetivas, seja na ordem interna, ou internacional, acerca da preservação ambiental.

5- Medidas Efetivas

5.1 Princípio da vedação de retrocesso

Antes de evoluir, o Direito Ambiental deve receber uma proteção especial, no sentido de evitar medidas que levem ao retrocesso na preservação ambiental – fala-se em combater o efeito *cliquet* – leia-se causa de retrocesso.

Certamente que um Estado social e democrático – como o adotado em nosso sistema constitucional neoliberal –, em que pese a importante busca

pelo desenvolvimento econômico e implementações tecnológicas, deve pautar-se pela sustentabilidade ecológica, logo, pela proteção da longevidade da existência dos recursos naturais, o que possui como claro plano de fundo a preservação da vida de forma global.

Isto posto, é evidente o dever universal para que todos os sistemas jurídicos adotem a cláusula de não retrocesso na proteção ambiental.

No Brasil são inúmeros os fundamentos que podem ser pronunciados para tal via de defesa natural.

O próprio Supremo Tribunal Federal já proibiu a diminuição ou supressão, por via de medida provisória, de espaços territoriais especialmente protegidos – ADIn 4717/DF. Porém, quando se trata de promover um aumento da proteção em territórios com proteção especial, a mesma Corte Superior autoriza o processo legislativo por medida provisória.

Assim, é possível que medidas provisórias disponham acerca de matéria ambiental, desde que se tratem de normas mais favoráveis aos recursos ambientais.

Dando prosseguimento, referência científica comum para elucidar a cláusula de proteção ambiental como elemento de dozimetria nas medidas econômicas, o jurista José Joaquim Gomes Canotilho expõe que qualquer medida legislativa – ou até mesmo material – deve estar vinculada com estudos de compensação ou recomposição de recursos naturais.

(...) núcleo essencial dos direitos já realizados e efectivado através de medidas legislativas ('lei de segurança social', lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inherente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado. (CANOTILHO, 1998, p. 320)

O núcleo do princípio ora abordado é a fixação sempre de uma análise científica, como medida de prevenção – ou ao menos de precaução – em relação a eventuais impactos que o exercício da livre iniciativa possa resultar para os processos ecológicos essenciais – aqueles dos quais depende a sobrevivência humana.

5.2 Exemplos de medidas efetivas

A pacifidade de um sistema jurídico é um convite – quase irrecusável, para que o outro se aproveite dessas fragilidades em benefício próprio. Não basta ser um direito declarado como fundamental, é preciso instrumentalizar medidas que efetivamente garantam a concretização das normas de desenvolvimento sustentável.

O Superior Tribunal de Justiça, através de sua publicação periódica de jurisprudência em teses, elaborou 11 enunciados, publicando em 18 de março de 2015 a edição número 30 de seu conjunto de teses.

Ainda que sujeita a diversas críticas, por sua insuficiência de recursos de fato, dada a publicação restrita a apenas onze enunciados, merece destaque pela atenção dada a efetividade de preceitos fundamentais de direito ambiental.

Mas é preciso protestar. Em muitos outros ramos relacionados aos direitos humanos, a Corte Superior atribuiu maior alcance de atuação. No direito do consumidor, por exemplo, atualmente são nove publicações, resultando em um total de 113 teses na área consumerista. Certamente o direito ambiental necessita ainda de maior atenção neste aspecto.

Todavia, dando prosseguimento, o STJ, através da jurisprudência em teses de nº 30, esclareceu importantes posicionamentos acerca da atuação jurisdicional na tutela do meio ambiente.

Em seu enunciado nº 1, consagra a plena reparação integral do meio ambiente, fixando a simultânea e cumulativa aplicação das obrigações de fazer, de não fazer e indenizar nas ações de responsabilidade pelo dano ambiental.

Consagrando a responsabilidade do Estado, fixada no § 1º, do artigo 225 – *norma matriz constitucional*, a tese nº 8 esclarece o necessário comprometimento do ente estatal no dever de fiscalizar as ações humanas, agindo preventivamente no combate aos danos ambientais. O enunciado nº 8, da publicação do STJ, firma a responsabilidade do Estado pela omissão nesses deveres de ações preventivas.

Já no âmbito da responsabilidade civil do titular da propriedade de imóvel, a tese nº 9, traz uma clareza prática ao princípio da solidariedade, consagrado no artigo 3º, inciso I, da Constituição.

Em seu bojo, descreve que a “obrigação de recuperar a degradação ambiental é do titular da propriedade do imóvel, mesmo que não tenha contribuído para a deflagração do dano, tendo em conta sua natureza *propter rem*”. (Superior Tribunal de Justiça, Jurisprudência em Teses nº 30, 2015)

Logo, aqui a tese publicada vem de encontro ao entendimento sempre predominante nos Tribunais brasileiros. Vale citar didática e importante explicação do Ministro Herman Benjamin, em julgado do dia 23 de outubro de 2007: “equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem”. (Superior Tribunal de Justiça. 2^a T. REsp 650.728/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23/10/2007, DJe 02/12/2009).

Ainda a respeito da jurisprudência em teses nº 30, do Superior Tribunal de Justiça, merece destaque o enunciado de nº 10, que consagra a responsabilidade civil objetiva pelo dano ambiental, “informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato”.

Nesta linha, ao fixar o risco integral como medida de responsabilidade civil, não se permite a aplicação de excludentes de responsabilidade pela empresa responsável pelo dano ambiental. Claramente, então, o Tribunal superior fixou o risco integral para atividades econômicas que venham a causar danos ao meio ambiente, excluindo as pessoas físicas em atividades civis, não econômicas.

Não foram poucas as ocasiões em que o Tribunal Superior foi provocado a manifestar-se acerca do descabimento das excludentes envolvendo atividades econômicas:

Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado. (Superior Tribunal de Justiça. 2^a S., REsp 1374284/MG, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 27/08/2014, DJe 05/09/2014)

Neste julgado o magistrado esclarece que “qualquer indagação acerca de caso fortuito ou força maior, assim como sobre a boa ou a má-fé do titular atual do bem imóvel ou móvel em que recaiu a degradação” será irrelevante, devido a teoria do risco integral. (Superior Tribunal de Justiça. 2ª T., REsp 1644195/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27/04/2017, DJe 08/05/2017).

Apenas pelo apego ao melhor sentido possível, é de boa conduta didática esclarecer: certamente a teoria do risco integral elimina a aplicação, via de regra, das excludentes, mas é sim possível ainda alguma exclusão de responsabilidade civil, porém, restritas a hipóteses inequívocas, como: comprovar que não é o responsável pela atividade deletéria, ou comprovar que embora seja responsável pela atividade, direta ou indiretamente, o dano não existiu, aplicando-se aqui o princípio da precaução.

A culpa de terceiro não afasta a responsabilidade civil do proprietário do imóvel, mas garante o direito de regresso.

Ainda na linha dos Tribunais superiores, insta lembrar da Lei 11.934, que dispõe sobre os limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, que foi analisada em suas disposições, juntamente com as recomendações da Organização Mundial de Saúde, no Recurso Extraordinário 627.189/SP, relatoriado pelo Ministro Dias Toffoli, firmando a tese, com repercussão geral:

Exposição da população a campos eletromagnéticos e princípio da precaução. No atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde (OMS), conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009. (Supremo Tribunal Federal. RE 627.189/SP – Informativo 829)

Com o devido respeito, até mesmo pela dificuldade científica acerca do tema analisado pelo Tribunal Maior, não me parece acertada a aplicação do princípio da precaução para se autorizar uma atividade, diante da dúvida, da incerteza sobre efeitos nocivos oriundos da exposição ocupacional da população a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistema de energia elétrica, o que, leva a crer numa análise mais vinculada ao direito de desenvolvimento, em detrimento de eventual risco à saúde que se venha a concluir num futuro. Aguardemos então.

Em que pese a questionada tese do Supremo Tribunal Federal, merece destaque aqui a importante ferramenta processual que deu origem ao questionamento junto ao Estado, sobre o tema ali relatado: a Ação Civil Pública.

De modo a combater a poluição, ou degradação, em nível superior ao aceitável, surge esse instrumento processual, verdadeiro mecanismo de atuação repressiva, em vista da ineficácia preventiva. Logo, tratando-se da tutela de um bem esgotável – o bem da vida ambiental, cabe aos legitimados a função de promover a busca da reparação ao patrimônio ambiental lesado.

Nesta linha de pensamento, Sandro Marcos Godoy, ao comentar a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que regulamenta boa parte da ação civil pública, enaltece a função repressiva deste importante instrumento processual: “Se por um lado a recomposição do dano ambiental nem sempre se mostra possível, por outro, a reprimenda judicial ao seu agressor aplacará o sentimento social de impunidade, ao mesmo tempo em que acarretará reprimendas de ordem civil e criminal para que o ato não se repita” (GODOY, 2017, p. 116).

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, através da Lei 13.105, melhor tratamento foi dado às medidas de urgência. A Lei 7.347/85 já trazia medidas cautelares, mas com o novo instrumento processual civil de 2015, nova redação foi dada a essas tutelas de emergência, com a unificação das medidas em um novo e reformulado texto normativo.

Unificando os dispositivos legais para as medidas cautelares e tutelas cautelares e de evidência, o legislador tentou estabelecer regras mais claras e compatíveis com a urgência das matérias que não soem esperar por solução ao final do processo.

Justifica-se tais medidas acautelatórias pelas regras gerais de que nem sempre a tutela jurisdicional trará um resultado prático ao bem tutelado se concedida tardeamente. (GODOY, 2017, p. 118)

Importante atualização normativa foi a previsão da chamada tutela de evidência, através do artigo 311 do CPC de 2015, permitindo que o magistrado, a fim de entregar à sociedade a reparação ambiental, antecipe o bem da vida.

Pela tutela de evidência, surge a possibilidade de antecipação de tutelas definitivas no curso do processo judicial, o que acaba sendo já um primeiro capítulo da sentença que se busca na Ação Civil Pública, logo, cabe sempre ao legitimado desta medida, levar ao Poder Judiciário o competente pedido de tutela de evidência.

Se o dano ambiental, raras vezes possibilita o restabelecimento ao *satus quo ante*, de melhor razão assistirá a concessão de tutela de evidência, do que os inúmeros processos que findam em ajustes econômicos e políticos através do chamado Termos de Ajustamento de Conduta - TAC.

Sobre este instrumento, é preciso esclarecer. Trata-se de um importante mecanismo de antecipar a entrega de uma resposta à sociedade, e finalizar um litígio judicial, porém, não deve ser utilizado de maneira desmedida, impedindo a condenação proporcional do dano causado, aqui trocado por favores e conveniências econômicas. Utilizando o TAC de maneira desviada, trocamos a tutela pelo prazer.

Em que pese a importante discussão acerca da legitimidade para firmar os compromissos de ajustamento de conduta, se seria do Ministério Público apenas, ou também de todos os legitimados para a ação civil pública, cabe aqui, até pela limitação de análise nestas linhas, enaltecer a necessidade de sempre se verificar a possibilidade da composição, especialmente no âmbito extrajudicial, em matéria ambiental, visando assim acelerar a entrega a recomposição, ou compensação ambiental, para a população.

Desta forma, tanto na via extrajudicial, como no bojo de uma ação civil pública, a celebração do ajustamento de conduta, desde que fundamentada pelos princípios do direito ambiental, é mais uma medida efetiva de promoção da ordem constitucional do meio ambiente.

6 – Conclusão

O tratamento normativo da preservação do meio ambiente, como mecanismo constitucional de proteção da vida, nem sempre recebeu a devida atenção dos legisladores constituintes. Foi no texto de 1988, ora celebrado, que surgiu a norma matriz do comprometimento entre as gerações, para defesa dos bens ambientais.

A pauta é global, e a Constituição Federal de 1988 andou bem – embora num único artigo, ao criar um capítulo específico dedicado à chamada Ordem Constitucional do Meio Ambiente.

Como visto, a premissa do Direito Ambiental, pautado nos princípios constitucionais do meio ambiente, é a promoção do direito ao desenvolvimento das atividades humanas, com o controle ecológico medido na concepção de autorizar uma poluição mínima, inevitável, melhor dizendo, em nível aceitável.

Muitos são os instrumentos para a promoção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, e necessária para a sadia qualidade de vida, cabendo a todos da população, e não apenas ao poder público, a sua preservação.

O que se pretendeu neste ensaio científico foi uma reflexão breve, e sempre necessária, sobre promover a vida, para um melhor entendimento sobre a cedência recíproca, pela qual o meio ambiente deve ser – sempre – tratado como bem de proteção indisputável.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Maria Pilar Prazeres de. *O Dano Moral Ambiental Coletivo*. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 de fev. 2022.

BRASÍLIA (Distrito Federal). Superior Tribunal de Justiça, Jurisprudência em Teses nº 30, de 18 de março de 2015. Disponível em <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 21 de ago. 2023.

BRASÍLIA (Distrito Federal). Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 62.584/RJ, rel. ministro Sérgio Kukina, rel. p/ acórdão ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 18/06/15. Disponível em <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 21 de ago. 2023.

BRASÍLIA (Distrito Federal). Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. REsp 650.728/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23/10/2007, DJe 02/12/2009. Disponível em <<https://www.stj.jus.br>> Acesso em 21 de ago. 2023.

BRASÍLIA (Distrito Federal). Superior Tribunal de Justiça. 2ª S., REsp 1374284/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/08/2014, DJe 05/09/2014. Disponível em <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 21 de ago. 2023.

BRASÍLIA (Distrito Federal). Superior Tribunal de Justiça. 2ª T., REsp 1644195/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27/04/2017, DJe 08/05/2017. Disponível em <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 21 de ago. 2023.

BRASÍLIA (Distrito Federal). Supremo Tribunal Federal. RE 627.189. Disponível em Disponível em <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em 21 de agosto de 2023.

BRASÍLIA (Distrito Federal). Supremo Tribunal Federal. ADI 4717/DF. Disponível em <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em 23 de fev. 2022.

CANOTILHO, J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GODOY, Sandro Marcos. *O Meio Ambiente e a Função Socioambiental da Empresa*. Birigui-SP: Boreal, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES. André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2.ed. São Paulo: Editora Método, 2006.

VATICANO. Santa Sé. *Carta Encíclica 'Laudato Si'*. Disponível em <<https://www.vatican.va>>. Acesso em 23 de fev. 2022.

DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO UM SISTEMA DE INCENTIVOS PARA A CELERIDADE PROCESSUAL

Sintia Salmeron

Doutoranda e Mestre em Direito, pela Instituição Toledo de Ensino - ITE.
Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários
- IBET.

Graduada em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE Bauru.

Advogada tributarista.

Professora das Faculdades Integradas de Bauru

1- Introdução

Quanto tempo deve durar um processo judicial? Esta talvez seja uma pergunta difícil de responder, afinal de contas a questão tempo de duração de um processo judicial não pode ser analisada apenas sobre o critério objetivo de dias, meses e anos, muito embora tal critério seja de extrema relevância.

As demandas judiciais, como bem se sabe, tem suas particularidades e, em decorrência disso, há processos judiciais que demoram mais tempo para a entrega da tutela jurisdicional, ao passo que outros conseguem ser解决ados em um menor lapso temporal. A questão então não grava em torno da “[...] demora em si, mas a demora excessiva, pois o processo judicial deve ter uma duração razoável” (Gico Júnior, 2020, p. 83).

A questão relacionada com a duração razoável de um processo judicial não é nova. Tanto que, em 2004, houve-se por bem elevar essa questão ao patamar dos direitos e garantias fundamentais. A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, popularmente conhecida como a Reforma do Poder Judiciário, inseriu no rol do artigo 5º o inciso LXXVIII que assegura “a todos, no âmbito judicial e administrativo, [...] a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (Brasil, 1988).

A preocupação com a morosidade da Justiça brasileira está bem delimitada na exposição de motivos da Emenda Constitucional nº 45/2004 que dispõe no sentido de que “[...] a Justiça brasileira é cara, morosa e eivada de senões [...]”²⁹ (Brasil, 2004).

Em que pese a inserção da duração razoável do processo no texto constitucional somente ter ocorrido no final do ano de 2004, é importante lembrar que previsão semelhante já havia na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que foi inserida ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. O direito a uma duração razoável do processo se apresenta nas disposições do artigo 8º:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (Brasil, 1992).

Pois bem, ao longo desses quase 19 (dezenove) anos de existência da duração razoável do processo o que se verifica é que a sua concretização ainda se apresenta um tanto quanto deficitária. Ainda vemos na realidade forense processos que se perpetuam no tempo. Podemos citar, apenas a título de exemplificação, a “[...] ação possessória de força velha, ajuizada pela Princesa Isabel em 1895 para reaver a posse do imóvel onde habitava com seu marido, [...] que [...] demorou 123 anos [...]” (Gico Júnior, 2020, p. 87). E é dentro desse contexto de morosidade que se pretende dialogar.

A Análise Econômica do Direito nos ensina que as pessoas reagem a (des) incentivos e que tais (des) incentivos advém do ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico, portanto, se apresenta como um sistema que incentiva ou desincentiva os comportamentos humanos em prol da maximização do bem-estar de cada um. Melhor dizendo, os seres humanos fazem, a todo momento, escolhas. Tais escolhas são baseadas na razão, ainda que esta racionalidade seja limitada, e objetivam assegurar o máximo bem-estar para si. As escolhas feitas por todos nós levam em consideração os incentivos ou desincentivos do ordenamento jurídico que tem como função pautar a vida em sociedade.

²⁹ Íntegra da Exposição de Motivos da Emenda Constitucional nº 45/2004 disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2004/emeconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-exposicaodemotivos-149264-pl.html>. Acesso em 01 set. 2023.

Como bem se sabe, o custo de um processo judicial é alto e não afeta exclusivamente as partes envolvidas na demanda. Este custo também não se limita apenas a questões financeiras como custas e despesas processuais que, sem sombra de dúvidas, são relevantes. Um processo judicial tem o custo tempo como um fator bastante expressivo. A prestação da tutela jurisdicional é um recurso escasso e, como tal, precisa ser bem utilizado para que todos possam ter condições de usufruí-la quando se fizer necessário sem o risco de o sistema colapsar.

Um processo judicial que perdura por muitos anos (demora excessiva), acaba comprometendo todo o sistema jurisdicional, afinal de contas são anos de gastos e recursos para o manuseio deste processo. Ao fim e ao cabo, quem paga esta conta é a sociedade que, diante da quantidade de processos e da demora excessiva na solução destes, recebe uma prestação de tutela jurisdicional tardia. Aliás, dentre outros fatores, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem avaliado os órgãos judiciais e os magistrados sob o critério da “taxa de congestionamento” dos processos, que leva em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base³⁰.

Já nos ensinava Cappelletti e Garth (1988, p. 20-21) “A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de “um prazo razoável” é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”.

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil em março de 2016, Lei nº 13.105/2015 que teve um período de *vacatio legis* de 1 (um) ano, se constata a existência de diversos incentivos visando a efetivação do direito fundamental à duração razoável do processo. A possibilidade de majoração da condenação em honorários sucumbenciais quando o processo judicial é remetido para a segunda instância, por exemplo, é uma forma de incentivar a inexistência de recursos meramente protelatórios cujo objetivo nitidamente é o de “ganhar tempo” em um processo judicial.

Neste cenário, o presente ensaio tem como objetivo realizar uma análise econômica da duração razoável do processo trabalhando com os incentivos existentes na, não tão nova, legislação processual civil.

Para tanto, serão tecidas considerações iniciais e gerais sobre o direito fundamental a razoável duração do processo. Posteriormente, será

³⁰ Neste sentido, conferir <https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/estrategia-nacional-do-poder-judiciario-2009-2014/indicadores/03-taxa-de-congestionamento/>. Acesso em 4 set. 2023.

apresentada a metodologia da análise econômica do direito que ainda é nova em nosso país, muito embora já esteja bastante difundida. Por fim, será realizada uma análise de alguns incentivos existentes no Código de Processo Civil direcionados às partes litigantes que podem contribuir para concretização da duração razoável do processo.

2- Duração Razoável Do Processo: Uma Questão Além Do Tempo

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988 não trouxe, em seu texto original, nenhuma disposição sobre o tempo de duração do processo, ou seja, sobre a duração razoável de um processo judicial ou administrativo.

Somente em 2004, mais precisamente em 30 de dezembro, com a publicação da Emenda Constitucional nº 45, popularmente conhecida como a Reforma do Poder Judiciário, a duração razoável do processo ganhou destaque no texto constitucional sendo alçada à categoria de direito fundamental com a inserção do inciso LXXVIII no artigo 5º da Carta Fundamental.

A Constituição de 1988 não trouxe no seu texto originário o reconhecimento do direito em foco de forma autônoma. Ele só veio à Constituição Cidadã com a Emenda Constitucional 45/04 [Emenda da Reforma do Judiciário], que acrescento o inc. LXXVIII ao art. 5º. Esse silêncio do Constituinte de 1988 no texto original e o seu atraso na previsão expressa da tempestividade processual podem levar a questionamentos de direito intertemporal (Oliveira, 2011, p. 75-76).

Em que pese esse atraso do Poder Constituinte Originário, nunca é demais lembrar que, muito embora a duração razoável do processo não estivesse plasmada no texto constitucional, tal previsão já existia, em nosso ordenamento jurídico, ainda que de forma discreta, em decorrência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que foi inserida no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

Neste sentido, os ensinamentos de Macedo e Carvalho (2015, p. 78):

Assim, a “novidade” inserida pelo constituinte é a especificação de um ideário que já constava da Constituição desde a sua redação anterior, mas que ainda não alcançado a plenitude de sua eficácia social, gravitando entre os escaninhos legislativos, o pensamento dos doutrinadores e as decisões de raros juízos. Coaduna com esta opinião o fato de a duração razoável do processo

constar, mesmo que de forma tímida, do Tratado de San Jose da Costa Rica do qual o Brasil é signatário e que vigora desde meados dos anos de 1990.

E complementa Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 901):

Na esteira do direito comunitário europeu (art. 6º, 1, da Convenção Europeia de Direito do Homem) e americano (art. 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos) e exemplo de várias Constituições europeias (art. 11, segunda parte, Constituição italiana; art. 24, segunda parte, Constituição espanhola; art. 20, terceira parte, Constituição portuguesa), nossa Constituição prevê que “todos, no âmbito do processo judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garante a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII).

Pois bem, a existência de um direito constitucional assegurando à duração razoável de um processo judicial, e aqui, por um aspecto metodológico, não se analisará a questão do direito à duração razoável frente aos processos administrativos, nos leva à compreensão de que todo jurisdicionado, quando bate às portas do Poder Judiciário, tem o direito de que o seu processo judicial seja resolvido, solucionado dentro de um tempo razoável. Dito de outra forma, aquele que se socorre do Poder Judiciário para ver solucionada uma lesão ou ameaça de lesão a direito de sua titularidade tem direito à uma prestação da tutela jurisdicional dentro de uma razão de tempo que se considere razoável.

A duração razoável do processo, portanto, está intrinsecamente ligada à ideia de acesso à justiça. Cappelletti e Garth (1988) nos apresentaram, há muitos anos, quais eram os obstáculos a serem superados para o efetivo acesso à justiça. Dentre os obstáculos apresentados está o tempo, pois

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, pode ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito (Cappelletti; Garth, 1988, p. 20).

Ademais, a duração razoável do processo também repercute na igualdade, conforme adverte Marc Galanter (2018) em sua obra clássica “Por que ‘quem tem’ sai na frente”. Com efeito, no “jogo processual”, quem acaba

Iargando na frente são os chamados “jogadores habituais” em detrimento dos “participantes habituais”.

A grande questão que se coloca então é: o que devemos entender por duração razoável? Razoável são 6 (seis) meses, 1 (um) ano ou qualquer outro marco temporal que possamos imaginar?

Essa pergunta não parece ser de simples resposta, afinal de contas “Não poderia haver conceito mais absoluto que o de tempo” (Arruda, 2006, p. 277). Mensurar qual é o tempo razoável de um processo judicial não depende, exclusivamente, de fatores objetivos, como dias, meses e anos. O tempo razoável do processo vai muito além disso, muito embora esse critério objetivo tenha que ser sopesado.

Cada demanda judicial tem as suas particularidades, particularidades estas que interferem no tempo razoável para uma prestação jurisdicional efetiva. Há processos que possuem grandes complexidades e, em decorrência disso, não é possível imaginar-se que esses serão concluídos em um lapso temporal exígua. Por outro lado, há processos com questões mais simples que podem ser solucionados de maneira mais rápida.

Não se pode olvidar que um processo judicial tem um procedimento a ser seguido. Existem atos processuais a serem praticados, um após o outro, para que o processo judicial se desenvolva e possa exercer a sua função precípua, qual seja: a entrega da tutela jurisdicional.

Esses múltiplos e sucessivos atos se intervenculam e se mantêm coesos graças à relação jurídico-processual que os justifica e lhes dá coerência pela meta final única visada: a prestação da tutela jurisdicional (Theodoro Júnior, 2023, p. 126).

Portanto, o que se parece razoável é compreender que o problema da duração razoável do processo não está umbilicalmente ligado a questão dos dias, meses e anos, pois se assim o fosse bastaria que fixássemos marcos temporais pré-definidos com consequências àqueles que não os cumprissem, independentemente da justificativa para a sua inobservância.

O problema da razoável duração do processo, então, está relacionado com vários outros fatores que influenciam na duração de uma demanda judicial, além do fator objetivo dia, mês e ano. Dentre estes fatores, podemos citar a postura das partes que, não raras as vezes, atuam de forma inconsequente em um processo judicial com um único objetivo, qual seja: ver o processo judicial se perpetuar no tempo.

Por esta razão, a existência de uma codificação, como o Código de Processo Civil de 2015, se apresenta de suma importância para tentar diminuir essa postura das partes em uma demanda judicial. Nunca é demais ressaltar que a demora na prestação da efetiva tutela jurisdicional não pode ser apenas atribuída à postura das partes. Outros fatores certamente também influenciam. Mas, para o presente estudo, será levada em consideração à postura dos litigantes.

Em dezembro de 2018, o STJ finalmente concluiu um importante julgamento para a história do Brasil: a Princesa Isabel não tem direito de propriedade sobre o Palácio da Guanabara, no Rio de Janeiro, que lhe foi tomado com a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889 e onde hoje funciona o governo do Rio de Janeiro. Trata-se originalmente de uma ação possessória de força velha, ajuizada pela Princesa Isabel em 1895 para reaver a posse do imóvel onde habitava com seu marido, o príncipe Gastão de Orléans, o conde d'Eu. Independentemente do mérito, o problema é que a autora do processo não está viva para lamentar a decisão, eis que o processo demorou 123 anos para ser concluído (Gico Júnior, 2020, p. 87).

Ao fim, e sem adentrar a qualquer juízo valorativo, analisando-se apenas pelas lentes da objetividade, não há razões que justifiquem uma tutela jurisdicional demorar 123 (cento e vinte e três) anos para ser prestada. Não importa de quem é a culpa. A sociedade não pode aceitar e arcar com os custos de um processo judicial que durou mais de um século.

3. Análise Econômica Do Direito: O Direito Visto Por Uma Nova Lente

As pessoas reagem a estímulos, significando dizer que os seres humanos estão, a todo momento, realizando um exercício de análise e compreensão dos estímulos advindos das mais variadas searas para, a partir destes, pautar a sua vida em sociedade. E, mais do que isso, a partir destes estímulos os seres humanos agem de forma racional e fazem as suas escolhas sempre objetivando maximizar o seu bem-estar.

De acordo com a teoria econômica neoclássica, o ser humano passou a ser visto, ao menos no ponto de vista teórico, como um agente racional que age para maximizar seus interesses. A partir de tal concepção surgiu a figura abstrata e hipotética do *homo economicus* (*economic man*), de forma que a economia começou a elaborar seus modelos normativos com base nela (Porto; Garoupa, 2020, p. 132-133).

E complementa Gico Júnior (2016, p. 22):

Como escolhas devem ser realizadas, os agentes econômicos ponderam os custos e benefícios de cada alternativa, adotando a conduta que, dadas as suas condições e circunstâncias, lhe traz mais bem-estar. Dizemos, então, que a conduta dos agentes econômicos é *racional maximizadora* eles maximizaram o seu bem-estar.

A grande implicação desse postulado para a juseconomia é que se os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, então, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha. Em resumo, *pessoas respondem a incentivos*.

O ordenamento jurídico, neste aspecto, se apresenta como um sistema que confere incentivos e desincentivos para todos aqueles que vivem em sociedade, afinal de contas é no ordenamento jurídico que encontramos os modais do permitido, proibido e do obrigatório. Nesse passo, as “Leis e decisões judiciais são importantes não por possuírem um valor em si, mas pelos efeitos causados em relação ao grupo que pretendem atingir – ou que atingem não intencionalmente” (Fux; Bodart, 2021, p. 2).

Essa forma de enxergar o ordenamento jurídico e, porque não dizer o Direito de uma forma geral, advém de uma metodologia que a cada dia alcança mais adeptos no Brasil. Bem da verdade, a Análise Econômica do Direito já é uma realidade no mundo há bons anos e tem se firmado no Brasil principalmente nos últimos tempos.

A principal ideia dessa metodologia consiste em estudar o ordenamento jurídico a partir de parâmetros econômicos e, com isso, conseguir responder a perguntas como “Por que os advogados passaram a juntar cópia integral dos autos para instruir um agravo de instrumento quando a lei pede apenas algumas peças específicas?” (Gico Júnior, 2016, p. 19).

Afirmar que esta é uma pergunta de cunho econômico pode parecer uma grande controversa para aqueles que ainda não se debruçaram no estudo da *Law and Economics*. Mas, por mais estranho que possa parecer está é sim uma pergunta de natureza econômica, afinal de contas a economia, ao contrário do que a grande maioria das pessoas imagina, não se restringe a números e aspectos inflacionários.

Neste sentido, os ensinamentos de Araújo (2016, p. 31-32):

O que podemos concluir é que a Economia se torna uma ciência autônoma a partir de um modelo teórico baseado na maximização dos seus interesses e derivado de uma abordagem empírica indutiva, voltada a estabelecer previsões testáveis, ao mesmo tempo em que deixa de se ocupar somente pela produção de riquezas – o que implica uma dimensão social – e passa a se ocupar da relação entre meios escassos e ação humana racional.

[...].

A partir dessa definição, que promove o reencontro entre Smith e Bentham, aliada à crescente formalização e matematização – instrumento adequados à construção de modelos com capacidade preditiva – diminui-se o âmbito de o que a economia tomaria como objeto de suas investigações, deslocando sua atenção para o *como* tais investigações seriam feitas, incluindo incursões para as relações desenvolvidas no não-mercado – justificando então sua aproximação com o Direito.

Pois bem, entendendo o ordenamento jurídico como um sistema de incentivos comprehende-se o Código de Processo Civil da mesma forma, importando dizer que a legislação processual civil está marcada por incentivos e desincentivos para os jurisdicionados em situação de litígio. Dito de outra forma, o Código de Processo Civil, para além de trazer as regras de desenvolvimento de um processo judicial, fixa diversos estímulos e desestímulos que pautarão a conduta das partes no âmbito de uma demanda judicial.

E estas condutas podem se apresentar como uma importante métrica para a questão relacionada com a duração razoável do processo. As partes objetivam maximizar o seu bem-estar. No âmbito de um processo judicial, podemos interpretar que as partes litigantes objetivam maximizar o resultado útil do seu processo. Autor, objetiva maximizar seu bem-estar com a finalidade de obter a tutela jurisdicional a seu favor. O réu, por sua vez, procura maximizar o seu bem-estar com o intuito de fazer com que a tutela jurisdicional não seja a favor dos anseios do autor.

E, para atingir este fim, as partes podem muito bem querer que o processo se perpetue no tempo, pois “O direito “quer” algumas coisas, mas as pessoas que vivem em uma comunidade regida pelo direito frequentemente querem outras. Essas pessoas podem usar o próprio direito para atingir fins diversos dos “desejados” pelo direito” (Mello, 2023, p. 25).

Por isso, a existência de dispositivos legais que fixem consequências para aqueles que agem de maneira inconsequente em um processo judicial visando, única e exclusivamente que este processo se arraste pelo tempo (demora excessiva), é medida que se impõe em consagração à almejada duração razoável do processo judicial.

4. Os Incentivos Do Código De Processo Civil Em FAVOR De Uma Duração Razoável Do Processo

O Código de Processo Civil de 2015 teve sua vigência iniciada em 18 de março de 2016 após a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, passar por sua *vacatio legis* de 1 (um) ano. A nova legislação processual civil trouxe várias modificações para o processo judicial e, de uma forma geral, fixou uma nova realidade “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República, [...]” (Donizetti, 2023, p. 08).

Já nos primeiros artigos da legislação processual civil constata-se a positivação, na lei infraconstitucional, do direito à duração razoável do processo. Dispõe o artigo 4º que “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (Brasil, 2015) e continua o artigo 6º “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (Brasil, 2015).

Os diplomas normativos em comento demonstram que o legislador ordinário, assumindo claramente uma posição de preocupação com a demora excessiva dos processos judiciais na obtenção da tutela jurisdicional efetiva, já nas normas fundamentais sinalizou, para todos os jurisdicionados e para o próprio Poder Judiciário, que os processos judiciais precisam ser concluídos em um tempo razoável. A demora excessiva não parece ser tolerada pelo Constituinte e nem pelo legislador infraconstitucional.

E é já nestas normas fundamentais que se localiza o primeiro incentivo para as partes litigantes que pode contribuir para uma duração razoável do processo judicial. Trata-se da parte inicial da redação do artigo 6º na qual as partes são estimuladas a terem uma postura de cooperação entre si.

Tal postura possibilitará que o processo judicial não tenha sua tramitação marcada por atitudes que visem, nitidamente, protelar, em demasia, a prestação da tutela jurisdicional.

Neste sentido, nos ensina Wolkart (2020, p. 231-232):

Como veremos ao longo deste capítulo, é nesse contexto que deve ser entendida a cooperação no processo civil: uma união de esforços na busca de um sistema de justiça que, longe do cenário de *tragédia*, seja capaz de oferecer tutelas, efetivas e em prazo razoável.

Continuando na análise da legislação processual civil, depara-se com as letras do artigo 311, mais especificamente no inciso I, que assim preconizam:

Artigo 311 – A tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

- I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
- [...] (Brasil, 2015).

Nesta oportunidade, o legislador infraconstitucional traz um desestímulo às partes com relação à adoção de posturas que visem, única e exclusivamente, retardar o curso normal de um processo judicial. Neste caso, a parte que esteja atuando dessa maneira temerária, sofrerá uma consequência, qual seja: a possibilidade de concessão da tutela de evidência através da qual o magistrado concederá, de forma antecipada e independentemente da demonstração de perigo de dano, o direito pretendido pela parte adversa.

Outra novidade inserida pela Lei nº 13.105/2015 que pode ser vista como um desestímulo à protelação do processo judicial e, consequentemente, como um incentivo em favor da duração razoável do processo, é a majoração dos honorários advocatícios na fase recursal.

A previsão está nas letras do artigo 85, parágrafo 11 que assim dispõe: “O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, [...]” (Brasil, 2015).

Em que pese este diploma normativo visar a valorização do trabalho dos profissionais da advocacia, pode-se fazer uma interpretação do diploma normativo sob a ótica da Análise Econômica do Direito enxergando, na sua redação, um incentivo para que as partes sejam desencorajadas a interpor recursos com finalidades meramente protelatórias, afinal de contas os honorários de sucumbência serão majorados na fase recursal e a parte sucumbente terá que desembolsar, ao final do processo, uma quantia muito maior.

Por fim, encontram-se às disposições do artigo 1.026, parágrafos 2º e 3º que se referem expressamente aos Embargos de Declaração interpostos com finalidade meramente protelatória. Nas letras da lei processual civil:

Artigo 1026 – Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso.

[...]

§ 2º - Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.

§ 3º - Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final (Brasil, 2015).

Mais uma vez o Código de Processo Civil se apresenta como um sistema de incentivos em favor da duração razoável do processo. O pagamento de multas em decorrência da interposição de recurso meramente protelatório pode conduzir às partes a não adoção dessa postura que não tem outra função que não impedir que o processo judicial tenha seu regular andamento e, com isso, possa ser encerrado dentro de um prazo razoável.

Os incentivos mencionados nesta seção são apenas alguns dos diversos estímulos que podemos encontrar ao longo de toda a legislação processual civil. A análise destes incentivos demonstra que o Poder Legislativo, e aqui se abrange o Constituinte e o legislador infraconstitucional, desde 2004, apresenta uma notável preocupação não apenas com a positivação do direito à duração razoável do processo, mas também com a sua efetivação.

Que a Justiça brasileira consiga superar esse obstáculo de acesso à justiça. Que consigamos prestar a melhor tutela jurisdicional dentro do menor tempo possível. Que celeridade e eficiência andem de mãos dadas.

5. Considerações Finais

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 05 de outubro de 1988 inaugurando uma nova ordem constitucional.

Em que pese a Constituição Cidadã ter trazido um rol bastante significativo e amplo de direitos e garantias fundamentais, a duração razoável do processo não foi, neste primeiro momento, alçada a este patamar de cláusula pétrea.

Apenas em 2004, mais precisamente em 30 de dezembro, com a publicação da Emenda Constitucional nº 45 (Reforma do Poder Judiciário), a duração razoável do processo passou a constar expressamente no texto constitucional. Com a inserção do inciso LXXVIII no rol do artigo 5º da Carta Fundamental, a duração razoável do processo passou a ser um direito fundamental.

A duração razoável do processo não era ignorada até 2004, afinal de contas já havia uma previsão bastante semelhante a que temos atualmente na Convenção Americana sobre Direito Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que foi inserida, em nosso ordenamento jurídico, em 1992.

Apesar dessa previsão no texto constitucional, o que se verifica é que, ao longo dos quase 19 (dezenove) anos de vigência deste direito fundamental, a duração razoável do processo parece ser uma realidade ainda um pouco distante de ser efetivamente concretizada.

Uma das dificuldades encontradas diz respeito à definição do direito fundamental. A compreensão da duração razoável do processo vai além da questão do tempo propriamente dita, muito embora esse critério objetivo (dias, meses e anos) seja de suma importância. Cada processo tem suas particularidades que, não raras as vezes, conduzem a demanda judicial a uma tramitação por um período maior de tempo. O ponto central da discussão, portanto, se coloca na questão de que não haja uma demora excessiva.

Neste cenário de morosidade, surge uma legislação infraconstitucional, o Código de Processo Civil de 2015, como um sistema de incentivos para as partes litigantes, apresentando estímulos que auxiliam na concretização do direito fundamental à duração razoável do processo.

Se as pessoas reagem a estímulos, e a Análise Econômica do Direito nos ensina que sim, parece-nos razoável que o ordenamento jurídico apresente incentivos que conduzam as partes litigantes a adotar posturas contrárias à injustificada postergação do processo, à demora excessiva.

Ao fim e ao cabo, o que se objetiva é que a justiça brasileira consiga prestar a tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável para que, com isso, se consiga alcançar o efetivo acesso à justiça.

Como bem nos ensinam Cappelletti e Garth (1988, p. 20/21) “A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de “um prazo razoável” é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”.

Que a nossa justiça seja acessível e que possamos, cada vez mais, obter tutelas jurisdicionais efetivas e céleres.

Referências

- ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Análise Econômica do Direito no Brasil: Uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 01 set. 2023.
- 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=e%20da%20Dignidade,-,1.,%C3%A0%20sua%20honra%20ou%20reputa%C3%A7%C3%A3o. Acesso em 02 set. 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/l13105.htm. Acesso em 01 set. 2023.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Taxa de congestionamento*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/estrategia-nacional-do-poder-judiciario-2009-2014/indicadores/03-taxa-de-congestionamento/>. Acesso em 4 set. 2023.
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso de direito processual civil: volume único*. 26. ed. Barueri: Atlas, 2023.
- FUX, Luiz.; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Tradução de Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.
- GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. In: *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. RIBEIRO, Maria Clara Pereira.; KLEIN, Vinicius (coord.). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17-26.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

MACEDO, Elaine Harzheim.; CARVALHO, Volgane Oliveira. A duração razoável do processo no direito brasileiro e o novo código de processo civil: avanços e recuos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, RJ, vol. 15, p. 74-106, jan./jun. 2015, disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16865/12512>. Acesso em 01 set. 2023.

MELLO, João Pedro de Souza. *Como se vence um processo: Norma processual, jogo, estratégia e chicana*. Londrina: Thoth, 2023.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O reexame necessário à luz da duração razoável do processo: uma análise baseada na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy*. Curitiba: Juruá, 2011.

PORTO, Antônio Maristelo.; GAROUPE, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil, volume I*. 64. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a Tragédia da Justiça*. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

O PAPEL DO ESG COMO ALIADO NA BUSCA DO RESPEITO E GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

Tatiene Martins Coelho Trevisanuto

Doutora em Ciências da Informação - UNESP (Marília – SP),

Professora do curso de Direito e Coordenadora dos Cursos de Administração, Gestão de Recursos Humanos e Engenharia de Produção das Faculdades Integradas de Bauru (FIB)

1 – Introdução

O ambiente empresarial possui grande responsabilidade social e ética, partindo desse pressuposto, as empresas devem respeitar os direitos humanos em suas atividades e relações com funcionários, fornecedores, clientes e comunidades locais

O contexto brasileiro de desigualdade econômica e social nos leva a refletir sobre o papel dos direitos humanos e políticas públicas voltada a população em situação de vulnerabilidade.

A pauta relacionada aos Direitos Humanos proporciona uma importante discussão frente aos problemas econômicos que representam riscos para a garantia de direitos sociais. Nesse contexto, o papel das empresas está relacionado a oportunidades laborais que contribuem diretamente para um crescimento econômico mais inclusivo e sustentável.

Nesse contexto, as empresas têm reconhecido que pautas ambientais, sociais e de governança são fundamentais para expressar a responsabilidade corporativa e a abordagem ESG (*Environmental, Social, and Governance*) tem ganhado espaço expressivo no ambiente empresarial e investimentos.

O tripé utilizado nas organizações globalizadas, conhecido como ESG substituiu o fator puramente econômico para o conceito de governança corporativa, pois proporciona uma visão sistêmica e não somente resultados financeiros, mas também a transparência nesta divulgação, nos comitês de auditoria, na conduta corporativa e no combate à corrupção (COSTA; FEREZIN, 2021).

Conceitualmente o ESG trata de um conjunto de princípios que corroboram a responsabilidade e comprometimento das organizações com seus relacionamentos e ambiente, indo além do foco de maximizar a lucratividade a qualquer preço, sendo assim, pode-se inferir que o ESG tem como um de seus fundamentos a defesa aos Direitos Humanos.

A partir destas considerações, este capítulo tem como objetivo apresentar o papel da *Environmental, Social, Governance* - ESG como aliado na busca do respeito e garantia dos Direitos Humanos.

2 – Globalização e questões sociais

Ao inserir o processo de Globalização na história evidencia-se contextos, tendências e acontecimentos que contribuíram para o que hoje denomina-se Globalização.

Embora sejam múltiplas as abordagens e definições de Globalização propostas pela bibliografia, Campos e Canavez (2007) destacam alguns aspectos comuns:

- trata-se de um processo em escala mundial, ou seja, transversal ao conjunto dos Estados-Nação que compõem o mundo;
- uma dimensão essencial da globalização é a crescente interligação e interdependência entre Estados, organizações e indivíduos do mundo inteiro, não só na esfera das relações econômicas, mas também ao nível da interação social e política. Acontecimentos, decisões e atividades em determinada região do mundo têm significado e consequências em regiões muito distintas do globo.
- uma característica da Globalização é a desterritorialização, ou seja, as relações entre os homens e entre instituições, sejam elas de natureza econômica, política ou cultural, tendem a desvincular-se das contingências do espaço;
- os desenvolvimentos tecnológicos que facilitam a comunicação entre pessoas e entre instituições e que facilitam a circulação de pessoas, bens e serviços, constituem um importante ponto central da Globalização.

As transformações da sociedade apontam a inevitabilidade de compreender o país no contexto da globalização, da revolução tecnológica e da ideologia do neoliberalismo. A globalização é uma tendência internacional do capitalismo que, juntamente com o projeto neoliberal, impõe aos países periféricos a economia de mercado global sem restrições a competição ilimitada e a minimização do Estado na área econômica e social (OLIVEIRA e LIBÂNEO, 1998).

De fato, a globalização trata-se de um fenômeno complexo que moldou a sociedade nas últimas décadas. Este período testemunhou mudanças significativas nas esferas econômicas, políticas, sociais e tecnológicas,

influenciando a dinâmica global. Assim, as tendências observadas nesse período lançam luz sobre como a globalização está moldando o mundo atual.

De acordo com Buss (2007); Santos (2011), a globalização sucedeu no final da Guerra Fria e se instalou com a hegemonia do capitalismo. Buss (2007), complementa que a maioria dos autores entende que a globalização é um processo econômico, social e cultural estabelecido nas duas ou três últimas décadas do século XX.

Diante da complexidade da globalização é possível verificar seu paradoxo registrado na Declaração e Programa de Ação de Copenhague, adotada pela Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social em 1995 (p. 14):

A globalização - consequência do crescimento da mobilidade humana, do aperfeiçoamento das comunicações e do gigantesco aumento do fluxo de comércio e capital e das evoluções tecnológicas — abre novas oportunidades para o crescimento e desenvolvimento sustentados da economia mundial, particularmente nos países em desenvolvimento. Ela não só permite que os países compartilhem experiências e aprendam com as conquistas e dificuldades alheias, mas também promove o cruzamento de ideais, valores e aspirações culturais. Ao mesmo tempo, os rápidos processos de mudança e ajuste vêm acompanhados do agravamento da pobreza, do desemprego e da desintegração social.

Corroborando com a Declaração e Programa de Ação de Copenhague, Campos e Canavez (2007) descrevem que as características gerais da globalização incluem o crescimento do comércio internacional de bens, produtos e serviços; a transnacionalização de grandes empresas; à livre circulação de capitais com a privatização da economia e diminuição do papel do governo e dos Estados-Nação; a queda de barreiras comerciais protecionistas e regulação dos comércios internacionais, conforme as regras da Organização Mundial do Comércio; a facilidade do trânsito de pessoas e bens entre os diversos países e a expansão da possibilidade de comunicação com o surgimento da facilidade de contato entre pessoas, devido ao aparecimento de muitos instrumentos e ferramentas como a internet e inovações tecnológicas.

É importante notar que as dinâmicas da globalização podem variar ao longo do tempo e em diferentes contextos, e eventos específicos podem proporcionar impactos significativos nas discussões e percepções sobre o conceito nesses últimos anos.

3 - Environmental, Social, Governance - ESG

O termo ESG foi apresentado pela primeira vez em um relatório da Organização das Nações Unidas (ONU), o *Global Compact* (2004) *Who Cares Wins: Connecting Financial Markets to a Changing World*, o qual foi proposto pelo Secretário-Geral da ONU, na ocasião, a incorporação por parte das empresas, uma iniciativa conjunta no sentido de desenvolver diretrizes e recomendações relacionadas aos aspectos ambientais, sociais e fatores de governança (ESG) em seus investimentos.

A sigla ESG representa os três principais critérios utilizados para avaliar a responsabilidade social e sustentabilidade de uma empresa ou organização, que são:

1. **Ambiental (Environmental)**: Este critério avalia como uma empresa impacta o meio ambiente. Isso inclui considerações sobre a pegada de carbono, uso de recursos naturais, gestão de resíduos, emissões de poluentes e práticas de conservação ambiental. Empresas com uma abordagem forte de ESG ambiental tendem a focar em reduzir seu impacto negativo no meio ambiente e em promover a sustentabilidade.
2. **Social (Social)**: O critério social analisa como uma empresa se relaciona com as pessoas em suas operações, incluindo funcionários, fornecedores, clientes e comunidades locais. Isso pode abranger questões como diversidade e inclusão, direitos trabalhistas, segurança no local de trabalho, práticas de gestão de cadeia de suprimentos éticas e contribuições para as comunidades locais.
3. **Governança (Governance)**: O critério de governança se concentra em como uma empresa é administrada e governada. Isso inclui a estrutura de liderança, a transparência financeira, a ética nos negócios, a independência do conselho de administração e a conformidade regulatória. Uma governança sólida é fundamental para garantir que uma empresa seja administrada de forma ética e responsável.

De acordo com Niemoller (2021) a sigla ESG se ajustou como pauta obrigatória nas discussões do topo da agenda empresarial das organizações, em especial para as empresas avaliadas pelo mercado financeiro, identificando questões cruciais não somente para as organizações, mas para toda a sociedade.

Nesse sentido, complementando o conceito de Walter (2020), que destaca que a prática ESG tem por finalidade aumentar a precisão do que é mensurável e possível de mobilizar em cada uma das dimensões, para verificar os desvios que são toleráveis e sustentáveis.

O conceito de ESG amplia a visão e não somente engloba o resultado comercial, como também a transparência nesta divulgação, os comitês de auditoria, a conduta corporativa e o combate à corrupção (COSTA e FEREZIN, 2021).

Fortalecendo o conceito de globalização, Li e Gaur (2014) entendem que as economias mundiais estão cada vez mais interconectadas por meio do comércio e do investimento, a questão do que divulgar e que tipo de reportagem deve ser divulgada tornam-se mais importantes, não apenas para as partes interessadas, mas também para os formuladores de políticas em todo o mundo.

4 – Direitos humanos e ESG

A Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH é um documento aprovado pela Organização das Nações Unidas (ONU) no ano de 1948, que objetivou o estabelecimento dos direitos básicos de todos os seres humanos, sem nenhuma distinção. O conteúdo do documento apresenta as garantias e as liberdades fundamentais dos seres humanos, assegurando direitos individuais, sociais, políticos, jurídicos e nacionais.

Nesse contexto, considera-se o Artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que:

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

E destacando o artigo 23 que se estabelece no contexto empresarial a Declaração Universal dos Direitos Humanos destaca as relações de trabalho e prevê que:

1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.
3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social.
4. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses. (DUDH, 1948).

Logo, pode-se inferir que a relação entre ESG e Direitos Humanos é muito estreita, em especial nas considerações sociais que abrangem muitos aspectos dos Direitos Humanos. Dessa forma, pode-se destacar algumas das maneiras pelas quais o ESG e os Direitos Humanos podem se relacionar, como:

1. **Direitos Trabalhistas:** Os critérios sociais do ESG abrangem questões relacionadas aos direitos dos trabalhadores, como salários justos, condições de trabalho seguras e respeito pelos direitos sindicais. Isso está diretamente relacionado aos direitos humanos dos trabalhadores.
2. **Diversidade e Inclusão:** Promover a diversidade é uma parte fundamental dos critérios sociais do ESG. Isso inclui a promoção da igualdade de oportunidades independentemente da raça, gênero, orientação sexual ou outros aspectos da identidade de uma pessoa, o que está alinhado com os princípios dos direitos humanos.
3. **Ética nos Negócios:** Os critérios de governança do ESG enfatizam a ética nos negócios e a integridade corporativa. Isso inclui evitar práticas corruptas, respeitar os direitos de propriedade intelectual e garantir a conformidade com regulamentações relacionadas aos direitos humanos, como as relacionadas à privacidade de dados.
4. **Impacto na Comunidade:** O ESG considera o impacto das operações de uma empresa nas comunidades locais. Isso inclui questões como reassentamento de comunidades, consultas a partes interessadas e respeito pelos direitos humanos das comunidades afetadas pelas atividades da empresa.

Para Magalhães (2008) a responsabilidade social das empresas equivale a integração voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte delas em suas operações e na sua interação com a comunidade, sendo assim, do ponto de vista da administração, a responsabilidade das empresas seria uma nova forma de gestão.

Em resumo, os critérios de ESG e os Direitos Humanos compartilham uma forte conexão, uma vez que ambos buscam promover a responsabilidade social e garantir que as empresas e organizações operem de maneira ética e respeitosa com as pessoas e o meio ambiente em todas as suas atividades.

A DUDH representou um marco fundamental nos Direitos Humanos, servindo como um parâmetro para o trabalho em conjunto de todos os países e territórios que são signatários deste documento contribuindo para a construção de um mundo justo e igualitário.

Nesse sentido, as empresas precisam buscar alinhamento com a legislação e estar compromissada em estabelecer estratégias que promovam o tripé considerado pelo ESG.

5 – Considerações finais

A globalização, o ESG (Ambiente, Social e Governança) e os Direitos Humanos estão intrinsecamente interligados em um mundo cada vez mais interconectado. A globalização é um fenômeno que tem facilitado a interdependência entre países, empresas e pessoas, levando a uma série de mudanças tanto positivas, quanto negativas. Dentro desse contexto, a integração do ESG e dos direitos humanos se torna crucial para garantir que a globalização proporcione benefícios à humanidade como um todo.

A globalização trouxe prosperidade econômica e oportunidades, mas também aprofundou desigualdades sociais e causou impactos ambientais significativos. Nesse sentido, o ESG emerge como um conjunto de princípios e critérios que as empresas e investidores podem adotar para promover práticas mais sustentáveis, responsáveis e socialmente conscientes. Ele enfatiza a importância de considerar não apenas os aspectos financeiros, mas também os impactos ambientais e sociais das atividades empresariais.

O futuro do ESG e dos Direitos Humanos está intrinsecamente ligado, e assim, é possível descrever algumas perspectivas sobre como esses dois campos se relacionarão: Integração mais profunda, maior transparência e prestação de contas, regulação e normas mais rigorosas, engajamento dos investidores e acionistas, ênfase na diversidade e inclusão, auditorias e diligência de direitos humanos e impacto nas decisões de investimento.

Os Direitos Humanos são fundamentais em qualquer sociedade globalizada, logo a globalização cria uma complexa rede de relações econômicas, políticas e culturais, que muitas vezes pode negligenciar os direitos individuais e coletivos. Portanto, é essencial que os governos, organizações internacionais, empresas e a sociedade civil trabalhem juntos para garantir que os direitos humanos sejam respeitados em todas as circunstâncias, independentemente das fronteiras nacionais.

A interconexão entre globalização, ESG e Direitos Humanos apresenta oportunidades significativas para promover um mundo mais justo e sustentável. As empresas que incorporam princípios ESG em suas operações estão contribuindo para a mitigação dos impactos negativos da globalização, ao mesmo tempo em que criam valor a longo prazo para seus acionistas e a sociedade como um todo. Além disso, a adoção de padrões internacionais de Direitos Humanos e a cooperação global são fundamentais para garantir que a globalização não leve a abusos e exploração.

A integração mais profunda entre ESG e Direitos Humanos pode gerar um movimento de maior responsabilização. À medida que a sociedade se torna mais consciente das questões sociais, as empresas serão cada vez mais incentivadas e obrigadas a adotar práticas empresariais que respeitem e promovam os direitos fundamentais de todas as pessoas. Isso não apenas beneficiará os indivíduos e as comunidades, mas também contribuirá para um ambiente empresarial mais estável e sustentável.

Em suma a globalização, o ESG e os Direitos Humanos estão entrelaçados em um mundo cada vez mais interconectado, para construir um futuro mais sustentável e justo. É crucial que governos, empresas e indivíduos colaborem para promover práticas econômicas responsáveis, que respeitem os Direitos Humanos e protejam o meio ambiente. Essa abordagem sistêmica pode ajudar a moldar uma globalização mais equitativa e orientada para o bem comum.

Referências

- BUSS, P. M. Globalização, pobreza e saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, v.12, n. 6, p. 1575-1589, 2007.
- CAMPOS, Luís; CANAVEZES, Sara. **Introdução à globalização**. Repositório Universidade de Évora, Editora Instituto Bento de Jesus Caraça, abr. 2007. Disponível em: <<http://dspace.uevora.pt/rdpc/bitstream/10174/2468/1/Introdu%C3%A7%C3%A3o%20Globaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2023.

COSTA, Edwaldo; FEREZIN, Nataly Bueno. **ESG (Environmental, Social and Corporate Governance) e a comunicação:** o tripé da sustentabilidade aplicado às organizações globalizadas. **Revista Alterjor**, v. 24, n. 2, p. 79-95, 2021.

LI, S.; GAUR, A. Financial giants and moral pygmies? Multinational corporations and human rights in emerging markets. **International Journal of Emerging Markets.** v. 9, n. 1, p. 11-32, 2014. Disponível em: <<https://doi.org/10.1108/IJoEM-09-2013-0143>>.

MAGALHÃES, M. L. C. A discriminação do trabalhador idoso – responsabilidade social das empresas e do estado. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v.48, n.78, p.31-43, jul./dez, 2008.

NIEMOLLER, J. **ESG and Sustainability – What's the difference?** - PeaSoup Cloud. 2021a. Disponível em: <<https://peasoup.cloud/2021/06/14/esg-and-sustainability-hats-the-difference/>> Acesso em: 26 set. 2023.

OLIVEIRA, J.F., LIBÂNEO, J.C. A Educação Escolar: sociedade contemporânea. In: **Revista Fragmentos de Cultura**, v. 8, n.3, p.597-612, Goiânia: IFITEG, 1998.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Programa de Ação de Copenhague.** Nova Iorque: Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social, Organização das Nações Unidas, 1995. parágrafo 14.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 09 set. 2023.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2011, cap. 1, p. 25-102.

THE GLOBAL COMPACT. **Who cares wins:** connecting financial markets to a changing world. 2004. Disponível em: <https://www.unepfi.org/fileadmin/events/2004/stocks/who_cares_wins_global_compact_2004.pdf> Acesso em: 26 set. 2023.

WALTER, I. Sense and Nonsense in ESG Ratings. **Journal of Law, Finance, and Accounting**, 5: 307–336, 2020.

O PROTAGONISMO DAS OSCIPs NA CONSTRUÇÃO DE CIDADES INTELIGENTES

Marli Monteiro

Professora das Faculdades Integradas de Bauru - SP.

Doutora em ciências pela USP

Membro associada ao Instituto Nacional de Pesquisa e Promoção de Direitos Humanos – INPPDH.

1- Introdução

Com olhar sobre governança, políticas públicas e participação dos cidadãos na construção e implementação de modelos de cidades inteligentes, e com a metodologia fundamentada no conceito de ator-rede Latour e o círculo hermenêutico de Gadamer, busca-se mostrar a relevância da inserção dos cidadãos nos processos de formulação de projetos e soluções para introdução dos municípios brasileiros nos modelos de cidades inteligentes a partir de entidades pertencentes ao terceiro setor (as OSCIPS), com vista a propiciar uma melhor qualidade de vida para a população.

A democracia participativa por meio das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) é uma forma de promover a participação ativa da sociedade civil nas decisões políticas e nas ações governamentais. Elas são identificadas como entidades sem fins lucrativos, que se dedicam a causas sociais, culturais, educacionais, ambientais, de saúde ou de desenvolvimento econômico, tendo como objetivo promover o bem-estar da comunidade em geral. Através da participação das OSCIPs na gestão pública, a sociedade civil pode influenciar na formulação, execução e acompanhamento das políticas públicas, inclusive na fiscalização da utilização dos recursos públicos e implementação das *Smarts Cities* ou cidades inteligentes enquanto modelos de ocupação do solo urbano (re)organizado da vida social. (FERRARESI; 2021).

Dessa forma, a democracia participativa por meio das OSCIPs permite que a sociedade civil possa se tornar uma força ativa na construção de uma sociedade mais justa e democrática, além de fornecer serviços essenciais às comunidades. Com isso, essas entidades podem ser instrumentos de fortalecimento da democracia e da participação cidadã, contribuindo para uma sociedade mais engajada e participativa.

A governança participativa refere-se a uma abordagem de gestão pública em que os cidadãos têm voz ativa e participam na tomada de decisões que afetam suas vidas e comunidades. Isso pode envolver, desde a realização de consultas públicas, audiências, associações comunitárias até a consolidação de canais de comunicação efetivos entre governos e organizações da sociedade civil e, por meio de entidades não governamentais tem havido a promoção do debate público sobre questões cotidianas das cidades.

A governança participativa busca promover uma maior transparência, responsabilidade e inclusão na tomada de decisões públicas, além de fomentar um maior engajamento e envolvimento dos cidadãos na vida política e na gestão pública, tendo em vista a construção de uma cultura de diálogo e colaboração entre as diferentes partes interessadas, e para que uma governança mais democrática e eficaz aconteça, a reorganização de espaços urbanos democráticos é fundamental para criar cidades mais justas, inclusivas e sustentáveis. Através do diálogo poder-se-á criar espaços públicos acessíveis e participativos para o benefício de toda a comunidade.

2- Democracia Participativa

Com o processo de redemocratização e ampla participação da população na reforma do Estado brasileiro, que se deu no final dos anos 80 e início de 1990, novas formas de pensar as políticas públicas foram surgindo, buscando basicamente proporcionar uma conexão entre administração pública e a população ávida por fazer-se ouvir na formulação de propostas de atendimento às necessidades públicas. Com isso, a criação de organismos de participação popular nas políticas públicas foi um meio encontrado para melhorar a qualidade dos serviços públicos prestados, distante da população, com um processo de interação entre o governo e as representações sociais, nunca visto anteriormente, compartilhando a responsabilidade por tomadas de decisões sobre alguns problemas públicos.

Aumentar a eficiência do poder público com um governo mais horizontal e contando com servidores mais motivados, pareciam alternativas para aumentar o grau de confiança e de cooperação e para incrementar a legitimidade dos movimentos sociais, com um redirecionamento dos arranjos centrais que se apoiavam em estruturas hierárquicas do Estado para arranjos com maior participação de diversos atores e dotados de mecanismos de coordenação (SOUZA PINTO; MARTINS; et al; 2018, p. 628).

De maneira geral, o que se buscou à época, foi fortalecer o governo para que os objetivos fossem alcançados, tornando a gestão mais eficiente e restabelecendo a confiança no setor público, ao mesmo tempo em que

procurava recuperar a vitalidade da democracia e garantir a legitimidade política alcançada depois de anos de resistência, garantindo a governabilidade.

O que se viu nos anos seguintes à redemocratização no Brasil, orientada e impulsionada por uma Constituição Cidadã (BRASIL, 2000), que reconheceu o município como ente federado de fundamental importância para a garantia da qualidade de vida da população, propondo inovação na forma de governar, além de propor mecanismos com vista a melhorar as respostas às demandas da sociedade plural buscando a proximidade com os cidadãos.

Seguiu-se após, maiores espaços capazes de sinalizar os rumos dos Estados na era da informação, com governos locais e regionais idealizados como de maior potencial para se flexibilizarem diante das demandas da coletividade e para negociar com os seus cidadãos o atendimento a esses reclamos. Tudo isso no Brasil esteve associado às reformas no setor público e à democratização, sendo que o governo federal ainda manteve o monopólio sobre o processo de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas, voltadas para diversas áreas sociais, verificando-se que a hierarquia e os controles centralizados deram lugar a princípios como de flexibilidade, coordenação, participação cidadã e transparência administrativa para fazer frente à complexidade de relações que passaram a se estabelecer entre o global, nacional, regional e o local (CASTELLS, 2001; BECK, 2009). Com isso, os governos municipais, iniciaram um processo de permissão, por meio da participação popular, na formulação de políticas públicas capazes de influenciar o estabelecimento de políticas públicas, por meio de organizações descentralizadas e com controle privado.

Surge então, a inscrição de espaços de participação da sociedade no arranjo constitucional da gestão pública brasileira possibilitando a criação de novos formatos institucionais destinados à consolidação dos valores democráticos, da transparência e de possibilidades de efetivo controle social na atuação do Estado, no tocante às políticas públicas. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 (2000), com o reconhecimento, em caráter legal e formal, da participação social na gestão pública, no âmbito das relações entre democracia e gestão, possibilitou um conjunto de inovações institucionais e políticas que buscaram democratizar a gestão pública. Essa possibilidade foi de importância crescente para que essas inovações foram incorporadas como política governamental – a Política Nacional de Participação Social (Brasil, 2014), o qual disciplinou o funcionamento de conselhos, conferências, audiências públicas, além de prever a participação via ambientes virtuais, os quais passaram a permitir aos cidadãos contribuírem nos processos de formulação e acompanhamento das políticas públicas desenvolvidas pelo governo.

[...] exige novos formatos organizacionais que garantam efetivamente a publicização do modus operandi do Estado, das organizações da sociedade civil e, até mesmo, das próprias empresas, já que, como se disse, o público precisa tornar-se um valor compartilhado, mais do que uma localização institucional. Neste sentido, mesmo que, à primeira vista pareça que a administração pública tenha perdido sua relevância em função desta ampliação, ocorre exatamente o contrário – torna-se estratégica para preservar o espaço público num contexto institucional bem mais complexo (KEINERT, 2000, p. 92)

O poder público, notadamente os governos municipais, apresentaram na sequência, uma forte tendência em manter modelos burocráticos e hierarquizados na implementação de políticas públicas e, a gestão pública local não avança com as possibilidades de autonomia oriundas do processo de descentralização, nem em termos práticos, com a aproximação do cidadão para facilitar a resolução de conflitos, para gerar confiança, confiabilidade e respeito, para redução de pressão política e aumentar a legitimidade. Tudo isso contribui para inibir as formas de governos participativos de forma efetiva, ao mesmo tempo em que fomentou a outorga da prestação dos serviços para entidades não governamentais que passaram a arcar com o ônus do atendimento.

3- As OSCIPs

As organizações sociais sem fins lucrativos, conhecidas pela sigla OS, foram concebidas como instrumentos responsáveis pela implementação da estratégia de entidades não pertencentes ao poder público, mas que com ele se relaciona na prestação dos serviços que não é capaz de atender.

Essa forma de prestação de atendimento às demandas sociais se tornou essencial para o atendimento das políticas públicas reclamadas pela sociedade civil, tanto em nível federal quanto estadual, bem como municipal. Figuras jurídicas como fundações estatais, serviços sociais autônomos, foram se tornando comuns nas parcerias com os entes da federação. Por poderem receber recursos públicos por meio de termo de parceria, um novo instrumento jurídico definido na Lei n. 9.790/99 veio amparar essa forma de gestão, viabilizando estratégias de cooperação do governo com o terceiro setor e o setor privado, ao longo dos últimos anos.

Organizações ágeis e inovadoras, tem tomado frente nas questões locais, enquanto algumas das organizações de maior porte vêm expandindo ainda mais seu tamanho, grau de influência e sofisticação em assuntos internacionais.

Tratando a descentralização da atividade do Estado sob regime de parceira, Carvalho Filho (2010), leciona que ela se caracteriza pela aliança firmada entre o Poder Público e entidades privadas, sempre com o objetivo de fazer chegar à população os serviços que esta carece. Essas instituições apresentam certo hibridismo, na medida em que, sendo constituídas na forma de organizações privadas, desempenham uma função pública e, tem sido denominadas de entidades do Terceiro Setor ou ONGs, indicando que não se trata de entes federados e tampouco das pessoas que executam a Administração Pública Indireta e, descentralizadas daqueles, mas, simplesmente compõem um *tertium genus*³¹, ou seja, um agrupamento de entidades responsáveis pelo desenvolvimento de novas formas de prestação dos serviços públicos.

Posicionadas ao lado do Estado, essas organizações sociais são as pessoas jurídicas privadas, declaradas de utilidade pública, com certificado de filantropia; os O regime jurídico das organizações sociais sem fins lucrativos, os serviços sociais autônomos, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público (MONTEIRO, MARLI; 2011, p. 187).

O campo de atuação de tais entidades são os serviços públicos sociais elencados no título concernente à Ordem Social da Constituição Federal, e a intervenção estatal ocorre, na medida em que esses serviços atendem necessidades coletivas. Não sendo de titularidade privativa do Poder Público, esses serviços comportam atuação simultânea do particular; almeje o lucro ou não, e sua prestação é norteada pelo princípio da subsidiariedade.

Confirma-se a capacidade dessas ONGs de serem grupos políticos defensores que alertam o Estado sobre as consequências das políticas, como assinalado por Milner (1997), e também de serem representantes de interesses coletivos perante organismos de formulação da política externa (MONTEIRO, MARLI; 2011, p. 188).

O Estado, além das previsões constitucionais de prestação de serviços públicos, não encontra-se suficientemente aparelhado para desincumbir-se de suas atribuições estritas e fundamentais para atendimento dos direitos fundamentais da população, tais como: educação, saúde, trabalho, moradia, assistência social, equilíbrio ambiental e outros e, para tanto serve-se em parceria com o chamado Terceiro Setor, destacando-se as Organizações da

³¹ No campo da teoria do Direito, se diz que um instituto cuja formação resulta da combinação entre dois regimes jurídicos diversos entre si, trata-se de um “*tertium genus*”, ou seja, de um terceiro gênero, distinto daqueles que atuaram em sua gênese. (Andrade, V. Ap. in: <https://escritosjuridicos.com.br/quando-nao-ha-tertium-genus/>. (POSTED ON DEZEMBRO 17, 2021)

Sociedade Civil de Interesse público, cujo espaço de atuação, segundo Gasparini (2008), é aquele descontinuado a partir dos artigos 199 § 1º, 204, 205, 216 § 1º e 227 da Constituição Federal, que posicionadas ao lado do Estado, são as pessoas jurídicas privadas, declaradas de utilidade pública, com certificado de filantropia.

O dinamismo característico do exercício desse direito constitucional, sempre que tal medida seja útil ou indispensável à tutela do interesse público, é notado na perspectiva positiva, e tem servido para o Poder Público estimular as atividades particulares. Mesmo, por vezes, não desempenhando diretamente a prestação de determinado serviço social, a intervenção mediante auxílio financeiro ou apoio técnico ao particular pelo Poder Público, quando insuficientes os meios disponíveis por aquele para a consecução de iniciativas de interesse público, tem caráter supletivo, subsidiário (REGULES; 2006, p. 67/68).

Vê-se, que o Estado não se desonera da obrigação de oferecer esses serviços de caráter social; apenas existe uma responsabilidade compartilhada com a sociedade para a universalização da prestação.

A iniciativa privada está livre para explorá-los economicamente, obedecendo a diretrizes estabelecidas pelo Poder Público, dada a relevância da atividade. Mas, se o particular atuar de forma solidária, sem objetivar lucro, o Estado, no exercício da atividade de fomento, apresenta instrumentos tanto para incentivar a colaboração privada quanto para garantir a eficiência e qualidade do serviço prestado.

A vocação das OSCIPs, de acordo com a Lei que as regula, é realizar específicas atividades de interesse público, sem objetivo de lucro, razão pela qual a atuação em conjunto com a Administração Pública ocorre com vista a somar esforços para alcançar melhores resultados na área social, que a doutrina costuma chamar de “parceria”, não revestindo, como aponta Regules (2006), de natureza contratual; isto porque, estes ajustes não são estipulações de obrigações recíprocas e contrapostas. O vínculo que se estabelece, é de mútua cooperação, com vista a atingir um interesse coletivo, que estas entidades buscam realizar, na medida em que assumem como objetivo institucional, e o Estado confere-lhes a responsabilidade, de zelar pelo cumprimento desse interesse.

Por um lado, a subsidiariedade ergue-se como limite à atuação estatal (enfoque negativo) e, por outro, revela-se como justificação da intervenção pública (enfoque positivo). Sob o aspecto negativo não haverá impedimento à atuação livre e desembargada dos particulares e das organizações do terceiro setor. O direito à liberdade de associação

confere aos particulares uma zona intangível à interferência estatal. O dinamismo característico do exercício desse direito constitucional remanesce ao abrigo das investidas estatais. Na perspectiva positiva, cumpre ao Poder Público estimular as atividades particulares sempre que tal medida seja útil ou indispensável à tutela do interesse público (fomento). Mesmo, por vezes, não desempenhando diretamente a prestação de determinado serviço social, a intervenção mediante auxílio financeiro ou apoio técnico ao particular pelo Poder Público, quando insuficientes os meios disponíveis por aquele para a consecução de iniciativas de interesse público, tem caráter supletivo, subsidiário. (REGULES; 2006, p. 67/68).

A gestão da coisa pública, como se sabe, deve observar a vontade da sociedade, expressa por meio das leis postas pelos representantes da sociedade, circunscrita por princípios ainda mais fortes que a própria legislação vigente e que representam não só eventual vontade momentânea dessa sociedade, mas sim um conjunto atemporal de valores que correspondem ao esforço histórico e apontam para o futuro que se almeja dessa sociedade que regula.

Ocorre que os destinatários dos serviços públicos, de forma geral, não estão preocupados quanto aos aspectos que o antecederam, mas sim com a sua efetiva prestação. Ou seja, é o aparato político-jurídico que, eventualmente, deverá ser atualizado para que Estado cumpra o seu atual desiderato, com isso, a ineficácia e a própria inviabilidade do Estado operar em determinadas áreas implicam em um novo dilema, no qual a realização de parcerias público-privadas e o fomento a determinadas atividades se apresentam como alternativa à tensão existente entre a ideia de um Estado mínimo e a realidade do Estado inoperante. Necessário se faz então, que a própria sociedade se engaje de forma inteligente na participação em decisões de quais políticas públicas devem ser efetivadas.

4. As Cidades Inteligentes

Definir o que seja cidade inteligente, não é apenas passar pelos conceitos como eficiência energética e adoção de políticas de sustentabilidade, mas também, admitir que talvez só através de técnicas de inteligência artificial e projetos para a melhoria da qualidade de vida da população é que podemos qualificar uma determinada cidade como inteligente.

As *smart cities*, como são conhecidas em inglês, não é um conceito novo, podendo ser encontradas em estudos da década de 1980. Na época, pensava-se em centros urbanos do Vale do Silício ou então falavam de futuros centros urbanos com informações avançadas e complexos de fibra óptica.

Hoje, os especialistas citam a inevitável adoção de tecnologias como Internet das Coisas (IoT), WiFi, Big Data, Cloud Computing e Mobile apps, suportadas por infraestruturas de fibra ótica, redes Móveis, data centers, e dispositivos adequados que permitirão responder aos desafios e à visão transformadora das zonas urbanas.

Diz-se que uma cidade é considerada inteligente, quando usa tecnologia da informação e comunicação (TIC) para melhorar a eficiência operacional, compartilhar informações com o público e fornecer uma melhor qualidade de serviço governamental e bem-estar ao cidadão.

Não se trata apenas de um conceito, mas, as cidades inteligentes, começam a ganhar corpo graças a soluções inovadoras baseadas, por exemplo, na Internet das Coisas (IoT) ou também pelo uso de tecnologias de celulares e sem fio de baixa potência, as chamadas LPWAN³², para conectar e melhorar a infraestrutura, eficiência, conveniência e qualidade de vida para residentes e visitantes.

Constituindo-se no centro das contradições econômicas, sociais e políticas, as cidades se projetam como condição de possibilidade para a existência de espaços urbanos capazes de possibilitar a todos os habitantes desfrutarem de uma vida digna, na forma apontada por Ferraresi (2021). Nesse contexto, a participação popular nas decisões das políticas públicas a serem implementadas para minimizar as contradições existentes no plano urbano onde as pessoas vivem é decisiva.

Nesse contexto, a participação da população nos processos de tomada de decisão e gestão das cidades é fundamental para esse cenário de riscos, entre eles, decorrentes da privatização de dados, a partir da emergência de novas tecnologias. Nesse contexto, o Direito se coloca como possibilidade de instrumentalização da regulação adequada para convergência de interesses públicos e privados nos processos de gestão e planejamento das cidades (FERRARESI; 2021, p. 37).

Planejar as cidades, onde a inteligência seja o motor do planejamento implica igualmente em colocar o homem no centro dessa questão. Cabe aos agentes públicos, incentivar a participação social, favorecendo eventos que possibilitem as vivências e compartilhamento de experiências capazes de promover um debate público capaz de gerar a adoção de medidas eficazes para a solução de graves problemas urbanos. Tais discussões e

³² LPWAN (Low Power Wide Area Network) é um termo geral para um conjunto de tecnologias que permitem comunicações entre dispositivos em áreas amplas, mas com menor custo e melhor consumo de energia (OLIVEIRA, R. P. Aveiro: 2016).

compartilhamento de saberes acumulados ao longo da vida devem ser vistos como ganhos que podem ser otimizados e utilizados em prol do próprio indivíduo e da sociedade.

Dante dessa perspectiva, os espaços de interação social com concepções arquitetônicas propícias às participações de todos os habilitantes, assim como compartilhamento de tecnologia, é condição para efetivação do direito fundamental de participação na decisão das políticas urbanas.

Alguns municípios brasileiros já têm permitido que empresas e consultorias privadas sugiram a criação de leis e definam tanto a prestação de serviços quanto as políticas públicas na busca por se tornarem mais eficientes, inclusive, com a criação de planos diretores sobre inovação.

A gestão governamental de tais cidades, em um contexto de, onde se percebe por um lado, governos autoritários e, por outro lado, a crescente crise climática e aumento das desigualdades socioeconômicas se mostra complexa e urgente. Não se pode ficar apenas no apelo futurista da eficiência utópica e solução eficaz dos graves problemas sociais, econômicos e culturais das cidades. A consolidação dessa agenda de implementação da inteligência para municípios brasileiros, consolida-se de forma corriqueira, muitas vezes longe de holofotes e prêmios, através de doações, licitações e parcerias com a iniciativa privada (PPPs).

Esse avanço do componente inteligente urbano se reflete em planos diretores escritos pelo setor privado, com o desenvolvimento de aplicativos para fornecer serviços públicos de primeira necessidade à população. Não são raras as propostas de soluções estruturais para desigualdades que assolam o país, e a agenda de cidades inteligentes assume, com frequência, um papel de remendo de problemas através de aparatos tecnológicos e “equações urbanas” (CUGURULLO, 2021) que prometem muito melhorar a segurança pública, a mobilidade urbana, o saneamento básico e a sustentabilidade, mas raramente promovem as melhorias de forma inclusiva e homogênea a qualidade de vida da população.

5. Considerações Finais

A Lei Federal n. 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público/Privadas) vem sendo objeto de acirrados debates e discussões, desde sua sanção presidencial, uma vez que a mesma visa facilitar a aquisição de produtos e serviços inteligentes através de PPPs, através das organizações da sociedade civil do chamado terceiro setor, para disponibilização para a administração pública.

Utiliza-se para tanto, de estratégias como o diálogo com legisladores e gestores de políticas públicas; acionamento dos tribunais; busca de investidores e instituições financeiras; mobilizando trabalhadores de empresas de tecnologia a sugerirem medidas de controle de gastos públicos e atendimento às necessidades públicas, bem como solicitando financiamento para organizações doadoras visando garantir a sustentabilidade de todas essas ações.

Observa-se que mesmo que os impactos sejam sentidos apenas no âmbito local, os reflexos ultrapassam as fronteiras nacionais nesse ecossistema de cidades inteligentes, verificando-se, que embora incipiente, há um nítido fortalecimento e uma crescente busca por redes de engajamento cívico preocupadas com direitos digitais e direito à cidade, com claro um avanço nesse sentido e com uma discreta consolidação da agenda de *smart cities* no Brasil. Frise-se ainda o trabalho de resistência sendo feito por organizações da sociedade civil e por movimentos comunitários para conter danos, lutar por direitos e oferecer uma agenda positiva para a implementação de tecnologias e iniciativas para obtenção de uma ação estatal legítima para efetivar os preceitos de uma sociedade justa e inclusiva para todos.

O caminho é longo e sinuoso e os destinatários dos serviços públicos em debate, de forma geral, não estão geralmente preocupados quanto aos aspectos técnicos, burocráticos legais, mas sim com a sua efetiva prestação. Ou seja, a ineficiência e a própria inviabilidade do Estado operar em determinadas áreas implicam em um dilema, que se mostra visível, qual seja, a realização de parcerias público-privadas e o fomento a determinadas atividades se apresentam como alternativa à tensão existente entre a ideia de Estado mínimo e a realidade do Estado inoperante.

Ao chamar para prestar os serviços que lhe são próprios, as entidades privadas sem fins lucrativos, supriram uma lacuna deixada pelo Estado brasileiro em todas as esferas criou-se uma realidade delicada para a administração pública; qual seja, prestar um serviço de qualidade sem fugir da moldura normativa estabelecida para a sua atuação, sem maquiar os problemas estruturais.

As Oscips resgatam as vantagens gerenciais das organizações sociais, ao mesmo tempo em que mantém a qualificação e justificam o modelo de gestão por resultados que a sociedade almeja de há muito. Contudo, é preciso cautela quanto aos terrenos que se mostram inóspitos à atuação do Estado, consideradas as amarras naturais do regime público, de modo a se atualizar os modelos de gestão de forma transparente e honesta.

Outorgar para entidades sem fins lucrativos sem um estudo prévio e acompanhamento por parte dos agentes fiscalizados da gestão pública, de forma efetiva, pode apenas amoldar a necessidade de aparatos tecnológicos a uma ideia bonita de filantropia, enquanto na verdade estas entidades podem representam um negócio bilionário.

Acredita-se que, após decisão recente do STF que avalizou a formalização de Contratos de Gestão com Organizações Sociais, este passou a ser o instrumento mais amplo e que oferece maior segurança jurídica aos administradores, podendo ser útil também na implantação de parques tecnológicos e soluções inteligentes, que exigem um nível de expertise e agilidade que nem sempre se encontra à disposição no interior do aparato estatal, pode ser bastante viável.

Conclui-se, com Ferraresi (2021) que o futuro da humanidade estará, ou como afirma, já está nas cidades, as Organizações Sociais sem fins lucrativos (OSCIPs), podem representar a efetividade na prestação de serviços públicos, especialmente para a concretização desse objetivo de (re)significação da existência humana de forma digna.

Referências

ANDRADE, Valentino Aparecido. **QUANDO NÃO HÁ “TERTIUM GENUS”**. Posted em Dezembro 2021. Disponível em <https://escritosjuridicos.com.br/quando-nao-ha-tertium-genus/>. Acesso em 20 de agosto de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: 1988**. 13. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2000.

Decreto n. 8.243, de 23 de maio de 2014. 2014. Política Nacional de Participação Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-014/2014/Decreto/D8243.htm>. Acesso em: 02 jun. 2023.

LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em 20 de agosto de 2023.

LEI No 9.790, DE 23 DE MARÇO DE 1999. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9790.htm. Acesso em 20 de agosto de 2023.

LEI No 9.790, DE 23 DE MARÇO DE 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9790.htm. Acesso em 20 de agosto de 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito Administrativo. Terceiro Setor: Regime Jurídico das OSCIPs.** 27ª ed. São Paulo: Última Instância: 2006.

CASTELLS, Manuel. **Para o Estado-Rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação.** In: CARLOS BRESSER, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em transformação.** São Paulo: Editora Unesp, 2001.

CUGURULLO, F. **Frankenstein urbanism: eco, smart and autonomous cities, artificial intelligence and the end of the city.** Published May 17, 2021 by Routledge Abingdon. Nova York, 2021.

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.** Blumenau/SC: Editora Dom Modesto, 2021.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva: 2008.

KEINERT, T. M. M. **Administração Pública no Brasil. Crise e mudanças de paradigmas.** São Paulo: Annablume/Fapesp.

MONTEIRO, Marli. **O regime jurídico das organizações sociais sem fins lucrativo.** Revista JurisFIB | ISSN 2236-4498 | Volume II | Ano II | Dezembro 2011 | Bauru – SP.

OLIVEIRA, R. P. **Sensor networks with multiple technologies: short and long range.** Dissertação (Mestrado) — Universidade de Aveiro, 2016.

REGULES, Patrone, Luis Eduardo. **Terceiro Setor – Regime Jurídico das OSCIPs.** São Paulo: Método, 2006.

SANTOS, Enoque Riqueiro dos. **As OSCIP (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público) e a Administração Pública – intermediação fraudulenta de mão de-obra sob uma nova roupagem jurídica.** Justiça do Trabalho, Porto Alegre, ano 24, n. 279, p. 30-53, 2007.

SOUZA PINTO, Daniele; MARTINS, Simone; LEONEL, Danielle Silveira; CKAGNAZAROFF, Ivan Beck. In: **INTERAÇÕES**, Campo Grande, MS, v. 19, n. 3, p. 627-641, jul./set. 2018.

Passados 35 anos da sua promulgação, necessária se faz a realização de reflexões sobre a concretização dos direitos, princípios e garantias constitucionais ao longo dessas três décadas e meia de vigência da Carta Fundamental. Sem sombra de dúvidas, a realidade da sociedade brasileira se modificou significativamente desde 1988 e, por esta razão, é fundamental que a comunidade acadêmica faça reflexões sobre o principal documento norteador do ordenamento jurídico brasileiro à luz desse contexto social que está em constante mudança. Refletir sobre o sistema constitucional é tarefa que precisa ser realizada com frequência. Esta obra se propõe a isso.

O livro “Direitos Humanos – Estudos da IV Semana de Afirmação dos Direitos Humanos das Faculdades Integradas de Bauru – FIB” tem como objetivo fundamental contribuir para a reflexão acadêmica sobre os 35 anos de vigência da Constituição da República Federativa do Brasil, por meio de um excelente trabalho desenvolvido pelos professores do curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru.

DIREITOS HUMANOS

**Estudos da IV Semana de Afirmação
dos Direitos Humanos das Faculdades
Integradas de Bauru - FIB**

ISBN 978-85-5973-536-9



9 788559 735369

 **Editora
Spessotto**